



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة ابن خلدون تيارت

كلية الحقوق والعلوم السياسية



حماية الغير في العقود

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه ل م د في القانون الخاص

تخصص عقود مدنية وتجارية

تحت اشراف الدكتور

حساني علي

من اعداد الطالبة :

خليل ايمان

أمام لجنة المناقشة

- | | | |
|--------------|-----------------------------------|---------------------|
| رئيسا | أستاذ التعليم العالي، جامعة تيارت | • د.مقني عمار |
| مشرفا ومقررا | أستاذ محاضر أ ، جامعة تيارت | • د.حساني علي |
| مناقشا | أستاذ التعليم العالي، جامعة تيارت | • د.فتاك علي |
| مناقشا | أستاذ محاضر أ، جامعة تيارت | • د.بن عمارة محمد |
| مناقشا | أستاذ محاضر أ، م/ج غليزان | • د.عليان عدة |
| مناقشا | أستاذ محاضر أ، م/ج تيسمسيلت | • د.علاق عبد القادر |

السنة الجامعية : 2018/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير:

بسم الله الرحمن الرحيم (وَلَقَدْ آتَيْنَا لُقْمَانَ الْحِكْمَةَ أَنِ اشْكُرْ لِلَّهِ ۚ وَمَن يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ ۖ وَمَن

كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ حَمِيدٌ) (سور لقمان. الاية 12).

-اتوجه في المقام الأول بأعلى آيات الشكر والامتنان الى استاذي وملهبي الأول الاستاذ حساني علي الذي تفضل مشكورا بقبوله الاشراف على هذه الرسالة ، فكانت توجيهاته القيمة ورائته السديدة الفضل الكبير، في اخراج هذه الرسالة ، وايضا عما وفره لي من مصادر فله مني كل التقدير والاحترام ، كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بالموافقة على مناقشة هذه الأطروحة،

-وان كان شكرا هل الفضل حقا ، والحق واجب الرد الى اهله فلا يفوتني الا ان اتقدم بجزيل الشكر والامتنان الى الاستاذة (زغواني دليلة) نبض قلبي امي التي ربت اجيالا نازعة ظلام الجهل وظلمه منهم وانا واحدة من بينهم شاكرة لها مساندها، الى ابي الاستاذ المحامي خليل محمد ولعلى عبارات الشكر تنحني وتتواضع احتراما وتقديرا لهما فهما اللذان كانا مسانديا في رحلة بحثي ،

-وكل الشكر الى الاستاذ المحامي لعربي محمد زوجي وسندي .

-ولا يفوتني ان اذكر الدكتور بوفتح اسماء زميلتي من دولة تونس الشقيقة التي سهلت علي مرحلة البحث . والى اختي خميسي مريم التي ساعدتني كثيرا .

-ولا اعلم كيف اعبر عن شكري وامتناني لعائلي التي انهمكت معي بوضع اوراق وكتبي المبعثرة طيلة كتاباتي لهذه الرسالة

-واشكر كل الاساتذة اللذين لم يتسنى لي ذكرهم ممن مدوا لي يد العون ولو بكلمة طيبة او بدعوة

صداقة

(اسأل الله العلي القدير ان يجازيهم عني خيرا ...)

اهداء :

اهدي هذا العمل الى

من علمتني معنى التمسك بالهدف رغم الصعاب الى التي بذلت جهد السنين
سخيا وصاغت من الايام سلالم لأرتقي بها واخص الله الجنة تحت اقدامها الى

امي الغالية

الى من سهل علي الصعاب الى سندي وقوتي وملاذي بعد الله الى من اثرتني على
نفسه الى من علمني ابي الغالي

الى رفيق دربي ومساندي الذي كان عوننا لي في بحثي هذا ونورا يضيء الظلمة التي
كانت تقف احيانا في طريقي الي من زرع التفاول في دربي وقدم لي المساعدات
والتسهيلات والافكار

الى من يجمع بين سعادتي وحزني ... زوجي

الى توأم روحي ، بكل اختصار نور طريقي ومساندي اخي علاء الدين

الى من كان ملجئي وحماية لي صديق عمري اخي حسام الدين

الى املي في الحياة قرة عيني تقي الدين ابني وحببي

فلهم علي فضل كبير اعجز عن الوفاء به

اليهم اهدي هذا العمل

حبا لهم واعترافا بفضلهم

قائمة اهم المختصرات :

-ت.م.ف: التقنين المدني الفرنسي

-ج: الجزء

- د م ج: ديوان المطبوعات الجامعية بالجزائر

-ج ر ف: الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية

-ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

-ص: الصفحة

-ط: الطبعة

-ق: قانون

-ق إ ج ج: قانون الإجراءات الجزائية الجزائري

-ق إ ج: قانون الاستهلاك الجزائري

-ق إ ف: قانون الاستهلاك الفرنسي

-ق إ م إ ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

-ق ع ج: قانون العقوبات الجزائري

-ق م ج: القانون المدني الجزائري

-ق م م: القانون المدني المصري

-م.قض: مجلس قضائي

-مح: محكمة -محكمة عليا: المحكمة العليا الجزائرية

Liste des principales abréviations

Arr: Arrêté

Art: Article

Bull.cass.civ: Bulletin des arrêts de la cour de cassation, chambres civiles

C.Civ.: Code civil Français.

Concl : Conclusion

Doctr.: Doctrine

Dr. Pén.: Droit pénal (revue)

Dr.: Droit

J: Jurisprudence

JCP :Juris-classeur périodique (Semaine juridique).

JO: Journal officiel

JOCE: Journal officiel des Communautés européennes

L G D J: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

N :Numéro

Obs: Observations

P: Page

Sect: Section

Somm: Sommaire

T: Tome

Vol: Volume

مقدمة

-إذا انعقد العقد مستجمعا لكافة اركانه وشروط صحته اصبحت له قوة ملزمة ،بمعنى انه يصبح ملزما لأطرافه بما تضمنه من بنود، واذا كان الوضع المألوف في سياق المعاملات هو تنفيذ العقود بحسن نية وبطريقة تلقائية، الا ان هناك الكثير من الحالات التي يحصل بشأنها الاختلاف حول مضمون العقد .

حيث يعد مبدأ القوة الملزمة للعقد من اهم النتائج المترتبة عن مبدأ سلطان الارادة للأفراد لهم مطلق الحرية في ابرام ما شاءوا من العقود بشرط احترامهم لمقتضيات النظام العام والآداب العامة، و ان حصل مثل هذا الاتفاق بناء على هذه الحرية، فان العقد يصبح بمثابة شريعة للمتعاقدين، لكن انطلاقا من تعريف العقد على انه: اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص او اكثر نحو شخص او اكثر بمنح او فعل شئ والامتناع عن فعل شئ، يتبين ان اطراف العقد الاصلية هم مسؤولون عما ينتجه من آثار، فيتأثرون سلبا وايجابا، لكن قد يحدث ما وان نجد اشخاصا اخرين لم يبرمو العقد ويتأثرون ويؤثرون في العقد يطلق عليهم مصطلح الغير .

حيث استخدم مصطلح الغير منذ القدم، فنجد ان الرومان هم اول من وضعوه ورتبو عنه اثار قانونية ثم ما ان وجد في القوانين الأخرى بدءا من القانون الفرنسي القديم، ثم أخذت به المجموعة المدنية الفرنسية ثم باقي القوانين العربية على رأسها القانون الجزائري لكن رغم هذا بقي هذا المصطلح غامضا ما دفع بالفقه للبحث على طبيعة هذا الغير وعن دلالاته، فأصبح هذا المصطلح محلا للدراسات القانونية فنجد البعض اهتم بدراسته الفنية في جميع المجالات والبعض اهتم به كفكرة عامة لتبيان العلاقة بين الغير المتعددين او بين الغير في الطائفة الواحد¹.

على أن العقد، بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، واقعة اجتماعية ليس في الوسع تجاهلها . فإذا كان الأصل أن الأثر الملزم للعقد أثر نسبي يقتصر على طرفيه، فلا يستطيع الغير أن يطالب بحق أنشأه العقد، ولا توجه إليه مطالبة بالتزام نشأ عنه.

¹ عاطف محمد كامل، الغير في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، سنة 1976، ص7.

إلا أن وجود علاقة الالتزام التي أنشأها العقد هو حقيقة واقعة، ليس في وسع الغير أن يتجاهل نشوء هذه الحقوق و الالتزامات بين طرفي العقد، وليس في وسع أي من طرفي العقد أن ينكر في مواجهة الغير أن هذه الحقوق والالتزامات قد نشأت فيما بينهما. ويعبر عن ذلك بالقول: إن القاعدة هي أن العقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، يحتج به بالنسبة للكافة وللغير أن يحتج به، ويحتج به عليه وهذا هو مبدأ حجية العقد.

لكن وفقا للهدف المرجو من هذه الدراسة فانه لا مجال للبحث عن الغير كفكرة عامة بل دراسته في مختلف العقود الموجودة في القانون المدني وباقي القوانين الخاصة وحتى في القانون العام على رأسه العقد الاداري ، فما يهم هو تحديد واعطاء من هو الغير بالمفهوم الدقيق في كل مجال .

غالبا ما نستخدم مصطلح الغير لإزاحة الطائفة التي ليس لها علاقة بذلك الموضوع ،بمفهوم اخر كلما نجد اشخاص مختصون بشئ معين ويتأثرون به ، فهناك اشخاص اخرين بمفهوم المخالفة ليست لهم علاقة بذلك الشئ ويسمون بالغير ، فنجد ان الرومان استخدموا هذا المصطلح¹ .

ومعناه ان العقود والاحكام القضائية لا تمس غير اطرافها ، فلأحكام القضائية تقتصر على اطرافها المذكورة فيها دون ان تتعدى الغير .

و نجد ان الفقه الفرنسي القديم قد قام بتحديد مقصود الغير من خلال شرح مواد القانون المدني واعطى

بعض من الفقه تعريف بسيط للغير وهو كل شخص مستقل تماما بالنسبة لمركز قانوني معين

فلا يتأثر به ولا يؤثر فيه ، فهو كل شخص لا تمسه شريعة العقد ولا ينصرف اليه اثر العقد الا في حالتين

هما الاشتراط لمصلحة الغير طبقا للمادة 1121 من القانون المدني الفرنسي² ، والتعهد عن الغير في المواد

114 و 116 من القانون المدني الجزائري .

¹ Res inter alios acta alris naque nocerenaque prodasse. Audrey Gougeon. L'intervention du tiers à la formation du contrat.

THÈSE Pour obtenir le grade de Docteur en Droit. Le 9 décembre 2016.universete de lil2.france.page.14.

² القانون الفرنسي 1804/03/21 المعدل و المتمم بالقانون 2016/10/10.

-و فيما يخص موضوع الاحتجاج بالعقد¹، ففي هذا المفهوم البسيط انه مادام الغير مستقل عن العقد فليس هناك وجود قانوني للعقد يحتج به على الغير وعلى هذا المفهوم ظهرت عدة مبادئ قانونية منها مبدأ استقلال الارادة بمعنى انه لا يلزم الشخص الا بموجب ارادته والمبدأ المشهور العقد شريعة المتعاقدين و هي القاعدة الصريحة لمبدأ نسبية العقد.

-و على مرور الزمن تطورت العلاقات التعاقدية فأصبح مفهوم الغير بهذا المعنى البسيط لا يساير هذا التطور، لأن العلاقات التعاقدية أصبحت معقدة ومتداخلة بين الاشخاص، مما جعل الفقه يراجع مفهوم الغير، فلو حظ ان هذا الاخير أصبح موقفه ومركزه يتشابه في العلاقات القانونية وليس ذلك الشخص المستقل عن العقد.

-فبدأ الفقه بمحاولة وضع قاعدة قانونية تفسر تطور مركز الغير في العلاقات التعاقدية والخروج من قاعدة النسبية المطلقة التي تعني استقلال الغير بالنسبة للعقد وعدم تأثره به وتأثيره فيه.

-فكانت البداية باعتبار أن العقد هو واقعة قانونية وبه لا يمكن للغير أن يدخل أو يتأثر به وظهرت وجهة نظر جديدة مفادها أن المشرع الفرنسي قد نص على عدم نفاذ العقد في مواجهة الغير في حالات معينة كالصورية وعدم ثبوت التاريخ.

وهذا يعني أن القاعدة العامة هي ان ينفذ العقد في مواجهة الغير فلو لم يكن العقد نافذا في مواجهة الغير لما احتاج المشرع للتدخل، و منه يكون للعقد وجود قانوني لا يمكن للغير تجاهله¹.

¹ يُقصد بالعقد في اللغة بأنه: عقد الشيء أي يعقده عقداً، فانعقد وتعقد، يعني شدّه، فانشدّ، وهو نقيض الحل، وفي الأصل هو للحبل وما نحوه من المحسوسات، ثم أطلق على أنواع العقود في البيع والمواثيق وغيرهما، وكذلك في العقيدة، ويقصد بها ما يعقد عليه الإنسان قلبه من آراء بتصميم وجزم، معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، ج4، ص86.

أما العقد في الاصطلاح فيرتبط بمعناه اللغوي حسب رأي الفقهاء، فهناك تعريفان مشهوران هما: تعريف خاص: وهو ارتباط إيجاب وقبول بوجه مشروع يثبت أثره في محلّه، فيُقصد بالإيجاب والقبول هنا كلّ ما يدل على إرادة المتعاقدين وما يرضيهما بعقد العقد سواءً كان ذلك بالقول أو الفعل، أما كونه على وجه مشروع، يُقصد به أن يكون ما تمّ التعاقد عليه بما يأذن به الشرع وأن يكون بما يملكه المتعاقدين، ونستنتج من هذا التعريف تواجد طرفين للعقد، وهما طرف يصدر منه الإيجاب، وطرف آخر يصدر منه القبول، ولا يدخل فيه ما يصدر عن إرادة طرف واحد كالعتق والطلاق.

. التعريف العام: فالمقصود بالعقد أنه: كل ما يلزم به المرء نفسه: حيث إنّه ليس مشروطاً تواجد طرفين في العقد حسب هذا التعريف، فيصدق المرء على كل ما التزم به، حتى لو لم يتواجد طرف آخر تؤثر إرادته في العقد، مثل: العتق والطلاق، وما نحوهما، دعبد الودود يعي، نظرية الحق ومبادئ العقد، دار الجامعة الجديدة، 1985، ص38.

-تنص القاعدة القانونية أن العقد شريعة المتعاقدين ، مايعني اذا انعقد العقد صحيحا فانه لا ينصرف الا بالنسبة لأطرافه كأصل عام وهذا تطبيقا لمبدأ نسبية اثر العقد من حيث الاشخاص ، فالعقد ينصرف الى اطرافه او من هم في حكمهم وهو خلفهم وهو كل شخص انصرفت اليه اثار العقد بحكم العلاقة التي بين الاصيل و بينه ، ففي هذه الرسالة تطرقنا الى مفهوم الخلف العام كونه موضوع فائق الاهمية لتمتعه بمركزين فهو تارة طرف كونه وارثا أو موصى له بجزء شائع من التركة و تارة غيرا ، حيث ابرزنا مركزه الحقيقي ببيان صفته الحقيقية كما سنوضح ، و ايضا كون ان المركز القانوني بعد انتقال المال اليه ذو اهمية فائقة و ما سيترتب عليه من اثار .

-و هو مصطلح قانوني شائع الاستعمال في المجال القانوني سواء في المنازعات القضائية أو في الدراسة النظرية ، حيث رغم كل هذا الا ان الخلف العام حقيقة لم يتلقى تلك الاهمية في دراسته فبقي المصطلح غامض غير واضح المعالم راجع لسكوت التشريعات عن بيان مضمونه و قلة الدراسات الفقهية ، أما فيما يخص انتقال اثار العقد الى الخلف الخاص و دراسة صفته كونه غيرا أم طرفا ، فنجد أن المشرع الجزائري قد نص عليه صراحة في المادة 109 مدني (اذا أنشأ العقد التزامات و حقوقا شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك الى الخلف الخاص فان هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشئ ، اذا كانت من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ اليه).

-هذا النص جاء قاطعا في تأصيله عملية الانتقال و هذا ما نزع الجدل الفقهي في مسألة الانتقال هل على أساس الحوالة و هل هي التزامات فقط أم الحقوق فقط أم هي الحقوق و الالتزامات التبعية .

-خاصة كما هو معلوم ان الغير هو كل شخص أجنبي عن العقد ، فالخلف الخاص هنا يعتبر غيرا ايضا و يكتسب صفة الخلف عن طريق استخلافه لسلفه في ملكية شئ أو حق معين عيني ، لكن النظر من زاوية الزام هذا الخلف بالعقود التي أبرمها سلفه يصير طرفا فعلا لأن دائني السلف سيطالبون الخلف الخاص

¹ الامر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 80-07 المؤرخ في 9 غشت 1980 في مادته 107 / 1 م ج (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه ويحسن نية).

بحقهم العيني على الشئ الذي انتقل لهم و هذا طبعا في حالة اختياره الاحتفاظ بهذه العين فيبقى الخلف الخاص يدور بين نظرية النفاذ و نظرية النسبية كنظيره الخلف العام .

- و بما أن العقد هو فعل أو تصرف ارادي يكون للمتعاقدين حصر اثاره بينهما و هذا الامر يجعل المتعاقدان يلتزمان بتنفيذه دون الخروج عن احكامه ، لكن مبدأ نسبية اثر العقد وقف احيانا عائقا امام امكانية سريان العقد الى غير اطرافه ونفاذه في حق من ينشئ هذا العقد بأن له حقوقا فيه ، كما ان ارادة المتعاقدان تستطيع ان تسمح لغيرهما الاستفادة من اثار هذا العقد وذلك عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير او التعهد عن الغير ، فالأولى تكون في حالة وجود عقد مبرم من طرف شخصين اشترط احدهما فيه على الآخر حقا لشخص ثالث يتلقاه من العقد مباشرة ولا يمر في ذمة المشتراط فأشخاص الاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة هم المشتراط وهو الذي اشترط الحق والمتعهد وهو الذي التزم باعطاء الحق الى المنتفع وهو الذي اشترط له الحق ، مثالها عقود التأمين وعقود الامتياز والنقل .

-و اما التعهد عن الغير فهو الحالة التي يتعهد فيها شخص نحو اخر بأن يجعل شخصا ثالثا أي الغير يقبل القيام او عدم القيام بعمل ، و الا عوضه عن ذلك اذا لم يقبل الغير ، والامثلة عن التعهد عن الغير كثيرة في الحياة العملية من ذلك الوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته ولا يستطيع الحصول على إجازة موكله لهذا التجاوز لبعده عن مكان التعاقد ، فيتعهد للطرف الآخر بأن يجعل الموكل يقر العقد الى غير ذلك من الأمثلة.

--فالعقد اصبح نظرية لها شروطها وقواعدها المنظمة له نطاق داخلي يمس اشخاصه أي اطرافه ونطاق خارجي يرسم العلاقة بين العقد والغير به ، ومدى تأثيرهم به وتأثره بهم وفي سبيل المحافظة على حسن سير المعاملات العقدية دون ممارسة أي طرف فيها يضر بالآخر .

نجد ان التشريع المدني قد وضع نظام يقوم على حماية الطرف الضعيف المتضرر وجبر الضرر الذي يقوم على اساس الازدواج والفصل بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، الاولى مجالها يكون في تطبيق العلاقة التعاقدية بين اطرافها والثانية هي علاقة الغير عن العقد بأطرافه .

-ان احترام حرية الافراد تقتضي ان تقتصر اثار العقد على طرفيه ، حيث يلتزمان بتنفيذه كما يلتزمان بتنفيذ القانون ، فالعقد له نفس القوة الملزمة للقانون فهو شريعة لهم .

-لقد تطرق المشرع الجزائري لأثار العقد في القسم الثالث من الفصل الثاني من الكتاب الثاني المعنون بالالتزامات والعقود في المادة 106 الى غاية 118 من قانون المدني الجزائري .

-بحيث يستلزم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ومعرفة من هي فئة المتعاقد والغير أي الفئة التي لا تشارك في الابرار كمفهوم أولي .

-للعقد اهمية في كل المجالات، خاصة المجال الاجتماعي وذلك ان الانسان اجتماعي بطبعه ولا يمكنه العيش لوحده، فهو يلجأ لغيره ،فمن تعريف العقد نجده التزام شخصين او اكثر على احدث اثار قانونية يحددها مسبقا في العقد لذلك اثاره كانت مقتصرة على اطرافه دون غيرهم ، ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني الجزائري (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، او للأسباب التي يقررها القانون) وما اكده القضاء الجزائري ايضا¹.

-و نفس الرأي اكده المشرع الفرنسي ايضا في المادة 1165 ، ولكن ما ان تبين للعقد ان له اثر اجتماعي وما قاله الفقيه carbonier العقد هو جسر ممتد نحو المستقبل لأنه يفرز وضعيات قانونية جديدة.

¹ قرار مع ع (من المقرر قانوني ان العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين او للأسباب التي يقررها القانون ومن المقرر ايضا ان اثبات الالتزام المتنازع فيه يقع على عاتق المتدعي به ، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هاذين المبدئين يعد خرقا للقانون وفقدانا للقاعدة القانونية الشرعية ، لما كان من الثابت في قضية الحال ان جهة الاستئناف التي الغت الحكم المستأنف والقضاء من جديد على الطاعنة ان تدفع للمطعون ضده تعويضات عن الأضرار الجسمانية والضرر اللاحق بسيارته ، بالرغم من عدم تحققها من تواجدها سند الالتزام دون ان تسعى الى تأويله طبقا للاحكام المادة 106 ق م فانهم بقضاءهم كما فلو خرقت القانون ولم يعتمدوا على قاعدة قانونية شرعية .

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه . قضية رقم 49174 بين (ش ج ت) و (ق ع) بتاريخ 17-06-1987 م ق سنة 1990، عدد3، ص 27.28.29.

و في قرار ثاني (قرار المحكمة العليا: اذا كان القانون قد عرف العقد بأنه شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين او للأسباب التي يقررها القانون فان القضاء بخلاف ذلك المبدأ يعد خرقا للقانون وتجاوز للسلطة
-اذا كان موضوع الطلب امام المجلس للفصل في قضية الطرد من السكن الذي يملكه المعتدي المدعي ، فان المجلس بفصله في صحة الايجار يربط المدعي بديوان السكن المعتدل الكراء الذي لم يكن طرفا في النزاع ، خرقا احكام القانون وارتكب هفوة تجاوز السلطة .
-و تأسيسا على ما تقدم يستوجب نقض القرار الذي قضى بالغاء الحكم المستأنف ومن جديد صرح بأن المدعي ليس له أي حق قانوني في السكن المتنازع عليه باعتباره ملكا للدولة . قضية رقم 29500 بين (ب س) و (ا ح) قرار بتاريخ 07-02-1983. غير منشور .

تتجاوز اطرافه لتشمل غيرهم من الاشخاص اللذين تجري عليهم احكام الالتزام العقدي دون ارادة منهم تصريحاً او تضميناً ، او تكسيهم حقوقاً ، فالعقد الذي بدا غريباً عن هؤلاء الاشخاص قد ينتج أثراً مقصوداً ينصرف الى هذا الأجنبي عنه ، ومن هذا المنطلق فان العقد لا يهم فقط اطرافه بل يهم ايضاً شخصاً اجنبياً عنه يسمى الغير .

-ان تحديد مصطلح الغير له امر بالغ الاهمية لكن نجد ان هناك فراغ في التقنين الجزائري بعدم تعريفه ومن ثم فان البحث في مفهومه يقودنا الى القانون الروماني القديم وكانت اول كلمة تخصه هو ALIIS -ونعني به كل شخص لا ينفعه الامر المتفق عليه بين شخصين آخرين ولا يضره وظهر مبدأ RE INTER ALIO ACTA NOCESSE PRODESSE ما يعني استبعاد الغير عن العلاقة التعاقدية التي تنشأ بين الطرفين وهو ما يعبر عنه اليوم بالنسبية العقدية او القوة الملزمة ، ووقف هذا المبدأ كحاجز ضد مبدأ نفاذ العقد لفترة طويلة وهذا الاخر يقضي باحترام الغير للحقوق الناتجة عن العقد دون تحمله بالتزاماته ، فالعقد كواقعة مادية يجب احترامها ولا يمكن استخدام نفاذ العقد كاستثناء عن مبدأ النسبية ، لان هذا هو اساس التخوف من ابرازه كمبدأ منذ البداية ، فمبدأ النفاذ يجب ضبطه من زاوية انه مكمل لمبدأ النسبية لأنه ضروري لاستمرار العقد ، فأهمية نسبية العقد لا تظهر الا في الاطار الداخلي اما في الاطار الخارجي فيستعمل المبدأ لاستبعاد اثار العقد بالنسبة للغير ، فهو يحتاج الى دعم ليكون له اثاره الخارجي الايجابي وهذا الدعم يحققه نفاذ العقد ولكن بشرط الا يستغل ذلك في الزام الغير والا كنا امام تداخل مبدأين .

فالتطبيق الضيق لمبدأ النسبية قد يؤدي الى استبعاد النفاذ كما يؤدي التطبيق الواسع للنفاذ الى ادخال استثناءات على مبدأ نسبية العقد ، فيجب تقبل فكرة ان المبدأين هما مكملين لبعضهما .
 ومنه فلا شك ان قيام العقد في عالم الوجود يفرض على الكافة واجبا سلبيا عاما يتمثل بالزامهم باحترام العقد والاثار الناتجة عنه ايا كانت هذه الاثار ، وهذا الواجب يجد سنده في مبدأ حجية العقد ، الذي يجعل من العقد متى كان مستوفيا لأركانه وشروطه حجة على الكل.

بحيث لا يجوز للغير اتخاذ طريق من شأنه ان يتعارض مع العقد وجعل الغير بطريقة او بأخرى يتدخل في هذه العلاقة القائمة بين الدائن والمدين ونتج عن هذا التدخل تعذر تنفيذ المدين لالتزامه الواجب التنفيذ، هنا تترتب مسؤولية الغير المدنية ذات طبيعة تقصيرية قوامها فكرة الخطأ الثابت وهو خطأ يتمثل في اخلال الغير بالواجب السلبي العام .

و لكن يصبح العقد في هذه الحالة ايضاً مصدراً للضرر الحاصل للغير، وان اثر العقد في الاصل يرجع الى عاقده دون غيره ممن هم خارجون عن دائرة التعاقد ، غير ان هذا الاصل يقيد به بأصل اخر وهو النهي عن الضرر بالغير مصداقاً لقول الله تعالى (ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين)¹.

وقوله عليه افضل الصلاة والسلام فيما رواه ابن عباس رضي الله عنهما (لا ضرر ولا ضرار)².

ومن هنا كان و لابد تجنباً للضرر من بيان حقوق الغير في العقد حتى لا تطغى عليها حقوق العاقدين وبالبحث عن هذه الحقوق في الفقه الاسلامي ، وفقه القانون المدني وجدناها متناثرة يعوزها الجمع والتصنيف ، فمبدأ النسبية يمثل حماية للغير في مجال الاثر الملم لعقد فهو يعتبر بمثابة القيد على حرية التعاقد بصد صيانة حرية الغير واستغلاله .

-أما مبدأ النفاذ فهده حماية مصلحة الاطراف والغير معا ، فالأطراف ملتزمون قبل الكل باحترام ما قررتهم ارادتهم كما ان الكافة ملتزمون ايضاً من جانبهم باحترام هذه الارادة .

- ومن هنا بدأ الفقه وحتى القضاء يشك في مسألة استقلال الغير عن العقد الذي اصبح يرى على انه واقعة مادية بالإضافة الى انه واقعة قانونية وايضاً وجدت حالات قام فيها الخطأ الثابت للغير ، والذي مس اطراف العلاقة التعاقدية فقامت المسؤولية التقصيرية للغير ، فظهر اتجاه يتحدث عن ازمة جديدة لم تقتصر على مفهوم الغير فقط بل على نظرية العقد ككل خاصة بظهور نظرية المجموعة العقدية . و تتمثل

¹ سورة البقرة من الاية 190.

² مسند الامام احمد بن حنبل 1/313 ط ، المكتب الاسلامي .

في ضرورة ان ينظم هذا العقد الى عقود اخرى في سبيل تحقيق عملية اقتصادية واحدة سواء كانت هذه العقود تساهم جميعا في تحقيق غاية مشتركة معه او انها شاركة في محل واحد .

هذا الواقع الجديد خلق كيانا قانونيا جديدا ومستقلا ، قائما بحد ذاته تستقر تحت ظله هذه المجموعة من العقود يتأثر اشخاصها بما يصدر من احدهم من اخلال بالتزاماته التعاقدية اذ يمتد الضرر الى اطراف العقود الاخرى نتيجة لذلك الارتباط ومن الوجهة القانونية التي تثيرها الحماية كوسيلة لجبر الضرر بعد وقوعه هو نظام المسؤولية أي التعويض عن الضرر والتي لم تعد كافية لتوفير الضمان للمتضرر خاصة ما يخص موضوع الاستهلاك ما جعل المشرع يتدخل جنائيا لتوفير حماية كافية للغير الضعيف المتضرر .

-حيث تعتبر دراسة موضوع حماية الغير غاية في الاهمية وذلك كونه في الاونة الاخيرة انتشرت طرق التعامل الحديثة من الناحية المالية والاقتصادية والتي تفرض تحديد الاشخاص المعنيين من جهة استفادتهم من اثار العقد وتحمل هذه الاثار ايضا، وأن معرفة أشخاص العقد من اطرافه الاصلية او من خلف او نائب او غير ، امر غاية في الاهمية حيث هذه المسألة تمس باستقرار المعاملات بين الافراد .

--و لعل ثاني اهمية هي تطور مبدأ حجية العقد وتداخلها بموضوع الغير ، فالعقد ينفذ في مواجهة الغير ويكون حجة عليه وايضا يجوز له ان يتمسك بواقعة العقد في مواجهة المتعاقدين.

فمبدأ حجية العقد يعني به احترام الواجب لهذا العقد ويلزم به الكافة ، فالأطراف هم من أنشأوا العقد و الغير لابد ان يكون طرفا متدخلا فيه ، اذ كيف يمكن المساواة بين الاصل وهم المتعاقدين والاستثناء وهو الغير الذي يبقى له دورا ثانويا.

لكن نجده اصبح في تطور ملحوظ فاصبح هو المنفذ الحقيقي احيانا للعقد ، اصبحت التفرقة بينه وبين الاطراف المتطورة في ظل تشابك العلاقات القانونية ، وعليه وجب علينا التركيز على مكانة ومركز الغير في العقد وكيف ان الغير يؤثر في العقد بكل فئاته سواء كان اجنبيا او خلف... الخ.

-ان الهدف من وراء هذه الرسالة ، هو ضبط مدلول مفهوم الغير كونه مستعمل كثيرا في النصوص القانونية لكننا لا نجد اثرا لحقيقة تلك الكلمة ، فمن المستحيل استخراج قاعدة عامة لأثر العقد اتجاه الغير ، ورغم تعدد التعاريف في الفقه واعتماد مصطلح الغير في العديد من المجالات فان من المؤكد منه ان العقد لا يلزم اساسا الا عاقديه الاصيلين او من هم في حكمهما او من يمثلهما كالنائب ،

وما جاءت به نص المادة 113 مدني جزائري (لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقا) تقابلها المادة 1121 من ق م فرنسي و التي جاء في مضمونها ان اثر العقد ينصرف الى الغير في نطاقه الضيق وهو الاستثناء الذي ورد في المادة 116 مدني جزائري تقابلها المادة 1165 مدني فرنسي المتمثلة في الاشتراط لمصلحة الغير .

-كما نجد ان البعض من الفقهاء حاولو تحديد من هو الغير عن طريق مركزه في العقد اذ يعتبر مركز الغير بالنسبة للعقد من صلب مفهوم الغير .

دراسة الاختلاف بين الفقهاء في تحديد من هو الغير وانقسامهم لعدة اتجاهات و الجدل القائم في تحديد مفهومه يكسي الموضوع اهمية بالغة ، خاصة وان المشرع لم يحدد مفهوما واضحا مما تطلب منا توضيح مفهوم الغير في العقد والابتعاد عن تعريفه الجامد ، بانه كل شخص ذو فعل سلبي عن العقد اجني خاصة وانه في ظل التطورات الاجتماعية والاقتصادية ، نجد ان الغير قد خرج عن موقفه الجامد واصبح عنصرا مؤثرا فيه رغم عدم ظهور تطور لارادته فيه .

-والهدف من هذه الدراسة ايضا هو لفت انتباه المشرع الى أن نصوص القانون المدني لا تزال بحاجة الى التعديلات التي تتوافق مع متطلبات العصر وتطور المعاملات العقدية المتشعبة الناتجة عن التطور التكنولوجي و تعقيدات التجارة الدولية .

تدور اشكالية البحث الأساسية حول: من هو الغير في العقد باعتباره اصبح يؤثر ويتأثر بالعقد. و ماهي الضمانات القانونية لحمايته ؟

تتفرع هذه الاشكالية الى مجموعة من الاسئلة التالية :

-كيف للغير ان يحظي بحماية تشريعية تؤهله ليكون عنصرا فعالا في عملية الاحتجاج ؟

-وماهي الاليات القانونية الموضوعة لحماية حقوقه من تعدي اطراف العقد عليها ؟

-ما مدى فعالية الوسائل القانونية المباشرة او غير المباشرة التي اتى بها المشرع والتي يعمل بها القضاء

ايضا في اطار حماية الغير ؟

-ان هذه التساؤلات تبين علاقة الغير بالعقد ودوره فيه و ما مدى تأثيره بهذه الاخيرة وكيف يكون مؤثرا

فيها ، و يبين دور مبدأ الاحتجاج بالعقد على الغير وللغير .

-من اجل الاحاطة بما تقدم من تساؤلات و محاولة الاجابة عنها ستتخذ دراستنا لهذا الموضوع اسلوب

المنهج المقارن سبيلا لمعالجة موضوعاته بين القانون المدني الجزائري والقانون الفرنسي ومختلف القوانين

العربية على رأسهم القانون المصري ، كما تتضمن الاشارة الى موقف القضاء في مواضع متعددة و المنهج

التحليلي في تحليل النصوص القانونية والمنهج التأصيلي في استقراء توجهات القضاء وعرض اراء الفقه

الفرنسي .

-لغرض ذلك ومن أجل تحقيق الهدف المنشود ارتأينا أن ندرس الغير فيما يخص القانون المدني وهو

المجال الخصب له كون الغير تاريخا ظهر في المنازعات العقدية المدنية وأيضا درايته في القانون التجاري لا

سيما عقد الشركة ، و حتى أنه ظهر في عدة عقود منها عقد العمل ، عقد التأمين ، العقد الاداري حيث

يعتبر الغير ذو موقف ايجابي في هذا المجال ، حيث منحه المشرع دعاوى للدفاع عن القانون وليس عن

نفسه فقط وذلك باخضاع الادارة لأحكامه ، و فضلا عن ذلك ، لم يقتصر مصطلح الغير على الاعمال

القانونية بل وجد تطبيقه أيضا في مجال الوقائع القانونية ، تحت مسمى المسؤولية عن فعل الغير .

-بعد التطرق الى مضمون موضوع الرسالة في جميع جوانبه في المقدمة ، ومن أجل الاجابة عن الاشكالية

و التساؤلات المرتبطة بها قمنا بتقسيم الرسالة الى بايين ، يختص الباب الأول ببيان مفهوم الغير تحت

عنوان الغير و الزامية العقد والذي يظم بدوره فصلين احدهما جاء بعنوان التأصيل القانوني للغير الى

الفصل الثاني تحت عنوان مضمون حماية الغير و الى الباب الثاني بعنوان: أحكام الحماية القانونية للغير و الذي بدوره قسم الى فصلين ، الفصل الأول بعنوان: التزام الغير اثناء تنفيذ العقد ، و الفصل الثاني بعنوان: الوسائل القانونية لتفعيل حماية الغير على ضوء بعض العقود و نظام المسؤولية.

و كان لابد لنا اخيرا في خاتمة هذه الرسالة أن نبين فيها اهم ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات حول موضوع البحث .

الباب الأول : الغير وإلزامية العقد

الباب الأول : الغير والزامية العقد

-مما لا شك فيه ان نظرية الالتزام هي نظرية بالغة الاهمية في جميع ميادين القانون، وليس القانون المدني فحسب وذلك انها تحتوي على قواعد ثابتة ومجردة فهي مرجع عام لكافة فروع القانون يعود اليها كل باحث في القانون سواء في اطار القانون الخاص او العام¹.

-فعند دراسة هذه النظرية أي الالتزام منطقيًا نتكلم على اثار العقد، لان نظرية الالتزام تحتوي على القواعد المتعلقة بتنظيم الالتزام بصفة عامة منذ نشوئه وحتى انقضائه مرورًا بالأحكام التي تلازم الالتزام طيلة فترة وجوده².

- كما أن هذه النظرية تعد اساسا لمعظم المعاملات المالية، و التصرفات القانونية لأنها تحدث تغييرات في ذمة الاشخاص، مثل ما نجده في عقود البيع والايجار والاعارة والرهن والوكالة... الخ، و التي تثقل كاهل الشخص لمصلحة شخص ثاني، ونجد في الجهة الاخرى قد يتدخل اشخاص من الغير فيتأثرون بهذه التصرفات سلبيًا ويجابيًا وهذه النظرية تعتبر حديثة في نشأتها وهي استثناء عن المبدأ (الغير لا يتأثر بالعقد)، مناطه ان الغير لا يمكن له ان يتأثر بإرادة غيره ومنه لا يلتزم بأثار هذه الارادة، أي العقد الذي لم يكن طرفًا فيه ولم تتبين ارادته الواضحة في ابرامه، فهو في حل منه ومن الالتزام الذي يتولد عنه، فالمتعاقدان والغير هما ضدان مقابلان، وفي المقابل العقد شريعة المتعاقدين الطرفان وهو قانونهما وهما خاضعان لمبدأ القوة الملزمة للعقد والغير هنا غير ملزم به لأنه طرف اجنبي³.

-سنقوم بدراسة هذه الاثار من خلال فصلين الفصل الأول (التأصيل القانوني للغير) والفصل الثاني (مضمون حماية الغير)

¹ امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2009، ص13.

² جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1991، ص 19 ومابعدها.

³ محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر، 2006، ص127.

الفصل الأول : التأصيل القانوني للغير

-المبدأ أن الالتزامات التعاقدية لا تلزم الا من كان طرفا في العقد ،فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم ، فأثار العقد تتمثل في اعمال مضمونه من مقتضيات واحكام لما لهذا العقد من قوة ملزمة ازاء طرفيه دون غيرهما .

-اذ ان المبدأ ،العقد لا يضر ولا ينفع الغير ،الا ان احتمال ارتباط المتعاقدين بصلة قرابة او مديونية لبعض الاشخاص قد يجعل نطاق اثار هذا العقد غير منحصر في هذين المتعاقدين فحسب بل تمتد الى الغير الا في بعض الحالات الاستثنائية المحدودة¹.

-فالغير في مفهومه التقليدي هو من لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا لاحد المتعاقدين لذلك سمي بالغير الاجنبي اصلا عن العقد فلا ينصرف اليه اثر العقد مادام بعيدا عن دائرة التعاقد وايضا لا يمكن ان يتصرف في العقد بمعنى ان العقد لا ينفعه ولا يضره ،أي أن الغير يكون غريب تماما عن العقد.

لكن ظهرت حالتان تعتبران استثناء عن المبدأ، وهو الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير والتي ستتم دراستهما لاحقا فهاتان الحالتان بهما يصبح للغير حق الانتفاع بالعقد رغم انه غير اجنبي تماما عن العقد².
-سوف نقوم بالتطرق الى التأصيل القانوني للغير وذلك عن طريق التطرق الى قاعدة العقد لاينفع ولا يضر الغير أي قاعدة النسبية وذلك في المبحث الأول تحت عنوان : استبعاد الغير عن العقد والى قاعدة النفاذ تحت عنوان امتداد اثار العقد الى الغير في المبحث الثاني.

¹ مصطفى مجدي هرجة،العقد المدني ،اركانه ،اثاره ،بطلانه ،دار محمود للنشر والتوزيع،مصر لسنة 2002،ص 12 .
² صبري حمد خاطر ،الغير عن العقد،الدار العلمية الدولية ، ودار الثقافة للنشر والتوزيع ،،مصر، ط1، لسنة 2001،ص 3.

المبحث الأول: استبعاد الغير عن العقد

-تظهر قوة العقد الملزمة من حيث اشخاصه بان المتعاقدين يلتزمان بالعقد المبرم دون غيرهما ، وهذا ما يعرف بمبدأ نسبية اثر العقد ، وكما ان أي شخص يبرم عقدا او تصرفا قانونيا يمس ماله حال حياته ويكون المتأثر به ، ولكن تبقى قوة العقد أي اثاره سارية حتى بعد موته فيخلف غيره ، وهنا يدخل اشخاص اخرين في دائرة التأثر بالعقد ، هم الخلف بنوعيه العام والخاص ، لكن هذا التأثر يكون بضوابط يحكمها القانون والعقد .

-كما انه يوجد نوع اخر من الاشخاص من يتأثرون بالعقد وهم دائنو المتعاقد ، فلهم ضمان عام على كافة اموال المدين ، والذين تكمن مصلحتهم بان يبقى المدين قادرا على سداد ديونهم والا تصبح ذمته المالية فارغة ، و منه يظهر ان اثر قوة العقد الملزمة تكون على عاقديه الاصيلين وعلى خلفهما (العام والخاص) وحتى الدائنين لكن بشروط معينة ، و خارج هذه الطوائف فيعتبر غيرا عن العقد ولا يتأثر به¹ .

-حيث يعتبر مبدأ سلطان الارادة نقطة انطلاق لمبدأ نسبية اثر العقد ، فالشخص لا يحمل غيره التزامات عقد قد ابرمه هو بل الغاية من ابرام العقد هو تحميل الشخص المبرم نفسه بالتزامات العقد ومن هنا يظهر مبدأ سلطان الارادة .

-فصحيح ان بعض الفقهاء يعرفون مبدأ النسبية بمبدأ سلطان الارادة ، لكن الاصول التاريخية لمبدأ نسبية العقد اسبق من مبدأ سلطان الارادة وذلك وفقا للقاعدة الرومانية RES INTER ACTA وذلك أن مبدأ نسبية آثار العقد تتصل بإرادة الشخص في رسم الحقوق والالتزامات لنفسه وللطرف الاخر وذلك وفقا لإرادتهما معا وبه تنصرف اثار عقدهما لهما فقط ، رغم كل هذا فنشأت الحقوق ومدى انتقالها للغير او عدم انتقالها لا يثير أي اشكال فلا يوجد شخص عاقل لا يقبل بانتقال الحقوق الى ذمته المالية² .

¹ عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، مكتبة النهضة ، مصر ، لسنة 1984 ، ص 495.

² محمد عبد الله شريف النعيبي ، الالتزامات والحقوق التي يرتبها العقد الاداري تجاه الغير ، رسالة ماجستير ، جامعة الدول العربية ، مصر ، 2012 ، ص 44.

-على عكس الالتزامات الشخصية فيما يخص انتقالها الى الخلف العام الورثة والى الخلف الخاص ،فهذه المسألة لها صدق واسع خاصة فيما يخص التشريع الاسلامي كمسألة الارث¹.

-ان اثار العقد تتمثل في اعمال مضمونه من مقتضيات واحكام لهذا العقد من قوة ملزمة ازاء طرفيه دون غيرهما ،فمفهوم مبدأ النسبية، ان العقد لا يضر ولا ينفع الغير ،الا انه كما سبق بيانه ان احتمال ارتباط المتعاقدين بصلة القرابة او المديونية ببعض الاشخاص قد يجعل نطاق اثار العقد غير منحصر في هذين المتعاقدين فحسب بل تمتد الى الغير، بالطبع الا في بعض الحالات الاستثنائية المحدودة ،لذلك كان علينا ان نتطرق الى مفهوم الطرف قبل مفهوم الغير .

المطلب الأول : مبدأ نسبية اثار العقد

-لكي نتمكن من تبيان مفهوم الطرف كان علينا ان نبين مدى انصراف اثار العقد اليه والى خلفه ودائنيه العاديين.

الفرع الأول : تحديد مفهوم الطرف

-سوف نقوم بتحديد مفهومه عن طريق تعريفه والتطرق الى مراحل تطور هذه التعاريف كالآتي:

أولاً : تعريف الطرف

-هناك من الفقهاء من عرف الطرف وفق تقسيمه لتعريف شكلي وتعريف موضوعي ،فشكليا هو كل من ساهم بإرادته في ابرام تصرف قانوني وقد يكون هذا الابرام شكليا بحيث لا تنصرف الى ذمته اثار العقد مثاله الوكيل والنائب والوصي ،فرغم انه هو من قام بابرام العقد لكن الاثار لا تنصرف الى الطرف بالمفهوم الموضوعي رغم انه قد يكون هذا الاخير ليس هو من ابرم العقد².

ولعل أفضل مثال له، في موضوع النيابة فان اثار العقد تنصرف الى الاصيل رغم ان من قام بابرام او الاسهام في تكوين عملية التعاقد هو النائب وان التعاقد قام على رضا الاصيل في عملية التعاقد .

¹ مروان كركبي ،مبدأ المفعول النسبي في اطار مجموعة العقود رسالة (دبلوم).الجامعة اللبنانية. كلية الحقوق والعلوم السياسية والادارية بيروت ،2001،ص143.

² محمد حسن منصور ،النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام ،الدار العربية للنشر والتوزيع ،مصر ،ص،321.و. فيصل زكي عبد الواحد المسؤولية المدنية في اطار الاسرة العقدية ،دار النهضة للنشر، مصر ،لسنة1996.ص3.

-لكن في هذا المفهوم لا يمنع من القول بان النائب هو طرف شكليا لانه قام بابرام التعاقد في حين ان اثار مثل هذا التعاقد تنصرف الى الطرف بمفهومه الموضوعي¹.

وايضا لو ان الشخص الذي تم التعاقد باسمه قد اعرب عن رضائه بعد التعاقد بانصراف اثار العقد اليه فان هذا يكون رضاء جديدا زود به العقد ويصبح بذلك طرفا في الاثر المترتب على التعاقد في حين ان النائب والذي يعد طرفا بالمفهوم الشكلي ويعد في ذات الوقت طرفا متأخرا في العقد الذي اجراه .

-نجد ان المشرع الجزائري ضمينا قد افترض ان النائب هو طرف بالمفهوم الشكلي وذلك من خلال ابرامه للعقد بصفته نائبا ،ولكن نظرا لان الاثر المباشر للنيابة يقتضي ان يكون الغير قد تعامل ايضا باسم الاصيل ،و يشترط ان يكون الغير قد تعاقد وهو عالم او من المفترض ان يكون عالما انه يتعاقد مع النائب وبمفهوم اخر وجود نية مشتركة بين الغير الذي تعاقد مع النائب بانصراف اثار العقد الى الاصيل.

وهو الطرف في المفهوم الموضوعي، وفي الجهة المعاكسة ،لو ان الغير كانت نيته التعاقد مع النائب بصفته هو الاصيل وان الظروف افادة بذلك ، فان الامر سوف يتوقف على نية الغير أي هل يقصد التعاقد مع النائب ام مع الاصيل ،فلو ثبت انه قصد التعاقد مع الوكيل فان اثار العقد لا يضاف الى الموكل نظرا لعدم توافر النية المشتركة لدى المتعاقدين لإضافة الاثر الاخير².

-اما التعريف الموضوعي للطرف فهو من تنصرف اثار التصرف القانوني له رغم عدم المساهمة في ابرام تلك التصرفات القانونية ولعل مثاله هو القاصر في حالة الولاية على المال فان الاثار تنصرف الى ذمة القاصر ،و الوصي يعتبر هو الطرف بالمفهوم الشكلي³.

¹ فيصل زكي عبد الواحد، اثار عدم اعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد، وفقا للقانون الكويتي والمصري، لجنة التأليف والتعريب جامعة الكويت، سنة 1997، ص 247.

² بسام حسين محمد حسين، مفهوم الغير في اطار الروابط القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس كلية الحقوق، القاهرة 2010، ص 102.

³ شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية، الجزء الأول، أطرف الالتزام، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، لسنة 1936، ص 161.

-لقد ذهب جانب من الفقه الى ان الطرف لا بد ان يكون عاقدا او على ذلك فان اثار العقد تقتصر فقط على العاقدين ولا تتعداهم الى الغير اما اذا انصرفت الى الغير حتى وان كان اصيلا فان ذلك يعد استثناء¹.

-و يوجد تقسيم اخر لمفهوم الطرف وذلك بالمفهوم التقليدي والمفهوم الحديث ، فبظهور نظرية المجموعة العقدية² ، قد اثر بشكل او بأخر على مفهوم الطرف في العقد ، حيث حاول انصار هذه النظرية تطوير المفهوم التقليدي للطرف في العقد ، من خلال توسيع هذا المفهوم ليشمل فئة من الاشخاص كان الفقه التقليدي يعدهم من الغير ومن اجل تحديد مفهوم الطرف وفق الاتجاه التقليدي يوجد عدة تعاريف للطرف في المفهوم التقليدي له ومن هذه التعاريف من يركز على معيار الارادة كأساس للتعريف فعرف الطرف بأنه كل من يساهم في العقد لأنه يريد ذلك ويعرف أيضاً الاطراف في العقد هم من ينشأ العقد بموجب اتفاق ارادتهم .

-ويلاحظ في هذين التعريفين أن مساهمة الشخص بإرادته غير كاف لإضفاء صفة الطرف ، مثاله النائب الذي يقوم بإبرام العقد – أي يساهم في تكوينه- دون أن يكون طرفاً فيه ، لذلك تم تعريفه هو من يباشر العقد بنفسه ولا يشترط ان يوقع بنفسه مادام الموقع ممثلاً له³.

¹ هذا الفكر متأثر بالمفهوم الموضوعي ويعظم دور الارادة من ناحية ، و اذا تعددت اطراف العلاقة وكانت ارادة الاصيل وارادة النائب وارادة الغير من حيث انتقال اثار العقد ، فتكون ارادة الغير هي المحددة لها فلو قصد الغير او علم الغير ان الذي تعاقد معه هو الوكيل انصرفت اثار العقد الى الوكيل وايضا لو علم انه الموكل فتتنصرف الى الاصيل ، فيصل عبد الواحد ، اثار عدم اعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد المرجع السابق ، ص 253.

² ان وجود أي نظام قانوني يستلزم وجود مشكلة واقعية حتمتها الحياة نتج عنها مصاعب قانونية مما يؤدي الى وجود نظام قانوني يقوم بحل تلك المشكلات ، فالمجموعة العقدية وجدت من الناحية الفعلية بوجود العقود التي كونت المجموعة العقدية ، فعرفها الاستاذ فيصل زكي عبد الوهاب في كتابه ، المسؤولية المدنية في اطار الاسرة العقدية (هي مجموعة الاشخاص الذين يساهمون في تكوين تصرفات قانونية متعاقبة على مال واحد او --مترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك)، و في تعريف اخر (هي مجموعة من العقود تنصب على شئ واحد بتتابع اثار العقود بدءا من المالك او المنتج وصولا الى المستهلك) حمدي عبد الرحمان ، شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية والشريعة الاسلامية ، مطبعة دار المعارف بمصر ، 1916، ص 109.

وعرفها اخرون (هي مجموعة العقود تتابع وترد على محل واحد وان كان اطرافها مختلفين ، د عبد الحميد عثمان الخفناوي ، المسؤولية المدنية للمقاول من الباطن ، ط 1، ص 112، وفي تعريف اخر (هي ارتباط عدة عقود مستقلة بوحدة الغاية والهدف) ، مصطفى عبد السيد الجارحي فسح العقد ، دار المعارف ، مصر ، 2001، ص 30.

وفي تعريف اخر (المجموعة العقدية هي مجموعة من العقود ارتبطت بتعاقبها على مال واحد او بتحقيقها لهدف مشترك دون اتحاد اطرافها عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، رج 1، ص 57.

³ Teyssie (B.): Les groupes de contrats. thèse dactylé, L.G.D.J, Paris, 1975. n15, p8, et suite

وطرح تعريفاً آخر لمفهوم الطرف، إذ عرف بأنه من ينصرف إليه أثر العقد والمعنى المتقدم لمفهوم الطرف سار عليه أغلب الفقه المصري والعراقي¹.

-لا يوجد تعريف صريح لمعنى الطرف في هذا التعريف الجامع غير المانع، وذلك ان الشخص قد يناله اثر العقد دون ان يكون طرفا فيه وقيل في الاخير ان الطرف في العقد ليس هو من يناله اثر العقد وحسب انما الذي يعبر العقد عن مصلحة ذاتية له متميزة عن غيرها².

وعرف ايضا "من يعبر بالتصرف عن مصلحة ذاتية قانونية ومباشرة فيتأثر بأحكامها³.

-ويلاحظ على هذين التعريفين أنهما يذكران عنصر تناقض المصلحة مع غيرها في تحديد مفهوم الطرف في العقد ومن ثم فلا توجد الا مصطلحتان متناقضتان في العقد.

- حيث أن هذان التعريفان يبدوان سليمان إذا اقتصرنا على الفروض التي تعرض لها صاحبي التعريفين، كالعقد المبرم من القاصر مع الغير بإذن وليه إذ لا يوجد فيه سوى مصطلحتين متناقضتين المصلحة التي يمثلها الولي والقاصر من ناحية، ومصصلحة المتعاقد مع القاصر من ناحية أخرى وان كان هناك أشخاص ثلاثة (القاصر، الولي، الغير).

-لكن الامر لن يكون كذلك إذا امتد العقد بموجب عملية قانونية إلى شخص ثالث في فروض أخرى كالتجديد بتغيير الدائن او الانابة في الوفاء، فالمصلحة ليست هي التي تحدد معيار العقد كما نحسب أن هذا المفهوم سيبعد طائفة من العقود نظرا لعدم تضمينها مصالح متناقضة كعقد الشركة.

ثانيا: توسيع المفهوم التقليدي للطرف وفقا لمجموعة العقدية :

-يرى أصحاب نظرية المجموعة العقدية ، أن نظرية الطرف يجب أن تتسع لتشمل إلى جانب معنى الطرفين في عقد واحد، معنى الأطراف في عقدين متميزين يشكلان مجموعة واحدة، معنى ذلك أن الطرف سيضم فئتين، أولهما الطرفين المتعاقدين في عقد واحد.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، منشورات الحلبي للنشر والتوزيع، المجلد 1، ج 1، ص 50.

² هاربان سعيد احمد، حماية الغير في قانون المرافعات، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، مصر، القاهرة، 2013، ص 13.
محمد عبد المالك محسن الجبشي، النظام القانوني لفسخ العقد في اطار المجموعة العقدية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق سنة 2006، ص 125.

وتتضمن الثانية الاطراف المتعاقدة في مجموعة عقدية واحدة ، إذ يرى Teyslié أنه إذا نشأت مجموعة عقدية، فمن الجائز التساؤل فيما إذا كان هذا الانشاء ينعكس على ظهور علاقات عقدية بين أشخاص لم تربطهم علاقة عقدية مباشرة ، فإذا تأكد وجود هذه العلاقات العقدية بينهم فهذا يعني أن ثمة تعدي قد حصل لمفهوم مبدأ نسبية أثر العقد ومفهوم الغير، وهذا التعديل يتمثل في أن الأطراف في المجموعة العقدية ليسوا من فئة الغير بالمعنى التقليدي¹.

مادام كل طرف من أطراف هذه المجموعة له الحق بالرجوع على بعضهم البعض بدعوى عقدية لا يمارسها سوى أطراف العقد بالمعنى التقليدي، ومن ثم فإن الشخص سيجرد من وصف الغير إذا كان طرفاً في مجموعة عقدية بالنسبة لكل عقد من عقود المجموعة العقدية ، طالما كان طرفاً في عقد يناظر باقي عقود المجموعة من حيث المحل أو السبب ، لذلك فإن المجموعة العقدية تصلح كأساس تتقرر بموجبه دعاوى عقدية مباشرة ومتبادلة بين المتعاقدين، وباعتبارها مصدراً مباشراً لدعاوى عقدية على هذا النحو، فإن وجود المجموعة العقدية يؤدي بذاته إلى خلق نسيج عقدي متماسك ومرتبطة فإذا كان المشتري الثاني له أن يرجع مباشرة بالضمان على البائع الأصلي، وكذلك لمشتري العقار أن يرجع بالضمان على المقاول الذي كان البائع قد تعاقد معه، كما أن للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجرين من الباطن يطالبهم بمقتضاها بالأجرة المستحقة في ذمتهم حسب نص المادة 507 فقرة أولى مدني جزائري².

-يرى احد الفقهاء أن الاعتراف بهذه الدعاوى المباشرة إنما يفسر قيام علاقات من طبيعة عقدية بين أطراف المجموعة الواحدة، ولما كانت هذه العلاقات مرتبطة بوجود المجموعة ذاتها ولا تنفصل عنها، فإنه تبعاً لذلك ينبغي مواصلة الطريق في الاتجاه ذاته، مما يسمح للمجموعة العقدية ان تستجمع اثارها كاملة بحيث لا يقتصر دورها على إنشاء دعاوى مباشرة للضمان أو للمطالبة بالوفاء وانما يمتد ليشمل أي دعوى عقدية تتعلق بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن أي عقد يقع ضمن هذه المجموعة، بما في ذلك دعوى المسؤولية الناتجة عن الإخلال بهذه الالتزامات، بحيث تكون تلك الدعاوى من طبيعة عقدية تقصيرية³.

¹ محمد عبد المالك محسن الحبشي ، النظام القانوني لفسخ العقد في اطار المجموعة العقدية المرجع السابق، ص149.

² المرجع نفسه ، ص137.

³ نزيه المهدي ، نظرات في الاستخلاف الخاص ، مذكرات مطبوعة على الآلة الكاتبة ، جامعة القاهرة ، ص44.

ونخلص مما تقدم، أن معنى الطرف في المجموعة العقدية هو معنى واسع على نحو يمد صفة الطرف إلى أشخاص مازال التشريع والفكر القانوني مستقر على اعتبارهم أغياراً على العقد.

وهذا ما دفع أحدهم إلى القول أن واضعو نظرية المجموعة العقدية قد وضعوا بذرة هدمها بدلاً من تركها تترعرع وتكون علامة بارزة في تطور نظرية العقد ذاتها، إذ لاحظ صاحب هذا القول أنه لا يمكن إسباغ صفة الطرف على شخص لم يكن في الحقيقة طرفاً في العقد وإنما طرفاً في المجموعة العقدية فالمجموعة بحد ذاتها ليست عقداً تبرر صفة الطرف إضفاء صفة الطرف على أي شخص كان طرفاً فيها، فالعقد يستلزم أركاناً جوهرية لانعقاده فمن ساهم بإرادته في العقد من خلال استيفاء أركان العقد وشروطه أصبح طرفاً فيه¹.

-ثالثاً: مفهوم الطرف وفقاً للاتجاه الحديث

-ان تحديد مفهوم الطرف وفق الاتجاه الحديث إنما جاء عقب انتقادات جوهرية وجهها الفقه الحديث لنظرية المجموعة العقدية، وما حملته من مفهوم للطرف في العقد، سوف نقوم بذكر تلك الانتقادات:

1- انتقادات الفقه الحديث لنظرية المجموعة العقدية:

-لقد قام الفقيه GHESTIN بوضع مجموعة من الانتقادات كونه اعتبر من أكبر المعارضين لهذه النظرية وكانت حجته أنها ليست ذات أساس دقيق وتتسم بالغموض وعدم الوضوح وكانت انتقاداته تدور حول نقطتين أساسيتين أولها الجانب المتعلق بالاقتصاد، فإذا كان النجاح الذي القته نظرية المجموعة العقدية يعود القسم الأكبر فيه إلى واقعيتها الاقتصادية².

- ومن ثم بينت هذه النظرية على أساس اقتصادي، فإن هذا الأساس غير دقيق لأنه من غير المنطقي أن تكون الأحداث الاقتصادية هي التي تحدد مسار ومضمون التطورات القانونية، إذ لا يمكن أن يقلص دور القانون وطبيعته لكي يصبح مجرد علم يسجل الظواهر الاقتصادية، هذا من جهة ومن جهة أخرى يصعب القول أن ظهور نظرية الدعوى غير المباشرة كان مجرد محاكاة وترجمة لواقع اقتصادي معقد.

¹ نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالأعلام، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني، السنة الخامسة، ص47.

² Larroumet.C l effet relative des contrats et la negation d une action necessairement contractuelle dans les ensembles contractuels .J.C.P.1991.1p 3531.

ومتشابه، او يعكس قيام روابط عقدية فيما يسمى بمجموعات العقود، لان معظم الدعاوى المباشرة انما ترتبت حتى في اطار هذه المجموعة العقدية الى زمن بعيد دون ان يدور في الذهن عند تقريرها ان يكون من شأنها هدم المفهوم الفردي للعقد.

و ثانيا: ان هذه النظرية اتت في مفهومها بتشويه معنى المحل والسبب وذلك ان السلسلة العقدية وهي التي ترد على محل اداء واحد¹.

-ومجموعة السلسلة العقدية بدورها تنقسم إلى صورتين، الأولى: السلسلة العقدية والمتشكلة بواسطة الضم، وهذه الصورة الثانوية قد تكون متجانسة، وفيها تكون العقود المتعددة داخل المجموعة الواردة على محل أداء واحد، من طبيعة واحدة، وتتمثل في عقود البيع المتتابعة على ذات المبيع، وقد تكون غير متجانسة، وفيها تكون العقود المتعددة داخل المجموعة الواردة على محل أداء واحد، من طبيعة مختلفة، ويمكن تمثيلها في أن يكون الشيء الواحد محل عقد مقاوله ونقل وبيع، وتمتاز السلسلة العقدية المتشكلة بواسطة الضم، أن العقود فيها لها تعاقب زمني على ذات المحل من حيث الإبرام والتنفيذ، فيكون لكل عقد منها الحق في نشأته على إبرام وتنفيذ عقد يسبقه.

أما الصورة الثانية، فهي السلسلة العقدية المتفرعة، كالعقد من الباطن، فالمحل -محل الأداء- في العقد الثاني -العقد من الباطن- متفرع من المحل -محل الأداء- في العقد الأول -العقد الأصلي-، وما يميز هذه الصورة من الصورة السابقة أن العقود في هذه المجموعة تتعاقب من حيث إبرامها فقط،

وليس من حيث تنفيذها فالعقد الثاني وان جاء إبرامه بصورة لاحقة للعقد الأول، إلا أنه لا يضع نهاية له، لذلك فإن العقدين يتعاقبان في الإنشاء، ولكنهما يتزامنان في التنفيذ².

¹ جليل حسن الساعدي، محمد عبد الوهاب، المفهوم الحديث للطرف في العقد، المرجع السابق، ص 7، فيصل زكي عبد الوهاب، المسؤولية المدنية في اطار الاسرة العقدية، دار الثقافة الجامعية، مصر لسنة 1992/1991، ص 141.

Et tyssie b .op cit .n 69 et s p 390

² Delebeauce*ph*la notion de groupe de contrat.quels criteres.C.D.E.1989.n4.p25 ets.

الصورة الثانية: التجمع العقدي أو الائتلاف العقدي إن العقود في هذه المجموعة تتركز أو تجتمع على هدف أو غاية واحدة، تربط فيما بينها، فهي عقود متعددة تشترك في تحقيق هدف واحد رغم اختلاف أطرافها، فتشكل بذلك تجمعاً عقدياً متناسقاً، فالعقود في هذه المجموعة يجمعها وحدة السبب.

إلا أن المقصود بالسبب هنا ليس السبب بمعناه التقليدي، أي الغرض المباشر الذي يتوخى المتعاقد تحقيقه وإنما السبب بمعنى الغاية الاقتصادية والتي تترجم إلى غاية قانونية في المجموعة العقدية، وهذه الغاية هي التي تخلق الرابطة بين العقود في هذه المجموعة.

ولهذا فإن كل عقد داخل المجموعة وإن كان له هدف خاص يقصد طرفاه تحقيقه مباشرة، فهو يساهم في تحقيق أهداف أخرى بعيدة، تشكل السبب الحقيقي لوجوده، فبالنسبة للمحل يرى (Ghestin) أن تشويهاً قد طاله في صورة السلسلة العقدية غير المتجانسة والتي تتعاقب فيها عقود ذات طبيعة قانونية مختلفة على شيء واحد، فوحدة المحل غير موجودة بين عقود هذه السلسلة؛ لتنوع الاداءات وتفرقتها بين صانع ومقاوم وبائع وناقل¹.

إلا إذا قلنا أن الأداء الأساسي لكل العقود المتقدمة يستند في النهاية على تسليم شيء مصنوع ولصاحب العمل المستقل، في حين أن هذا الأداء لا يشكل سوى أداء ثانوي، كما أن وحدة المحل غير كافية لإسباغ صفة الطرف، فالقانون عندما يمنح الدعوى المباشرة، فإن حائزها لا يمنح صفة الطرف، ولو كان هناك وحدة في المحل².

- أي بمعنى آخر، أن المقاوم من الباطن عندما يرفع الدعوى مباشرة على رب العمل، فإنه لا يكتب صفة الطرف، على الرغم من أن محل الأداء في عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن واحد.

أما فيما يتعلق بالسبب، فإن مؤسس مجموعة تجمع العقود أو الائتلاف العقدي يهدف بالتأكيد إلى إنجاز مشروع اقتصادي معين³.

¹ جاك غستان بالتعاون مع كريستوف جامان ومارك بيو، المطول في القانون المدني مفاعيل العقد واثاره، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط2، 1429هـ، 2008م، ص931-938.

² Larroumet C.Ktop.cit.p 3531.

³ جاك غستان، كريستوف جامان ومارك بيتو، المرجع السابق، ص933.

ولكن لا شيء يؤكد أن باقي المشتركين في هذا التجمع العقدي يستهدفون نفس الغرض وبنفس الدرجة، فهؤلاء لا يجمعهم هدف مشترك على صعيد مفهوم السبب فكلاهما لا يستهدف في الواقع سوى تنفيذ الأداء المطلوب منه، وهذا الأداء هو سبب اشتراكه في هذا التجمع العقدي¹.

2- إنكار قاعدة الأثر النسبي للعقد:

- يبدو أن أصحاب نظرية المجموعة العقدية من حيث الظاهر من أنصار قاعدة الأثر النسبي للعقد، على اعتبار أنهم لا يرفضون سوى المفهوم الفردي للأثر النسبي للعقد، إذ أن أثر العقد لا يقتصر، حسب رأيهم على أطراف العقد الواحد وحسب وإنما يمتد إلى خارج العقد لكل أطراف المجموعة العقدية ولكن فيما عدا ذلك يبقى الأثر النسبي للعقد قائم، أي أن الغير في نظرهم، لا يوجد خارج العقد، وإنما خارج المجموعة العقدية لكن في الحقيقة أن امتداد أثر العقد خارج دائرة أطراف العقد إلى أطراف المجموعة العقدية، على اعتبار أنهم ليسوا غيرا².

- من خصائص المجموعة العقدية أنها تقسم الدعاوى المباشرة بحيث يرى المنادون بها بوجود التفريق بين الدعاوى المباشرة الداخلة في المجموعة العقدية، و تلك الدعاوى غير الداخلة فيها، فالأولى لا يحتاج منحها أي نص تشريعي، و ذلك أنها لا تخالف الأثر النسبي للعقد، و من له الحق في هذه الدعوى هو الطرف وليس الغير³.

- لذلك يمكن ان تسمى بالدعاوى المباشرة غير التامة، في حين ان الدعاوى المباشرة خارج المجموعة العقدية لا تمنح الا بموجب نص تشريعي، لان فيها خروجاً على مبدأ الأثر النسبي للعقد ويرى ghestin ان هذه التفرقة بين الدعاوى غير صحيح من الناحية التاريخية.

¹ جاك غستان، كريستوف جامان ومارك بيتو، المطول في القانون المدني، المرجع السابق، ص 933.

² أن هذا الرأي هو منافي للارتباط الوثيق بين المادة 1165 من القانون الفرنسي والمادة 1134 من نفس القانون وذلك من خلال مدها لصفة الطرف الى شخص لم يشترك في ابرام جميع عقود المجموعة وليس له سلطة تعديلها او الغائها بحيث نصت المادة 1165 مدني فرنسي على مفهوم الطرف الحديث، جليل حسن الساعدي، محمد عبد الوهاب، المفهوم الحديث للطرف، المرجع السابق، ص 7.

³ TEYSSIE B .OP. CIT.N56 .P 280.

فالقضاء الفرنسي منح دعوى مباشرة تامة دون الاستناد الى نص تشريعي، و منها الدعوى المباشرة الممنوحة للمضورر ضد شخص المؤمن، و الذي ابرم عقد التأمين على مسؤولية الشخص محدث الضرر¹.

-كما ان الحلول التي اتت بها هذه النظرية تستبعد تطبيق احكام المسؤولية التقصيرية في اطار المجموعات العقدية، دون ان يكون هناك نظام قانوني في المقابل خاصة بشأن المسؤولية العقدية التي يتوجب تطبيقها في هذه الحالة، فأصحاب نظرية المجموعة العقدية يرون ان الدائن في المجموعة له حق الرجوع مباشرة على المدين المسؤول بقدر حقوقه وفي حدود التزام هذا المدين، و نجد ان اعمال هذا القيد المزدوج يثير تساؤلات عدة تؤكد عدم جدوى هذه النظرية ولقد اثبتت هذه التساؤلات في مجال الانشاءات العقارية و ذلك بمناسبة تطبيق قواعد الضمان القانوني الذي يقع على عاتق مقاولي البناء تجاه مالك المشروع بموجب القانون الفرنسي الخاص بالمسؤولية والتأمين في مجال البناء رقم 78-12 الصادر في 4 كانون الثاني 1978، فهذا القانون يستبعد المقاول من الباطن من نطاق تطبيقه عندما يكون صانعا مكونات او جزء البناء فلو قلنا ان المقاول من الباطن واستنادا الى نظرية المجموعة العقدية يمكنه الانتفاع من العقد المبرم بين المقاول الاصلي وصاحب العمل المستقل باعتباره طرفا فيه، فهذا يعني انه اصبح مشمولاً بنطاق القانون المذكور².

-أي ان القانون المذكور لم يمنح المقاول من الباطن دعوى مباشرة تجاه رب العمل، الا اذا كان صانعا لمكونات البناء لكن بموجب نظرية المجموعة العقدية سيكون بإمكانه ذلك.

-كانت هي تلك الانتقادات التي وجهها الفقيه غستان للمجموعة العقدية وتحت اثر ذلك اصبح هناك مفهوم حديث للطرف في العقد، حيث رفض هذا الاستاذ التفرقة التقليدية بين اطراف العقد والغير و يرى ضرورة توسيع مفهوم الطرف.

1 اتى في ذلك قرار نقض مدني مؤرخ في 12 تموز 1911. مذكور في جاك غستان كريستوف جامان 433 p 316 NEret j op cit

2 جليل حسن الساعدي، محمد عبد الوهاب، المفهوم الحديث للطرف، المرجع السابق، ص10.

فهذا الأخير لا ينصرف الى من قام بإبرام العقد وحسب وانما ينصرف فضلا عن ذلك الى كل او بعض الاشخاص اللذين لم يقوموا بإبرام العقد وحسب، الا انهم مرتبطون رغم ذلك بأثاره الملزمة ، لكنه لا يسلم بإضفاء صفة الطرف على كل من يخضع لأثر العقد حيث ان للإرادة دورا جوهريا باعتبارها عنصرا منشئا ومميزا للالتزام مقارنة بمصادر الالتزام الأخرى¹.

-لذلك فان الاستاذ GHESTIN يضيفي صفة الطرف على أي شخص متى ما توافر فيه شرطان ،

-اولهما :ان يتحمل اثارا من اثار العقد ، و ثانيهما :ان يكون قد عبر عن ارادته من اجل انشاء هذا الأثر القانوني ، لذا فهو يقسم اطراف العقد الى صنفين ، صنف الأطراف المتعاقدة ، و هم اللذين عبرو عن ارادتهم بعد انشاء العقد ، وهم يعرفون بالأطراف المنضمين ، وهذا يعني ان الطرف يثبت لكافة الأشخاص اللذين ارتبطوا بذلك.

- يعرف الاستاذ GHESTIN الطرف بأنه (كل شخص ارتبط برضائه الفعلي ايا كان شكل هذا الارتباط وتوقيتته بالأثار الملزمة للعقد ، فالطرف في العقد هو من يعبر عن ارادته من اجل الارتباط بالعقد)².

فمادامت ارادة الارتباط موجودة ، فليس من المهم بعد ذلك تحديد الوقت الذي ارتبطت به هذه الارادة بالعقد ، اما الغير عن العقد فهو كل شخص لم يعبر عن ارادته مطلقا³.

ولكن الغير ليس نوعا واحدا بل هو صنفان ، الغير المرتبط بالعقد ، وهو الملتزم بأثار العقد بموجب القانون ، ويدخل ضمن هذا الصنف كل الأعيار اللذين يثبت لهم حق استعمال الدعوى المباشرة على مدين مدينهم ، و الغير المطلق وهو الذي لا يسري بحقه اثر العقد و انما هو فقط ملزم باحترام العقد باعتباره حجة عليه)⁴.

¹ GHESTIN.j.la distinction entre les parties et les tieres au contrat .j.c.p.ed.g.1992.n3628.p517a 523.

² Mestre*j* les principes de l effet relative et de sa relativite.1988on10.p125.

نقلا عن.محمد حسين عبد العال،نسؤولية المتعاقد اتجاه الغير في اطار المجموعة العقدية،دار النهضة العربية ،القاهرة،2006،ص 37 .

³ Mestre*j* les principes de l effet relative et de sa relativite.op cit.p123.

⁴ GHESTIN.J .INTRODUCTION REPORT FRANÇAIS .INFONTAINE.M.ET GHESTIN J.LES EFFET DU CONTRAT A LEGARD DES TIERS.COMPARAISON FRANCO-BELGES.BIBLIOTHEQUE DE DROIT PRIVEE.T227.L.G.D.J.PARIS 1992.P27.

-ان تحديد معنى الطرف وفق المفهوم المتقدم كان محل انتقاد من قبل الأستاذ AUBERT حيث عارض رأي الأستاذ GHestin في توسيعه لمعيار الارادة من خلال اضافة معيار تحمل اثار العقد من اجل تحديد مفهوم الطرف ، ومن ثم تمييزه عن الغير ، و معارضة الاستاذ AUBERT¹ قد توزعت بين انتقادات منهجية واخرى موضوعية متعلقة بمضمون مفهوم الطرف².

فمن الانتقادات المنهجية ان هذا المفهوم لا ينهي الغموض الذي يطرحه التمييز التقليدي الذي يعتمد على التقارب بين مبدأ نسبية اثر العقد بمبدأ حجية العقد ،فتتم مقابلة الأشخاص الملتزمين بالعقد بالأشخاص غير الملتزمين به ،الذين يخضعون لمبدأ حجية العقد ،لأن كل من المتعاقدين والخلف والدائنين وطائفة من الغير ملزمون بأثر العقد ،و تبقى طائفة من الغير لا يلتزمون بأثره وانما يخضعون لما يسمى بحجيته ،وهذا الأمر قد أوجد طائفة الخلف والدائنين ،في حين أن المفهوم الذي يطرحه الأستاذ GHESTIN الذي يقسم بموجبه الطرف الى طرف متعاقد واخر مرتبط ،و الغير الى غير مرتبط واخر مطلق ،لن يزيل الغموض الذي يكتنف الطائفة التي يتأرجح مركزها القانوني بين مركز الطرف ومركز الغير ، ومن ثم فان التمييز الجديد الذي يطرحه الأستاذ GHESTIN ليس له اهمية³.

فهو لا يرفع الغموض الذي يكتنف التمييز التقليدي بين الطرف والغير ،فضلا عن انه لا يقتصر اثار العقد على المتعاقدين انما يوزعها بين الأطراف والغير المرتبطين .

-اما من الناحية الموضوعية يظهر ان المفهوم الذي وضعه⁴ ghestin ،لاظهار الطرف والذي اسسه على نظرية مبدأ سلطان الارادة فقد اصبح غير مجدي ، ، ذلك لانه لم يعد يساير نظرية العقد لان القوة الملزمة للعقد لم تعد مستندة الى مبدأ سلطان الارادة فقط ،بل الى مبدأ المنفعة الاجتماعية للعقد⁵.

¹ AUBERT.J.L.APROPOS D UNE DISTINGTION REMOUVELEE DE PARTIES ET DES TIERS .RTD .CIV.1993.P263 ETS.

² حلبي بهجت بدوي ،اصول الالتزامات الكتاب الأول ،نظرية العقد ، مطبعة نوري ،القااهرة ،سنة 1984 ،ص 286-287.و ،عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط ،المجلد 1 ،جزء 1 ،الالتزامات بوجه عام ،مصادر الالتزام ،منشورات الحلبي ،بيروت ،2000م ،ص 595 ،هامش رقم 1.

³ جاك غستان ،مفاعيل العقد واثاره ،المرجع السابق ،ص 932.

⁴ في الحقيقة ان مفهوم الذي اتى به ghestin للطرف باعتباره كل شخص ارتبط برضائه الفعلي بالأثار الملزمة للعقد هي التي قادته الى اضافة صفة الطرف المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير ،لكنه تراجع عنه في مفهومه الجديد للطرف .

⁵ نوافق الاستاذ ghestin في منح صفة الطرف للشخص الذي قبل التعهد (التعهد عن الغير) على اعتباره انه قد عبر عن رضاه ويتساءل AUBERT عن السبب الذي دفع الاستاذ GHESTIN في عدم اضافة صفة الطرف على المحال له المقصود به المتنازل له عن العقد فمركزه انما يشابه مركز الخلف العام ،فكليهما لم يشاركا في انشاء العقد ،فلماذا تمنع هذه الصفة عن المحال له المقصود به المتنازل له عن

-وتتفق الأستاذة Thibierge-Guelfucci مع الأستاذ Aubert في الانتقادات التي وجهها الأخير لمفهوم الطرف عند الأستاذ Ghestin لكنها تخالفه في ضرورة وضع مفهوم بديل للطرف بدلا من المفهوم التقليدي، لذلك عرفت الطرف بأنه "كل شخص يخضع لمبدأ القوة الملزمة للعقد، سواء نتج ذلك عن إرادته أو عن القانون"، ترى هذه الأستاذة أن تحديد مفهوم الطرف يتوقف على مدى خضوع الشخص للقوة الملزمة للعقد، سواء كان هذا الخضوع بإرادة الشخص نفسه أو بموجب القانون، فتحديد مفهوم الطرف لا يقوم على معيار الإرادة فقط، وإنما يضاف إليه معيار القانون كما أن صفة الطرف لا تتحقق وقت نشوء العقد فقط وإنما كذلك وقت التنفيذ¹.

-فعند الانشاء يعد طرفا بموجب ارادته كل شخص أبرم العقد أصالة أو عن طريق نائب بالاتفاق -وكالة- عد طرفاً بموجب القانون عند الانشاء كل شخص أبرم العقد لمصلحة غيره بموجب نيابة قانونية كالولي، أما عند التنفيذ يعد طرفاً كل شخص كان عند إبرام العقد من الغير، ولكنه أصبح طرفاً فيه بموجب إرادته كالمحال إليه وكذلك الشخص الذي يقبل التعهد الذي أبرمه الغير باسمه ويعد طرفا في العقد عند تنفيذه، كل شخص يخضع له بموجب القانون كالخلف والاصيل الذي أبرم العقد نيابة عنه بموجب نيابة قانونية)².

أي القاصر فهو طرف في العقد ولكن ليس بموجب إرادته ولكن بموجب القانون، وهو طرف بموجب القانون عند التنفيذ وليس عند إبرام العقد، أما الغير فهو على صنفين، صنف لا يخضع لأثر العقد لا بموجب إرادته ولا بموجب القانون، ويدخل في هذا الصنف الغير المطلق والدائون العاديون، وصنف يخضع لأثره بموجب القانون كالمستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير .

العقد، فمركزه إنما يشابه مركز الخلف العام فكليهما لم يشاركا في انشاء العقد، فلماذا تمنع هذه الصفة عن المحال عليه، في الوقت الذي نعطيها للخلف العام، لا سيما وأن المحال عليه يتحمل الحقوق والالتزامات التي أحالها إليه المحيل، لذلك يفضل لبقاء على التمييز التقليدي بين الطرف والغير، القائم على حصر مفهوم الطرف بالأشخاص الذين عبروا عن إرادتهم عند انشاء العقد، جليل حسن السعدي، محمد عبد الوهاب، المفهوم الحديث للطرف في العقد، المرجع السابق، ص 12.

¹ Aynes*L*.la cession de contrat et les operations juridiques a trois personnes economica .paris.1984.n165.p123.

² GUELFUCCI-THIBIERGE.C.DE L eelargissement de la notion de partie au cntrat .a l elargissement du principe de l effet relatif .RTD civ.199.p291 a 295.

بعد الانتقادات التي وجهت الى مفهوم الطرف الذي طرحه الأستاذ (Ghestin) و أعاد هذا الأستاذ فاقترح معياراً آخر، الذي تمثل في أن صفة الطرف لا تمنح الا للأشخاص الذين لهم مركز قانوني مماثل لأطراف العقد، أو للذين حلوا محلهم، على أن تكون لهم ذات الصلاحيات التي يتمتع بها الطرف المتعاقد بالنسبة للعقد .

وصفة الطرف بهذا المفهوم لا تثبت إلا للأشخاص الذين تعاقدوا بأنفسهم أو عن طريق ممثل وتثبت هذه الصفة ايضاً للأشخاص الذين ينتقل إليهم المركز القانوني للمتعاقد، ويدخل في هذا الصنف، الأصيل في حالة إقراره لتجاوز حدود النيابة في العقد المبرم من قبل نائبه، والأشخاص المنضمين للعقد كالمساهمين الجدد في الشركة، والمنضمين إلى عقد العمل الجماعي، والخلف العام، ولكن مجرد تلقي الشخص آثار العقد لا يعني بالضرورة أنه طرف فيه، فالمستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير يتلقى أثر العقد، لكنه ليس طرفاً فيه، والمتعاقد من الباطن ليس طرفاً في العقد الأصلي ان ثبت له حق استعمال دعوى عقدية - الدعوى المباشرة- تجاه أحد أطراف العقد الأصلي¹ .

ولا المحال له العقد (المتنازل له)؛ لان إرادته لم تشارك في إنشائه، أي العقد المتنازل عنه، فمجرد التمتع بالحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد لا تعطيه صفة الطرف² .

-أما فيما يخص الصلاحيات، فيرى الأستاذ Ghestin أن صفة الطرف لا تمنح إلا لمن تثبت له صلاحية تعديل العقد أو إنهائه بصورة اتفاقية، وبالتالي فإن الأشخاص الذين تثبت لهم صلاحية طلب فسخ العقد قضائياً فقط، لا يتمتعون بصفة الطرف في العقد، فالمشتري الأخير في البيوع المتعاقبة تثبت له إمكانية إقامة دعوى الفسخ لعيب خفي ضد البائع الأول، لكنه ليس طرفاً في العقد فالذي يطالب بفسخه إذن الطرف عند هذا الأستاذ في معياره الجديد³ .

¹ GHESTIN.J.Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers.RTD viv.1994.p787.

² يميز هذا الاستاذ غستان بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية. ففي الاولى تشارك ارادة الاصيل بصورة غير مباشرة في ابرام التصرف. لذلك يكون الاصيل طرفاً في العقد المبرم، اما النيابة القانونية، فارادة الاصيل لم تشارك مطلقاً في ابرام التصرف، فالتمثيل تم بموجب القانون، لذا فهو ليس بطرف. ghestin .j.art .prec. p 288.

³ Ibid.p788.

يثبت للأشخاص الذين أبرموا العقد.

أو الذين اكتسبوا حق تعديل العقد أو إنهائه بطريق الاتفاق، ويرى في معياره هذا قد تم إلغاء التداخل الحاصل بين المراكز القانونية الذي عانى منه معياره الأول في تحديد أطراف العقد¹.

الفرع الثاني: انصراف اثار العقد الى الطرف المتعاقد

- المتعاقد هو كل من كان طرفا في العقد سواء بصفة شخصية او بصفته نائبا كالوكيل او الوصي او المقدم وهم من يمثلون بالترتيب: الموكل او القاصر او ناقص الاهلية وهؤلاء هم الذين يعتبرون طرفا في العقد وليس النائب مادام ان النيابة تتم باسم الاصيل او لحسابه فالنائب وان كان يتعاقد بإرادته الشخصية الا ان اثار هذا التعاقد تنصرف الى الاصيل ،سوف نقف على كل حالة كالآتي :

أولا: إبرام العقد بأطرافه الأصلية:

-المقصود بأطراف العقد الاصلية هم الذين شاركوا في ابرامه وفقا لشروط الصحة ،فاذا انعقد العقد صحيحا الزم اطرافه بكل ما ورد فيه وفقا لإرادتهم ،هذا الالتزام اساسه مبدأ القوة الملزمة للعقد والتي تتجلى مظاهرها في ثلاث اسس :

اولها:العقد شريعة المتعاقدين ،ثانها:تنفيذ العقد بحسن نية ،ثالثها:الالتزام بمضمون العقد ،سوف ندرس هذه الاسس بالتفصيل .

1-العقد شريعة المتعاقدين :-نصت على هذه القاعدة المادة 106 من القانون المدني الجزائري (العقد

شريعة المتعاقدين ،فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين، او للأسباب التي يقررها القانون)².

¹ ghestin .j.art .prec. p 788.

² وفيه جاء الاجتهاد القضائي الاتي ، قرار م ع بتاريخ 1987/06/17 الغرفة المدنية. للقضية رقم 49174 بين (ش.ج.ت.)و (ق ع) (...من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين ،فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ،ومن المقرر أيضا أن اثبات الالتزام المتنازع فيه يقع على عاتق المنتزع به ، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون و فقدانا للقاعدة القانونية الشرعية .

لما كان من الثابت في قضية الحال أن جهة الاستئناف التي الغت الحكم المستأنف و القضاء من جديد على الطاعنة أن تدفع للمطعون ضده تعويضات عن الاضرار الجسمانية و الضرر اللاحق بسيارته بالرغم من عدم تحققها من تواجد سند الالتزام ،دون أن تسعى الى تأويله طبقا لأحكام المادة 106 ق م .فانهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون و لم يعتمدوا على قاعدة قانونية شرعية .

و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .
و القضية رقم 29500 بين (ب س)و(ا ح) قرار بتاريخ 1983/02/07 ،منشور في الكتاب المتضمن القانون المدني الجزائري .

-حيث تعتبر من اهم الاسس النظامية ، في الكثير من النظم القانونية في مختلف دول العالم ، فالعقد بالنسبة لعاقديه يعد بمثابة النظام او بعبارة اخرى هو النظام الخاص بهما ، وان كان منشأة الاتفاق بينهما .

و أوضح المولي عز وجل أثر العقد ومدى الزامه لطرفيه بقوله (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)¹ .
والنبي صلى الله عليه و سلم (المسلمون عند شروطهم)².

-ومعنى ان العقد شريعة المتعاقدين ان يكون الالتزام الناشئ من العقد يعادل في قوته الالتزام الناشئ من النظام القانوني ، و لا يجوز للفرد ان يتحلل من كليهما وتقوم هذه القاعدة على اسس فلسفية واخلاقية واقتصادية وحتى تاريخية ، حيث انها تقوم اولا على اعلاء مبدأ سلطان الارادة أي ان الفرد لا يلزم الا بما اراده واذا اراد ان يلزم فلا يحول دون ذلك الشيء ، و تقوم ثانيا على اساس احترام العهد، كما تقوم على وجوب استقرار المعاملات فاذا كان العقد لا يقيد العاقد ، فان الناس لا تنصرف عن ابرام العقود وتشيع فيهم الفوضى وانعدام الثقة ، لذلك كان لا بد ان يكون للعقد قوة ملزمة بحيث لا يجوز لاحد المتعاقدين ان ينفرد بنقضه ولا تعديله ، وتلك هي الاسس التي تقوم عليها هذه القاعدة .

-و عليه فان العقد يعتبر شريعة المتعاقدين وهذا بنص القانون السالف ذكره ليصير العقد نوعا من النظام الخاص ، لمن عقده برضائهم ، فانه يتعين على المتعاقدين ان يخضعا لما اتفقا عليه كخضوعهما للنظام العام ، وكما انه يجب على القاضي رعاية تلك العقود وحمايتها والاقتضاء بها كاقترضائه بالقاعدة القانونية او النص القانوني وذلك في حالة ما اذا طرح عليه نزاع بشأن العقد ، و الذي فرض له النظام العام تلك الصفة وذلك الالتزام وانه وان كانت شريعة المتعاقدين تتفق مع النص القانوني في ان النص القانوني والعقد يتمتعان كلاهما بقوة الزامية ، بالإضافة الى ذلك يجب ان يتسم العقد بعدم مخالفته للنظام العام³ .

¹القرآن الكريم ،سورة المائدة ،الاية 1. ط2013/2014، برني للنشر ،ص27.

²(رواه الترمذي في (الأحكام) باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح برقم(1352)

³حسن محمد البودي ، حقوق الغير في العقود المالية ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، ص 43.

- وعدم اطلاق الحرية التامة للإرادة فهذا قد يمس بتحقيق الصالح العام والعدالة ، لأنه صحيح ان العقد يمس طرفيه لكن لا يخفى انه يمس مصالح الغير ايضاً ومصالح الجماعة لذلك وجب الخضوع للقواعد الامرة والنظام العام ، وهذا الخضوع فيه مصلحة للمتعاقدين انفسهم¹.

- كما انه يمكن للنص القانوني ان يلغي نصاً اخر او يعدله وهذا ما قيل في العقد ايضاً بحيث يجوز نقضه او تعديله باتفاق المتعاقدين على ذلك ، كما يجوز نقض العقد او تعديله لسبب يقره القانون ، فينص القانون على انه يجوز لأحد المتعاقدين ان ينقص او يعدل ذلك كالوكالة والوديعة، او ينص القانون على جواز تعديله كالشرط الجزائي ومنح المدين نظرة الميسرة واجر الوكيل ورد الالتزام المرهق الى الحد المعقول في نظرية الحوادث الطارئة².

2-تنفيذ العقد بحسن نية :

-لا يقتصر مبدأ حسن النية على تنفيذ الالتزامات العقدية لأنه يعم تنفيذه الالتزامات كافة أياً كانت ولكن على الرغم من أن هذا المبدأ يسود كافة الالتزامات، إلا أن معظم تطبيقاته تتجلى في نطاق نظرية العقد لذا نصت المادة (1/107) من القانون المدني الجزائري (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية) وبذلك أكد القانون الجزائري على مراعاة حسن النية أثناء تنفيذ العقد⁽³⁾.

هذا ما نصت عليه معظم القوانين المدنية المتأثرة ولعل من كان سباقاً لهذا الرأي موقف المشرع الفرنسي القديم قبل التعديل الذي أتى به في سنة 2016 م ، لكن لم يورد نصاً صريحاً يقرر فيه مبدأ حسن النية في إبرام العقد وأختصر ذكره في مرحلة التنفيذ فقط في مادته 1134 القديمة ، أما المادة 1104⁴ الجديدة نصت على مبدأ حسن النية في العقود كمبدأ عام في التفاوض مروراً بالتكوين وصولاً الى التنفيذ و أن هذا المبدأ من النظام العام .

¹ المرجع نفسه ، ص 45-50.

² محمد طه البشير ، عبد الباقي البكري ، عبد المجيد الحكيم ، القانون المدني واحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، الجمهورية العراقية وزارة التعليم و البحث العلمي ، سنة 2016 ، ص 13.

⁽³⁾ تقابلها المادة (02/15) من القانون المدني العراقي (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) انظر المادة (150) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 ، وتقابلها المادة (1/148) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948

⁴ المشروع التنفيذي 131-2016 المتضمن القانون المدني الفرنسي الجديد بتاريخ 10 شباط 2016.

وهو توسيع على عكس ما كان عليه الحال حينما نظمه تحت إطار تنفيذ العقد في المادة 1134 القديمة، ونجد بعض الكتاب من قال انه ليس ضروريا النص صراحة على اي مبدأ ضمن نصوص القانون لأن عدم النص على مبدأ حسن النية صراحة لا يسد امامنا الباب في البحث والتقصي حول وجوده⁽¹⁾. وبالرجوع إلى الفقه والقضاء الفرنسيين نجدهما مستقران اليوم على أن حسن النية في إبرام العقود مبدأ عام يشمل مجال تطبيقه مرحلة التفاوض والإبرام رغم عدم وجود النص الصريح في القانون الفرنسي يحدده، هذا ما تبعه جل التشريعات العربية⁽²⁾.

فذهبوا أيضاً إلى ضرورة القول بأن مبدأ حسن النية المفروض من قبل المشرع في مرحلة تنفيذ العقد لا يقتصر على هذه المرحلة فقط بل يشمل أيضاً المرحلة السابقة على التعاقد وفي هذا يقول الدكتور محفوظ لعشب (يجب أن لا يقتصر مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد فقط وإنما يجب الأخذ به قبل ذلك أي في مرحلة وضع الشروط التعاقدية يتحقق ذلك بصياغة الشروط صياغة فنية واضحة تدل على حسن نية واضعها لتكون بعيدة عن التأويل وقابلة للتحليل المنطقي)⁽³⁾.

- أما فيما يخص مبدأ حسن النية في المفاوضات فإنه مما لا شك فيه أن تناسب الاداءات بين أطراف العقد وتحقيق المنفعة المقصودة من العقد يحقق العدالة العقدية ما بين اطرافه إلا أن مرحلة إبرام العقد وتنفيذه تسبقه مرحلة مهمة قد تكون الأساس الذي تبنى عليه العدالة العقدية ، وهي المرحلة السابقة على التعاقد من خلال المفاوضات بين اطراف العقد .

هذه المفاوضات يجب أن تتسم بمبدأ حسن النية وتأخذ به اغلبية النظم القانونية.

- وقد عرفته محكمة باريس في حكمها الصادر في 1992/5/23 المفاوضات العقدية بأنها اتفاق بمقتضاه يلزم اطرافه ببدء أو بمتابعة التفاوض بحسن نية حول شروط عقد يبرم في المستقبل⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في إبرام العقود ، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية ، دار دجلة ، عمان ، الأردن ط 1 ، ص 86.

⁽²⁾ المرجع نفسه ، ص 78 و ص 83.

⁽³⁾ محفوظ لعشب ، دراسات في القانون الاقتصادي ، ط 4 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2007 ، ص 84.

⁽⁴⁾ محمد محمد أبو زيد ، المفاوضات في الإطار العقدي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 ، ص 12.

والذي ينصرف إلى الزام المتعاقد بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه بطريقة تتفق مع ما يوجب حسن النية ، ولكن المقصود بمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد ، والذي يفرض على المفاوض في العقد التزام إيجابي بالصدق والأمانة من خلال المحاورات والمناقشات واللقاءات تجاه المفاوض الآخر الذي يرغب بالتعاقد معه فحسن النية يقتضي أن تكون المفاوضات صادقة لكي تصل إلى المنفعة أو النتيجة المراد تحقيقها⁽¹⁾ .

ولذلك عُرف الالتزام بالتفاوض بحسن نية "التعامل بصدق واستقامة مع الطرف الآخر بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة التي تم من أجلها التفاوض والتزام بها كل طرف من أطراف التفاوض بحيث لا يؤدي إلى اضرار الطرف الآخر دون مسوغ قانوني بل يتوصل كلى الطرفين إلى حقه بأمانة"⁽²⁾ . ومن هذا يتضح أنه على كل طرف من أطراف التفاوض العقدي أن ينفذ التزامه بشكل متناسب فيه كل الالتزامات وتحقيق المنفعة عن طريقة الأمانة والثقة والجدية في المحاورات والمناقشات وإذا كان عكس ذلك فإن العقد يفقد قوته الملزمة^{(3)*} .

أما فيما يخص مسألة المسؤولية العقدية في حالة العدول عن العقد في مرحلة التفاوض إذا كان هناك اتفاق على التفاوض وتم الإخلال بالتفاوض فهنا تقوم المسؤولية، لكن إذا لم يوجد عقد أو اتفاق على التفاوض وأخل أحد الأطراف لمبدأ حسن النية ، هناك آراء وهي فكرة العقد الضمني أو الإخلال بالتعهد الضمني فبمجرد دخول الأطراف في المفاوضات ينشأ بينهما اتفاق وهذا الاتفاق قد يكون صريحاً أو ضمناً يتخلص من ظروف التعاقد ومضمون هذا الاتفاق هو أن يضمن كل مفاوض تعويض الأضرار التي تنجم عن المفاوضات بسبب خطأ صدر منه وتقوم المسؤولية العقدية ، وفيه ظهر انتقاد لهذا الرأي⁴ .

(1) عبد الحليم عبد اللطيف ، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص 187 .

(2) خالد العامري ، كيف تجري المفاوضات الناجحة ، دار الفاروق للنشر ، الأردن ، 2000 ، ص 18 .

(3) محمد حسن قاسم ، مراحل التفاوض في عقد المكيبة المعلوماتية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ص 210 .

* وقد اختلف الفقه حول أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية هل هو التزام ببذل عناية أم غاية ؟ يذهب جانب من الفقه أن الالتزام بالتفاوض يحسن نية هو التزام ببذل عناية حتى لو لم يتم التوصل إلى إبرام العقد، حيث أنه من الصعب أن نضع التزاماً على عاتق الأطراف المتفاوضة كل منهم بحسن نية أثناء التفاوض.

⁴ صبري حمد فاطر ، قطع المفاوضات العقدية ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة النهريين ، المجلد الأول ، العدد الثالث ، 1997 ،

ولكن انتقد جانب من الفقه الأساس المتقدم بالإخلال بمبدأ حسن النية وقالوا أن هذا الافتراض هو وهي لا اساس له، وهناك انتقاد ثاني وهي فكرة الضمان¹.

ويعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية في القوانين المدنية إذ في حال عدم النص عليه يمكن الاستدلال عليه من خلال مظاهره، كالالتزام بحدود القانون وعدم الالتجاء في إبرام وتنفيذ العقود إلى ما يخالف القانون كالغش والتواطؤ باعتبارهما من مظاهر سوء النية ويعد مبدأ حسن النية من العوامل الجوهرية في النظم القانونية وفي العلاقات التي تنشأ بين الأفراد فهو كما يقول العميد ريبير (Ripret) أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي⁽²⁾.

وفي هذا الصدد يقول جاك غستان بأن (أن الاجتهاد اعطى مبدأ حسن النية مكاناً هاماً في الرضا ويرى بأن تطلب حسن النية في إبرام العقود حتى وأن لم يكن مضافاً في أي نص...)⁽³⁾.

3- الالتزام بمضمون العقد وملحقاته :

ان الالتزامات التي تترتب على ابرام عقد معين ليست فقط تلك الالتزامات المتضمنة في العقد ذاته واتجهت اليها ارادة المتعاقدين صراحة او ضمنا ، بل ترد على العقد التزامات اخرى تعتبر من مستلزماته والتي يرجع في تحديدها للقانون والعرف او العدالة⁴.

¹ في حين يرى جانب آخر وهو الرأي الراجح أن التزام اطراف التفاوض بحسن نية هو تحقيق نتيجة ، وهو التزامهم بمناقشة شروط العقد بجدية تامة والالتزام بمراعات الثقة التي يبعثها في نفس الطرف الآخر لأن أي تفاوت في الالتزامات وعدم تحقيق المنفعة المقصودة من العقد يؤدي إلى خلل في تحقيق العدالة العقدية ومن ثم فقدان قوته الملزمة، وأن الالتزام بالتفاوض بحسن نية ينطوي على عنصرين الأول هو الالتزام ببدء التفاوض والثاني هو الالتزام بالاستمرار في التفاوض بحسن نية فيما يتعلق بالعنصر الأول فيقصد به تلاقي إرادة المفاوضين في هذه العقود ومن ثم فتح المفاوضات وذلك بإجراء التفاوض وتبادل الاقتراحات المتصلة بالعقد الملزم إبرامه بصورة جدية والالتزام بمواصلة التفاوض هو التزام ببذل عناية، فإذا فشلت المفاوضات لسبب خارج عن إرادته فلا مجال للقيام بالمسؤولية طالما أنه لم يأل جهداً ولم يدخر ، وكلما تقدمت المفاوضات تزداد أهمية الاستمرار بالتفاوض ، من حيث لا يجوز العدول عنها وإلا أعد مغللاً بالتزامه، صاحب هذا الرأي الفقيه الإيطالي (قاجيلا) نقلاً عن صبري حمد فاطر ، قطع المفاوضات العقدية ، المرجع السابق، ص 130 .

⁽²⁾ نصير صبار لفته الجبوري ، تأصيل نظرية العقد ، دراسة في القانون المدني ، مقالة منشورة في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية العراق ، حزيران ، 2017، ص 4 .

⁽³⁾ جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، 2008 ، ط 2 ، ص 267 .

⁴ Jobard bachelier droit civil suretes publicite fonciere 1^{er} zd 1997p117.

ثانيا : إبرام العقد عن طريق النيابة

-قد لا يستطيع الشخص ان يبرم تصرفا قانونيا بنفسه لعدة اسباب لذلك يلجأ لشخص اخر تتوفر فيه

كل شروط التعاقد لان يمثله في هذا العقد فنعني بالنيابة :هو تمثيل شخص ، أي ان يجعله موجود).

ونستطيع ايضا ان نعرفها بانها ذلك التصرف القانوني الذي يكون لمنفعة شخص مستثمر لهذا الالتزام ذو

القوة القانونية العقدية او القضائية لأداء في اسم ولحساب عمل قانوني آخر¹.

و في تعريف آخر حلول إرادة شخص (النائب) محل ارادة شخص آخر (الأصيل) في مباشرة التصرفات

القانونية ولحسابه بحيث تنصرف آثار التصرف القانوني إلى الأصيل .

لقد ذكر المشرع الجزائري التعاقد بالنيابة في المادة 1/73 مدني (اذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص

النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضاء ، أو في أثر العلم ببعض الظروف

الخاصة ، أو افتراض العلم بها حتما).

و المادة 74 من نفس القانون (اذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل ، فان ما ينشأ عن هذا

العقد من حقوق و التزامات يضاف الى الأصيل .)

و تتمثل شروطها :

1:حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل في ابرام العقد

2:ان يتعاقد النائب باسم الاصيل في ابرام العقد

3:الا يتجاوز النائب حدود النيابة

-فحلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل في ابرام العقد يعني ان ارادة النائب هي من يعتد بها لا ارادة

الاصيل وذلك في حسن النية وسوءها ، وايضا في اثر العلم او الجهل بحالة السلعة مثلا وجود عيب الخ.

وفي سلامة الارادة من العيوب من غلط او اكراه او تدليس او استغلال او غبن ، اما فيما يخص الاهلية

ففي النيابة الاتفاقية لا يشترط ان يكون النائب لديه اهلية الابرام بل يكفي أن يكون مميزا .

¹ Jurisclasseur .contrat et obligations.a l egard des tiers .distinction entre les effets entre les parties a l egard des tiers .Art 1165.fasc.10.a jour au 12 juin 2009.

أما فيما يخص النيابة القانونية يشترط كون النائب حائزا لأهلية كاملة لإبرام العقد لأن الاصيل في الشكل الطبيعي يكون عديم الاهلية باستثناء الانابة الاتفاقية في حالة ما اذا تلقى النائب تعليمات محددة من الاصيل هنا كان عليه الاعتداد بإرادة الاصيل بالنسبة الى عيوب الرضا اضافة الى عنصر العلم للظروف المعينة.

الشرط الثاني: ان يبرم النائب العقد باسم الاصيل لا باسمه فالقاعدة انه على النائب ان يصرح للغير المتعاقد معه انه نائب، لكن في حالة ما اذا تجاوز النائب حدود نيابته ترتب على ذلك اثار، ففي حالة اقرار الاصيل له بشكل صريح او ضمني ينفذ العقد، و تنصرف اثاره الى الاصيل باثر رجعي أي من وقت ابرام العقد بين النائب والغير وليس من وقت الاقرار لأنه عقد موقوف¹.

اما في حالة عدم الاقرار أي من طرف الاصيل يفقد النائب هنا صفته ولا تنصرف اثار العقد الى الاصيل ويكون للغير المتعاقد الرجوع على النائب بالتعويض عن الضرر بشرط ان يكون حسن النية، وحسن النية يحدد بمدى علم الغير بانتهاء النيابة او بتجاوزها، هناك حالة تعتبر كاستثناء وذلك ان العقد يمكن ان يصبح نافذا في حق الاصيل:

- لو لم يصرح النائب للغير بكونه يبرم العقد لحساب شخص اخر وذلك باستخدامه اسما مستعارا فهنا اثار ذلك العقد تنصرف للنائب لا للأصيل.

- فكما بينا ان ما اذا انعقد العقد صحيحا وتبين فيه توفر مظاهر العقد الثلاث، اصبح له قوة ملزمة، وتعادل قوته الملزمة قوة القاعدة القانونية، فكما أن على الشخص الالتزام بأحكام القانون، فإن عليه الالتزام بأحكام العقد متى ما كان طرفاً فيه.

- الا أن تحديد ما إذا كان الشخص طرفاً في العقد من عدمه تعتبر مسألة لم يتم القطع فيها برأي مستقر، فلقد اختلفت الآراء حول تحديد مفهوم الطرف، حتى كاد هذا التباين أن ينعكس على مفهوم الطرف بجعله مفهوماً غير مستقر، ولقد اصبح هذا الاختلاف أكثر وضوحاً عند ظهور نظرية المجموعة العقدية، التي حاول اصحابها اضاءة صفة الطرف على الاشخاص.

¹ الان بينات، القانون المدني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط 1، لسنة 2004، ص 35.

كان الفقه مستقر على اعتباره من الغير عن العقد ، الا ان تلك النظرية في تحديدها لمفهوم الطرف ما لبثت ان تعرضت لجملة من الانتقادات من قبل الفقه ، الذي حاول بدوره وضع مفهوم جديد للطرف في العقد¹.

الفرع الثالث: مدى انصراف اثار العقد الى الخلف باعتباره طرفاً.

-سوف نقوم في هذا الفرع بالتطرق الى من هو الخلف العام وكيف يتم انتقال اثار العقد اليه الامر الذي سيحدد مركزه القانوني بالنسبة للعقد.

أولاً: انصراف اثار العقد بالنسبة للخلف العام

وردت أحكام انتقال آثار العقد إلى الخلف العام² مفصلة في المادة 108 م.ج (ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام ، ما لم يتبين من طبيعة التعامل او من نص القانون ، ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث)³.

¹ لقد عرض الفقيه الفرنسي تيسي هذه النظرية في رسالته للدكتوراه، في عام 1791. والتي اسماها بالمجموعة العقدية "contrats des groupes" ولكن يرى البعض بان الفقيه الفرنسي ديوري "durry" هو أول من أشار إلى وجود مثل هذه الفكرة القانونية أي المجموعة العقدية في عام 1797. وذلك بمناسبة حديثه عن العالقة التعاقدية التي تربط بين الماويل والشاحن من جهة والناقل بماقول التفريغ من جهة أخرى، ومدى اعتبار هذا الشاحن من الغير في علاقته بماقول التفريغ فيما لو أصيب بماقول التفريغ بضرر ناجم عن خطأ الشاحن. ولكن الفقه القانوني يجمع على ان أول من نادى بهذه النظرية هو الفقيه تيسي "Teyssie" يمكن الحديث عن وجودها قبل تاريخ 1791. فلم يكن لها وجود ال في أوساط الفقه في أحكام القضاء، بل ان البعض من الفقه القانوني يذهب إلى ان أي حديث عن المجموعة العقدية قبل ذلك التاريخ هو من باب الإسقاط التاريخي، انظر في تفصيل ذلك، محمد حسين الحاج علي، تقديم القاضي مروان كركبي، مبدأ المفعول النسبي في اطار مجموعة العقود، بيروت، 1111، ص 111. و محمد حسين عبد العال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير في اطار المجموعة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1119، ص 19.

² **الخلف لغة**: بالتحريك والسكون: كل من يعي بعد من مضى، الا انه بالتحريك في الخير، و بالتسكين في الشر يقال خلف صدق، و خلف سوء ومعناها جميعا، القرن من الناس ابن الاثير، النهاية في غريب الحديث والاثر، دار ابن جوزي، السعودية، ط 1، لسنة 1421هـ، ص 249. و- العام: العامة، مشتقة من كلمة يعممهم عموما، العميم، و لها عدة معاني وهي، -العميم: الطويل من الرجال والبنات -العامة: الشمول، يقال عم بالعطية، أي شملهم بالعطية ابن منظور الاقريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت لبنان مج 12، د، س، ن، ص 425-426، واصطلاحا: عرفه الاستاذ السهوري (هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات او في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال) احمد عبد الرزاق السهوري، الوسيط نظرية الالتزام مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، مج 1، ط 3، لسنة 2000، ص 596.

و- يعرفه الاستاذ علي فيلاي (هو كل من يخلف السلف في ذمته المالية او في جزء منها، فيحل الخلف محل السلف بالنسبة للحقوق والالتزامات المكونة للذمة المالية، وعليه فان الحقوق التي يكتسبها الخلف والالتزامات التي يتحملها ليست له ولا عليه من حيث الاصل وانما - تلقاها لكونه حل محل السلف، ويلزم الخلف بالعقد لان السلف كان ملزما به وقد استخلف في حقوقه والتزاماته)، علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، ط 3، الجزائر، 2013، ص 430.

³ يلاحظ ان النص العربي لنص المادة 108 قد اسقط كلمة (اثر) خطأ، مع انه اشار فيما بعد الى (هذا الاثر)

-فالخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها او جزء منها اما عن طريق الميراث او الوصية¹.

-و هو ما يعني انتقال حقوق والتزامات هذا السلف عند وفاته الى ذلك الخلف باعتباره ليس من الغير بالنسبة لعقود سلفه ، لكن التساؤل المطروح يكون في انتقال الالتزامات الى هذا الخلف².

و في هذا جاء موقف المشرع الفرنسي ، ليقرر المبدأ المتمثل في إعتبار شخصية الخلف العام هي إمتداد او بمعنى إستمرار لشخصية المورث السلف ، إيجابا وسلبا حيث يخلفه في إلتزاماته كما يخلفه في حقوقه أي في كل كامل عناصر ذمته المالية، حيث نصت المادة 1122 مدني فرنسي (يفترض في الشخص انه تعاقد لحسابه ولحساب ورثته وخلفه ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل خلاف ذلك)³.

حيث يرى الاستاذ لارومي ان هذه المادة قد جاء بها لفظ stipuler ووقع فيها نقاش حاد حول المقصود به هل هو الاشتراط لمصلحة الغير أي يتعلق بالحقوق دون الالتزامات او بجعل مفهومها اوسع أي يشمل الحقوق والالتزامات معا ، وذهب الرأي الغالب الى القول بأن المقصود ب stipuler هو المعنى الواسع له أي تعاقد و من ثم فالمادة بمعناها تفيد بان الخلف يكون دائن ومدين معا .

فاذا وافق الخلف بالتركة كان عليه الوفاء من ذمته المالية الخاصة ، او ان يرفض التركة كليا ، في المقابل نجد ان المشرع الجزائري قد نص صراحة بان اثار العقد تنتقل الى الخلف العام كمبدأ مع وضع الاستثناءات لهذه القاعدة وهي طبيعة التعامل او وجود اتفاقية على عدم انصراف اثار العقد الى الخلف او بنص القانون صراحة على عدم الانتقال مع تقييد المشرع لهذا المبدأ بمراعاة قواعد الارث او الميراث ستتم دراسة كل استثناء على حدى.

¹ وفي تعريف الاستاذ علي بن شنب (هو من يخلف الشخص في ذمته المالية عن طريق الميراث او الوصية ، يعني انتقال الذمة المالية لهذا

الخلف انتقال الحقوق والالتزامات) ALI Benchneb .theorie generale des contrats .offi

² الحكم الصادر من المجلس في قضية فريق ح ضد ش .ر. ورد به مايلى (حيث ان فريق ح) يطلبون نقض القرار الصادر في 18 افريل 1982. عن المجلس القضائي الصادر الصادر من مجلس قضاء المدينة الذي الغى الحكم المؤرخ في 03 مارس 1981 وامر بعد ما فصل في -القضية من جديد بخروجهم من المحل المتنازع عليه :-عن الوجه المثار تلقائيا من طرف المجلس الاعلى ، حيث انه من الثابت بلا منازع ان مورث المدعين مستفيد من ايجار مبرم مع السيد (ش ر)

³ Larroumet (C.), l'effet relative des contrats et la negation d'une action nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels, J.C.P., 1991, 1-3531.

أ: طبيعة التعامل : أي ان تكون طبيعة العقد تحول دون انتقال اثار العقد الى الخلف العام ومثاله ان تكون شخصية المتعاقد محل اعتباره كعقود العمل مع شخص معين بحد ذاته او عقد الوكالة الشخصية¹.

ب: وجود اتفاق بين المتعاقدين على عدم انتقال اثار العقد للخلف

فمبدأ سلطان الارادة اقوى على قاعدة انتقال اثار العقد الى الخلف العام ويحددان اجلا لإنهاء العقد وذلك بمدة معينة او بوفاة احد المتعاقدين ،ولكن هذا الاتفاق يكون بالنسبة للأثار المستقبلية للعقد على عكس الاثار التي نتجت في حياة المتعاقدين او اثناء المدة المحددة له فهي تدخل في تركة السلف وتنتقل الى الخلف وفقا للقاعدة العامة².

ج: وجود نص قانوني يمنع انتقال الاثار للخلف العام :

مثاله النص الذي يقضي بإنقضاء عقد الشركة بموت احد الشركاء او الحجر عليه او افلس او انسحب من الشركة وذلك في نص المادة 437 م ج (تنتمي الشركة بانقضاء الميعاد الذي عين لها او بتحقيق الغاية التي انشئت لاجلها، فاذا انقضت المدة المعينة او تحققت الغاية التي انشئت لاجلها ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الاعمال التي تكونت من اجلها الشركة ، امتد العقد سنة فسنة بالشروط ذاتها ويجوز لدائن احد الشركاء ان يعترض على هذا الامتداد ويترب على اعتراضه وقف اثره في حقه)

- والمادة 439 قانون مدني جزائري بنصها (تنتمي الشركة بموت احد الشركاء او الحجر عليه او باعساره او بافلاسه الا انه يجوز الاتفاق في حالة ما اذا مات احد الشركاء ان تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا

¹ - حكم بتاريخ 1985/01/09 ورد به مايلى (حيث طعن ز.أ.ع) بالنقض في قرار اصدره مجلس قضاء البويرة في 26 نوفمبر 1980 قضى فيه بالغاء الحكم المستأنف والفصل من جديد برفض طلب المدعين ويستند الطعن على وجهين نذكر منها :

-حيث يتضح من الوثائق ان اقامة والد المطعون ضدهم بالارض وبالمسكن محل النزاع بسبب عمله عند صاحب الارض مورث الطاعنين ، وانه عند وفاته انتهى عقد العمل وليس لورثته الاحتجاج بحق البقاء اذ تنص المادة 517 مدني جزائري الملغى نصها (لا حق في البقاء بالامكنة للاشخاص المنصو عليهم في المواد 514.515.516 (هذه المواد كلها الغية في القانون الجديد) و الحالات التالية: اذا كانوا يشغلون امكنة --- -بموجب سند تابع لعقد العمل او في حالة ابطال هذا العقد) لهذه الاسباب قرر المجلس الاعلى قبول الطعن شكلا وموضوعا ونقض وابطال القرار المطعون فيه (المجلة القضائية ، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا ، العدد الأول ، 1989، ملف رقم 27617، ص 61-63.

² .سليمان مرقس ، نظرية العقد ، دار النشر للجامعات ، القاهرة ، 1956، ص 366-367.

قصرًا) حيث جاءت هذه المادة باستثناء وهو جواز انتقال اثار عقد الشركة الى الخلف العام وذلك في حالة وجود اتفاق على ذلك .

و مثاله ايضا حق الإنتفاع الذي يقضي بموت المنتفع إذا تضمن العقد إنشاء مثل هذا الحق لمادة 852 مدني جزائري التي تقضي ب(ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الاجل المعين ، فان لم يعين اجل عد مقررًا لحياة المنتفع ، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الاجل المعين واذا كانت الارض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الاجل او عند موت المنتفع بزرع قائم ، ابقيت للمنتفع او لورثته الى حين ادراك الزرع ، بشرط ان يدفعوا اجرة ايجار الارض عن هذه الفترة من الزمن).

وايضا في حالة الوكالة وذلك بموت الموكل او الوكيل والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 586 التي تنص ب (تنتهي الوكالة باتمام العمل الموكل فيه او بانتهاء الاجل المعين للوكالة وتنتهي ايضا بموت الموكل او الوكيل ، كما تنتهي الوكالة ايضا بعزل الوكيل او بعدول الموكل)

-فخلاصته انه كلما وجدنا نصا قانونيا يتضمن انتهاء ذلك العقد بموت المتعاقد فلا ينتقل ذلك الحق الى الخلف العام .

-بالعودة الى مدى انصراف اثار العقد الى الخلف العام يتبين ان المشرع قد اعتبر الخلف العام طرفا يتاثر بالعقد مثله مثل الطرف الاصلي او المتعاقد الاصلي مع وضع اعتبار لقواعد الميراث والتي ستتم دراستها لاحقا .و نتيجة اعتبار الخلف العام طرف تتمثل باختصار بانه لا يشترط ثبوت التاريخ في العقد وذلك لكي يكون حجة عليه رغم انه شرط لنفاذ العقد لصالح الغير¹ .

-اما فيما يخص العقد الصوري فان العقد الذي يطبق على المتعاقدين وخلفهما العام هو العقد الحقيقي بينهما للغير الحسن النية الحق في ان يحتج بأثار العقد الصوري والعقد الحقيقي فله الخيار في ذلك² .

¹ انور سلطان ،الموجز في النظرية العامة للالتزام ،احكام الالتزام ،دار النهضة بيروت ،1984،ص163.
² احمد سلامة ،مذكرات في نظرية الالتزام الكتاب الثاني ،احكام الالتزام ،بدون ناشر ،لسنة 1981،ص 84-85.

ثانيا : آثار العقد بالنسبة للخلف الخاص

يوجد مبدأين أساسيين فيما يخص الخلف الخاص¹.

أ- لا يمكن للشخص أن ينقل لغيره أكثر مما يملك: و يعني ذلك أن الخلف الخاص يتلقى الشيء أو الحق بالحالة التي كان عليها في ذمة سلفه ووضعه الحقوق الذي تحدد بالعقود السابقة التي أبرمت بشأنه .

فهذا المبدأ ما هو إلا تطبيق لمبدأ آخر معروف، فاقدم الشيء لا يعطيه ، فكافة الحقوق والالتزامات المتصلة بمحل الاستخلاف والناشئة بموجب عقود أبرمها السلف تنتقل إلى الخلف الخاص في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إليه، فمثلا وعلى مستوى الحقوق، إذا كان البائع لعقار قد اكتسب قبل البيع حق إرتفاق مرور لفائدة عقاره على عقار مجاور، فإن مشتري ذلك العقار يتلقاه من البائع مع الإرتفاق المقرر له ويستفيد المشتري إذن من العقد الذي أبرمه البائع مع صاحب العقار المرتفق به المجاور رغم كون المشتري لم يكن طرفا فيه، وكذلك مثلا الحقوق التي يكون الغرض منها درء الضرر عن الشيء كحالة ضمان العيوب الخفية. فالمنطق إذن هو ارتباط الحق بالشيء وليس بالشخص².

أما على مستوى الإلتزامات فإذا كان بائع العقار مثلا قد أنشأ على العقار إرتفاقا أو رهنا رسميا، أو أن يكون هذا العقار مؤجرا للغير فإن مشتري هذا العقار يتلقاه مثقلا بهذه التكاليف والإلتزامات التي قررت عليه قبل البيع ويتأثر بها رغم أنه لم يكن طرفا في العقد مصدرها. ومن هذه الإلتزامات أيضا تلك التي تقيد من إستعمال حق الملكية.

¹ لغة: هو مشتق من خصصته بكذا أي اخصه خصوصا او خصوصية بالفتح والضم لغة اذا جعلته له دون غيره وهو خلاف العام لسان العرب، قاموس المحيط، فصل الخاء، باب الحاء، ط1، دار المعارف، بيروت، لبنان، ص 62. وفي تعريف اخر هو من ينفرد بشئ انتقل اليه من شخص اخر على وجه الخصوص ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، المرجع السابق، ص 441. هو كل من تلقى حقا ماليا معيناً كان قائماً في ذمة سلفه، بنفس الخصائص والاصناف التي كان عليها هذا الحق في ذمة السلف وفي تعريف اخر هو من تلقى عن سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقا عينيا على هذا الشيء كحق المنتفع والمشتري والموهوب له، و الموصى له بشئ محدد من التركة أم كان حقا شخصيا كما في الحق الذي ينتقل من المحيل إلى المحال أي انتقال الحق هنا لا يكون على عنصر مشاع في الذمة المالية. وفي تعريف اخر هو من تلقى عن سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقا عينيا على هذا الشيء كحق المنتفع والمشتري والموهوب له، و الموصى له بشئ محدد من التركة أم كان حقا شخصيا كما في الحق الذي ينتقل من المحيل إلى المحال أي انتقال الحق هنا لا يكون على عنصر مشاع في الذمة المالية. فاطمة محمد احمد الرزاز، نظرية الاستخلاف الخاص، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق 1997، ص 47.

² FICHTER-boulvaed.la transmission de l engagement dans les contrats en chaine Grenoble. 1992. p271.

-ب:علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه سلفه.

يشترط في الخلف علمه بالالتزامات والحقوق التي رتبها تصرف سلفه مع الغير حيث يمكن أن ينتقل إليه

شيء منها والمقصود بالعلم هنا العلم اليقيني. إلا أنه ومع ذلك يجب التمييز بين الحقوق والالتزامات.

فعلى مستوى الحقوق لا يلزم أن يتوافر عند تلقي الخلف الخاص للشيء محل الإستخلاف علمه

الحقيقي بالحقوق التي يتمتع بها ذلك الشيء وإنما يكفي بمجرد العلم الإفتراضي.

أما على مستوى الالتزامات فخلافاً للحالة السابقة وإعتباراً إلى أن الالتزامات تعتبر بمثابة قيود على الحق

الذي سينتقل إلى الخلف الخاص، فلا بد من أن يكون الخلف عالماً حقيقياً بهذه الإلتزامات وقت إنتقال

ذلك الحق إليه حتى لا يباغت بما يقيد حقوقه على الشيء وليكون ملزماً بإحترام هذه الإلتزامات¹.

فإذا كان هذا ما يتعلق بآثار العقد بالنسبة لخلف المتعاقدين فماذا عن دائنهما؟

ثالثاً: إنصراف آثار العقد إلى دائنين المتعاقدين.

إن نطاق أثر العقد من حيث الأشخاص لا يقتصر على الخلف العام والخلف الخاص، إضافة إلى

المتعاقدين بل يمتد هذا النطاق ليشمل الدائنين أيضاً.

فالدائن لا يتلقى حقا أو يتحمل بإلتزام من العقود التي أبرمها مدينه لكنه يتأثر بطريقة غير مباشرة بهذه

العقود باعتبارها قد تزيد أو تنقص من إحتمال استخلاصه لدينه، أي أن ضمانه العام يظل قائماً أو

يضيق أو ينعدم بحسب تصرفات المدين، لذلك فإن جل التشريعات قد ارتأت التدخل تفادياً للإضرار

بمصالح الدائن، بتخويله عدة وسائل قانونية من شأنها أن تكفل حماية ضمانه من التصرفات الضارة

للمدين وهي: دعوى الصورية (1) أو دعوى توقيع الحجز على أموال مدينه (2) أو حبس هذه الأموال (3)

أو سلوك طريق الدعوى البوليانية أو الدعوى المباشرة (4).

¹ صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ط 1، لسنة 2001، ص 111.

1- دعوى الصورية.

فالصورية كإصطلاح قانوني هي توافق إرادتين على إخفاء ما إتفقا عليه سرا تحت ستار عقد ظاهر لا يرضيان بحكمه، فهي توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، أي أنها عقد وهذا الأثر القانوني ليس إلا إخفاء ما إتفق عليه الأطراف سرا بمقتضى عقد سابق وهو بطبيعة الحال عقد سري، لأن الأطراف أبرموا عقدا ظاهرا وأعقبوه بعقد آخر سري يتضمن حقيقة ما رضىابه وأراداه.

فدعوى الصورية تخول للدائن حق الطعن في العقد الذي أبرمه المدين بشكل صوري فقط للإضرار بدائنيه فالدائن من خلال هذه الدعوى يعمل على الكشف عن الحقيقة التي أراد المدين إخفاءها من أجل إعمالها في حقه دون التصوير الكاذب الذي لجأ إليه¹.

2: دعوى الحجز التحفيضي.

يحق للدائن إقامة دعوى توقيع الحجز التحفيضي على أموال المدين وذلك من أجل منعه من التصرف في هذه الأموال حتى ولو كان دين الدائن مقرونا بأجل إذا كانت له مبررات معتبرة تجعله يخشى إفسار هذا المدين أو فراره.

3: حق الحبس. يحق للدائن حبس أموال المدين إذا كانت بحوزته، بحيث يستطيع الإستمرار في الإحتفاظ بها إلى أن يستخلص دينه².

4: الدعوى البوليانية أو المباشرة.

عندما عرفنا الصورية، لم يرد في ذكرنا أن الأمر يتعلق بدعوى، فالأمر يتعلق بتوافق إرادتين على إخفاء ما إتفقتا عليه سرا تحت ستار عقد ظاهر يرضيان بحكمه، وبتعريفنا للدعوى البوليانية، نجد أنفسنا أمام

مصطلح دعوى Action لا أمام "توافق إرادتين".

¹ محمد حسين منصور، النظرية العامة لالتزامات احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2006، ص 140 وما بعدها.

² حاتم عبد الحميد الرواتي، حماية الدائن العادي في القانون المدني، دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2003-2004، ص 404.

ومن ثم فإن الأمر يتعلق بدعوى، أي بمطالبة قضائية يمارسها الدائن ليرد بها تصرف مدينه الذي تصرف في حق من حقوقه هو، عن عمد، وبقصد الإضرار به ومباحاة لمن يفضله ويؤثره بالتصرف عليه بثمن زهيد، أو من غير ثمن أصلا من زوجة أو أبناء أو أعمام على حساب الدائن الذي يرفع هذه الدعوى بإسمه الخاص¹.

فإذا كان الأصل أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه، وأن الدائن ينصرف إليه أثر الأعمال القانونية الصادرة عن مدينه، يكون من حقه (الدائن) أن يطلب من المحكمة أن تقضي بعدم سرعان التصرفات الصادرة من مدينه والضرارة به في مواجهته هو. وذلك كلما خرج هذا المدين عن دائرة حسن النية، وتصرف بقصد الإضرار بدائنه².

ولكي تقوم الدعوى البوليانية لا بد من توافر مجموعة من الشروط نجملها كالتالي :

- أن يكون حق الدائن سابقا على تصرف المدين في الوجود.
- أن يلحق الدائن ضرر من جراء تصرف مدينه، حيث من شأن هذا التصرف أن ينتج عنه إنتقاص من ضمان الدائن وإعسار المدين .
- أن يكون حق الدائن مستحق الأداء.
- أن يكون تصرف المدين تصرفا قانونيا وليس واقعة مادية.
- أن يظل الضمان العام المقرر لفائدة الدائن منتقضا، والمدين معسر إلى حين رفع الدعوى البوليانية.
- أن يصدر التصرف من المدين المفقر لضمان الدائن عن غش³.

¹ رضا متولي وهدان ، اثار انتقال العقود الى الخلف الخاص ، المرجع السابق ، ص34.

² محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام احكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص 139.

³ سعود عبد الرحيم الدين ، مدى التزام الغير بما لم يلتزم به ، دراسة الاشكاليات بالتعهد عن الغير ، المكتبة القانونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية ، لسنة 1999 ، ص2.

المطلب الثاني: مفهوم الغير

-سوف نقوم بتبيان مفهوم الغير في هذا المطلب ونحاول تحديده ذلك ان للغير عدة مفاهيم فقد يكون خلفا عاما وقد يكون خلفا خاصا ، لكن المقصود بالغير هنا هو الاجنبي عن العقد ، فنخرج من دائرة الانابة والخلف بنوعيه ، و الدائنية ايضا .

-سوف نقوم بالتطرق الى مفهومه الفقهي والقانوني سواء الجزائري والفرنسي مقارنة تلك التعاريف بالقوانين العربية .

الفرع الأول: تعريف الغير

أولا : التعريف اللغوي للغير

-حسب قاموس لاروس ، فالغير هو (كل جزء من الكل ، ينقسم الى ثلاث اطراف متساوية)

-وهو ايضا الشخص الاجنبي عن المجموعة ، هو الذي يأتي في المركز الثالث وهو ما يضاف الى شخصين

-فالغير نجده في مختلف الصفات مثل الغير المؤقت ، الغير النافذ ، الغير الذي يؤجر مقابل تأدية خدمة او أي تصرف ... الخ¹ .

- وهو الشخص الثالث في علاقة التأمين لفائدة الغير ، العالم الثالث ... الخ.

ثانيا : التعريف الاصطلاحي :

قد عرفه الدكتور انور سلطان من فقهاء القانون المدني الغير هو من لم يكن طرفا في العقد.

و تعريف الدكتور مصطفى الزرقاء (هو من لم ينفذ العقد حقه)² .

سوف نقوم بتعريف الغير كنظيره الطرف وفقا للمفهوم التقليدي (أ) ووفقا للمفهوم الحديث (ب)

-أ: المفهوم التقليدي للغير: حقيقة ان مفهوم الغير في وجهة الفقه والقضاء التقليديين ينظر اليه على

اساس اعتبار العقد واقعة مادية وتصرف قانوني ، وعليه سوف نعرف الغير باعتبار ان العقد هو واقعة

مادية وايضا هو تصرف قانوني .

¹ لسان العرب ، قاموس المحيط ، فصل الغين ، باب الراء ، دار المعارف ، بيروت لبنان ، ط 1 ، ص 109 .

² مصطفى الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، دار الفكر ، ط 1 ، ص 429 .

- نجد ان الرومان قد ذكرو الغير في العبارة الشهيرة RES INTER ALIOS ALIIS NEQUE NO
CERE NEQUE PRODESSE أي بمعنى ان العقود واحكام القضاء لا تتعدى لغير أطرافها بنفع
أو ضرر وحكم العقود والقضاء الاقتصار¹.

-و يفهم بلفظ الغير في الفقه التقليدي هو كل شخص خارج نطاق العقد ،أي لا يعد من طرفي التعاقد
فهو لم يساهم في تكوين او صياغة العلاقة التعاقدية وبذلك يكون اجنبيا عن العقد ،مع العلم ان
العلاقة التعاقدية تمس الا من ساهمت ارادته في تكوينها².

-لكن من جهة اخرى اذا كان اثر العقد ليست له أي علاقة بالغير ،فان هذا لا يعني عدم تأثر الغير بالعقد
وذلك بسبب حجية العقد ،فالمنطق ان الغير لا يتحمل التزامات الناشئة عن العقد ولا يتمتع بالحقوق
الناشئة عنه ايضا .

-ان تعريف الغير على اساس ان العقد هو واقعة مادية يقوم على فكرة ان الغير هو كل اجنبي عن العقد
لم يساهم في نشأته او في صياغته ،و بالتالي لا يتصل به أي اثر³.

-لكن يجب التفرقة بين الغير الذي تتصل اثار العقد بالالتزامات به لكونه لم يساهم في تكوين العلاقة
التعاقدية وبين الغير ممن يمكن اعتبارهم امتدادا طبيعيا للمتعاقدين الذين يعتبرون خلفا عاما لهم
حيث ان الخلف في تلك الاحوال لا يعتبر من الغير⁴.

-إن تحديد مفهوم الغير على اعتبار العقد واقعة مادية يقوم على اطار شكلي ،به يخرج الغير من دائرة
المتعاقدين او نطاق الطرف لكونه لم يساهم في تكوين العقد في حين ان تحديد مفهوم الغير على اعتبار
إن العقد تصرفا قانونيا يكون اساسه فكرة ان قوام التصرف القانوني هو الارادة واهذه الاخيرة تحدد
الاثار بالنسبة للتصرف ،ذلك انه في حالة لم تتصل ارادة الغير بتكوين التصرف فلا يسأل عن التزامات
هذا التصرف القانوني .

¹ عاطف محمد كامل فخري ، غير في القانون المدني المصري : دراسة للتعريف بالغير وبمركزه القانوني من خلال التمييز بين مجالي الأثر الملزم
والسريان ، جامعة الاسكندرية كلية الحقوق ، ص 2.

² بسام حسين محمد حسين ، مفهوم الغير في اطار الروابط القانونية ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، لسنة 2010 ، ص 115.

³ جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزامات المصادر ، المرجع السابق ، ص 48.

⁴ حمدي عبد الرحمان ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 441.

وفي الجهة الاخرى ذهب جانب من الفقه الى تحديد مفهوم الغير على اساس التفرقة بين الطرف والغير من منطلق وجود عنصر الرضا في اثار العقد أي ان الطرف هو الذي رضي بأن تنصرف اثار العقد اليه والغير لم تتجه ارادته الى ذلك ان مفهومه يختلف على اساس اعتبار العقد واقعة مادية ينظر اليه من الناحية الشكلية او كتصرف قانوني¹.

-و به نستخلص ان تحديد مفهوم الغير وفق الاتجاه التقليدي كان بتحديد كواقعة مادية يتم على اساس شكلي ووفق معيار شخصي ، أي كل من قام بالمساهمة في تكوين وصياغة العقد يعتبر من الغير ويخرج عن نطاق العقد ، فهذا الاتجاه التفت الا للناحية الشكلية ولم يهتم بالارتباط الموضوعي الذي يربط بين التصرف الأصلي وبين مجموعة التصرفات المتعاقبة التي تكون وسيلة تنفيذ هذا التصرف².

ففكرة تحديد مفهوم الغير على اساس ان العقد واقعة مادية تكون مبنية على الناحية الشكلية ، بحيث ان تكوين العقد يكون اساسه فارقا في اعتبار الشخص من العاقدين او من الغير وهذا يجعل استخدام فكرة ان الطرف يتم معرفته من الناحية الشكلية البتة بمعنى ان الشخص الواحد قد يستطيع الجمع بين صفة الغير والطرف في نفس الوقت ، وذلك اننا قد نجد احد الاشخاص قد شارك في تكوين العقد ويكون في نفس الوقت غيرا بالنسبة لعلاقة تعاقدية اخرى لانه طبيعة لم يساهم في تكوين العقد الثاني .

-كما اننا نجد في المفهوم التقليدي للغير شرط التفريق بين الشخص الذي يعد اجنبيا عن العلاقة التعاقدية منذ بدايتها أي منذ مرحلة التكوين الى غاية انتهائها ، وبين الغير الذي يظهر في مرحلة تنفيذ العقد ، فهم يرون ان النوع الأول يخرج من دائرة النسبية والثاني يدخل في نطاق مبدأ النسبية .

و هذه الفكرة تأخذ بنا الى وجود صعوبة في اعتبار العقد واقعة مادية كأساس لتحديد مفهوم الغير ، فلو تم تحديد الغير من خلال قالب شكلي جامد مفاده النظر فقط الى تكوين او صياغة العقد ومن ساهموا في علاقة تعاقدية معينة فان ذلك سوف يتنافى مع مصلحة هذا الغير . فهذا التجاهل بما يحيط به من تصرفات قانونية متعاقبة التي ترد على نفس الحق او المحل في التصرف.

¹ بسام حسين محمد حسين ، مفهوم الغير في اطار الروابط القانونية ، المرجع السابق ، ص 117-118.

² المرجع نفسه ، ص 121.

فإن هذا سوف يؤدي بالمساس بالمصلحة الفردية له لكونه الطرف المتضرر من جراء عدم تنفيذ التزام تعاقدى ومن هذا فقد ظهر رأي آخر في الفقه التقليدي ، و ذلك بتعريف الغير على اعتبار ان العقد هو تصرف قانوني وليس واقعة مادية بالنسبة للغير¹.

-فكما سبق ذكره ان تحديد مفهوم الغير باعتبار ان العقد هو واقعة مادية بالنسبة له ادى الى تعرف الغير من المنظور الشكلي أي الشخص الذي لم يساهم في تكوين العقد هو غير والذي ساهم في التكوين هو طرف، اما تعريف الغير باعتبار العقد هو تصرف قانوني والذي اساسه هو الارادة².

التي تقوم بابرام التصرف وتنفيذه ،وانطلاقا من قاعدة ان مبدأ سلطان الارادة الذي يبرز فيها ان الارادة تؤدي الى تكوين الالتزامات وانهاؤها وتعديلها³.

-الامر الذي ادى الى النص بأن العقد لا يضر الغير بمعنى انه لا يستطيع بذاته ان يحملهم بالتزام ما، وان قاعدة عدم الاضرار العقد بالغير لها استثناءات قليلة منها الصلح مع التاجر المفلس⁴.

-فالغير وفق هذا الاتجاه هو الشخص الذي لم تتجه ارادته الى انشاء الالتزام او نقله او تعديله ،بمعنى ان مناط دخول الشخص دائرة التعاقد.

-اذ ليس من المفترض ان يلتزم الشخص بتنفيذ التزامات ناشئة عن تصرف قانوني وارادته لم تتجه الى اتمامه ،وهذه النتيجة تجد اساسها في مبدأ تحقيق التوازن العقدي ومبدأ سلطان الارادة والقوة الملزمة للعقد⁵.

¹ انور سلطان ، نظرية الالتزام ، المرجع السابق ، ص 203. و بسام حسين محمد حسين ، مفهوم الغير في اطار الروابط القانونية ، المرجع السابق ، ص 124.

² يوجد فريقين من الفقه اختلفا في تحديد مفهوم الارادة ، حيث ذهب اتجاه الى تناول الارادة بمفهومها الفردي ، أي ان ارادة الشخص هي اساس ومصدر التزامه ، وهذا القول يجد اساسه في مبدأ سلطان الارادة ، و تماشيا مع هذا الاتجاه الفردي للفقه فانه من الواضح ان الاصل هو حرية التعاقد ولا يجوز ان يجبر شخص على ابرام تصرف قانوني او عقد لم تتجه ارادته الى ابرامه ، بسام حسين محمد حسين ، مفهوم الغير في اطار الروابط القانونية ، المرجع السابق ، ص 125.

³ عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، المرجع السابق ، ص 585.

⁴ حيث يسري هذا الصلح على جميع الدائنين حتى ولو لم يوافق احد منهم عليه او لم يشترك في انشائه وكذا عقد العمل الجماعي حيث تسري احكام هذا العقد على افراد طائفة معينة من العمال حتى من لم يوافق منهم عليه وكذا تأثر شخص بعقد ابرمه الغير اعمالا لنظرية المظهر المخادع بمعنى ان الغلط الشائع يولد الحق ،. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في نظرية الالتزام ، المرجع السابق ، ص 182.

⁵ اسماعيل غانم ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 342، و بسام حسين محمد حسين ، مفهوم الغير في اطار الروابط القانونية ، المرجع السابق ، ص 127.

-و بالتطور الذي شهدته العلاقات التعاقدية ، فكان وجوبا الاخذ بفكرة الغير من المنظور الاوسع ، فالفقه الحديث اصبح في تحديده لمفهومه الغير ينظر له وفقا للمعيار الموضوعي قياسا على حدوث الضرر ، فاذا كان طرف قد اصيب بالاضرار نتيجة مشاركته في احدى التصرفات القانونية ارتبطت ارتباطا موضوعيا بالتصرف الأصلي فان هذا الشخص لا يمكن اعتباره من الغير في علاقته مع اطراف التصرف الأصلي¹ .

وعلى انتقادات التعريف التقليدي للغير اتى الفقه والقضاء الحديث لتحديد مفهوم الغير والذي يتمثل في الضرر الواقع عليه ولحظة وقوع الضرر والحالة التي كان عليها الطرف المتضرر ومدى الارتباط بين التصرف الذي يكون هذا الغير دائنا او طرفا فيه وبين التصرف الذي يعد فيه الغير ، و ذلك لحماية المصلحة الخاصة للغير² .

ب:تعريف الغير وفق للفقه الحديث

-وفق لهذا الفقه فان الغير هو الشخص الذي لم يساهم في تكوين العلاقة العقدية وان كانت مساهمته من خلال تنفيذ تلك العلاقة عبر مجموعة التصرفات القانونية الواردة على محل او مال واحد، بغية تحقيق هدف مشترك ، فتم تعريفه بأنه الشخص الذي يصاب بضرر من علاقة تعاقدية باعتبارها واقعة مادية ، و هذا ليس الغير في اطار الأثر الملزم وانما في مجال فكرة السريان³ .

و أن التصرفات في اطار الأثر الملزم يكون قوامها تراضي الأطراف ، اذ لا تولد اثارها الا في دائرة الأطراف وحدهم ، فالأثر الملزم ليس الا المضمون الداخلي للإرادة التي انشأت التصرف ، فمن لم ترتضي ارادته انصراف هذا الأثر اليه يظل بمنأى عن هذا الأثر⁴ .

¹ فيصل زكي عبد الواحد ، المسؤولية المدنية في اطار الأسرة العقدية ، المرجع السابق ، ص 118.

² سليمان مرقس ، نظرية الالتزام ، المرجع السابق ، ص 321 وما بعدها.

³ عاطف كامل محمد فخري ، الغير في القانون المدني المصري ، المرجع السابق ، ص 3 وما بعدها ، نقلا عن بسام حسين محمد حسين ، مفهوم الغير في اطار الروابط القانونية ، المرجع السابق ، ص 135.

⁴ أحمد شوقي عبد الرحمان ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، المرجع السابق ، ص 345 ، نقلا عن بسام حسين محمد حسين ، مفهوم الغير في اطار الروابط القانونية ، المرجع السابق ، ص 135.

ج:تعريف الغير وفقا للمعايير الشكلية والموضوعية

- نجد بعض من الفقه من اعطى تعريفا للغير وفق تقسيمه للمعيار الشكلي والمعيار الموضوعي ولا شك انه يدور في فلك واحد بما اتى به التقسيم وفقا للفقه التقليدي والحديث ، فكان علينا ذكره وذلك للتوضيح اللازم لتعريف الغير لما له من اهمية ، فارتأينا ان نضع تعريفا للغير عن طريق تبيان الاختلاف بينه وبين اطراف العقد وفي هذا التمييز يوجد معيارين الأول شكلي والثاني موضوعي.

1-ج:المعيار الشكلي

-ان التعريف السائد لكل من الطرف والغير، ان الطرف هو كل شخص شارك في تكوينه ،فهناك من يرى ان في المعيار الشكلي يعتبر الشخص طرفا اذا وضعت ارادته في طابع شكلي.

2-ج المعيار الموضوعي

- هو مستمد من النظرية العامة للالتزام والتي اعتبرت مسألة التمييز بين الطرفية والغير مسألة غير محسومة ،فذهب جانب من الفقه الى ان هذا التمييز اساسه مبدأ حرية التعاقد او ما يسمى بمبدأ سلطان الارادة الذي ينص على ان كل متعاقد هو ملزم بإرادته فقط ولا يستطيع احد خارج عن العقد ان يلتزم بهذه الارادة حيث ان التجاء الافراد الى التعاقد يعتبر ارادة اختيارية تعود لهم حرية ممارستها فالإرادة لها السلطة في جميع الروابط القانونية العقدية والغير العقدية والنظام الاجتماعي يقوم على الفرد ،هذا الفرد الذي يسخر له كل شئ في المجتمع ولا تكتمل شخصيته الا بالحرية و الدليل على هذه الحرية تقديس وتفعيل ارادته المستقلة ،فتكون كل علاقاته بأفراد مجتمعه قائمة على اساس هذه الارادة الحرة¹.

-ومن هنا يمكن ان نضع تمييزا بين الغير والطرف باستعمال مبدأ الاستبعاد فاذا استبعدنا المتعاقدين ضمن الاشخاص الذين لا يتأثرون باثار العقد نتوصل الى اولئك الذين يطبق عليهم مبدأ النسبية أي لا ينصرف اليهم اثر العقد².

¹ LEVY.E.preuve par titre du droit de propriete immobiliere.these.paris.1896.p89.

² BUFNOIRC.Propritee et contrat .theorie. des modes d acquisition des droit reeles et source des obligations 2ed. paris .1924.p748.

-و في رأي اخر معاصر يرى ان التفرقة بين الغير والطرف يكون اثناء مرحلة الابرام فالغير لا وجود له في هذه المرحلة ، لكن يمكن ان يظهر ويتطور وجوده في مرحلة التنفيذ .

-وفي رأي ثاني يرى انه تتم معرفة الغير عن طريق معرفة الطرف، فهو الوجه المضاد له حيث تختلف وظيفة كليهما وبه تتم التوصل اخيرا الى التفريق بينهما في هذه العلاقة التعاقدية .

-فكلما كنا اطرافا ابتعدنا عن صفة الغير وصفة الاجنبي ، و به عند اكتساب صفة الطرفية بالنسبة للأشخاص الذين صدر عنهم الايجاب والقبول، وحصل الرضا بينهما ، فيطبق عليهم مبدأ النسبية العقدية والتي تخرج كل من ليس له علاقة بالعقد ، فهنا يقع التمييز بينهما ايضا ، أي بغياب رضا الشخص يجعله غير معني بالقوة الالزامية للعقد وبالتالي فهو غير ¹ .

-لكن قاعدة الرضا والارادة عند وضعها في مرحلة الانعقاد تحدد الطرف من الغير هي غير مطلقة فمنذ وقت الابرام الى غاية مرحلة التنفيذ يمكن ان تتغير الصفة طيلة مدة العقد ، حيث يمكن للطرف الذي ابرم العقد يبقى حتى مرحلة التنفيذ ويمكن ان يتغير وذلك بتغيير الوضعية القانونية للأطراف طيلة حياة العقد كالوارث الذي يخلف سلفه في الالتزامات التعاقدية فيصبح هو الملزم بتنفيذ العقد خلفا لمورثه طبعا اذا قبل بتحمل الالتزامات .

-وهذا ما جاء به الفقيه غستان بأن الارادة الحرة يمكن ان تكون كمقياس لهذا التمييز واكتساب صفة الطرف واكد على ان هذه الارادة لا يمكن ان تقتصر في مرحلة الابرام ولكن يجب ان تكون متواصلة في كل مراحل العقد أي مرتبطة بوجود العقد.

-هذا ما اكده بعض الفقهاء ان الطرف في العقد يبقى طرفا حتى بالنسبة لأثره باعتبار ان ارادته تبقى متواصلة وموجودة بوجود هذا العقد وان الاطراف هم الاشخاص المشمولون بالقوة الملزمة للعقد او بواسطة ارادتهم او بواسطة القانون من مرحلة ابرامه الى حين تنفيذه وهكذا يتميزون عن الغير ² .

¹ الان بيانت ، القانون المدني ، الموجبات ، ترجمة منصور القاضي ، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع لبنان ، لسنة 2004 ، ص18 .

² BUFNOIRC.PROPRITEE ET CONTRAT .IDEM. Propriété et contrat, instruments de l'ordre économique dans la République Fédérale d'Allemagne

-ثالثا: التعريف القانوني للغير

-نصت المادة 113 مدني جزائري (لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير . و لكن يجوز أن يكسبه حقا) و المادة 1/116 من نفس القانون (يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية) .

ونصت في المقابل المواد 1119 الى 1122 و1965 من القانون المدني الفرنسي على انه لا يمكن على الوجه العموم أي كمبدأ عام القيام بالتعاقد او الاشتراط باسم خاص للشخص نفسه أي المتعاقد ،على انه يمكن التعهد بضمان موافقة الغير باستثناء التعويض ضد المتعهد الذي وعد بموافقة الغير او الحصول على تصديقه اذا رفض الغير القيام بالالتزام كما جاء في مضمون المادة 1121 انه يمكن ايضا الاشتراط لمصلحة الغير عندما يكون شرط الاشتراط هو الذي يقوم به الشخص لذاته او شرط الهبة التي تعطى للغير ،ومن قام بهذا الاشتراط لا يستطيع الرجوع عنه اذا اعلن الغير ارادة الانتفاع منه كما نجد ان المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي ، انها حددت فئات الاشخاص الذي يقع عليهم الاشتراط ،وهو الشخص الشارط نفسه او لورثته أي خلفه العام ،كما ان المادة 1165 جاءت صريحة بنصها (ليس للاتفاقيات أثر الا بين طرفيها ،لا تضر بتاتا بالغير)،و يعني ذلك ان العقد لا يكون له أي اثر الا بين طرفيه فهو لا ينشئ التزاما على الغير¹.

على عدم وجود اثر للعقد الا بين المتعاقدين نفسها وايضا ان العقد لا يضر الغير كمبدأ عام ،استثناء في الحالات التي نصت عليها المادة 1121 السابق ذكرها .

فالمبدأ العام هو مبدأ نسبية اثر العقد والذي يفرض المنطق ان يكون المتعاقدان وحدهما مقيدان باتفاقهما وهذا ما نصت عليه المادة 1134 قانون مدني فرنسي ،و ما اكدته المادة 1165 في جزئها الاول.

¹ عبد المنعم فرج الصده ،مصادر الالتزام ،ط1 ،دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ،ص33. بسام حسين محمد حسين ،مفهوم الغير في اطار الروابط القانونية ،المرجع السابق، ص 132.

-ان مبدأ نسبية اثر العقد لهو نتيجة حتمية لمبدأ الارادة ،لان كل شخص له مطلق الحرية في ابرام تصرفات قانونية كيفما يشاء ،لكن بشرط القيام بالتعاقد بنفسه ،فهو من يجب عليه ان يلتزم بهذا العقد ، وهذا هو مناط مبدأ النسبية ، لأنه لا يمكن منطقيا اجبار شخص اجنبي عن العقد بالالتزام به .

-وبالعودة لأصول المادة 1165 نجدتها تعود الى الصياغة الرومانية حيث ان المبدأ لدى الرومان هو ان الغير لا يلتزم بعقد ليس طرفا فيه ، كما انه لا يجوز الاحتجاج به ،وبه يتبين ان المعنى الحقيقي لمبدأ النسبية ان الغير مستقل تماما عن العقد وبه اصبح مفهوم الغير هنا ، كل شخص لا يمت باي صلة الى العقد ،وبدأ تطور مفهوم الغير بمصطلح لا ينفع ولا يضر مفاده ان العقد لا يضر بالغير ، وان الغير لا يستفيد من العقد وبه اصبح العقد ليس له أي وجود في مواجهة الغير .لكن عند حصر مصطلح الغير بانه ليس له أي علاقة او رابطة قانونية مع اطراف العقد هنا يعطى له اسم الغير المطلق *penitus extranei* ، فعند الرجوع للتأصيل التاريخي للمادة 1165 بالنسبة للغير يوجد قول متداول منذ القدم وهو الشئ المتفق مع بعضهم لا يضر ولا ينفع بعضهم الاخر ، مع الاشارة الى ان التعابير المصطلحات التي اتت بها المادة 1165 تفسح المجال المطلق للتفكير في ان العقد ليس له أي اثر اتجاه الغير ، هذه الفكرة تطرح اشكالا في مدى تنفيذ العقد من طرف الغير وفي حجية هذا العقد على الغير .

-فنقصد بتنفيذ العقد أي تنفيذ الالتزامات التي يفرضها العقد فهذه الالتزامات لا يمكن فرضها على الغير ولا حتى للغير ان يفرضها على اطراف العقد .

فمثلا في عقد القرض التمويلي لا يمكن ان يجبر المقترض على اخطار المقرض في حالة فسخ التامين في حين ان المقرض معني بالحفاظ على هذا الضمان الذي يحافظ على قيمة رهنه عليه اذا الحصول مباشرة من المؤمن على مثل هذا التعهد بالإعلام ، فالاجنبي عن العقد لا يمكن ان يكون ملزما ابدا بالعقد¹ .

و في الجهة المقابلة لا يمكن للغير ان يطلب تنفيذ عقد ليس طرفا فيه او ان يشكو مثلا من سوء تنفيذه لان ليس له الصفة في ذلك ، اما في حالة حصول ضرر له من جراء تنفيذ هذا العقد او سوء تنفيذه فله اللجوء الى احكام المسؤولية المدنية التقصيرية وذلك بإثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما وليس له ان يثبت التقصير في تنفيذ العقد مثلا² .

¹ MAZEAUD.Les obligations .7ed.par CHABAS.F.PARIS .1985.P857.

² LARROUMET.Op.cit.p766.et CUINCHAR.S.et.Montagnier.op.cit.p401.

-اما فيما يخص حجية العقد ضد الغير سيتم التطرق اليه بصفة مفصلة لاحقا ، فليس للشخص ان يتهرب من وجود العقد حتى ولو انه لم يكن طرفا فيه ، لأنه عند نشأة العقد يصبح له وجود قانوني ويقال عنه ان العقد محتج به ، فموقع الغير بالنسبة للعقد وذلك باستبعاد كونه طرفا لاحقا للعقد او دائنا لاحد الاطراف الاصلية يمكنه التمسك لصالحه كواقعة قانونية بالوضع الذي انشأه العقد نفسه ومن اشهر الامثلة الواقعية التي تبرهن صحة هذه القاعدة ، هي عقود الملكية او الناقلة للملكية فهي تخلق وضعاً جديدا لا يمكن للغير تجاهله ، اعطى الفقيه غيستان مثال هو حالة انهيار عقار فالغير هنا يتجه الى المالك حسب نص المادة 1386 من القانون الفرنسي وبه لا يمكن ان يجهل بيعا حصل سابقا الى حد ما .

و مثاله ايضا في عقد الاستئجار فالمستأجر يتوقف حقه على صفة شريكه المالك ، واعطى مثال في ذلك قرار الغرفة المدنية (كل من يتمسك بانه مالك مال بإمكانه التمسك بصفة قرينة ، تجاه الغير بالسندات الناقلة للملكية او الاعلانية لان اثبات الملكية اجنبي عن مسالة حجية العقود ضد الغير ...) ¹.

-و في مثال اخر مالك مال على شيوع مع شقيقه المتزوج في نظام الاحوال المشتركة بين الزوجين يمكن ان يكون عقد قسمة هذه الاموال المشتركة محتجا به ضده بعد الطلاق وهكذا يصبح في الشيوع مع زوجة الاخ السابقة ².

كما ان القانون الفرنسي مشى في فكرة انه في حالة ما قام الغير بتقديم أي معلومة لاحد اطراف العقد حول العقد نفسه فقد قام بارتكاب خطأ ³.

¹ V.Ginossar.s.la fraude .au droit .d.autrui et .ELLE licite .Malanges en l honne de Dabin 2.paris.1963.p621 et 622.

² JOSSERAND.L.cours de droit positif FRANÇAIS.T2.2ED.SIREY.1933.N.259.

³ ان الغير الذي يعرف وجود العقد يرتكب خطأ عندما يساعد احد الفريقين على انتهاك تعهده وفي ذلك اتى القرار غ ت ن 13 اذار 1980 ص 1 م *كل شخص يساعد ، مع معرفته الوقائع الغير على انتهاك الالتزامات العقدية الملقاة على عاتقه يرتكب خطأ اجراميا اتجاه ضحية الجرم * Audrey Gougeon.L'intervention du tiers à la formation du contrat.opcit p151.

2. كما اشار غستان انه في حالة وجود انتهاك للتعهد بعدم المنافسة واعطى مثال كثيرا ما يوجد في ساحة الضاء بشاري مؤسسة تجارية على علم بالبائع المرتبط ببند عدم المنافسة يرتكب خطأ تجاه المستفيد من هذا البند مع ان البائع نفسه لم يقصر في واجبه هذا ما نصت عليه قرار غ ت ن ن 4 ايار 1993 ن م 8 ص 164.

و للطرف المتضرر من هذا الغير ان يحتج بالعقد ضد هذا الاخير ، فالقاعدة هي ان لكل طرف متضرر في العقد ان يحتج بالعقد ضد الغير المتسبب بهذا الضرر لكن تترتب على هذه القاعدة وجهان ، اولهما ، ان يكون للعقد تاريخ ثابت وذلك حسب المادة 1328 مدني فرنسي ، و الفائدة من هذا الشرط هو حماية الغير من الاحتيال فلعللى احسن مثال عن هذا بيع مالك العقار لعقاره الذي سبب ضرر بعقد بتاريخ مسبق الى شركة معسرة للتخلص من مسؤوليته حسب المادة 1386، فهنا لا يصبح للطرف الحق بالتمسك بحجية العقد ضد الغير، اما الوجه الثاني والذي يعتبر كصورة من صور الحماية القانونية للغير حسن النية فيمكن له ان يحتج بالعقد كواقعة قانونية بالوضع الذي ولده العقد¹.

الفرع الثاني : فئات الغير

-تعتبر المادة 1165 مدني فرنسي مثلة القاعدة النسبية للعقد والتي تؤكد على مبدأ سلطان الارادة وحرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد وهي التي تؤكد مفعول العقد بين المتعاقدين انفسهم وذلك انسجاما مع المذهب الفردي لسلطان الارادة ، وقد اكد الفقيه AUBERT ان المتعاقدين اسياذ وهذه السيادة تقتصر على أنفسهم فقط وقال (السلطة القانونية المزودة لهذه الارادات الفردية لا يمكن ان تتجاوز ارادة المتعاقدين وحدهم)².

-و لا يوجد بين فئة الغير وفئة الطرف حاجزا غير قابل للتجاوز ، فقد يخرج الشخص من فئة ليدخل في فئة اخرى والاشكال المطروح هنا ، كيف يتم تحديد الشخص انه طرف او غير؟

لكي يتم تفسير هذا التداخل في المراكز ، سبق وان ذكرنا ان هناك معايير منها المعيار الذي اتى به الاستاذ دبران وهو التأثر بالعقد ، و معيار ثاني هو مبدأ سلطان الارادة ، و معيار الصفة أي كل من ليس طرف هو غير³.

غ ت ن 22 تشرين الأول 1991 ن م 8 بامكان كفلاء المدين الاحتجاج ضد الدائن الذي بلاحقهم بالعقد الذي نقل ديونهم الى شخص اخر -
² FLOUR ET AUBERT .LES OBLIGATIONS .OARTIE N 1.6EME ED N 430.
³ GHESTIN.j. taite de droit civil-les effets du contrat-L.G.D.J-paris.1992.p368.

-هناك اجماع فقهي حول وجود نوعين من الغير وهو ،الغير المطلق أي الاجنبي تماما عن العقد ما يسمى بـ PENITUS EXTREI أي الذي ليس له علاقة بالعقد تماما¹ ،و الغير النسبي ، حيث قسمنا في هذه الدراسة الغير النسبي الى ،الغير الذي يصبح طرفا (اولا) و الطرف الذي يصبح غير(ثانيا).

-حيث تجدر الاشارة الى ان الغير المطلق جاء في نص المادة 113 من القانون المدني الجزائري والتي تنص (لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ، لكن يجوز ان يكسبه حقا).

تقابلها المادة 1165 مدني فرنسي التي تنص في مفهومها على أن العقد لا ينفع الغير ولا يضره ، هذا ما انتقده الاستاذ ويل من تعريف المادة للغير المطلق قائلا ان هذا القول غير صحيح لأنه لو كان الغير الاجنبي عن الأثر الملزم للعقد هو من لا علاقة له بالمتعاقدين لما احتاج المشرع الى نص يقرر فيه ان العقد لا ينفع ولا يضر هذا الغير لأن هذا الامر بديهي لا يحتاج الى نص ، في حين انه لو طبقنا نص المادة 1157 والتي جاء في مفهومها (اذا تحملت العبارة معنيين فيجب حملها على المعنى الذي ينتج اثرا قانونيا وليس على المعنى الذي لاينتج أي اثر) ، كما ان الاستاذ ويل ذكر ان اول من لاحظ هذا هو الاستاذ بودان الذي نص على ان (الغير ليس شخصا لا تربطه اية علاقة مصلحة مع اطراف العقد فلا يتصور ان العقد ينفع مثل هذا الشخص او يضر به حتى يوصي بذلك المشرع ، فهذا الغير هو الخلف الخاص في علاقته مع خلف خاص اخر اذا كان كلاهما قد تعاقدوا مع سلف واحد وورد على شئ واحد فكل منهما يعتبر غيرا اجنبيا عن الاخر².

-كما اننا نجد ان ويل قد ذكر انتقاد اخر حول مصطلح الغير الاجنبي ، حيث يرى ان لا داعي لان نقرن مصطلح الاجنبي مع الغير ، فالشخص اما ان يكون طرفا او غيرا .

¹ وفيه اعطى الاستاذ GOUTAL مثال حيث ان يقول ، هناك غيرين ، غير مطلق وغير نسبي ، و الغير المطلق هو لا علاقة له بالعقد تماما وهو غريب عن العقد وليس عن المتعاقدين فقط مثاله (أ) صاحب مستودع قام باصلاح سيارة (ب) وهذا الاخير قام ببيع هذه السيارة ل (ج) وهذا الاخير وجد السيارة معيبة ، فهل يمكن له رفع دعوى التعويض ضد (أ) ؟ يجيب ، طبعا لا يمكن ل (ج) ان يطلب ذلك من (أ) ، لان هذا الاخير يعتبر اجنبيا تماما عن العقد الذي قام بين (ب) و (ج) ، - GOUTAL.J.L.Essai le principe relative du contrat- bibliotheque de droit prive-paris.1981.p23.

² JOSSERAN.L.cours de droit positif francais-t2.ed.sirey-paris 1933.n259.

نقلا عن حليبي ربيعة ، الغير في العقد ، دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، 2016-2017 ص.20.

و يضيف الى ان من الناحية العملية لا يوجد حاجز بين الطرف والغير عن العقد ، فكل حاجز يمكن تجاوزه ، فالمتعاقد يمكن ان يفقد وصفه هذا فيدخل في فئة الغير ، مثلما يمكن ان يتجرد من وصف الغير ويدخل في دائرة الطرفية الذي سندرسه على التوالي.

أولاً: الغير الذي يصبح طرفاً:

-تتجه الارادة في مختلف التصرفات القانونية الى احداث اثار قانونية معينة تتحدد وفق لطبيعة كل تصرف ، والقاعدة العامة في هذا الشأن ان تلك الاثار لا تنصرف الا لمن كان طرفاً في التصرف القانوني الذي رتبها ، وهذا يدخل ضمن النسبية أي عدم انصراف اثار العقد الى غير اطرافه المتعاقدين¹.

-فالقاعدة العامة ان كل من ساهم بإرادته يعتبر طرفاً ، لكن عند النظر لقول الفقيه *مارتن*فانه يرى ان مساهمة الشخص بإرادته في العقد ليس بالضرورة انه في مركز الطرف واستدل بمثال: النائب الذي يقوم بأبرام العقد بإرادته لكن لا يعتبر طرفاً لان مهامه الابرام دون التمتع والالتزام بأثار العقد ، فالتعبير عن الارادة وحدها لا تكفي لتحديد مركز الشخص².

-ونعطي مثال اخر وهو موضع الشخص الذي تنتقل اليه الاثار دون ان يصبح طرفاً ، و لعل اقرب مثال على ذلك المستفيد في الاشتراط ، و منه توصل مارتن الى ان الطرف في العقد ليس هو الذي يناله اثر العقد فقط وانما الذي يعبر العقد عن مصلحة ذاتية له متميزة عن غيرها³.

و في مثال عن هذه القاعدة بانه في حالة وجود مالكين على شيوع وارادا ان يبيعا ملكهما الى شخص اخر فان مصلحتهما تتعارض مع مصلحة المشتري لذلك ليس للعقد الا طرفان ولا يكون في العقد ثلاث اطراف لان العلاقة بينهما وبين البائع تبقى مستقلة .

¹ -محمد سليمان ، ضرورة النظر في مركز الخلف العام ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، عدد 1 ، الجزائر 2009 ، ص 479.

² خليل ايمان ، الخلف بين الطرفية والغيرية ، مقالة منشورة في مجلة المنار الدولية للبحوث والدراسات القانونية والسياسية العدد 3 ، ديسمبر 2017 ، ص 225.

³ -صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد (دراسة في النظرية العامة للالتزامات) ، الدار العلمية الدولية ، عمان ، ط 1 ، 2001 ، ص 27/28.

-فعدد الاشخاص لا يؤدي بالضرورة الى تعدد المصالح المتناقضة، ومثال اخر على قاصر ووليه فيتعاقدان مع شخص اخر فهنا يوجد علاقتين لوجود مصلحتين متعارضتين، لان العقد يجب ان تتوفر فيه مصلحتان متعارضتان فاكثر، والا لا يسمى عقدا¹.

و لكل قاعدة انتقادات ، حيث ظهرت انتقادات عديدة لهذه النظرية ستتم دراستها لاحقا.

-بالعودة لعنوان الغير الذي يصبح طرفا ،هذا يعني ان الشخص الاجنبي عن العقد يصبح طرفا لهذا العقد نفسه ،سنتطرق لبعض الفئات التي تعتبر غيرا أي لم تكن داخل العلاقة التعاقدية ثم اصبحت طرفا فيه.

1-:-الخلف²-الخلف نوعان خلف عام وخلف خاص ،فالخلف العام هو كل من يخلف الشخص في ذمته المالية كلها او في جزء منها ،و هو الوارث والموصى له بجزء شائع من التركة، سنقوم بدراسة الخلف العام والخاص على التوالي.

أ:-الخلف العام-فكما تبين ان الخلف العام ذو مراكز قانونية فهو يشمل كل من الوارث والموصى له بجزء شائع من التركة

-لقد نص المشرع الجزائري عن الخلف العام في المادة 108 من القانون المدني)

-)(ينصرف العقد الى المتعاقدين والخلف العام ،مالم يتبين من طبيعة التعامل او من نص القانون، ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث.

¹ martin de la moute ,l acte juridique unilaterale,these ,l.g.d.j,1951,pag43.

²- لغة هو: كل من يجئ بعد من مضى:النسل والاولاد

في قوله تعالى (اللهم لا تذرني فردا وانت خير الوارثين) صدق الله العظيم.

وفي تعريف اخر: هو العوض ،البذل ،الذرية

واسطلاحا هو:الخلف العام لم يتعرض له علماء الفقه الاسلامي لوضع تعريف له لانهم لم يستخدموه في كتاباتهم وانما استخدموه مرادفا له وهو الوارث والموصى له بجزء شائع من التركة .

-اما فقهاء القانون فقد وضعوه له اصطلاحا يفيد ان الخلف العام: هو كل من يخلف السلف في ذمته المالية كلها او في جزء منها أي بعضها باعتبارها مجموعة من الاموال ،كالوارث والموصى له بجزء من مجموع التركة ،كثلثها ،او ربعها ،او خمسها

وفي تعريف اخر مشابه:(هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات او في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال، كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها -و يظهر ان كل التعاريف تدور في فلك واحد

-ان اثار العقد تنصرف الى المتعاقدين والخلف العام حسب نص هذه المادة ، بحيث وضع المشرع الخلف العام في نفس مرتبة الطرف المتعاقد كقاعدة عامة وبنصه في (...مالم يتبين من طبيعة التعامل او من نص القانون ، ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث)¹.

-فقد وضع المشرع ثلاث استثناءات مثل نظيره المشرع الفرنسي والمشرع المصري في القانون المدني المادة 145*، حيث هذه الفقرة تضع استثناءات التي يعتبر فيهم الخلف غيرا.

-لكن لو راينا هذه المادة بنظرة منعكسة ولو درسنا الخلف العام حق دراسته سنجده في الأحق هو غير بالنسبة لبداية العلاقة التعاقدية ، فالعقد نشأ بين شخصين الموجب والقابل ، بحيث قاما ببناء وانشاء هذا العقد حسب ارادتهما وقيدوه بشروطهما وعندما يرتب اثار يتمتع ويتحملها الطرفان ، فالخلف العام هنا يخرج عن دائرة العقد فيعتبر غيرا ، و بموت احد اطراف العقد يتغير مركز الخلف العام من دائرة الغيرية الى دائرة الطرف ونطبق نص المادة 108 من القانون المدني الجزائري ، اذ يظهر لنا جليا ان الخلف العام يخرج من مركزه الأول وهو الغير ويصبح طرفا بمجرد الوفاة ، فتنتقل له الاثار بسبب الوفاة².

سنقوم بدراسة مركز الخلف العام تفصيلا كالآتي :

1أ- خروج الخلف العام من الغيرية : -كما هو معروف ان الخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها او في جزء منها باعتبارها مجموعة من الاموال ، و هو الوارث والموصى له بجزء شائع من التركة ، و قبل دراسة مركز الخلف العام كان علينا تبيان من هو الخلف العام بالتفصيل كالآتي :

-الوارث-ان اثار العقد تنصرف الى المتعاقدين والخلف العام حسب نص المادة 108 من القانون المدني بحيث وضع المشرع الخلف العام في نفس مرتبة الطرف الاصيل في العقد كقاعدة عامة .

¹ أحمد حسين منصور ونبيل ابراهيم ، مبادئ القانون (المدخل الى القانون، نظرية التزامات) ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت سنة 1995، ص 279، علي فيلاي: الالتزامات النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر، ص 323.

² فارس الجوري (الخلف العام وحمايته المدنية) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ط 1 ، لسنة 2013 ، ص 22، انور سلطان (المبادئ القانونية العامة) دار النهضة العربية للنشر ، بيروت لبنان ، ط 4، سنة 1973، ص 317، في الرسائل: محمدي فريدة ، مبدأ نسبية العقد ، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر ، 1992، ص 18، و في بعض المقالات ، بدري جمال ، الخلف العام بين القانون المدني وقانون الأسرة المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 1 ، سنة 2001، ص 3.

و بنصه في (ينصرف العقد الى المتعاقدين والخلف العام مالم يتبين من طبيعة التعامل او من نص القانون ، ان هذا الاثر لا ينصرف ، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث)

-فالملاحظ ان المشرع وضع قاعدة عامة وهو اعتبار الخلف العام في حكم المتعاقد بحيث ينصرف اليه العقد كله ، ولكل قاعدة استثناء حيث يوجد ثلاث استثناءات لا تنصرف اثار العقد اليه ، وهي طبيعة التعامل ، او وجود مادة قانونية تمنع انتقال اثار العقد الى الخلف العام او بوجود اتفاق سابق بين الاطراف ، ففي هذه الحالات يعتبر الخلف العام في دائرة الغيرية ، فلا يتأثر بالعقد سواء ايجابا او سلبا .

-و الاصل كقاعدة عامة ان كل اثار التصرفات التي ابرمها السلف تنتقل الى الخلف العام ، و هي كل الحقوق المالية فيما عدا تلك التي تنقضي بموت السلف كحق المنفعة وحق الاستعمال بحيث هذه الحقوق تنقضي بموت المنتفع ومن له حق الاستعمال او حق السكن ، كما انه يوجد نوع اخر من الحقوق وهي الحقوق الشخصية التي تثبت للفرد بمجرد كونه انسانا والتي تهدف الى حماية عناصر شخصيته كالحماية من الاعتداء ، و ايضا يوجد نوع اخر من الحقوق لا تنتقل الى الخلف العام وهي الحقوق الاسرية¹.
-فطبيعة الحق او طبيعة التصرف يابى الى انتقال اثار العقد الى الخلف العام ، بالإضافة الى هذه الحقوق توجد معوقات تحول بين انتقال اثار العقد الى الخلف العام بحيث تعتبر كاستثناءات عن القاعدة العامة وهي وجود اتفاق سابق بين الاطراف او وجود نص قانوني يمنع ذلك² .

-فاذا اتفق الاطراف المتعاقدة على عدم انصراف اثار العقد المبرم بينهم الى خلف احدهما ، فهذا الاتفاق يعد صحيحا لأنه كما سبق الذكر فان سلطان الارادة له دور كبير مادام لا يخالف القانون³ .

وكما هو معلوم فان العقد هو شريعة المتعاقدين وعليه فان اثار العقد تنتهي بمجرد وفاة احد الاطراف فهي اجل محقق الوقوع ولكن ميعادها غير معروف ، كما انه في حالة ما اذا وجد نص قانوني صريح يفيد باقتصار انتقال اثار العقد الا الى المتعاقدين دون غيرهما من خلف عام.

¹ عبد الرزاق السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد ، المرجع السابق ص 734

² عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، وفقا للقانون الكويتي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، المجلد الثاني ، جامعة الكويت ، 1972 ، ص 726.

³ -بيرك فارس حسين الجبوري ، الخلف العام وحمايته المدنية ، دار الجامعة الجديدة ، ط 1 ، لسنة 2013 ، ص 31

ونعطي مثال على ذلك وهو الوكالة، فنجد نص المادة 586 من القانون المدني تنص صراحة ان الوكالة تنتهي بموت الموكل او الوكيل، وهذا ما يدل على عدم انتقال اثار العقد الى الخلف العام¹.

-لكن على الرغم من هذه الاستثناءات الواردة على قاعدة انصراف اثار العقد الى الخلف العام، فهل يبقى محتفظا بمركزه القانوني؟ أي يعتبر طرفا لكن مقيدا بهذه الاستثناءات؟ ام يصبح غيرا؟

-في حقيقة الامر نجد ان الفرق بين الخلف العام والغير هو عدم انصراف اثار العقد الى الغير على عكس الخلف العام الذي يعتبر في مركز السلف بمعنى الكلمة لكن في حالة هذه الاستثناءات يصبح الخلف العام غيرا، بحيث لم يعد هناك ما يميز بينه وبين الغير بل اصبح غيرا بعينه.

-ويستخلص من هذا ان الخلف العام كما ذكرنا سابقا هو من يخلف سلفه في جميع ذمته المالية او في جزء منها، ولكن هذا التعريف يعتبر كقاعدة عامة ترد عليها استثناءات وليس كمبدأ، بالإضافة الى التصرفات الضارة به والمضافة الى ما بعد الموت في حال تجاوزت ثلث التركة، مثالها ايضا تصرفات مريض مرض الموت الناقلة للملكية من محاباة او تبرع².

ففي هذه الحالات كلها يعتبر الخلف العام غيرا أي حتى بوجود واقعة وفاة السلف فهو يبقى غيرا، ولكن وبالرجوع لنص المادة 108 التي تقابلها المادة 145 قانون مدني مصري ان الخلف العام وضع بنفس مرتبة الطرف الاصلي بحيث تبدأ نص المادة ب ينصرف اثار العقد الى المتعاقدين والخلف العام، فنجد ان المشرع اعتبر الخلف العام حتى في حياة المتعاقد هو طرف اصلي في العقد، ولعل راينا ان هذا خطأ، فوضع الخلف العام في نفس مرتبة المتعاقد الاصلي اثناء حياته أي اثناء مرتبة الانعقاد ومرتبة التنفيذ لأمر خاطئ، بحيث لو درسنا الخلف العام حق دراسته سنجده غيرا بالنسبة لبداية العلاقة التعاقدية.

¹ جاك غستان، مفاعيل العقد واثاره، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت، ص439. ونجد ان هذه المادة تقابلها المادة 946 من القانون المدني العراقي والمادة 814 قانون مدني مصري والمادة 162 مدني اردني، بيرك فارس حسين الجبوري الخلف العام وحمايته المدنية، دار الجامعة الجديدة، ط1، لسنة 2013، ص31.

² E.GOUNOT.le principe de l autonomie de la volonte en droit prive .op.cit p110.

فالعقد ينشأ بين طرفين مهما كان عددهم ، أي الموجب والقابل ، اللذان قاما ببناء وانشاء العقد حسب ارادتهما وقيوده بشروطهما وعند نشوء اثاره فهما فقط من يتمتعا بها ومن يتحملانها ، فالخلف العام هنا لم تظهر ارادته ولم يتأثر بأثار العقد .

وعند العودة الى شروط انعقاد العقد نجد ان مبدأ سلطان الارادة هو الاساس في انعقاد العقد ، فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه او تعديله الا باتفاق الطرفين فالأطراف بإرادتهم هم احرار في تكوين العقد طبعاً بشرط الا تكون ارادتهم مخالفة للقانون وبالرجوع لأحكام الشريعة الاسلامية نجد انها اخذت بهذا المبدأ.

- إن أثار العقد تنصرف الى المتعاقدين والخلف العام حسب نص المادة 108 من القانون المدني ، بحيث وضع المشرع الخلف العام في نفس مرتبة الطرف المتعاقد كقاعدة عامة وبنصه في (...مالم يتبين من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث) ، فقد وضع المشرع ثلاث استثناءات مثل نظيره المشرع الفرنسي والمشرع المصري في القانون المدني ، المادة 145 ، حيث هذه الفقرة تضع استثناءات التي يعتبر فيهم الخلف غيرا حسب قول الرسول ﷺ (المسلمون عند شروطهم الا شرط احل حراما او حرم حلالا)¹.

فكيف لنا ان نعتبر الخلف العام طرفا في العقد وهو لم يشارك فيه وانه لم يشترط ايضا لمصلحته شيئا في العقد ، اذا في هذه الحالة نعتبر الخلف العام غيرا.

- متى يصبح الخلف العام طرفا؟

- بمجرد وفاة المتعاقد يطلق عليه لفظ السلف ويتحول الخلف العام طرفا في جميع ما تعاقد فيه سلفه وتكون جميع تصرفاته نافذة في حق ورثته ويحتج بها عليهم فالاستخلاف بمعناه القانوني (هو حلول شخص محل اخر في العلاقة القانونية التي تبقى عناصرها الموضوعية على ما كانت عليه قبل الانتقال)².

¹ أخرجه أبو داود في «الأقضية» باب في الصلح (٣٥٩٤)، والحاكم في «المستدرک» (٢٣٠٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١١٦١٨)، من حديث أبي هريرة ؓ. وأخرجه الترمذي في «الأحكام» باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس (١٣٥٢)، من حديث عمرو بن عوف رضي الله عنه. والحديث صحَّحه الألباني في «الإرواء» (١٣٠٣).

² سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، النهضة ، مصر ، ط٤، 1987، ص94.

-وطبعا هذا الحلول يأتي بظاهرة الوفاة، و يجب توفر شروط في الوارث بحيث عندما نعرفه نجد هو كل شخص كان حيا حياة حقيقية عند وفاة المورث بان كان موجودا أو كان ملحقا بالأحياء بان كانت حياته تقديرية كالحمل ويتصل بالمورث اتصال قرابة أو نكاح¹.

-فيدستفاد أنه يشترط لكي يكون الشخص وارثا، ان يكون على قيد الحياة بعد موت المورث ولو بلحظة لان الميراث إستخلاف حي لميت، كما قد تكون حياة الوارث تقديرية كما ذكرنا سابقا وهو حالة الحمل المستكن في بطن أمه، فهو يعد بحكم الحي اذا ولدته امه حيا وثبت انها كانت حاملا به وقت وفاة المورث.

-ويشترط لإمكانية وراثته الوارث لمورثه ان يوجد بينهما احد اسباب الميراث والمتمثلة بالقرابة والزوجية - وخالصة القول ان هناك اجماعا من الفقهاء ان الوارث هو خلف عام لمورثه سواء كان الوحيد لمورثه فيكون خلف عام لكل الذمة المالية لسلفه او تعدد الورثة بان كان معه ورثة آخرين، فيكون خلفا عاما لكل الذمة المالية لسلفه، او تعدد الورثة بان كان معه ورثة آخرين، فيكون خلفا عاما لسلفه في شائع من ذمته المالية².

-فتنتقل بالميراث جميع الحقوق المالية المعنوية والعينية والشخصية، فحقوق الشخص بعد وفاته والتي هي في ذمة الغير تلحق بأموال التركة وهي حق للدائن ولورثته من بعده.

-كما انه تجدر اضافة انه صحيح تورث كل الحقوق العينية لكن الاصلية منها دون المتفرعة عنها لأنها تنقضي بموت صاحبها وهي حق الانتفاع³ وحق الاستعمال والسكنى⁴.

¹ حسام عبد الواحد كاظم، الجنين واحكامه في الفقه الاسلامي والقانون، المكتبة التوفيقية، القاهرة، بلا سنة نشر، ص53، برك حسن فارس الجبوري، الخلف العام وحمايته المدنية، المرجع السابق، ص35 وما بعدها.

² حسن الفكهاني، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء الثامن، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، لسنة 1988، ص

³ المادة 852 ق م ج (ينقضي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فان لم يعين اجل عد مقرا لحياة المنتفع وهو ينقضي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الاجل المعين).

⁴ المادة 857 ق م ج (تسري القواعد الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكن، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين وذلك مع مراعاة الاحكام المتقدمة).

بالإضافة الى ان الحقوق العينية التبعية كالرهن والتخصيص والامتياز ، فهي لا تنتقل بالميراث وذلك لطبيعتها المتعلقة بالدين فهي تنتهي بانتهائه ، وذلك لسداد الدين من التركة قبل انتقاله للخلف العام باستثناء حق الارتفاق فهو يورث لأنه تابع للمال والتصاقها بالعقار¹.

اما بالنسبة لأحكام القانون الفرنسي فهي قد تنتقل بمجرد قبول الورثة بالتركة بكل اتعابها وديونها وذلك دون تحفظ .

2- الموصى له بجزء شائع من التركة :

ان البحث في الموصى لهم بجزء شائع من التركة يقتضي بنا التطرق الى مفهوم الوصية من تعريف واحكام. -تعريف الوصية

-بعد دراسة تعاريف الوصية وجدنا انه هناك تعاريف كثيرة نذكر من بينها:

-في تعريف الحنفية:تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كانت عينا او منفعة

وفي تعريف المالكية:عقد يوجب حقا في ثلث عاقده ،يلزم بموته او نيابة عنه بعده

وفي تعريف الشافعية بانها:تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت

وفي تعريف الحنابلة:التبرع بالمال بعد الموت².

-و بالرجوع للتعاريف القانونية نجد ان المشرع الجزائري قد احوالنا فيما يخص الوصية الى قانون الاسرة

طبقا لنص المادة 775 لاحوال الشخصية والنصوص المتعلقة بها وعند الرجوع لقانون الاسرة نجده انه

عرفها في المادة 184 منه (الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع).

¹ المادة 1/868 ق م ج (ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للامكنة، او يكسب بعقد شرعي او بالميراث) ، من الاصح استبدال

عبارة*تصرف قانوني* بعبارة عقد شرعي* وقد ورد النص الفرنسي لنفس المادة صحيحا وذلك بنصه مصطلح ACTE JURIDIQUE والقرار رقم 24886 بتاريخ 1982/03/31.. قضية فريق ع ضد ع (...متى نصت المادة 868 ق م على ان حق الارتفاق ينشأ عن الموقع الطبيعي للامكنة أو يكتسب بعقد شرعي أو بالميراث ، فان ترتيبه قضاء يخضع لأحكام المادة لمذكورة التي تعتبر الأساس القانوني .

-ومتى كان ذلك فان المجلس القضائي الذي اعتمد في ترتيب حق الارتفاق على اقتراح الخبير الغير المؤسس على أي مبدأ من مبادئ العرف أو القانون ،فانه يكون بقضائه هذا قد خالف نص المادة المذكورة وافقد قراره الأساس القانوني ، مما رتب عليه نقض القرار المطعون فيه .

² شيخ نسيمه ، احكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ص 179.

وقصد المشرع بمصطلح تمليك أي كل الاملاك من عقار ومنقول والحقوق النفعية كحق السكن الخ...و المقصود بمصطلح مضاف الى ما بعد الموت ان هذه الوصية لا تتحقق في حالة حياة الموصي بل تتحقق بعد موته ، اما فيما يخص مصطلح بطريق التبرع فهذا بديهي لان الوصية هي من الاعمال التبرعية أي ليست بعوض .

-ونجد ان الاجتهاد القضائي في ما يخص تعريف الوصية لم ياتي بجديد عن النص التشريعي فعرّفها (من المقرر قانونا ان الوصية هي تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع)¹. وفي ذلك من يقول ان تعريف التشريع والقضاء يتسم بالقصور في حصره بمصطلح تمليك لان الوصية يدخل فيها تمليك المال او حق للمنفعة ويدخل في بابها اسقاط التكاليف كالإبراء من الدين وتأجيله او كالكفالة².

ولهذا قام بعض الفقهاء بتعريفها (الوصية تصرف في التركة يضاف الى ما بعد الموت)

-ويشترط لصحة الوصية ان تتوافر شروط سنتعرض اليها بشئ من الایجاز:

-:شروط الوصية

- شروط الموصى: وهو الذي قام بنشأة الوصية ،ويجب توفر شروط لكي يصح تصرفه التبرعي سنقوم بذكر هذه الشروط وفقا لقانون الاسرة الجزائري.

*يجب ان يكون سليم العقل وهذا حسب نص المادة 186 (يشترط في الموصي ان يكون سليم العقل...)وعليه فناقص الاهلية ومنعدهما لا يستطيع ابرام الوصية يباشرونها. لانها من الاعمال التبرعية التي تلحق بهم ضررا .

*يجب ان يكون الموصي بالغا سن الرشد :حسب نص المادة 186 (يشترط في الموصي ... بالغا من العمر تسع عشر سنة(19) سنة على الاقل).

¹قرار ملف رقم 116371 ، الصادر بتاريخ 1995/05/02. عدد 1 سنة 1996 ص 108.

²شيخ نسيمه ، احكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 181.

فلا يجب ان يكون سفيها او ذي غفلة او قاصرا غير مميز او محجورا عليه لان الوصية كما سبق ذكره هي من اعمال التبرع التي تستلزم اهلية الأداء والتي تستلزم بلوغ سن الرشد كاملا وهو 19 سنة حسب نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري¹.

- شروط الموصى له :

*وجود الموصى له :أي يجب ان يكون حيا وقت صدور الوصية لأنه تمت تعيينه بالاسم او الوصف او بغير ذلك، ويجوز ان يكون وجوده محققا أي ان تكون حياته محققة وقت نشأة الوصية او ان يكون وجوده حكما كالجنين في بطن امه فهو ممكن الوجود وهذا ما اخذ به المشرع الجزائري في المادة 187 من قانون الاسرة بنصها(تصح الوصية للحمل بشرط ان يولد حيا ،واذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس فاشترط المشرع في الوجود الحكمي ان يولد الجنين حيا أي يجب ان تتحقق حياته عند ولادته . كما انه ساوى في اخذ قيمة الوصية في حالة اذا كان الحمل تواما حتى انه لم يفرق بين جنس الجنين ذكرا ام انثى .

-يجب ان يكون الموصى له معلوما : علما كافيا نافيا للجهالة ،سواء بالاسم او بالصفة او باي اشارة كانت .
-الا يكون الموصى له قاتلا للموصي :و هذا ماجاءت به نص المادة 188(لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا)².

ف نجد ان المشرع الجزائري قد حدد نوع القتل الذي يمنع الوصية وهو ان يقتل الموصى له الموصي عمدا .
-و الملاحظ ان المشرع الجزائري لم يشترط شرط الديانة الاسلامية لصحة الوصية وهذا بنصه في المادة 200 من قانون الاسرة (تصح الوصية مع اختلاف الدين) أي يستوي في ذلك ان يكون الوصي غير مسلم او ان يكون الموصي له غير مسلم .

¹ للاشارة-لقد اختلف الفقهاء في حكم وصية ناقص الاهلية او وصية من لم يبلغ سن الرشد، فنجد ان المالكية والحنابلة اخذو بجواز وصحة الوصية التي تصدر من الصبي المميز ،وعلى عكسهم الحنفية والشافعية الى ان البلوغ هو شرط صحة الوصية ومنه لا تصح وصية الصبي حتى ولو كان مميزا وعاقلا ،وهذا ما اخذ به المشرع الجزائري على عكس المشرع المصري في قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 في مادته الخامسة التي اجازت وصية من بلغ سن 18 وهذا باذن من النيابة المختصة .زهدور محمد ،الوصية في القانون الجزائري والشريعة الاسلامية ،المرجع السابق ، ص 353.

² ماخوذ من التهميش رقم 4 لا شيخ نسيمه ،احكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ،المرجع السابق ،ص 200

و هذا على عكس بعض الفقهاء والمشرعين فهم يرون عدم جواز وصية الحربي وهو غير المسلم الذي يتبع دولة غير اسلامية وهي في حالة عدااء او حرب مع المسلمين ، ففي الوصية له اضرار على المسلمين¹.

-الا يكون الموصى له وارثا للموصي :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 189 من قانون الاسرة (لا وصية لوارث الا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي)

-وبه لقد قيد المشرع انتقال الوصية للوارث عن طريق اجازة الورثة له فقد سار بقول رسول الله ﷺ في قوله (ان الله اعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)².

وقوله ايضا (لا وصية لوارث الا اذا اجازها الورثة)³.

وبهذا خالف معظم التشريعات العربية التي اجازت وصية الوارث في حدود الثلث واذا تجاوزت الثلث فيصبح حكمها تحت اجازة باقي الورثة ، وهذا ما نجده في المادة 37 من قانون الوصية المصري.

والمادة 477 من القانون المدني السوري والمادة 479 من القانون المدني الليبي ،و التي تقضي كلها بجواز الوصية للوارث وغير الوارث بدون اجازة الورثة مادام لم يجاوز مقدار الشئ الموصى به .

-ونجد ان المشرع المصري في هذا الشأن يشترط في الموصى له الوجود وان يكون معلوما اما بشأن الديانة فيجب في حالة كان غير مسلم ان يكون قانون دولته لا يمنع الوصية لمن يتبع الدول الاسلامية المادة 9 و17 من القانون الوصية المصري رقم 81 لسنة 1946.

-اما في التشريع الفرنسي فنجده قد اشترط شرطا واحدا فقط وهو الوجود سواءا حقيقيا او حكما أي تقديريا المادة 902 و907 من القانون المدني الفرنسي.

ب-احكام الخلف العام وفقا للقانون الفرنسي:

-فنبدأ اولاً بتعريفه حسب الفقه الفرنسي (هو من له الكفاءة على تلقي كل او جزء من ذمة سلفه سواءا شخص طبيعي او معنوي بكل جوانبها السلبية والايجابية أي من حقوق والتزامات)¹.

¹ شيخ نسيمه ، احكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 205.

² رواه الترمذي ، ابي العلي الرحمن ، تحفة الاحوذى ، بشرح جامع الترمذي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ط 1410 ، ص 2، ص 17.

³ رواه الدار قطنى ابي العلي عبد الرحمان ، تحفة الاحوذى بشرح جامع الترمذي ، المرجع السابق ، ص 5.

و- في تعريف اخر (الخلف العام هو ظاهرة للتمثيل المؤجل لكن بدون اثر رجعي للأطراف الاصلية التي ابرمت العقد وهم الورثة والموصى لهم وهم يتلقون كل الذمة المالية من السلف من حقوق والتزامات)².

و هناك من عرفها في تعريف بسيط (الخلف العام هو كل شخص يمتلك حق او التزام من سلفه...)³.

من خلال التعاريف السابقة يتبين ان الخلف العام كأصل عام هم الورثة او الموصى لهم بجزء شائع من التركة ، و هم من لهم الكفاءة بتلقي كل او جزء من الذمة المالية للسلف مهما كانوا أشخاصا معنوية او طبيعية ، بعبارة اخرى فهم يتلقون الايجابيات والسلبيات من ذمة السلف.

-هذا ما نصت عليه المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي ، بانه ما لم يتم بالتعبير عن اخراج الخلف من دائرة الطرف في العقد او من طبيعة الاتفاق وايضا ما نصت عليه المادة 108 من قانوننا المدني ما يبعث الى وجود مكان للاستثناء في حالة وجود ارادة تمنع الخلف من مركز المتعاقد ، سواء كانت الارادة صريحة او ضمنية او من طبيعة التعامل .

وانطلاقا من القاعدة العامة مبدأ الشخصية القانونية للخلف تكمل الشخصية القانونية للسلف المتوفي فهل يعتبر الخلف العام هنا ممثل قانوني مؤجل لشخصية سلفه لكن بدون اثر رجعي ؟

-لا نجد أي اشكال في تطبيق هذه النظرية في القانون الفرنسي خاصة اذا قبل الخلف بكل الذمة أي من حقوق وسلبيات ، فهو هنا كما اعتبره الاجتهاد القضائي الفرنسي طرفا موازيا للطرف الاصيلي الذي ابرم العقد : فنجده يطبق مبدأ انتقال العقد الى الخلف العام من امثلتها : ان القضاء الفرنسي قرر ان العقد الذي يحمل شرطا فان هذا الشرط ينتقل الى الورثة⁴.

-اما في القوانين العربية فيما يخص الشق السلبي : أي تحمل الالتزامات ، فيتبين انه من يتحملها هو الذمة المالية للمتوفي وليس خلفه ، و هنا يثور الاشكال في مدى اعتبار الخلف العام طرفا في العقد ،

¹ christien larroumet ;droit civil ;tom1 6EDITION ;DELTA ;PARIS ;P928

² ensclopedi-daloz ;ayant cause ;recueil,contrat et convention,2009 ;pag1

³ jean ;carbonier ;droit civil ;les obligations,tom1,qudrige,paris,2002,pag169

⁴ jurisclesseur ,contrat et obligations,code civil,art1165,fasc10,juin2009 ,pag10 .

خاصة كما هو معروف ان الوكيل او النائب الذي يعتبر ممثل قانوني للطرف المتعاقد رغم انه يحل محل الاصيل في ابرام التصرفات القانونية، لكن اثار هذا التصرف لا تنتقل اليه حسب المادة 73 و74 مدني جزائري. فالنائب ما هو الا ممثل لا يقوم بذلك لا باسمه ولا لحسابه، أي كل الحقوق والالتزامات الناشئة عن التصرف القانوني تنصرف الى الاصيل النائب يبقى اجنبيا عن العقد، فهو يعتبر غيرا عن العقد بالنسبة للأثار، رغم ان صحة ارادته وسلامة رضائه هو شرط اساسي في النيابة.

-اذ ان الخلف العام لا يساهم بإرادته في تكوين العقد لا عن طريق التعاقد المباشر ولا عن طريق النيابة واثر العقد لا ينصرف اليه مباشرة بل الى ذمة سلفه ولكنه يعتبر كطرف عن طريق انتقال هذه الصفة اليه بمجرد الوفاة، و من جهة اخرى، لا يعتبر السلف ايضا نائبا عن الخلف لان النيابة تكون تمثيلا للأصيل في حياته ومصطلح الخلافة لا تظهر الا بعد وفاة السلف، اذ النيابة لا تصلح لتكون تفسيرا لنظرية الاستخلاف¹.

-و هناك ايضا من حاول تبرير اعتبار الخلف العام كطرف عن طريق نظرية الاثراء بلا سبب، التي استنتجتها الاستاذة *كلاسترتهك* فقالت ان الخلف يثرى على حساب من تعاقد مع سلفه اذا انتقل الحق اليه دون المدين فينصرف اليه الالتزام الناشئ عن العقد، ولكن انتقدت هذه النظرية من طرف *اوسال الذي دعى انه لا حاجة للرجوع الى هذه النظرية لتفسير انتقال اثر العقد للخلف العام لان ياتي بعد السلف الميت في جميع التزاماته وديونه، فهو لا يلتزم بهذه الديون كأعباء ولكنه يلزم بها لأنه خلف سلفه في المال وفي شخصه، وهذا بالتحفظ طبعا في انتقال الالتزام للخلف تكون الا في القانون الفرنسي مع تطبيق قاعدة لا تركة الا بعد سداد الديون في القوانين العربية والشريعة الاسلامية².

--فبالرجوع لأحكام الشريعة الاسلامية والقوانين العربية عامة وقانوننا خاصة نجد انها لا تعتبر شخصية الوارث امتداد لشخصية المورث، لان الخلف العام لا يلزم بديون سلفه.

¹ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص129/132.

² صبري حمد خاطر الغير عن العقد، المرجع السابق، ص41 وما بعدها

ولكن الحقوق تنتقل عن طريق الميراث، فيتحصل الخلف العام على كل الحقوق المالية الاصلية بأنواعها العينية او المعنوية او الشخصية المادة 127 من قانون الاسرة الجزائري والمادة 15 من الامر 75/74¹.
-لكن نجد ان بعض الحقوق المتفرعة من حق الملكية لا تورث لأنها لصيقة بشخصية السلف كالانتفاع والاستغلال والسكن مع وجود استثناء بالنسبة لحق اخر وهو حق الارتفاق، و نفس الشئ بالنسبة للحقوق العينية التبعية من رهن وتخصيص وامتياز التي تنتهي بانقضاء الدين.

-و هكذا نكون قد بينا ان الخلف العام هو في الاصل غير بالنسبة للعقد اثناء حياة سلفه لكن بمجرد الوفاة يصبح الخلف العام طرفا بحكم المادة 108 من القانون المدني الجزائري، و في رأينا انه لا يعتبر طرفا مكملًا لشخصية سلفه لانه يتمتع بالحقوق الناتجة عن العقد فقط جون الالتزامات التي تتحملها التركة قبل ان تنتقل اليه بالميراث طبقا لاحكام الشريعة الاسلامية واحكام قانون الاسرة الجزائري.

هذا كقاعدة عامة، حيث نجد ان الخلف العام حتى وبوقوع الوفاة يبقى غيرا وذلك في الحالات الاتية كاستثناء، و ذلك في التصرفات التي يبرمها سلفهم وتكون مضرة بهم.

وهي حالات التحايل على نظام الموارث والذي ترك بعض من فقهاء العرب بالقول بازدواجية مركز الخلف العام، فيعتبرونه خلفا عاما كطرف تسري عليه ما تسري على سلفه في اطار الصورية في موضوع الاثبات وهو غير فيما يخص تعلق حقه بالتركة.

-من المعلوم انه لكي يتم رفع دعوى الصورية والتمسك بالعقد الظاهر او العقد الصوري على حسب اختيار الشخص صاحب المصلحة يجب ان تتوفر فيه المصلحة المشروعة ووجود حق خاص يجب حمايته فلا يستطيع الخلف العام رفع دعوى اثناء حياة سلفه لان مصلحته هنا هي محتملة وحتى ولو تمسك بالعقد الظاهر يعني حماية مصلحة غير مشروعة، وذلك ان الصورية بمعناها البسيط هو حماية حق لأشخاص قد اعتمدوا على الظاهر وانخدعوا به مثاله الخلف الخاص والدائن².

¹ الامر 75/47، المؤرخ في 1975/12/11، المتضمن اعداد ومسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

² بيرك فارس حسين الجبوري، الخلف العام و حمايته المدنية، المرجع السابق، ص 261.

و ليس الخلف العام الذي يعتبر غيرا مطلقا اثناء حياة سلفه ،وهذا مايؤكد قولنا بان الخلف العام هو غير اثناء حياة سلفه ،اما فيما يخص موقف الخلف العام في التصرفات الصادرة في مرض الموت ،حسب نص المادة 1/776 مدني جزائري (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت ،وتسري عليه احكام الوصية ايا كانت التسمية التي تعطى الى هذا التصرف).

و به كل تصرف في مرض الموت يأخذ حكم الوصية المستترة فلا ينفذ لو ارث اذا كان لو ارث ولو في حدود الثلث الا باجازة باقي الورثة ،بشرط ان يكون هذا التصرف صادر في مرض الموت وايضا يقصد به التبرع ،و من اشكال التصرفات الصادرة في مرض الموت هي الهبة حسب نص المادة 204 من قانون الاسرة الجزائري (الهبة في مرض الموت والامراض المخيفة تعتبر وصية).

-و أيضا البيع في مرض الموت المادة 1/408 مدني جزائري (اذا باع المريض مرض الموت لو ارث فان البيع لا يكون ناجزا الا اذا اقره باقي الورثة).

أما اذا تم البيع للغير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصادق عليه ومن اجل ذلك يكون قابلا للإبطال).

-نجد ان المشرع جعل صدور التصرف في مرض الموت قرينة على انه صدر على سبيل التبرع والمحابة .

وذلك لتسيير عبء اثبات الورثة ذلك بنص المادة 3/776 مدني جزائري (اذا اثبت الورثة ان التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم في مرض الموت ،اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ،مالم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك ،كل هذا مالم توجد احكام خاصة تخالفه).

أما الحالة الثانية فهي التصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالحياة وبحق الانتفاع، فحسب نص المادة 777 مدني جزائري (يعتبر التصرف وصية وتجرى عليه احكامها اذ تصرف الشخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشئ المتصرف فيه ولانتفاع به مدة حياته مالم يكن هناك دليل يخالف ذلك) فوضع المشرع هنا ايضا قرينة بسيطة واعتبر هذا التصرف في حكم الوصية .

-فيما يخص حماية الخلف العام باشتراط ثبوت التاريخ ،فاذا اثبت الخلف العام ان التصرف قد تم اثناء فترة مرض الموت وكان التصرف ليس له تاريخ ثابت سابق على مرض الموت يكون هذا التصرف حجة على الورثة ، لكن يكون للخلف العام هنا حق اثبات عكس ذلك بكل الطرق .و له ان يتمسك بقاعدة عدم نفاذ التصرفات الغير ثابتة التاريخ في مواجهته واذا كان التصرف ثابت التاريخ فله ان يثبت ان التصرف حصل في مرض الموت¹ .

-إن السؤال الذي يطرح نفسه ،بعدها تبين لنا ان الخلف العام هو غير مطلق عن العقد اثناء حياة سلفه هل بمجرد وفاة السلف يعتبر الخلف العام طرفا ؟

-فالقول انه من الغير وانه لا يلتزم بالتزامات مورثه ليس بالقول البسيط السهل ، ان الميراث هو طريق من طرق اكتساب الملكية ،أي بمجرد الوفاة يكتسب الورثة الملكية المادة 127 اسرة جزائري (يستحق الارث بموت المورث حقيقة او باعتباره ميتا بحكم القاضي) لكن الاخذ بهذا القول كليا يؤدي بنا المساس بحق الدائنين ،نجد ان الشريعة الاسلامية قد نصت صراحة على هذا الامر فموقف الملكية هو ان التركة تبقى في ذمة المورث الى ان يستوفي الدائنون حقهم ،و الشافعية والحنابلة يذهبون الى ان التركة المدينة تنتقل إلى الورثة بمجرد وفاة المورث مع تعلق الدين بها و الاحناف يرون ان هناك فرق بين ما اذا كان الدين مستغرقا للتركة ام غير مستغرق ففي الحالة الاولى لا تنتقل الى الورثة قبل الوفاء بالديون اما في الحالة الثانية فتنتقل بمجرد الوفاة² .

-بالعودة لاحكام القانون المدني نجد ان بالوفاة تبقى شخصية الخلف العام مستقل عن شخصية السلف وذلك انه بانتقال التركة المدينة فان الخلف العام لا يلتزم بديون السلف وايضا ليس لدائني السلف في حالة عدم كفاية التركة لتغطية ديونهم العودة للخلف لتسديدها .ما يبين ان حتى بوفاة السلف وقبل انتقال التركة للخلف العام فهو يعتبر غيرا ،فالخلف العام هنا يبقى في دائرة النسبية³ .

¹ مجدي سليمان ،نفاذ العقد ،المرجع السابق ،ص 142.و بيرك فارس حسين الجبوري ،الخلف العام و حمايته المدنية ،المرجع السابق ،ص 128.

² وهبة الوحيلى ،الفقه الاسلامي وادلته ،الجزء الرابع ،دار الفكر ،دمشق ،ط 1985،ص 310-311.

³ عاطف فخري محم كامل ،الغير في القانون المدني المصري ،رسالة دكتوراه ،كاية الحقوق ،الاسكندرية ،لسنة 1976 ،ص 207.

اما فيما يخص القانون الفرنسي فاذا قبل الخلف العام التركة على حالها يعتبر متعاقدًا ويجري عليه مايجري على السلف ويلتزم بالتزاماته اذا ، هو متعاقد في مرحلة تنفيذ العقد¹ .

فباننتقال الحقوق الى الخلف العام أي نفاذ العقد اليه يصبح الخلف هنا طرفًا ، ولكن هناك من يرى انه لا يعتبر طرفًا حتى بالنسبة لانتقال الحقوق اليه فيرون انه عند ممارسة الخلف العام دعوى ابطال العقد فيكون ذلك لارتباط هذا العقد بالحقوق المالية التي انتقلت اليه ولا يجعل الخلف العام هنا في مركز المتعاقد .

2:الخلف الخاص

-ان نظرية انتقال اثار العقد الى الخلف الخاص² ، قد شغلت بال الفكر القانوني حيث انها تبدو من النظرة الاولى تتعارض مع القواعد العامة للفقهاء الاسلامي والقانون خاصة ان قاعدة نسبية اثار العقد التي تقتضي بان العقد لا يفيد ولا يضر بالغير ما جعل المشرع الجزائري ونظيره المصري والفرنسي على النص صراحة بانتقال اثار العقد للخلف الخاص ، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 109 مدني (اذا انشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك الى الخلف الخاص فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشئ ، اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ اليه).

-من بين التعريفات التي تم ذكرها ان الغير هو كل شخص اجنبي عن العلاقة القانونية ، و بما ان الخلف الخاص هو كل من يخلف سلفه في ملكية شئ او حق عيني معين ، فيصبح الخلف هنا أي بالنسبة للعقود التي ابرمها سلفه والمتعلقة بالحق العيني الذي انتقل الى الخلف الخاص ، هو بمثابة المتعاقد فعلا وبه دائي السلف الذين لهم حق عيني على الشئ الذي انتقل الى الخلف الخاص سينفذون على العين و بالتالي يطالبون الخلف الخاص بالوفاء بالدين في حالة ما اذا اختار الاحتفاظ بالعين ولم يقم بالخيارات الاخرى

¹ GHestin.op cit .p793.et TERE simler.lequette.op.cit.p.385-386.et LARROUMET.op cit.p824.

² اما تعريف مصطلح الخاص لغة: فمشتق من خصصته بكذا أي اخصه خصوصا وخصوصية بالفتح والضم لغة اذا جعلته له دون غيره وهو خلاف العام،المصباح المنير للفيومي ج1 ص19 ،لسان العرب لابن منظور ج1 ص 841 و يستخلص من ذلك ان معنى لفظة*خاص* جعل شئ ما خاص به ما على سبيل الانفراد به،و على ذلك فالخلف الخاص في اللغة هو من ينفرد بشئ انتقل اليه شخص اخر على الوجه الخصوص .

كالتطهير والتخليه ، فهل يعتبر الخلف الخاص هنا طرفا بمقتضى انتقال الحقوق والالتزامات اليه او يعتبر غيرا لأنه يكتسب صفة الخلف عن طريق استخلافه لسلفه في ملكية شئ او حق معين عيني ام هو غير وانتقل الى الطرفية او بمعنى اخر اكتسب صفة الطرف عن طريق انتقال الحقوق والالتزامات اليه ؟

-للإجابة على هذه الاشكالية كان علينا اولا التطرق الى مفهوم الخلف الخاص وثانيا الى طبيعة عملية الانتقال او في تأصيل عملية انتقال الحقوق والالتزامات من السلف الى الخلف الخاص.

بالإضافة الى ما سبق ذكره في الخلف العام فالخلف بشكل عام هو ان يأتي شخص بعد اخر ويخلفه في ماله او في أي شئ اخر.

-الملاحظ للعيان ان صفة الطرف والغير تمتزج في الخلف الخاص ، بمعنى انه غير بالنسبة للعقود التي ليس هو خلفا فيها ويعتبر طرفا متعاقد بالنسبة للعقود التي انتقلت فيها حقوقه العينية¹.

أ-خروج الخلف الخاص من الغيرية :

-ظل الفقه الفرنسي لوقت طويل يصف الخلف الخاص على انه غيرا بالنسبة لمسالة انتقال اثار العقد اليه ، و كان ذلك في ظل الفكر الذي كان يتمسك بان أي شخص لم يساهم بإرادته في العقد لا يمكن ان ينصرف اليه اثر العقد بأية حال من الاحوال بيد ان هذا الاتجاه لم يلبث ان ضعف وظهر في الفقه من لم يسلم بان الخلف الخاص مستقل تماما عن اثر العقد ، فقد ذهب* اميرجن*الى ان اثر عقد التأمين ، يمكن ان ينصرف الى الشخص الذي يخلف سلفه في الشئ المؤمن عليه ، كما ان محكمة الصين ذهبت الى ان المالك الجديد للمصنع يلتزم بالآثار الناشئة عن العقود التي ابرمها السلف مع العمال .

بيد ان هذا التيار لم يلبث ان توقف في النصف الثاني من القرن التاسع عشر اذا جاءت نظرية وحدة الذمة المالية دون استمراره، فمفاد هذه النظرية ان الشخص ليس له الازمة مالية واحدة تتكون من عناصر مستقلة بعضها عن البعض الاخر بحيث لو انتقل أي عنصر من هذه الذمة الى ذمة شخص اخر فان هذا الانتقال يكون العنصر ذاته ووحده مجردا عن سواه من العناصر ، أي ان الشئ المعين بالذات حين انتقاله من ذمة الى اخرى لا تتعلق به الحقوق والالتزامات لتتنقل بانتقاله الى الخلف الخاص .

¹ MARTY et RAYNAUD, op cit, p333.

- هذه النظرية ادت الى التشدد في تطبيق مبدأ نسبية اثر العقد بالنسبة للخلف الخاص الى الحد الذي اعتبر البعض هذا الخلف شخصا اجنبيا لا يمكن ان ينتقل اليه أي اثر ينشأ عن العقود التي ترد على الشئ قبل انتقاله اليه¹.

- مما سبق ذكره فان مركز الخلف الخاص يتحدد بمسألة انتقال الحقوق والالتزامات له ولقد ادى نص المادة 1122 مدني فرنسي الى ظهور نزاع في الفقه حول مسألة انتقال الحقوق والالتزامات الى الخلف. لأنه جاء قاصرا والذي سوى بين الورثة والخلفاء (الخلف الخاص) في موضوع استخلاف الحقوق والالتزامات لكن الباحث في الفقه الفرنسي يجد انه يجمع على وجود تفرقة بين الورثة وبين الخلف الخاص، فالوارث في القانون الفرنسي تنتقل اليه كل الذمة المالية على عكس الخلف الخاص فهو يتصل بالسلف الا من خلال المال الذي انتقل اليه وهذا المال يكون فيه حقوق والتزامات².

-و بالعودة الى ترجمة نص المادة 1122 مدني فرنسي (الشخص يعتبر عاقدا لنفسه وورثته وخلفائه مالم يشترط في العقد او يستفاد من طبيعته خلاف ذلك)

-فمصطلح الخلف (بالفرنسي) مصطلح شامل هل يقصد به الخلف العام ام الخاص ام يجمعهما معا؟ يرى بعض من الفقه بانه يقصد به الخلف العام فقط، لكن انتقد هذا الراي بانه لا يوجد ما يبعث الى الاعتقاد بانه قصد الخلف العام فقط فمصطلح الخلف هو مصطلح شامل³.

ويوجد راي اخر الذي سوى بين نوعي الخلف فيما يخص انتقال اثار العقد بالجانب الايجابي فقط اما فيما يخص الالتزامات فيرون انها لا تنتقل الى الخلف الخاص بعكس جواز انتقالها الى الخلف العام.

- فكان علينا التطرق الى مسألة انتقال اثار العقد الى الخلف الخاص كالآتي :

¹ Audrey Gougeon .L'intervention du tiers à la formation du contrat.op. cit.p384.

² فاطمة احمد الرزار ، نظرية الاستخلاف الخاص ، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل دكتوراه في الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1997 ص48

³ -art1122 code civil f.* on est censé avoir stipulé pour soi et pour les héritiers et ayant cause ,a moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention*code civil francais,daloz ,paris

-انتقال الحقوق الى الخلف الخاص: تنتقل الى الخلف الخاص كل الحقوق الشخصية بشرط ان تكون من مستلزمات الشئ محل الاستخلاف ومرتبطة به أي ان تكون فيها مصلحة للانتفاع بالشئ وحفظه او درء الضرر عنه.

ولعل افضل مثال هي عقود التأمين ، و بشرط اخر هو ان يكون الخلف الخاص هو الشخص الوحيد الذي يمكن الاستفادة منها¹.

-وبه تنتقل جميع الدعاوى التي رفعها السلف والمتعلقة بحماية الشئ كدعوى ضمان العيب الخفي ودعوى ضمان التعرض والاستحقاق .

ب-انتقال الالتزامات الى الخلف الخاص: تنتقل الى الخلف الخاص العين وهي مثقلة بالإضافة الى انه لا يستطيع التنصل منها اذا كانت مشهرة قبل انتقالها اليه وهذا راجع للارتباط التام بين العين والحق العيني فلا يضار الدائنين اصحاب الحق العيني التبعية من تصرف المدين في الشئ، فحقوقهم مضمونة بالرهن وله التتبع والتنفيذ في أي يد كان ، حسب المادة 914 مدني جزائري فانه لا يكون للخلف الخاص اذا اراد الاحتفاظ بالعين الا التطهير وقضاء الدين وذلك بقبول الدائن .

-ومما سبق يتبين ان الخلف الخاص هو حقيقة من الغير ولكن نظرا لانتقال الحق اليه من السلف وحتى انه يتحمل عبء السلف والتي تكون مقترنة بالعين محل الانتقال لكن بشرط علمه بها أي ان تكون مشهرة قبل انتقال العين اليه والا فانه لا يتحملها ، و حتى انه لا يلتزم بالالتزامات الشخصية فلا يمكن افتراض رضائه بها الا في حالة الزام القانون بها فهو يصبح طرفا ولعل افضل مثال هو الانتقال القانوني لعقود الايجار .

ج:المقر في بيع ملك الغير

-نصت المادة 397 مدني جزائري (اذا باع شخص شيئا معيننا بالذات وهو لا يملكه ، فللمشتري الحق في طلب ابطال البيع ويكون الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار اعلن او لم يعلن ببيعه.

¹ يرى البعض من الفقه ان انتقال الحقوق المتصلة بالشئ الى الخلف الخاص يتضمن رضاء ضمينا او مفترضا لأنه ليس من مصلحة الخلف الخاص رفض تلقي حق يكفل أحسن استغلال للشئ المستخلف فيه.عاطف محمد كامل فخري ،الغير في القانون المدني المصري ،المرجع السابق ص216.

-وفي كل حالة ، لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشئ المبيع ولو اجازته المشتري).

فالمشروع اعتبر هذا العقد هو قابلا للإبطال فهو صحيح ومنتج لأثاره لكن مالم يقضي ببطلانه وحق طلب الابطال يكون من طرف المشتري فقط ، كما انه لا يهتم علم المشتري بملكية البائع ام لا وايضا علم المشتري لا يجعل من العقد يتحول الى طبيعة اخرى (التعهد عن الغير) و ذلك انه ما يهتم هو نية الابرام هل كانت تتجه الى البيع ام الى الاشتراط وقت التعاقد¹.

-و في الجهة المقابلة نجد انه في الكثير من الاحيان المالك الحقيقي في عقد بيع ملك الغير يقوم بإقرار البيع فحسب نص المادة 1/398(اذا اقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري) ولعل النتيجة المنطقية انه بعد الاقرار يزول حق المشتري بالمطالبة بالإبطال.

و السؤال المطروح هنا ، ماهو مركز المالك المقر بالبيع ؟ هل هو غير ام هو طرف ؟

-لقد ثار نقاش حول هذه المسألة وظهرت اراء مختلفة ، فهناك من قال بأن عند اقرار المالك يكون الاقرار مرتب لأثاره من وقت صدوره ، و تتمثل هذه الاثار في جعل العقد الذي ابرم بين البائع الغير المالك وبين المشتري صحيح غير قابل للإبطال وينزع تلك العقبة التي كانت تحيل نقل ملكية الشئ ، و العقد يكون منتج لأثاره بين البائع الغير المالك والمشتري ويبقى المالك الاصلي اجنبيا عن العقد².

-و هناك من يرى ان اقرار المالك الاصلي يعتبر قبولا بالارتباط بالعقد فيصبح متعاقدا ويلزم بالتزامات المتعاقد كالضمان ويترتب ذلك انتقال الملكية منه الى المشتري³.

-و لعل هذا هو رأينا فيما ما يخص مركز المقر في بيع ملك الغير، و به فالقرار هو احد الطرق القانونية التي تجعل الشخص يخرج من مركز الغير الى الطرف المتعاقد.

¹ رمضان جمال كمال ، احكام بيع ملك الغير ، ط2، بدون ناشر ، 1995، ص35.

² رمضان جمال كمال ، احكام بيع ملك الغير ، المرجع السابق ، ص23. ومحمدي سليمان ، نفاذ العقد ، المرجع السابق ، ص60.

³ سليمان مرقس ، عقد البيع ، عالم الكتب ، القاهرة ، ط1970، ص4، ص518. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، جزء4، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1960، ص297 ومابعدها ، توفيق حسن فرج ، البيع والمقايضة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، 1979، ص127.

-د:مركز المتعهد عنه في التعهد الغير :

يظل التعهد عن الغير تطبيقا لمبدأ نسبية العقد ، لكن يجوز للمتعهد عنه قبول التعهد ، و الذي يكون صريحا او ضمنيا ، حيث يذهب الفقه الفرنسي اليوم الى الاعتراف ان الشخص الذي يوافق على انصراف اثار العقد اليه يصير طرفا ولا يمكن ان يكون غيرا¹ .

و هناك من يرى بمجرد قبول المتعهد عنه التعهد يصبح هناك عقد جديد بينه وبين المتعهد له ، لكن لو رجعنا الى فكرة القبول يؤدي بنا الى الاثر الرجعي فهذا متناقض ، فاعلان المتعهد عنه لرغبته في التعاقد لا يمكن ان يؤدي الى انعقاد عقد جديد وتولد اثار العقد بأثر رجعي .

-و لا يتحقق ذلك الا اذا قلنا ان التعهد معلق على شرط واقف وهو القبول ولكن الرضا عنصر جوهري في العقد لا يمكن ان يعطي له وصف الشرط ، لذلك لا يمكن قبول فكرة العقد الجديد فهما فكرتان متناقضتان² .

ثانيا :الطرف الذي يصبح غيرا

-يتمثل في الوضع المقابل للأول ، فالشخص الذي يكون طرفا في العقد يصبح اجنبيا في نفس العقد ، و به يكون مؤهلا لاكتساب صفة او مركز الغير ، و المثال الوارد عمليا في الساحة القانونية هو ، النائب الذي يمثل بأسم ولحساب الاصيل ، و لكن هذا النائب هو من وقع فعليا العقد ، و مع ذلك فان اثار العقد ترجع الى ذمة الاصيل لا الى النائب . فالنيابة وقعت صحيحة اتفاقا وقانونا³ .

-فالنائب فعليا هو الطرف في العقد ، لكن بعد التصرف القانوني المتمثل في امضاء العقد باسم ولحساب الأصيل يصبح غيرا ، ايضا يمكننا اضافة مثال اخر وهو المحيل . ففي هذه الحالات الشخص الذي يكون طرفا في العلاقة العقدية يصبح غيرا ، فيكون امام حالة وفاء بالتزام نحو الطرف الثاني في العقد وذلك بتغييره لمركزه من طرف الى غير باستبداله بشخص اخر وهذا الاخير يصبح طرفا في العقد .

¹ GHESTIN J.ET GOUBEAUX.traite de droit civil introduction generale
L.G.D.J.paris.1995.p664.

² مجدي سليمان ، نفاذ العقد ، المرجع السابق ، ص 63.

³ FABRE-MAGNAN.DROIT DES OBLIGATIONS .T.1.CONTRAT ET ENGAGEMENT
UNILATERALE.2002.P502.

- وايضا فيما يخص مركز المتنازل : يعتبر التنازل عن العقد اتفاق يحل بمقتضاه المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في علاقة ثلاثية بين المتنازل والمتنازل له وبين المتنازل له والمتنازل لديه وبين المتنازل والمتنازل لديه.

-حيث نجد ان المتنازل يتخلى عن حقوقه الناشئة من العقد للمتنازل له وهذا الاخير يجب عليه ايضا ان يتحمل التزامات الناتجة عن العقد وقد يكون هذا التنازل بمقابل او بدون مقابل¹.

-و بالرجوع الى طبيعة عقد التنازل فهو ليس حوالة حق او دين انما هو عبارة عن علاقة عقدية كاملة ، وبه فينتقل مركز المتعاقد (المتنازل) من طرف الى غير بمجرد قبول المتنازل له التنازل ويكون لهذا الاخير ايضا تحول في المركز من غير الى طرف .

¹ نبيل ابراهيم سعد ،التنازل عن العقد ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الاسكندرية ،2004، ص 178.

المبحث الثاني امتداد اثار العقد الى الغير

-سوف نتطرق في هذا المبحث الى مدى تأثير الغير من عقد ليس طرفا فيه وذلك في المطلب الأول وفي يتم دراسة مدى اضرار العقد بالغير، ونعني به التعهد عن الغير في الفرع الأول و في الاشتراط لمصلحة الغير في فرع ثاني والى تطور مكانة الغير بالنسبة للعقد في المطلب الثاني وفيه نتطرق الى مسؤولية الغير عن الاخلال بالعقد ذات طبيعة عقدية في فرع اول، و الى مسؤولية الغير عن الاخلال بالعقد ذات طبيعة تقصيرية في فرع ثاني.

المطلب الأول : مدى تأثير الغير من عقد ليس طرفا فيه

-بما ان الغير لا يعتبر طرفا في العلاقة العقدية وحتى ليس خلفا عاما او خاصا او دائئا، فليس له ان يستفيد منه بمعنى انه لا يلتزم بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد ولا ينتفع من الحقوق الناتجة عنه فالشخص يلتزم بالإرادة التي اخرجها لأرض الواقع لو بالعمل المادي وليس عليه ان يلزم غيره بها، فالأصل في التصرف هو نسيته أي من قام بالتصرف هو من تمسه الاثار دون غيره¹.

-ان التطورات الاجتماعية ادت الى دخول تطورات على العلاقات العقدية وبه اصبحت استثناءات على مبدأ النسبية في العقود، و اصبحت للغير مكانة في العقد الذي لم يبرمه وذلك بغض النظر فيما اذا كان الهدف منه اكسابه حقا وتحميلة التزاما لكن هذه الاستثناءات قد غيرت من مفهوم الغير التقليدي، فكان المتعاقد وحده دون سواه ملزماً بمضمون العقد، ذلك لأنه من مقتضى مبدأ سلطان الإرادة أن يكون بمقدور الإنسان أن يلزم نفسه بما شاء من عقود، وذلك في نطاق القانون، ولكنه لا يستطيع إلزام غيره بما يبرمه من عقود، ويعد كالمتعاقدين خلفه العام، وكذا خلفه الخاص في حالات معينة، وذلك لأن السلف يعد ممثلاً للخلف فيما يعقد من عقود².

لكن هناك بعض الحالات الاستثنائية يوجب فيها منطق العدالة أو مبدأ استقرار المعاملات، أن يسري فيها بعض آثار العقد على غير عاقديه.

¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح قانون مدني، المجلد 3 الاثراء بلا سبب، المرجع السابق، ص1
² محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2006، ص102.

وفي بعض الحالات قد يفيد المتعاقد غيره من عقده، فلم يمنع القانون ذلك. والأصل أن لا ينتفع من العقد ولا يضار إلا عاقده، ولكن هذه القاعدة تطورت في القوانين الحديثة التي أصبحت تنص على أن العقد لا يجعل الغير مديناً بمقتضاه إلا في حالات استثنائية، ولكن العقد قد يوجب للغير حقاً يجعله دائماً.

-لكن إذا كان المبدأ هو اقتصار آثار العقد على المتعاقدين فإنه ولاعتبارات ترجع إلى العدالة واستقرار التعامل تنصرف كذلك إلى الغير، لذلك نجد معظم التشريعات اليوم تنظم مجموعة من العقود التي تتكون من ثلاثة أطراف كالوعد بالتعاقد والالتزام عن الغير بشرط إقراره إياه، بالإضافة إلى الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير ومن كل ذلك تظهر أهمية هذا النوع من التعاقد بازدياد الحاجة إليه في الحياة العملية لما يفره من مرونة للمتعاقدين في إنشاء الالتزامات التعاقدية من جهة، وما يحققه من استقرار للمعاملات وتحقيق لمبادئ عدالة من جهة ثانية¹.

-وفيه سنقوم بالتطرق إلى مدى اضرار وانفاس الغير بالعقد وذلك في العقد لا يضر الغير في الفرع الأول تحت عنوان (التعهد عن الغير) والعقد لا ينفذ الغير في الفرع الثاني تحت عنوان (الاشتراط لمصلحة الغير) مع التطرق إلى الاستثناءات الواردة عليه .

الفرع الأول : التعهد عن الغير

-الأصل في العقد ان يكون قاصراً على أطرافه ، فالعقد لا يمتد أولاً يكون نافذاً إلا في حق من قام بإبرامه ولا يؤثر على الغير ولكن هذه النظرة القانونية اعتبرت ضيقة بحكم تضيقها لانتقال آثار العقد إلى أعلى عاقديه وهي عاجزة على مواكبة التطور الاجتماعي في العقد والمعاملات القانونية لأن الغير قد أصبح شخصاً فعلاً في العقد فقد يتأثر ويؤثر فيه .

فالحاق التزام أو حق للغير ، إذا لم يكن هدفه استقرار المعاملات وتحقيق العدالة فلا حاجة للشخص به وهذا النقل كفله المشرع بتطبيق حماية قانونية له ، فنجد ان من يتعهد عن شخص معين ليقوم بتصرف معين فقد أراد لهذا الشخص ان يلتزم بالعقد كله أو بجزء منه.

¹ سليمان مرقس ، الوافي ، الاثراء على حساب الغير ، المرجع السابق ، ص 21.

ونجد في ساحة الواقع قد يكون هذا الالتزام بغير علم منه ولا ارادة فهنا يكون بإجماع كل فقهاء الشريعة الاسلامية والقانون انه لايلزم الغير، فهنا يثار اشكال التعهد عن الغير ففي حالة قبوله بالتعهد فيلزم به لكن هل يمكن الزامه في القبول بهذا الالتزام، فكان علينا ان نتطرق الى مفهوم هذه النظرية (اولا) ثم الى الاشكالات التي تطرحها (ثانيا).

-اولا: مفهوم التعهد عن الغير¹.

1- اصطلاحا

-التعهد عن الغير هو نظام قانوني يقصد اتفاق بين شخصين ، يتعهد فيه احدهما أي المتعهد بالحق التزام او حق للغير، لقد نص المشرع الجزائري على هذا النظام من دون تعريفه في المادة 114 من قانونه المدني ويراد بالتعهد عن الغير انه ذلك الالتزام او تعهد المتعاقد بان يحمل الغير على التزام بامر معين نحو المتعاقد الثاني².

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن التعهد عن الغير يفترض وجود ثلاثة أطراف وهم كالتالي:

-المتعهد: أي الشخص المتعاقد الذي يلتزم أمام الشخص المتعهد له بحمل شخص من الغير على التعاقد مع المتعهد له.

-المتعهد له: وهو الشخص العاقد الذي يحصل التعاقد لمنفعته، ونعني به العاقد الذي ينتظر من الغير التعاقد معه.

-المتعهد عنه: أي الشخص الأجنبي عن العقد، وهو شخص من الغير يراد منه قبول الالتزام الذي تعهد به المتعهد.

فالمتعهد في الغالب يريد علاج موقف لا يمكن فيه الحصول على رضا صاحب الشأن لسبب من الأسباب فيلتزم عنه غيره، مثاله شركاء في شيوخ يتصرفون في الشيء الشائع وفيهم قاصر .

¹ جاء في التعريف اللغوي: التعهد هو مصدر الفعل عهد ، فيقال عهد فلان عهدا أي القي اليه العهد واوصاه بحفظه ، يقال عهد اليه بالامر أي اوصاه به وتعهد بالشئ التزم به والعهد أي العلم ، يقال هو قريب العهد بكذا: قريب العلم به المعجم الوسيط ، مادة عهد.

² وفي تعريف اخر (هو اتفاق يتعهد فيه احد طرفيه بان يجعل شخصا من الغير يلتزم بالتزام معين قبل الطرف الاخر)هميش رقم 3، علي فيلالي النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص 443.

ويريدون تجنب إجراءات المحكمة المختصة بالولاية على المال، أو كان أحدهم غير حاضر وقت إبرام العقد، ولا يمكن انتظاره خوف ضياع الصفقة، أو كانوا يقتسمون الشيء الشائع وفهم من هو ناقص الأهلية، فيفضلون بذلك تجنب الإجراءات المعقدة للقسمة القضائية، ففي مثل هذه الأحوال يتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد عن أنفسهم وملتزمين عن غيرهم ممن لا يستطيع التعاقد لسبب من الأسباب المتقدمة¹.

وكذلك الوكيل إذا رأى أن يجاوز حدود الوكالة ولم يتمكن من الحصول على إذن من الموكل لسبب ما، فإنه يستطيع فيما تجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهداً عن الموكل، وتظهر طبيعة التعهد عن الغير إن عقد التعهد عن الغير يعد إيجاباً موجهاً إلى المتعهد عنه (الغير) من قبل المتعهد. فإن قبل الغير هذا الإيجاب انعقد عقد جديد بينهما يختلف عن العقد السابق في النواحي الآتية:
 - فطرفا العقد السابق هما المتعهد والمتعهد له. بينما طرفا العقد الجديد هما المتعهد له والمتعهد عنه.
 والعقد السابق كان يلزم المتعهد بأن يحمل الغير على قبول التزام معين. بينما العقد الجديد يشغل ذمة المتعهد عنه بذلك الالتزام.

- ويتم العقد الجديد عند صدور القبول من الغير، إلا إذا تبين، صراحة أو ضمناً، أن الغير أراد أن يكون لقبوله أثراً رجعياً².

- لقد تطرق المشرع الجزائري لنظام التعهد عن الغير وهذا للأهمية التي يكتسبها في الواقع العملي، من تبسيط إجراءات التعاقد وضمان تكافؤ الالتزامات وتعويض الخسارة المحتملة وغيرها من الأسباب الدافعة إليه، من غياب الغير المتعهد عنه أو نقص أهليته... فرغم تلك الأهمية. نصت 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 يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به.

¹ جمال خليل، تصرف الشريك في المال وأثره على حقوق الشركاء: (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999. ص 227.

² محمود عبد الرحيم الديب، مدى لزوم الغير بم لم يلتزم، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008. ص 14 وما بعدها.

-أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد* فبموجب هذه المادة أضاف المشرع الجزائري حكماً آخرًا يجنب المتعهد تحمّل الضرر الناتج عن عدم إقرار المتعهد عنه، وهو أن يقوم المتعهد نفسه بتنفيذ ما التزم به عن الغير.

وجاءت في هذا جل التشريعات المعاصرة منها فإن معظم التشريعات المعاصرة -القانون المدني المصري والقانون المدني السوري والقانون المدني التونسي- تناولت أحكام التعهد عن الغير بتنظيم أحكامه معتمدة في ذلك على التقنين المدني الفرنسي كشرية عامة لهذه التشريعات¹.

2- شروط التعهد عن الغير :

يعتبر التشريع الجزائري قد اقر صراحة بالتعهد عن الغير في مادته 114 وافر الفقه القانوني على إمكانية الأخذ به طالما ليس فيه ما يخالف النظام العام من جهة، والملاحظ انه من غير المنطقي إجبار شخص على الالتزام بعقد لم يكن طرفاً فيه. إلا أن جل التشريعات في وقتنا الحالي قد منحت للمتعاقد إمكانية إبرام عقد يتعهد بمقتضاه بحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين. فكان للمشرع الفرنسي السبق في تناول أحكام التعهد عن الغير وذلك بموجب المادة 1120، والتي نهلت منها معظم التشريعات المدنية في البلدان العربية كلبنان بموجب المادة 25، وسوريا في المادة 154، وليبيا في المادة 151 من تشريعاتهم المدنية، التشريع المصري في مادته 153، لم يقر صراحة "التعهد عن الغير". لكن ورغم ذلك فإن الفقه القانوني قد أجمع على إمكانية الأخذ به طالما ليس فيه ما يخالف النظام العام من جهة.

¹ ففي نص القانون المدني السوري كما يتبين من مادته 154 التي عرفت التعهد عن الغير وحددت شروطه: بأن يتعاقد المتعهد عن الغير باسمه الشخصي لا باسم الغير الذي يتعهد عنه، خلافاً للوكيل والفضولي. وأن يقصد المتعهد إلزام نفسه بتعهد عن الغير، وليس إلزام الغير بقبول العقد، فهو باطل إذا اتجهت إرادة المتعهد إلى إلزام الغير. وأن يكون موضوع التعهد هو حمل الغير على قبول التزام معين، كالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل].

والمادة 154 إنما هي تطبيق للاستثناء الذي يرد على المبدأ المنصوص عليه في المادة 153 -من نفس القانون- والتي تنص على أنه: "لا يربط العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً"، ونصت المجلة التونسية للالتزامات والعقود الصادرة بتاريخ 1906، وبالضبط في الفصل 1156 الذي جاء فيه:

"إذا تصرف الوكيل بلا وكالة أو تجاوز حدود وكالته لزم غرم الخسارة لمن عاقده إن لم يتيسر إتمام ما تعاقداً عليه إلا إذا أعلمه بحقيقة الحال من أول الأمر أو ثبت بأنه كان عالماً بها كل ذلك ما لم يتكفل بإتمام العقد"

ثم إن المبادئ القانونية والهدف من التعهد هو ان يلزم المتعهد نفسه علما وانه لا يستطيع ان يلزم الغير طبعا من دون ارادته طبقا للمادة 113 مدني جزائري ويعتبر كل تصرف مخالف للمادة باطلا .

ثانيا-اثارالتعهد عن الغير

-يمكن القول ان العقد ينتج اثاره في مواجهة طرفيه المتعاقدين ويستطيع ان يتجاوزهما في الاشخاص الذين يحلون محلها في الحقوق التي ينظمها العقد والمتمثلين في خلفهما وقد يؤثر ايضا بطريق غير مباشر عن طريق الزيادة او النقص في الضمان العام وذلك عبر الانتقال الى دائنهما .و لكن هذه الاثار لا تتجاوز هذه الفئة الى الغير وهذا طبقا لمبدأ نسبية اثر العقد¹ .

ما اكدته احكام الشريعة الاسلامية، ايضا بان اثر العقد لا ينصرف الا الى العاقد نفسه ولا يجاوز الغير أي الذي لم يكن طرفا فيه² .

1-أثر التعهد بالنسبة للمتعاقدن نفسهما :

حسب نص المادة 114 مدني جزائري فان في حالة رفض الغير للتعهد وجب على المتعاقد المتعهد ان يعرض لمن تعاقد معه او ان يقوم هو بالالتزام بما تعهد به ، و في حالة قبول المتعهد فان التعهد يرتب جميع اثاره وذلك لأنه عقد مكتمل فلا يصح تعديله ولا ابطاله بارادة احد المتعاقدن ويكون التعهد ملزما فاذا قام المتعهد بتنفيذ ما التزم به انقضى التعهد واذا لم يتم بتنفيذ تعهده فتتم مطالبة المتعهد بالتعويض مالم يكن عدم التنفيذ راجع لسبب اجنبي حسب المادة 307 مدني جزائري .

2-أثار التعهد بالنسبة للغير :حسب المادة 114 السالفة الذكر فان الغير لا يتقيد بالتعهد فهو غير ملزم به ويكون له كامل الحرية بقبوله او رفضه وفي حالة قبول الغير للتعهد ضمنيا او صراحة.

¹ محمود عبد الرحيم الديب ، مدى الزام الغير بما لم يلتزم به ، المرجع السابق ،ص52.

² نجد ان الفقه الاسلامي يميز بين حكم العقد وهو الاثر الاصلي للعقد والغرض الذي قصده المتعاقدان من انشاء العقد وحقوق العقد وهي ما يستتبعه العقد من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتحفظه وتكمله ، فعقد البيع مثلا حكمه نقل ملكية المبيع الى المشتري وقل ملكية الثمن الى البائع وحقوقه الزام البائع بتسليم المبيع وقبوله في حالة الرد بالعيب وحقه في المطالبة بالثمن وكذا الزام المشتري بدفع الثمن وثبوت حقه في المطالبة بتسليم المبيع بحالة يصلح معها الانتفاع الشيخ علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ،ص346، ومابعدا ومحمود عبد الرحيم الديب ، المرجع السابق ص 53.

مع الإشارة ان القبول لا يكون باثر رجعي بمعنى ان اثاره تسري من يوم صدوره وليس من تاريخ ابرام التعهد حسب نص المادة 114 ويكون ذلك بسبب استقلال قبول الغير عن التزام المتعهد¹.

الفرع الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير

إن موضوع الاشتراط لمصلحة الغير يندرج ضمن آثار العقد بالنسبة للغير

أولاً: مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير

1- تعريفه:

-لقد أخذت التشريعات القديمة بهذا المبدأ، منذ عهد الرومان بالرغم من أن القانون الروماني في بداية عهده لم يكن يعرف الاشتراط لمصلحة الغير خصوصاً وان رابطة الالتزام كانت رابطة شخصية محضة، تقتصر على المتعاقدين وحدهما دون إمكانية امتدادها إلى الغير، زيادة على الأوضاع والشكليات التي كانت سائدة آنذاك، حيث كان شكلية العقود تقضي بعدم إمكانية مباشرتها إلا من طرف المتعاقد نفسه وجعل آثارها تنسحب إليه وحده دون غيره، غير أن مقتضيات التعامل ما لبثت ان تغيرت وجعلت القانون الروماني يسلم بفكرة نيابة الابن او العبد عن رب الأسرة وذلك في حدود ضيقة بجعل رب الأسرة دائناً لا مديناً نظراً لما له من سلطة عليهما. وأخذت به أيضاً التشريعات الإسلامية، واستقر الأمر لهذا المبدأ في مختلف النظم القانونية منذ ذلك الحين. واستمر العمل به حقبة طويلة من الزمان، حتى بدا لفقهاء رومة ضرورة التخفيف منه والتحلل من بعض آثاره، فأجازوا منذ القرن الأول للميلاد المشاركة للغير². وكذلك كان الشأن في فرنسا، قبل مجموعة نابليون، حتى إذا صدر التقنين المدني فيها عام 1804، أورد المشرع فيه استثناء من قاعدة نسبية أثر العقد، وأجاز الاشتراط لمصلحة الغير في المادة 1121 صراحة، متى توافرت للمشترط مصلحة مادية أو أدبية من اشتراطه.

¹ علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص447.

² سامي حسن نجم الحمداني، اثر العقد الاداري بالنسبة للغير، المؤسسة الحديثة للكتاب، الاردن، 2012، ص57-59. و عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر سنة 1954، ص266، ومنذر الفضل، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، بغداد، 1991، ص228.

ولقد أجاز الاشتراط لمصلحة الغير بعد ذلك في الشريعة الإسلامية، كما أخذت به حديثاً التشريعات الوضعية العربية في حالات وشروط محددة وذلك استجابة لتطور حاجات التعامل بين الأفراد.

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

وبعد أن كانت حلقة الاشتراط لمصلحة الغير ضيقة جداً بسبب طغيان مبدأ الأثر النسبي للعقود فإن الأمر على خلاف ذلك في الوقت الراهن حيث ظهرت عدة أنماط للتعاقد الحاصل عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير، خصوصاً في ميدان التأمين إذ يحق لكل شخص أن يؤمن على حياة زوجته وأولاده أو على حياة غيره ممن لا علاقة له به فيكون هذا الشخص بمثابة مشتراط، وشركة التأمين تتعهد بدفع المبالغ المستحقة للزوجة والأولاد أو الغير باعتبارهم مستفيدين من هذا الاشتراط، وما قيل عن عقد التأمين يقال أيضاً عن الهبة المثقلة بالتزام لمصلحة الغير كأن يهب شخص عقاراً لغيره مقابل التزام هذا الأخير بدفع ريع هذا العقار لجهة خيرية مثلاً¹.

2: شروط تحقق الاشتراط لمصلحة الغير

من المتفق عليه اليوم أنه لا بد حتى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير توافر الأركان والشروط لقيام عقد صحيح من تراض وأهلية ومحل وسبب وخلو الإرادة من العيوب التي تضعف من سلامة عنصر التراضي. وبالإضافة إلى هذه الأركان العامة فإن هناك شروط خاصة أكد المشرع على ضرورة توفرها تحت طائلة عدم الاعتداد بالعقد الذي حصل به الاشتراط لمصلحة الغير، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- تعاقد المشتراط باسمه الخاص

يجب لقيام الاشتراط لمصلحة الغير أن يتعاقد المشتراط مع المتعهد لا باسم المنتفع وهذا ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن مختلف صور النيابة كالوكالة والفضالة.

فالوكيل يتعاقد باسم الموكل الذي يعتبر هو الطرف في العقد لا الوكيل².

¹ مامون الكزبري - نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي الجزء الأول مصادر الالتزامات، المرجع السابق، ص 264.

² عاطف النقيب، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 410.

والفضولي كذلك هو نائب قانوني عن رب العمل وهو لا يقوم بعمله إلا إذا كانت هناك ضرورة عاجلة تتطلب القيام بهذا العمل، وإذا بدأ العمل وجب عليه أن يستمر فيه بحيث لا يجوز له بعدئذ الرجوع. أما المشتراط فهو يتعاقد باسمه ولا ينوب عن المنتفع ويترتب على ذلك أن لكل شخص أن يشترط لمصلحة غيره، مادامت له مصلحة شخصية من وراء هذا الاشتراط، وله أن يرجع عن الاشتراط بمحض إرادته

2: أن يتم الاتفاق على إنشاء حق مباشر للمستفيد:

إن الاتفاق الحاصل بين المشتراط والمتعهد يمتاز بأنه يخلق حقا مباشرا لمصلحة الطرف المستفيد من الاشتراط من غير أن تكون هناك واسطة لنقل هذا الحق للمنتفع بالاشتراط، وهذا ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن فكرة حوالة الحق من دائن إلى آخر حيث أن الحق لا ينتقل إلى المحال له إلا إذا مكنه المحال عليه من هذا الحق بأمر من المحيل.

ولا يلزم في الطرف المستفيد أن يكون موجودا عند إبرام العقد، وإنما يصح الاشتراط حتى ولو كان هذا المستفيد غير موجود في الحال ولكنه قابل للوجود في المستقبل، ثم إنه ليس هناك ما يمنع من نشوء اشتراط لمصلحة الغير حتى ولو كان هذا الغير غير محدد المواصفات، إنما يلزم في كل من الوضعين السابقين أن يكون هذا الغير قابلا للتحديد عند استحقاق الحق¹.

3: وجود مصلحة شخصية للمشتراط في الاشتراط.

يتعاقد المشتراط باسمه ويعمل لحسابه، ولهذا كان بديها أن تكون له مصلحة شخصية في ذلك، وإلا كان عمله ضربا من العبث ومصلحة المشتراط المقصودة هنا لا يشترط فيها أن تكون مادية أي مالية، كما لو اشترط شخص على المتعهد أن يدفع مبلغا من المال إلى المنتفع سدادا لدين مترتب لمصلحة هذا الأخير في ذمة المشتراط، بل يجوز أن تكون أدبية أي معنوية، كما في هبة يشترط فيها الواهب على الموهوب له التزاما لمصلحة مستشفى، أو كما في عقد تأمين على الحياة يعقده الأب لمصلحة أولاده أو زوجته.

¹ عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي طبعة 1994، ص 595،
فقرة 301.

ووجود المصلحة لدى المشتري ليس مرهونا بترتيب التزام عليه، فقد توجد المصلحة حتى لو كان المشتري لا يلزم نفسه بشيء، مثل ذلك أن تتعاقد أم مع مطلقها على أن يلتزم بتأدية مرتب لابنهما دون أن يلتزم الأم بشيء نحو الأب، فالأم هنا تشتري لمصلحة ابنها واشترطها صحيح لوجود المصلحة الأدبية لديها، ولا يهم بعد هذا أن يلتزم بشيء أو لا يلتزم¹.

وإن وجود المصلحة الشخصية للمشتري هو الذي يبرر حقه بمطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع حتى بعد أن يظهر المنتفع رغبته في قبول المشاركة، هذا ما لم يكن حق المطالبة بالتنفيذ قد حصر بالمنتفع وحده.

ثانياً: آثار الاشتراط لمصلحة الغير.

ينشأ عن الاشتراط لمصلحة الغير ثلاث سيتم التطرق إليها كالاتي :

1- علاقة المشتري بالمتعهد.

تخضع هذه تخضع للعقد الذي يربط بينهما، وبالتالي فإن أحكام هذا العقد تتغير من حالة لأخرى بحسب ما إذا كان الاشتراط بالمعاوضة أو على سبيل التبرع، إذ أنه بالرغم من خصوصيات هذا العقد أو ذلك فإن هناك جملة من الأحكام الهامة المشتركة التي تنظم علاقة المشتري بالمتعهد نجملها في مايلي:

أ- يتعين على كل من المشتري والمتعهد أن يفي بالتزاماتهما العقدية تجاه بعضهما البعض، فالمشتري يتوجب عليه أن يمكن المتعهد من الحصول على موضوع الاشتراط حتى يتمكن بدوره من الوفاء بالتزاماته الشخصية تجاه المستفيد.

ب- في حالة امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته إزاء الطرف الآخر فإنه يحق لكل منهما أن يطلب تنفيذ العقد متى كان ذلك ممكناً أو المطالبة بفسخ العقد مع التعويض عن الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ الالتزام، وخلافاً لما قاله البعض من أن المشتري ليس له الحق في رفع دعوى مباشرة ضد المتعهد في حالة امتناع هذا الأخير عن الوفاء بالتزاماته تجاه المستفيد.

¹ علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 452.

ت- فإن الرأي القار في الوقت المعاصر يذهب إلى تمكين المشتري من ممارسة هذه الدعوى لتحقيق شرط المصلحة في ذلك بالنسبة للمشتري¹.

وهذا ما نصت عليه المادة 3/116 (و يجوز كذلك للمشتري ان يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع الا اذا تبين من العقد ان المنتفع بما يعارض مضمون العقد) ، ومن هنا يتبين لنا أنه ليس هناك ما يمنع أطراف الاشتراط من الاتفاق على مخالفة مضمون الفصل السابق، وذلك بالاتفاق على حصر نطاق ممارسة هذه الدعوى في شخص المشتري دون المستفيد أو العكس.

2- علاقة المتعهد بالمنتفع

يكتسب المنتفع حق دين مباشر في مواجهة المتعهد وذلك بناء على عقد الاشتراط، من تم لا يعتبر إبداء رغبته في الاستفادة شرطاً لاكتساب هذا الحق وإنما ينحصر مفعولها في تأكيد الاستقرار النهائي للحالة الناشئة عن الاشتراط وبالتالي حرمان المشتري من نقضه .

فضلاً عن ذلك تولد هذه العلاقة آثاراً قانونية جد مهمة من أبرزها:

– لا يتحتم على المستفيد قبول الاشتراط بل يجوز له رفضه شريطة أن يبلغ هذا الرفض للمشتري بصفة صريحة أو ضمنية.

– يكتسب المستفيد حقاً شخصياً ذاتياً يملكه لنفسه لا بالنيابة عن المشتري. بمعنى أنه يجوز له أن يطالب به المتعهد بدعوى مباشرة ولا يحتاج في ذلك إلى استعمال الدعوى الغير مباشرة التي ترفع باسم المدين، وذلك ما لم يقض العقد بأن المشتري يحتكر وحده مطالبة المتعهد بأداء حق المنتفع ويجوز له عند إخلال المتعهد بالتزاماته أن يطالب بتعويض عن الأضرار المترتبة عن عدم الوفاء.

– ينتقل حق المستفيد في قبول الاشتراط إلى ورثته يستعملونه عقب وفاته وإذا حصلت الوفاة بعد القبول حل الورثة محل سلفهم في الانتفاع بالحق محل الاشتراط.

– من حق المتعهد أن يتمسك بإزاء المستفيد بكل الدفوع المترتبة عن عقد الاشتراط كالدفع ببطلان موضوع الاشتراط لعدم مشروعية سببه مثلاً².

¹ عبد الصافي ، القانون المدني ، الجزء الأول ، المصدر الارادي للالتزامات ، العقد ، الكتاب الثاني ، آثار العقد ، 2007 ، ص 56.

² – سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد 1، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة 4، 1987، صفحة 607، فقرة 313.

3- علاقة المشتراط بالمنتفع.

بالرغم من أن المستفيد لا يرتبط بالمشتراط بمقتضى عقد مستقل إلا أنه يتأثر بكيفية محسوسة من كل إجراء أو تصرف يقدم عليه المشتراط قبل نفاذ الاشتراط في حق المنتفع.

فاستفادة المنتفع قد تكون معاوضة عن دين أو التزام سابق في ذمة المشتراط كأن يبيع هذا الأخير سلعة للمشتري ويشترط عليه تسليم ثمنها للغير الذي كان دائنًا له بما يوازي ثمن البضاعة وفي مقابل ذلك فإن استفادة المنتفع قد تكون على وجه التبرع كالتأمين على الحياة لمصلحة شخص ثالث، أو هبة عقار للمتعهد مع اشتراط أداء الربيع السنوي لهذا العقار لمصلحة الشخص المنتفع.

غير أن من مميزات هذه العلاقة أيضا هو أنه يحق لكل من المشتراط والمستفيد العدول عن فكرة الاشتراط أو رفضها باعتبار أنه ليس هناك ما يلزم المشتراط بالاستمرار في اشتراطه قبل صدور القبول من المستفيد كما أنه ليس هناك ما يجبر المنتفع على قبول شيء لا يرضاه حتى وإن كان مفيدا له¹.

ثالثا: طبيعة الاشتراط لمصلحة الغير.

-ثار الجدل بين الفقهاء بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للاشتراط لمصلحة الغير سيما عقب شيوع هذه المؤسسة في ميدان التأمين وقد ظهرت بهذا الخصوص عدة نظريات أهمها:

1- نظرية الإيجاب:

يرى أنصار نظرية الإيجاب بأن الاشتراط لمصلحة الغير ما هو إلا تطبيق من تطبيقات النظرية العامة للالتزامات وليس استثناء من مبدأ أثر نسبية العقود ودليلهم في ذلك أن عقد الاشتراط لمصلحة الغير ينقسم إلى عقدين: الأول يربط المشتراط بالمتعهد والثاني يربط المشتراط بالمستفيد، فعندما ينتقل الحق إلى المشتراط بمقتضى العقد الأساسي².

فان هذا الأخير يقوم بعرض إيجاب جديد على الطرف المستفيد لقبول الحق الذي انتقل إليه عن طريق المتعهد.

¹ عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد في مبادئها القانونية ومظاهرها التطبيقية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، طبعة 1995 صفحة 224.

² سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد 1، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق فقرة 313 ص 607.

وقد تعرضت هذه النظرية لعدة انتقادات أهمها أنها تجعل من الاشتراط لمصلحة الغير أحد تطبيقات قاعدة نسبية أثر العقود ، لا استثناء منها كما أنها تفتقد هذه المؤسسة فائدتها المتمثلة في جعل المنتفع يكتسب حقا مباشرا إزاء المتعهد وان هذا الحق لا يمر بذمة المشتري، فلا يتهدد المنتفع بخصوصه خطر مزاحمة دائي هذا المشتري أيضا¹.

2-نظرية الفضالة:

يعتبر الفقيه LABEE من أنصار هذه النظرية التي تجعل الاشتراط لمصلحة الغير مظهرا من مظاهر الفضالة حيث أن المشتري يتصرف كالفضولي بهدف تقديم خدمة للغير أو جعله يستفيد من حق لم يساهم في إنشائه، وخلافا لنظرية الإيجاب فان أنصار فكرة الفضالة يرون بأن آثار الاشتراط تسري بأثر رجعي منذ إنشاء التصرف².

وبذلك فالمشتري يكون بمثابة وكيل لأنه يتعاقد باسمه ولكن لحساب غيره والإقرار اللاحق للتصرف من طرف المستفيد يعتبر بمثابة التوكيل السابق حتى ولو كانت هذه الوكالة افتراضية في ميدان الفضالة. وبالرغم من أن البناء القانوني لهذه النظرية كان أكثر تناسقا من النظرية الأولى إلا أنها قد تعرضت بدورها لبعض الانتقادات من ذلك مثلا:

إن الفضولي لا تكون له مصلحة شخصية في الأعمال التي يقدمها لغيره أما المشتري فإنه له مصلحة في الاشتراط سواء كانت مادية أو معنوية.

من أحكام الفضالة أن يرجع الفضولي على رب العمل في حدود المبالغ والمنافع التي استفاد منها هذا الأخير أما بالنسبة للمشتري فإنه ليس له الحق في الرجوع على المستفيد لتعارض ذلك مع فكرة الاشتراط لمصلحة الغير ذاتها³.

¹ تقدم بهذه النظرية وهي من اقدم النظريات DEMOLOMBE.

² زواوي فريدة ،مبدأ نسبية العقد ،رسالة دكتوراه ،جامعة الجزائر 01،لسنة 1992،ص194.

³ زواوي فريدة ،مبدأ نسبية العقد ،المرجع السابق ،ص194.

3-نظرية الارادة المنفردة

-القائلون بهذه النظرية يرون بأن العقد المتضمن الاشتراط يتجاوز أثره حلقة الطرفين المتعاقدين وينشئ حقا مباشرا لشخص لم يكن طرفا في العقد هو المنتفع. فالمتعهد إلى جانب التزامه التعاقدى إزاء المشتري، واستثناء من قاعدة نسبية العقد، يلتزم أيضا إزاء المنتفع والتزامه هذا مبعثه الإرادة المنفردة وهكذا لا يتوقف ثبوت الحق للمنتفع على قبوله. فحقه قد نشأ وقت إبرام العقد بين المشتري والمتعهد.

وقبول المنتفع للإشتراط ينحصر أثره في إكساء هذا الإشرطام مناعة تجعله غير قابلة للنقد من قبل المشتري الذي يتمتع كما نعلم بحق نقض الإشرطام ما دام المنتفع لم يصح بقبوله به¹.

- ونظرية الحق المباشر يقول بها معظم الفقهاء نخص بالذكر Lambert و kolin و Capitant وهي المعمول بها في الاجتهاد².

-يتبين ان كل المحاولات التي وضعت كطبيعة قانونية للإشرطام لمصلحة الغير قد فشلت بسبب ان الإشرطام لمصلحة الغير نظام مستقل بحد ذاته ولا يمكن ارجاعه او تقييده بمبدأ سلطان الارادة بيد ان الإشرطام لمصلحة الغير هو نظام استثنائي لمبدأ نسبية اثر العقد .

المطلب الثاني: تطور مكانة الغير بالنسبة للعقد

-ان التسليم بمكانة الغير في العقد الذي لم يبرمه يحيله على مسألة الاختلاف بين مكانته عندما يكون دائما ومكانته عندما يكون مدينا، ومدى ارتباط الحق بالالتزام في تحديد هذه المكانة ، بحيث بتطور العلاقات التعاقدية والارتباط المتبادل بينها ، ادى ذلك الى تجاوز مبدأ النسبية واضفاء صبغة قانونية على العلاقات بين اشخاص لم تربطهم علاقة التعاقد ، و انما ضرورة تنفيذ العقد ،

فعندما يبرم عقد بين طرفين ثم يبرم عقد اخر لتنفيذه يصبح للغير هنا مكانة الطرف اما دائما او مدينا بموجب عقد اخر رغم كونه لم يكن طرفا فيه¹.

¹ علي فيلاي ، النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص 453.

² نقض فرنسي قرار 8 ابريل 1895 ، دالوز 1-1895-441 ، ونقض فرنسي قرار 19 نونبر 1907 ، دالوز ، 1-1908-129 ، مأخوذ عن مأمون الكزبري ، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي ، الجزء الأول مصادر الالتزامات مرجع سابق ص 294.

الفرع الأول: مراحل تطور مفهوم الغير

- ان الترابط بين العقود ، ادى الى نشأة المصلحة وبها تم تغيير الاماكن فالغير يصبح دائن والغير ايضا يصبح مدین ، اشار الى هذه الفكرة الفقيه savatier واكد على اهميتها فيما يخص مسألة تصنيف الغير والمكانة التي يحتلها ، و يوجد من اسس تطور مكانة الغير على نظرية الدعوى المباشرة لانها تقوم بين اشخاص هم الغير في العقد ، ويكون طرف في عقد اخر² .

و هو ما اخذ بالفقيه (ويلي) للتأكد بانه لا يمكن الجزم بان العقد الاصلي يجعل من الغير مدینا ، ذلك ان العقد الثاني هو سبب القيام ضده ، وليس لأنه مدین في مواجهة الدائن³ .

ومن ثم فان الاسلام القول بان الغير يمكن ان يكتسب مكانة في العقد بمناسبة تلقيه حقا ، من ذلك انه يمكن ان يصبح دائنا لمدين المدين ويطلبه بالتنفيذ بدلا عن المدين الاصلي ، لكنه في المقابل يبقى غيرا بالنسبة للعقد الثانوي ولا يمكنه مطالبته بتنفيذه.

- حيث أن دوره يتوقف على استفاء حقه من مدين المدين وينتهي هذا الفقيه بالتأكيد بأن الدائن الغير يكسب الحق مباشرة ويطلب به كدائن دون منافسة كل الدائنين ، و قد مال القضاء حينما يلاحظ وجود ترابط متبادل بين علاقة تعاقدية واخرى من الناحية العملية فانه يكييفها على اساس انها علاقة ثالثة ، بمعنى انها علاقة بين المتعاقدين والغير وذلك بافتراض صدور ارادتهم حول تنفيذ العقد دون ان يتم التعاقد بينهم مباشرة⁴ ، و فكرة الترابط المتبادل بين العلاقات التعاقدية بدأت تؤسس لنشأة روابط اخرى بين الاشخاص المتولدة بينهم ارتباطات تعاقدية لم يكونوا اساسا قد ارادوها او سعو لتحقيقها ، ذلك ان الواقع العملي اصبح يدفع اثر العقد خارج الحدود التي ارتأها له اطرافه⁵ .

¹ مثاله احالة عقد الكراء حيث يوجد عقدان مترابطان عقد اصلي بين الدائن والمدين وعقد ثاني فالدائن الاصلي الذي هو بالنسبة للمستأجر الثاني يتحول الى دائن بالنسبة اليه ، و المستأجر الذي هو غير بالنسبة الى الدائن يتحول الى مدین له محمد بونبات ، الكراء تحت اليد او التأجر من الباطن ، رسالة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة محمد الخامس ، اكدال الرباط ، 1984-1985 ، ص 22 .

² رغم هذا الارتباط في العقود فالمؤجر الاصلي مثلا يمكنه القيام بدعوى مباشرة على مدین المدين لاستخلاص اجره الذي يكون في حدود ما لدائنه عليه بموجب العقد الثاني المبرم بينهما . فالالتزامات مدین المدين تكون هي نفسها التزامات المدین مع الفرق في الاشخاص .

³ Audrey Gougeon. L'intervention du tiers à la formation du contrat.op cit.p320.

⁴ Mazeaud h .La maxime error.communis.facit jus.REV.Trim.Dr civ 1929.p29.

⁵ MAZEAUD H .la maxime error.communis .ibid.p130.

-مثاله فكرة الاشتراط الضمني التي ابتكرها فقه القضاء للتوسع في امكانية تدخل الغير في العقد، وايضا الحكم بانصراف اثر العقد الى الخلف الخاص مستندا في ذلك الى اراء الفقهاء التي حاولت استنباط عديد الوسائل، لتأصيل هذا التدخل وتبريره فبدأ عدد الاطراف الذين يوصفون بالغير في تناقص مستمر باعتبار ان العلاقة الناشئة عن العقد الاصلي هي مرتبطة اساسا بالعلاقة الناشئة عن العقد من الباطن. فالإخلال بالعقد الاصلي يضر بالدائن الذي يمكنه ان يتجاوز شخص مدينه للمطالبة بالتنفيذ، ليتعداه لشخص مدينه، نظرا للعلاقة العقدية المترابطة، و التكامل بين العقدين في عملية التنفيذ، فالغير يصبح طرفا ويسأل عن التنفيذ وعن الالتزام به¹.

- ان تحليل اهمية تطور مكانة الغير في العقد ينظر اليه من ناحية قصور التعاريف التقليدية عن ارساء دور فاعل له خارج قيود النسبية العقدية.

و لعل فكرة الحماية الخاصة للغير كانت اساس تبرير هذا التطور، سواء اعتمادا على مبدأ نسبية اثر العقد المرتكز على اساس حرية التعاقد وصيانة حرية الغير واستقلاله.

وهو مبدأ يفرضه استقلال الذمم المالية، فوجود مصطلح الغير في اطار الاثر الملزم للعقد او بين التناقض مع مبدأ التوازن بين العقود المختلفة، وقد اثرت مسألة تطور مكانة الغير في العقد بالتوازي مع التطور في العلاقات بين الافراد بحيث يصعب ادراجها ضمن طائفة العقود التي نظمها المشرع نظرا لما يتطلبه الواقع العملي والبيئة التجارية من تطور كان لا بد من البحث عن مفاهيم قوانين جديدة لهذه العقود في تجاوز لتطبيق القواعد التقليدية نحو تأسيس وارساء مركز اكثر فعالية للغير ودوره في العقد حيث أن تدخل غير المتعاقد يمثل طريقا حقيقيا لتنفيذ العقد نظرا لانتقال محور العقد من اشخاصه الى موضوعه او محله، وهو ما من شأنه ان يفتح المجال لمشروعيته مساهمة واسعة لغير المتعاقد في تنفيذ العقد وذلك ان استبدال المتعاقد بشخص من الغير ياتي استجابة لظاهرة التطور، لان الاعتبار الشخصي لا يحول دون تدخل غير المتعاقد باعتبار انه يمكن التوفيق بين الاعتبار الشخصي والتنفيذ².

¹ SAVATIER.Rle pretendu principe de l effet relatif des contrat.R.T.D.civ 1934.p112.

² هناء خيري احمد خليفة، المسؤولية المدنية في نطاق الاسرة العقدية، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص45.

الفرع الثاني: صور تطور مركز الغير

- من صور تطور مكانة الغير ظهرت في نظام المجموعة العقدية : فهذه العقود يمكن ان تفسر هذه الاهمية التي رافقت تطور الغير في العقد وهي تتخذ صورتين :

1- صورة مجموعة التصرفات التي تتعاقب على مال واحد؛ وبالتالي فمحل الالتزام يكون القاسم المشترك بين تلك التصرفات وتدور جميعها حوله.

2- صورة مجموعة التصرفات القانونية التي تترابط بقصد تحقيق هدف اقتصادي مشترك يجمع بين تلك التصرفات فهي بصورة اخرى مجموعة التصرفات القانونية التي تتفرع عن رابطة قانونية اصلية بين طرفين من خلال تعاقبهما او ترابطهما ،فصد تحقيق عملية اقتصادية مشتركة¹.

و يجمع بين تلك التصرفات وحدة الهدف²، فبعد الانتقاد المتواصل لمسألة نسبية اثر العقد حتى انه وصف بأنه مبدأ مزعوم ،ظهرت عقود اخرى كعقد الليزنغ وعقد البيع بثمن مؤجل وعقد المقاوله الفرعية لتمثل مظهرا من مظاهر اهمية تدخل هذا الغير في العقد ودوره الأساسي في التنفيذ انطلاقا من التقيد بأثر الالتزام ووصولا الى اكتساب الحق بإمكانية التي اقرها المشرع لصاحب العمل في الرجوع على مدين المدين بموجب دعوى قائمة على أساس المسؤولية التعاقدية تؤكد اهمية هذا الدور الجديد للغير تحقيقا للتوازن العقدي ،في تناقض مع المفهوم التقليدي الذي يحدد قيام الغير على اساس المسؤولية التقصيرية تطبيقا لمبدأ نسبية اثر العقد³.

ومن أهم صور تطور مكانة الغير هي المسؤولية العقدية :

- أن مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، كعنوان، قد يحمل تناقضا لأول وهلة، فكيف أن الغير عن العقد، هو من يكون مسؤولا عن عدم تنفيذه، فهذا أمر يصطدم بمبدأ عام، توافقت عليه التشريعات المدنية، قديما، وحديثا، وهو مبدأ نسبية اثر العقد؛ فالمفروض إن العقد لا يفيد، ولا يضر الا اطرافه،

¹ ESPAGNON.LA REGLE DU NON-COMUL DE RESPONSABILITE CONTRACTUEALL.THESE PARIS .1980.P122.

² ESPAGNON.LA REGLE DU NON-COMUL DE RESPONSABILITE CONTRACTUEALL..op cit P123.

³ SAVATIER].le pretendu principe de l effet relatif des contrats .R.T.D.civ 1934.p60.

أما الغير فهو أجنبي عن العقد، لا يفيد من العقد شيئاً، ولا يضار منه. فكيف يمكن أن يكون مسؤولاً عن عدم تنفيذه أو الإخلال به؟

إن وجود علاقة الالتزام التي أنشأها العقد هو حقيقة واقعة، ليس في وسع الغير أن يتجاهل نشوء هذه الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد، وليس في وسع أي من طرفي العقد أن ينكر في مواجهة الغير أن هذه الحقوق والالتزامات قد نشأت فيما بينهما. ويعبر عن ذلك بالقول: إن القاعدة هي أن العقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، يحتج به بالنسبة للكافة، فللغير أن يحتج به، ويحتج به عليه. وهذا هو مبدأ حجية العقد. ولكن إذا كان للعقد هذه الحجية في مواجهة الغير، فإن ذلك يثير التساؤل حول ما إذا كانت هذه الحجية تستتبع مسؤولية الغير¹.

- في الواقع أن اعتبار الغير قد أخل بمبدأ حجية العقد لم يكن كافياً في المنظور التقليدي للحكم عليه بموجب أحكام المسؤولية المدنية. وكان كل ما هنالك أن لا يعتبر عقده نافذاً في مواجهة الدائن بالالتزام العقدي، إذا تم تكييف تعاقد مع المدين على أنه يتعارض مع حق الدائن.

ويعزى ذلك إلى أن مبدأ حجية العقد كان يصطدم بمبدأين آخرين، أولهما: مبدأ حرية التعاقد الذي يقضي عدم تقييد حرية الغير في التعاقد تحت طائلة المسؤولية، إذا تناقض عقده مع عقد آخر. وثانيهما: مبدأ آخر يطلق عليه "شخصية العلاقة العقدية" ويقصد به حصر العلاقة بين المتعاقدين وقصر أثرها على ذمتها المالية، ومن ثم لا يمكن أن يخل الغير بهذه العلاقة ما لم يكن طرفاً فيها أو ينصرف إليه أثر العقد على الأقل. بيد أن ما تقدم لم يحظ بتأييد مطلق من الفقهاء وخاصة المعاصرين منهم، حيث رفض اعتبار المبدأين المذكورين حجر عثرة أمام تطور العلاقات العقدية بين الأشخاص.

كما أن انحسار الفكر الفردي أدى إلى أضعاف مبدأ شخصية العلاقة العقدية، وهذا ما وطد من مبدأ حجية العقد ليتغلب على سواه، ومن ثم ليظهر نظام مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد في تطور جديد مضاف إلى مفهوم الغير².

¹ Audrey Gougeon. L'intervention du tiers à la formation du contrat. op cit p322.

² JESTAZ*PH*.l'opposabilite du droit reel.R.T.D.C1986.N1.p147.

-عرف الرومان وفقا لهذا التفسير الدقيق التمييز بين الأثر الملزم للعقد والحجية المطلقة للعقد، وانتقل المبدأ الى القانون الفرنسي القديم بذات المعنى الذي كان له في القانون الروماني: لاينظم العقد الا العلاقات بين طرفيه، فلا ينشئ حقا للغير، أو التزاما على الغير . وعن القانون الفرنسي القديم نقل قانون نابليون المبدأ، وصاغه في عبارات واضحة، في المادة 1111 مدني فرنسي، والتي نصت على انه: « ليس للاتفاقيات أثر الا بين طرفيها، لا تضر بالغير، ولا يمكن أن تفيدهم الا في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121¹.

أما في القانون المدني الفرنسي الجديد فقد أتى المشرع في المادة 1111 الجديدة بصنف جديد من العقود و هو

عقد الاطار LE CONTRAT CADRE

-ولكن فقهاء القرن التاسع عشر اخذوا بالتفسير الواسع لكلمتي « يضر » و« يفيد » الواردتين في المادة 1111 مدني قديم مقدمين المعنى اللغوي لهاتين الكلمتين، على المعنى الاصطلاحي او الفني الذي كان لهما في ظل القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم. فذهبوا الى أن « يضر » معناها إحداث ضرر، و(يفيد) معناها الحصول على فائدة. وصار المبدأ يفيد أن الاتفاقيات لا يمكن ان تحدث ضررا ماديا، ولا أن تجلب نفعاله ذات الصفة.

-وانتهى الفقه الى القول بمجرد أن نعتبر الشخص "غيرا" عن العقد، فإن العقد لا يعتبر موجودا في مواجهته ؛ وبذلك اختفى التمييز بين مبدأ نسبية اثر العقد، الذي يحكم القوة الملزمة للعقد بين عاقيه، ومبدأ حجية العقد، الذي يحكم نفاذ العقد تجاه الغير . وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا التفسير لنص المادة 1111 مدني قديم في حكم لها جاء فيه " :الاتفاقيات غير قابلة للاحتجاج بها في وجه من لم يكونوا اطرافا فيها، وبتعبير اخر لا حجية للاتفاقيات في وجه الغير . " ولكن انكار حجية العقد تجاه الغير، يؤدي الى اضعاف القوة الملزمة للعقد بصورة غير مباشرة، ويجعل مبدأ نسبية اثر العقد فارغا من محتواه، فاذا كان رب العمل لا يستطيع الاحتجاج بشرط عدم المنافسة تجاه رب العمل، الذي ساعد العامل الملتزم بالاخلاق بهذا الشرط، عن طريق تشغيله عنده، متجاهلا شرط عدم المنافسة، على اساس انه ليس طرفا في عقد العمل المبرم بين رب العمل السابق والعامل؛ فهذا يعني ان الغير، يستطيع في اي وقت،

¹ AUBRY (C.) et RAU (C.), Droit civil français, Tome I, LGDJ, 2ème éd., Paris, 1842, p.390.

أن يساعد على الاخلال بالعقد، وبالتالي بقوته الملزمة، بدون أن يكون مسؤولاً، على اساس انه اجنبي عن العقد. لذلك تنبه الفقه لفساد التفسير الممنوح للمادة 1111 مدني فرنسي¹.

-فكتب الأستاذ Whal في عام 1113 في تعليق له على حكم محكمة اميان حول نص المادة 1111 بأنه: "يمنع مطالبة الغير بتنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عن العقد، كما يمنع على الغير أن يطالبوا هم أنفسهم بهذا التنفيذ . " وقد عزز هذا التوجه الجديد الأستاذ Weill في أطروحته للدكتوراه الموسومة " مبدأ نسبية الاتفاقيات في القانون الخاص الفرنسي " التي جرت مناقشتها في ستراسبورغ في عام 1931، وأطروحة السيد Calastreng حول " نسبية الاتفاقيات " التي جرت مناقشتها في تولوز في عام 1931 - 08 - 2 .

بأن هذا الفهم الجديد لنص المادة 1111 مدني يقود الى تحديد نسبية اثر العقد بالنسبة لطرفيه بالأثر الملزم للعقد، ويكشف عن حجية اثر العقد بالنسبة للغير، فقد أجمع الفقه الفرنسي الحديث على أن القاعدة الواردة في المادة 1111 مدني (ق م قديم) تتعلق بالأثر الملزم للعقد، ولا تتعلق الا به، وأن لكلمتي (يضر) «و» (يفيد).

معنى قانوني دقيق يختلف كلية عن المعنى الدارج لهما في اللغة: يضر بمعنى إنشاء التزام في ذمة الغير، ويفيد معناها ترتيب حق له. ويكون معنى القاعدة: أن العقد لا ينشئ علاقة التزام الا بين الطرفين اللذين تراضيا على إنشاء هذه العلاقة، فلا ينشئ في ذمة الغير التزاما ولا يكسبه حقا. ولا تعنى القاعدة شيئا غير ذلك، ولا تمنع، على الخصوص، نفاذ العقد في مواجهة الغير. فالعقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، واقعة اجتماعية ليس في الوسع تجاهلها، فليس في وسع الغير أن يتجاهل نشوء هذه الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد، وليس في وسع أي من طرفي العقد أن ينكر في مواجهة الغير أن هذه الحقوق والالتزامات قد نشأت فيما بينهما. ويعبر عن ذلك بالقول إن القاعدة هي أن العقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، يحتج به بالنسبة للكافة، فللغير أن يحتج به، ويحتج به عليه.

¹ JOBARD-BACHELIER.M.N.droit civil.suretes.publicite fonciere.1° Ed.Paris.1997.p54.

² DROSS (W.) et MALLET-BRICOURT (B.), La transaction : propositions en vue de la réforme du Titre XV Livre troisième du Code civil "Des transactions", La Documentation française, Paris, coll. Perspectives sur la justice, 2014, 475 p.

هناك إذن مبدآن أساسيان متميزان كشف عنهما التفسير الجديد لنص المادة 1111 مدني فرنسي، مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، ومبدأ الاحتجاج المطلق بالعقد. وقد واكب القضاء الفرنسي الفقه في تطوره هذا¹.

- أن لم يكن قد سبقه في بعض جوانب هذا التطور، فقد قضت الغرفة المدنية في محكمة النقض استناداً لاحكام المادة 711 مدني بأن: "العقود التي تصلح سنداً للملكية هي العقود التي تبرم بين البائع ومن تلقى هذه الملكية. وأن حق الملكية سيتصدع بصورة دائمة إذا لم تكن للعقود التي تنقلها قيمة الا في مواجهة اطرافه².

وأن مبدأ نسبية اثر العقد الذي اشارت اليه المادة 1111 مدني لا ينطبق على "التصرفات التي بها تكتسب أو تنتقل الملكية. فهذه التصرفات فيما يتعلق بذلك هي حجة على الغير". ويلاحظ على هذه الأحكام انها تتعلق بشكل اساسي بحق الملكية وبصورة اوسع بالحقوق العينية المتفق على حجيتها في مواجهة الكافة، بخلاف الحقوق الشخصية التي ليس لها سوى اثر نسبي³.

-إن محكمة النقض الفرنسية لم تكرر، الا منذ وقت قصير، مبدأ حجية العقد، ولو لم ينشئ سوى حقوقاً شخصية، حيث قضت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في حكم لها جاء فيه: (إذا لم يكن للاتفاق من حيث المبدأ اثر الا في مواجهة اطرافه، فإن ذلك لا يمنع قضاة الموضوع من البحث في عقد لا دخل فيه لاحد الخصوم في الدعوى عن معلومات من شأنها مساعدتهم على اتخاذ قرارهم؛ وتبعاً لذلك، يمكنهم لاجل تحديد قصد الأطراف الرجوع الى عقد ثان مبرم بين الشخص نفسه وبين المتعاقد الأول)

كما قضت ايضاً: (بأن الواقعة التي تشكل خرقاً لالتزام موجود بين طرفين مرتبطين بعقد، يمكن أن تكون بمثابة خطأ شبه تقصيري، يجعل فاعله مسؤولاً تجاه الغير الأجنبي عن العقد). وقضت أيضاً بأن: (بإمكان الغير الأجنبي عن العقد، وأن لم يكن دائناً أو مديناً، أن يتذرع لمصلحته بالوضع الذي خلقه العقد كواقعة قانونية، فيحق للكفلاء التمسك بالاتفاقية الحاصلة بين مصرفين احدهما يستفيد من الكفالة، والتي ترتب عليها اخراج الديون التي ضمن الكفلاء الوفاء بها من ذمة المصرف المدين، مما يجعل الكفالة منتهية قانوناً الانتفاء غيراً" بالنسبة لأثر العقد لا يتناقض مع اعتبار العقد ذا حجية عليه).

¹ GEMEI.H.I opposabilite des contrats en droit francais et egyptien these de doctorat paris.1987.p45.

² STARCK.B.des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui.j.c.p.1954.chr.1180.

³ STARCK.B.des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui .op cit.p1181.

- يذهب الأستاذ Aubert الى أن " مبدأ حجية العقد والحقوق والواجبات التي ينشئها في مظهرين - الحجية من قبل الغير والحجية ضد الغير - يشكل الامتداد الضروري لمفهوم الحق. فالأخير ليس له معنى كامتياز فردي بدون هذه الحجية من جهة، ومن جهة أخرى، العقد ايضا ينبغي أن يستفاد من حجية مشابهة باعتباره الأداة التي يعهد بها القانون لمن هم أهل للحق لتنظيم علاقاتهم القانونية وحقوقهم ". ويضيف الأستاذ Aubert فيما يتعلق بحجية العقد تجاه الغير " أن الحجية ليست اعتداء على مبدأ نسبية اثر العقد كما انها لا تتناقض مع فكرة سلطان الإرادة طالما انها تكتفي بأن تفرض من حيث المبدأ احترام التعهد الأسبق تاريخاً¹.

وفقا للقاعدة التقليدية " الأسبق زمانا هو المفضل "، ولا يتم الخروج عليها الا لضمان استقرار المعاملات عندما يجهل الغير المتعاقد الثاني مع المدين العقد الذي وقع الإخلال به. "

ويبدو أن من مزايا النظرية الشخصية personnaliste التي دافع عنها بلانيول، كشفت عن وجود التزام عام يسري في مواجهة الكافة، مضمونه المتنازع عن التعرض لصاحب الحق، ولكن هذه الميزة لا يمكن أن تدفع عن هذه النظرية العيوب التي وجهت لها، فالمقارنة التي أجراها بلانيول بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية، بالاستعانة بفكرة الالتزام السلبي العام، تؤدي الى خلط بين مفهوم الحجية، ومفهوم الالتزام بمعناه الفني الدقيق .

فإذا كان صحيحا ان الحق العيني يمكن الاحتجاج به ضد الكافة، أي على الكافة، عدا صاحب الحق، واجب احترام هذا الحق، وعدم التعدي عليه، فإنه من غير الصحيح، وصف هذا الواجب، بوصف " الالتزام السلبي العام"، لان الأخذ بما تقدم يجرنا الى القول: بأن الفرق بين الحق العيني والحق الشخصي يكمن في أن الحق العيني يحتج به ضد الكافة، وبالتالي، لا يجوز للغير الاعتداء عليه، بينما الحق الشخصي يحتج به ضد المدين فقط؛ بمعنى، يجوز لغير المدين انتهاك هذا الحق، أو الاعتداء عليه، بدون أن تترتب عليه أية مسؤولية، ومما لا شك فيه، أن هذا التصوير غير صحيح².

¹ AUBERT*J.M*à propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers.RTDC.1993.n2.p510.

² Fontaine.m.les effets internes et externes des contrats in les effets du contrat a l'égard des tiers .l.g.d.j.1992.p40

فالغير ليس في مقدوره انتهاك حق الدائن تجاه مدينه بدون مسؤولية، فكل حق، أيا كان، يولد واجبا عاما على الكافة، مضمونه الامتناع عن التعدي على حق الغير، هذا الواجب العام هو ما تسميه أو تصوره النظرية الشخصية خطأ بأنه " التزام سلبي عام"، فليس ثمة حق لا يحتج به اتجاه الكافة، اذ أن التزام الناس بعدم التعرض، ناشئ عن وجوب احترامهم للقانون، والنظام لذلك نجد أن هذا الواجب العام، يعيش على هامش الذمة المالية، دون أن يكون جزءا من جانبا السلبي¹.

-يتميز وضع المدين في الحق الشخصي، فهو ليس في وضعه ملزما تجاه الجمهور بمراعاة حق الغير فقط، انما هو ملزم فوق ذلك بأداء معين – قيام بعمل أو امتناع عن عمل، يظهر في الجانب السلبي لذمته المالية. في حين ان الواجب السلبي العام الذي تتكون منه – أو من مجموعة الواجبات العامة – الحدود الطبيعية لحرية كل فرد، ونشاطه،²

لا تندرج في الجانب السلبي من الذمة المالية للأفراد، ويبدو أن التقسيم الجديد للحقوق المتعلقة بالذمة المالية الذي اقترحه Ginossar يقدم تفسيراً جديداً لحجية الحق الشخصي تجاه الغير، وهو الحق الذي يشكل وفق وجهة نظره، أحد الألباز، الذي عجز الفقه التقليدي عن تفسيره، فكيف يضاف الى الحق الشخصي الذي يعتبر حقا نسبيا، التزام عام، بالامتناع عن المساس بهذا الحق، وكيف يفرض هذا الالتزام على الغير؟

-يجيب الأستاذ Ginossar على هذا التساؤل بأن الحق الشخصي أو الالتزام يفرض على "الغير" لأن الحق الشخصي حجة عليه؛ أما كيف يعد حجة عليه، فأن ذلك يرجع الى ان الدائن يعد مالكا للدين، فالحقوق جميعها حقوق ملكية، و الملكية مرادفة للحق، وانه كما توجد ملكية العين او توجد ملكية الدين، فالدين هو شيء يعود للدائن، ويرتبط بذمته المالية، باعتباره أثر لحق الملكية والحق الشخصي عائد للدائن، وبذلك يمثل ملكيته على الدين.

¹ FAGES (B.), Droit des obligations, LGDJ-Lextenso, 6ème éd., Paris, coll. Manuels, 2016, 588p. et MAZEAUD (H.), (L.) et (J.), Leçons de droit civil, Tome III, Montchrétien, 5ème éd., 1984, p.133.

² Fontaine.m.les effets internes et externes des contrats .opcit.p46.

هذه الملكية تتجلى في مظهرين: أولهما: مظهر داخلي وهو امتيازات حق الملكية التي تمنح للدائن، فالأخير يستطيع أن يتصرف بالدين كمالك، كأن يتصرف به عن طريق الحوالة، أو يثقله بحق عيني، عن طريق الرهن رهن الدين، فلا يستطيع أي شخص تجريد الدائن من حقه الشخصي¹.

بينما القول: بأن الحق الشخصي هو عبارة عن ملكية اشياء غير مادية، يمكن الدائن باعتباره مالكا، من الدفاع عن حقه، واسترداد حيازة سند الدين، في حالة انتزاعها من قبل الغير، بالطريقة ذاتها، التي يسترد بها المالك حيازة الشيء، كما يستطيع ان يمارس دعوى غير مباشرة في مواجهة مدين مدينه، لحماية حقه الشخصي، كذلك يستطيع ان يرجع على مدينه بضمان الاستحقاق، بل أن الدائن في ممارسته لدعوى عدم نفاذ التصرفات، والدعوى الصورية، يؤكد بما لا يقبل الشك، بحجية حقه في مواجهة "الغير".

- ومادام الأمر كذلك فإن هذه الحجية تفرض على الغير واجب احترام الحق الشخصي، فإذا أخل بهذا الواجب، بالتعاقد مع أحد طرفي العقد، وأدى ذلك إلى إخلال الأخير بالتزاماته العقدية، ف "الغير يكون مسؤولا عن هذا الإخلال .

-إن محاولة الأستاذ جينوسار لإعطاء حجية للحق الشخصي، شبيهة بتلك الحجية المعطاة للحق العيني عن طريق هدم التمييز بين الحقين، واعتبار جميع الحقوق المالية ملكيات، ترد على اشياء مادية وغير مادية، رغم أهميتها وحدائتها لا يمكن ان تصمد امام النقد، بالاضافة لانها لم تفلح في هدم التمييز التقليدي للحقوق المالية الى عينية وشخصية، ونرى أن تقسيم الحقوق المالية الى حقوق عينية وحقوق شخصية، انما تقوم على حقيقة مفادها ان الحق العيني والحق الشخصي كلاهما ينصب على شيء حصل عليه صاحبه في الحالة الأولى، في حين يأمل ان يحصل عليه في الحالة الثانية، عن طريق نشاط المدين².

- وصولا الى تبرير مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، نابعة من الخلط بين الواجب العام " الواجب العام السلي " والواجب الخاص obligation personnelle الذي يقع على شخص معين دون غيره من الأشخاص.

¹ BILLIAU.M.I opposabilite des contrats ayants pour objet un droit reel.in les effets des contrats a l egard des tiers comparaison franco-belges.L.G.D.J.paris.1992.p8.

² BILLIAU.M.I opposabilite des contrats ayants pour objet un droit reel.in les effets des contrats a l egard des tiers.op cit.p 12.

ويجعله خاضعا لإرادة صاحب الحق، ملزما ان يعمل له شيئا معيناً، أو أن يمتنع من أجله عن عمل معين. والذي يعد الحق الشخصي أوحق الدائنية créance de droit أهم مثال عليه .

وما زاد الأمر غموضاً تقسيم الحقوق الى حقوق نسبية relatifs droits وحقوق مطلقة absolus droits

وأهم مثال للنوع الأول الحق الشخصي، وأهم مثال للنوع الأخير حق الملكية، أن الواجب العام "

الواجب السلبي العام " هو الذي يقارن كل حق، فيفرض على الكافة عدا صاحب الحق، أن يمتنعوا عن التعرض لصاحب الحق، في استعمال حقه، فهو واجب سلبي، لا يلزم المرء بالقيام باي عمل، وإنما يلزم فقط بالامتناع عن الاعتداء على حق الغير¹.

أما الواجب الشخصي أو الخاص " الالزام بمعناه الفني الدقيق " فهو يقابل نوعاً معيناً من الحقوق دون غيره؛ ويلزم شخصاً معيناً، بعمل شيء، أو الامتناع عن عمل شيء، لمصلحة صاحب الحق، فهو قد يكون ايجابياً القيام بعمل وقد يكون سلبياً الامتناع عن عمل .

-تحديد طبيعة مسؤولية الغير، وهل هي ذات طبيعة عقدية (إخلال الغير بالتزام عقدي)، أم ذات طبيعة تقصيرية :

-إن المسؤولية العقدية ينحصر نطاقها الفني في الروابط بين المتعاقدين² .

-ذهب اتجاه الى انها ذات طبيعة عقدية واتجاه اخر ذهب الى انها ذات طبيعة تقصيرية، ولكن اصحاب هذا الاتجاه اختلفوا في اساسها القانوني، فقال بعضهم بأنها: دعوى عدم نفاذ تصرفات، وقال البعض الآخر بأنها: دعوى منافسة غير مشروعة، وقال آخرون بأنها: دعوى تعسف في استعمال الحق، وقال عنها آخرون انها: مبنية على اساس الغش ازاء هذه الاتجاهات، ظهر رأي في الفقه، يصف مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، بأنها: تقصيرية، تخضع للقواعد العامة في المسؤولية المدنية³.

¹ SALAS (D.), Le tiers pouvoir. Vers une autre justice, Fayard, Paris, 2012, 291p.

² sem-linkOlivia Robin. La responsabilité du contractant à l'égard des tiers . Revue juridique de l'Ouest, 2003-p103.

³ Nicolas Crozier. RESPONSABILITÉ DES PARTIES À L'ÉGARD DES TIERS - L'ARRÊT MYR'HO, 10 ANS APRÈS. - VENDREDI 24 FÉVRIER 2017.article publiée dans le site <https://www.village-justice.com>.

ويقدمها كنتيجة لحجية العقد تجاه الغير، وبصورة ادق التزام عدم الإضرار الناتج عنها وبه فنكون أمام وجود اختلاف حول لسؤولية الغير اختلف حولها الفقه، وهذا ما سنحاول تحليله كما يلي:

أولاً: مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد ذات طبيعة عقدية.

- ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى ان الاعتراف بمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، يعني بالضرورة الاعتراف بأن الغير تنكر الالتزام موجود سابقا ومفروض عليه. والحال ان هذا الالتزام لا يمكن ان يكون مصدره الا العقد - وليس المبدأ العام للحجية - الذي يمكن ان يرتب التزامات على عاتق المتعاقد وأخرى على عاتق الغير، كما يرتب حقوقا للمتعاقد وأخرى للغير .

أن هذا الالتزام المفروض على الغير ، كالاتزام عقدي وليس كمجرد واقعة هو عبارة عن التزام سلبي يجد مصدره في العقد ذاته الذي انتهكه الغير، مضمونه عدم القيام بأية أعمال تمنع الدائن من استيفاء حقه الناشئ من العقد¹.

فتدخل الغير في منع تنفيذ العقد يثير مسؤوليته التي يجب أن تكون ذات طبيعة عقدية، كمسؤولية المتعاقد الذي اشترك معه هذا الغير في الإخلال بالتزامه .

ويذهب الأستاذ ديموج Demogue الذي يعترف بهذا الالتزام الى القول: " أن فرض هذا الالتزام على الغير يقتضي منا التمسك باعتبار نفسي، فالغير الذي يعلم بوجود العقد ومع ذلك يعمل على انتهاكه أما اضرار بالدائن او لقبول الإضرار به، يجعل القاضي أمام خيارين لا ثالث لهما: الأول أن يختار مراعاة حرية الغير في التصرف، والثاني ان يختار مراعاة حق الدائن غير المنازع فيه في الحصول على حقه، أن الاعتبار الأخير - يقول ديموج - هو ذو طبيعة تشريعية وهو الذي يدفع هنا الى اعطاء أثر سلبي للالتزام أو الحق الناشئ من العقد تجاه الغير².

ولمتابعة هذا التأصيل الذي يجعل للالتزام أو الحق الناشئ من العقد اثر سلبي تجاه الغير يتمثل بالزام الغير بعدم المساعدة على الإخلال بالعقد،

¹ طارق كاظم عجيل، مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد دراسة تأصيلية مقارنة، مقالة منشورة في الموقع الالكتروني <https://www.iasj.net/> ص91.

² DURRY.G.la distinction.de la responsabilite contractuelle et de la responsabilite delictuelle .montreal.1986.p123.

- يقول ديموج: " أن مسؤولية الغير الذي يشترك مع المتعاقد، في الإخلال بالتزامه، هي مسؤولية عقدية، كمسؤولية هذا الأخير.

وذلك أن العقد - تضييقا لما يقضي به المبدأ الفردي Individualiste الوارد في المادة 1111 - (م ف قديم) يلزم العاقد بتنفيذه، كما يلزم الغير، الذين يعلمون بالالتزام الناشئ عنه، بعدم إعاقة تنفيذه. فكما أن الاشتراط لمصلحة الغير يرتب حقوقا للمشتراط، وأخرى للغير¹.

فمتى قام الغير بعد علمه بالعقد، بالمساعدة على الإخلال به، فإنه ينضم إليه كالمالك، الذي يقر تصرف الغير في ملكه، والموكل الذي يقر التصرف الذي جاوز فيه الوكيل حدود وكالته، يلتزمان بالتصرف الذي كان غير نافذ، في مواجهتهما، قبل الإقرار، كذلك الغير الذي يشترك في الإخلال بالعقد يكون ملتزما باحترام بنوده. وتكون مسؤولية الشريك، تبعا لهذا، كمسؤولية العاقد، ان كانت اضيق منها نطاقا لانها لا تقوم الا إذا كان الشريك سيء النية، يعلم بالعقد ذات طبيعة عقدية، او الذي شارك بالإخلال به.

-ثانيا: مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد ذات طبيعة تقصيرية

-ذهب جانب من الفقه² الى القول: بأن مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد هي ذات طبيعة تقصيرية ولكن الفقه اختلف في اساس هذه المسؤولية، فذهب رأي قديم، في ظل التفسير التقليدي المعيب للمادة 1111 مدني فرنسي، الى أن مبدأ نسبية اثر العقد يمنع أن تقوم على عاتق الغير، الذي يشارك مع المدين في الإخلال بالتزاماته العقدية، مسؤولية خاصة، مستقلة عن تلك التي تثقل هذا الأخير.

¹-يؤخذ على هذا الاتجاه بعده عن القواعد العامة بشكل يجعله غير قابل للتأييد وذلك للأسباب الأتية- 1 :يعد وجود عقد بين المسؤول والمضروب، لقيام المسؤولية العقدية، شرطا له وضوح البديهية؛ فال وجود لهذه المسؤولية، بدهاء، بغير قيام عقد بين المسؤول عن الضرر ومن كان ضحيته. في حين ال يوجد عقد بين الدائن (المضروب) والغير (المسؤول) الذي اشترك في الإخلال بالالتزام الناشئ من العقد2 - أن فكرة التصرف اللاحق ليس فيها شيء من مقومات العقود؛ فالمالك، أو الموكل، الذي يقر تصرف الغير، أو الوكيل، إنما يقبل إعطاءه العنصر الذي ينقصه، قانونا، لينتج كافة آثاره. انما لا يتصور ر أن تحلل، على هذا الوجه، إرادة ذلك الذي ال يكتفي بالبقاء بعيدا عن العقد، بل يقدم عمدا على تحطيمه، وتعطيل قوته. فكيف يقال بأنه ينضم إلى العقد حين يظهر الإرادة القاطعة في تجاهله .

³-تقضي القواعد العامة في العقد الانضمام الغير اليه قبول الدائن على هذا الانضمام، في حين أن الدائن يجهل، في العادة، اشتراك الغير في الإخلال بحقه، وقت وقوعه، وكان يرفضه، حتما، لو علم به قبل وقوعه. طارق كاظم عجيل، مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد دراسة تأصيلية مقارنة، المرجع السابق، ص112.

² Huguency, Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, Dijon, 1910, p. 214 et s.

فالالتزام، علاقة شخصية وذات آثار نسبية، لا يمكن أن يخل به سوى المدين فيه، لا الغير، الأجنبي عنه، والذي لا تقع عليه، إذا جازت مساءلته، (سوى مسؤولية مستعارة) تجري على نسق مسؤولية المدين.

وإذا كان مبدأ نسبية أثر العقد يحول دون قيام مسؤولية مستقلة على عاتق الغير، فإنه يمنع، بالأولى، أن تكون عقدية، لأنه ليس طرفا في العقد الذي أبرمه المدين ولا يمكن، من ثم، أن تكون مسؤولية تقصيرية، يتعين، لقيامها، على كاهله، ان تكون مسؤولية المدين تقصيرية. ولم يتردد صاحب هذا الرأي في القول بها، اخذا بالرأي القائل بأن الغش، في تنفيذ العقد، يعتبر (جنحة مدنية) تقيم المسؤولية التقصيرية إلى جانب المسؤولية العقدية، وعلى وجه يقيم للدائن الخيرة بينهما وفقا لمصلحته.

لجأ صاحب هذا الرأي في تحديد المسؤولية الى نظرية الاشتراك في القانون الجنائي، التي يرتفع بها الى المبادئ العامة في القانون -الوضعي: تطبق على اشتراك الغير في الإخلال بالالتزامات العقدية قواعد قانون العقوبات في المساهمة الجنائية. ويجب، تبعا لهذا، أن يكون اشتراك الغير واعيا، وكذلك إيجابيا، لتقوم مسؤوليته قبل الدائن، على الوجه الذي يقيم المسؤولية الجنائية¹.

وذهب جانب آخر من الفقه الى تأسيس مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد على أحكام الدعوى البوليصية، فالغير الذي يتواطىء مع المدين، اضرارا بالدائن، خلال او بالتزام عقدي، يساعد على إعسار المدين أو الزيادة في إعساره. وبذلك، فهو يرتكب غشا بوليصيا، يفتح الباب أمام الدائن، لرفع الدعوى البوليصية للوصول الى حقه؛ فاذا كان الدائن موعودا ببيع عين، أو برهن، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها، او الموعود برهنها، الى شخص آخر اضرارا بحق الدائن، فهنا يستطيع الدائن للوصول الى حقه أن يرفع الدعوى البوليصية².

التي يترتب على نجاحه فيها اعتبار التصرف المبرم بين المدين والغير، غير نافذ في حقه اذا كانت الدعوى البوليصية لا تسمح للدائن بالمطالبة بالتعويض، لأنها ليست بدعوى تعويض³.

¹ DARMAISON.S.le contrat moral.L.G.D.J.PARIS.2000.p60.

² DERRIDA.F.liers.ayants causes.la situation de la masse des creanciers par rapport au debiteur dans les procedures collectives .r t d.commercial.1976.p95.

³ DERRIDA.F.liers.ayants causes.la situation de la masse des creanciers par rapport au debiteur dans les procedures collectives.opcit.p95.

على أن اصحاب هذا الاتجاه يرون أن الدعوى البوليصية فيها ايضاً معنى التعويض، ولكنه تعويض من نوع خاص كذلك، يميزه عن التعويض المعتاد عدة فروق، منها أن الدائن لم ينل في الواقع تعويضاً عن ضرر تحمله بنفاذ تصرف المدين في حقه، بل أن هذا الضرر قد رفع عنه بعدم نفاذ هذا التصرف.

وقد يكون للدائن مصلحة في رفع الدعوى البوليصية في بعض أحوال لا يكون فيها المدين معسراً، وذلك اذا فرض أن حق الدائن يتركز في عين مملوكة للمدين، وذلك اذا فرض أن حق الدائن يتركز في عين مملوكة للمدين.

-كما اذا كان موعوداً ببيع عين، ثم باع المدين العين الى شخص آخر، إضراراً بحق الدائن، ففي مثل هذه الحالة يعتبر المدين في حالة اعسار بالمعنى المقصود في الدعوى البوليصية، مادام الدائن لا يستطيع أن يصل الى حقه عينا ولو استطاع أن يصل اليه عن طريق التعويض، بأن كان عند المدين أموال كافية تفي بهذا التعويض¹.

وبالرغم من يسار المدين بالنسبة لحق التعويض، يعتبر معسراً بالنسبة للتنفيذ العيني، وهذا اعسار كاف، يسوغ للدائن حق رفع الدعوى البوليصية، فيطعن في تصرف المدين في العين الموعود ببيعها، فيتمكن بذلك من رد العين الى ملك المدين بالنسبة لحقه، ويستطيع الوصول الى التنفيذ العيني.

ويكون الغش والتواطؤ المشترطان في جانب المدين ومن تصرف له المدين "الغير" يدلان على أن الطرفين أرادا بهذا التصرف أن يمنعا الدائن من الحصول على حقه عينا، ولو أدى ذلك الى ان يحصل على تعويض.

ويقول اصحاب هذا الاتجاه بأنه: اذا كان هناك شك في جواز رفع الدعوى البوليصية في بعض الحوال، فإنه يمكن تطبيق قاعدة أوسع نطاقاً، وهي القاعدة التي تقضي بأن الغش يفسد العقود *corrumpit Omnia*

¹ وقد طرح الأستاذ العميد Weill، بعد أن تبين أن اجتهاد محكمة النقض يأخذ بمسؤولية الغير التقصيرية تجاه المتعاقدين عندما يخل بعقدهما مع علمه به، مسألة معرفة ما إذا كان الأمر متعلقاً بقبول مبدأ اللزوم النسبي للعقود أم لا؟ وقد أعطى جواباً سلبياً على ذلك بالأخذ بان اثار العقد ال ترتبط بالغير: " ان يالحق الغير الذي اشترك في الإخلال بالعقد استناداً الى دعوى مصدرها العقد " الذي الحق الدائن الغير بسبب الخطأ الذي ارتكبه بدفع المدين إلى عدم التنفيذ أو بمساعدته بسوء نية على عدم التنفيذ وحسب؛ وهذا الخطأ هو الذي يشكل الرباط القانوني بين الغير والدائن ". ويضيف الأستاذ " Weill ان حق الدائن تطور ولم يعد من الممكن فهمه كرباط شخصي وحسب بين الدائن والمدين؛ واستنتج من ذلك ان حق الدائن من الواجب حمايته كالحق العيني طالما انه ينفصل عن شخص المتعاقدين ". ويفترض هذا التحليل الاعتراف للحق الشخصي بطابع مطلق او على الأقل بطابع قريب من الحق العيني.

.-Weill, op. cit, no236- 238

(Fraus) وجزاء الغش هو التعويض، اذا احدث ضررا؛ باعتباره عملا ضارا ، وذهب آخرون الى تأسيس دعوى مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد على احكام المنافسة غير المشروعة¹.

-تقويم نظرية الدعوى البوليصية: لا يمكن القول بأن دعوى الدائن ضد الغير الذي اخل بالعقد هي دعوى بوليصية، لأختلاف كلا الدعويين في عدة أمور أهمها:

أ- أن دعوى عدم نفاذ التصرفات ترمي الى حماية الغير الدائن من تصرفات مدينه الضارة، بينما الدعوى التي يرفعها الدائن ضد الغير لإخاله بالعقد، تهدف الى حماية المتعاقد من تصرف الغير الذي يخل بالعقد².

وفرق بين الدعوى التي تحمي الغير، والدعوى التي تحمي المتعاقد من فعل الغير.

ب- يشترط لرفع الدعوى البوليصية وجود علاقة مديونية سابقة بين الغير الدائن ومدينه بينما لا يشترط وجود عالقة سابقة بين المتعاقد والغير الذي شكل فعله إخلالا بالعقد .

-لكن من المنطقي تعتبر مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد هي ذات طبيعة تقصيرية، لان نطاق المسؤولية العقدية ينحصر بين طرفي العقد من جهة.

ولان الغير يحتفظ بهذا الوصف رغم إخلاله بالتزام عقدي و من جهة اخرى يتخذ الغير في وضع مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد معنى خاصا، فإذا وازنا بين الغير هنا وبين الغير بالنسبة لاطراف العقد، فأن القاعدة في نفاذ العقود هي قصورها على اطراف العقد دون ان يقتصر هذا المعنى على المتعاقدين، بل يشمل الخلف العام والخلف الخاص كذلك، فلا يعتبر هؤلاء من الغير .

ويبدو أن هذه القاعدة هي ذاتها المطبقة في تحديد الغير المسؤول عن الإخلال بالعقد، ففي مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد يقصد بالغير أي شخص غير المتعاقدين ومن يقوم مقامهما اي خلفهما العام والخاص، لان سريان العقد في حق الخلف العام أو الخاص يجعلهما مسؤولين أمام الدائن مسؤولية عقدية وفقا لأحكام العقد.

¹ P. Roubier, Le droit de propriété industrielle, 1952, p. 557 et s.

² DURRY.G.LA distinction de la responsabilite contractuelle et de la responsabilite delictuelle.op cit.p150.

وفي نطاق الغير الذين يقصد بهم أي شخص غير المتعاقدين وخلفهما، ينبغي التمييز بين الغير الذين يستعين بهم المدين ليعهد لهم بتنفيذ الالتزام، أو ممارسة حقا من حقوقه، برضاه الصريح أو الضمني والغير الذين يتدخلون بناء على طلب المدين، أو من تلقاء انفسهم، ليقفوا حاجزا أمام تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، ففي هذا ظهر في الفقه اتجاهان متضادان، يدعو احدهما الى تأسيس مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد على احكام العقد الذي تم الإخلال به، فقالوا بأن مسؤولية الغير هي ذات طبيعة عقدية؛ بينما يدعو الآخر الى تأسيس مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد على احكام المسؤولية التقصيرية¹.

-ويقوم هذا الاتجاه على تنفيذ حجج الاتجاه الأول بحجج مستمدة من المبادئ القانونية ومن نصوص التشريع وموقف القضاء، فالعقود التي يمكن ان تحرك مسؤولية الغير عند الاخلال بها، هي العقود الصحيحة ايا كانت طبيعة الحقوق التي تنشأها، فسواء كانت حقوقا شخصية أو عينية، فان الغير لا يستطيع الإخلال بها وعليه أن يحترمها ويمتنع عن إتيان أي فعل أو تصرف يشكل إخلال بها أو يمنع الدائن من استيفاء حقوقه.

- ان الشريعة الاسلامية ايضا تعرف مبدأ حجية العقد وتفرض على الغير واجب احترام العقد، بل واحترام المفاوضات العقدية ايضا، وأن مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد لا تقوم الا بتوفر ثلاثة شروط هي:²

1: صحة العقد الذي تم الأخلال به، فلا مسؤولية في حالة الاخلال بالعقود الباطلة،

2: تدخل الغير شخصا في الإخلال بالعقد، فلا مسؤولية على الغير الذي يسبب امتناعه عن القيام بعمل معين إخلالا بالعقد، الا على سبيل الاستثناء³.

3: علم الغير بوجود العقد الذي تم الأخلال به، فالغير اذا كان مسؤولا لتعمده بالإخلال بالعقد، فإنه غير مسؤول إذا أهمل في الاستعلام عن العقد، بحيث ادى عدم الاستعلام عن وجود العقد الى الإخلال به، لان القانون لا يفرض على المتعاقد واجب الاستعلام عن عدم ارتباط مدينه بعقود يعد تعاقدته معه اخلالا بها¹.

1 محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، مشكالت المسؤولية، ج 1، ص 211 و.

V. Planiol- Ripert par P. Eismein, Traité partique de Droit civil français, t.IV, 2eéd, Paris, 1952, no590

² DURRY.G.op cit.p151.

³ DURRY.G.op cit.p151.

-كما أن مبدأ حجية العقد الذي تؤسس عليه مسؤولية الغير، لا يفرض مثل هذا الواجب الإيجابي، وإنما هو يفرض فقط واجبا سلبيا على الغير مقتضاه الامتناع عن الإخلال بالعقد الذي يعلمه، وهذا يعني أن الخطأ في هذه الصورة من صور المسؤولية، يتمتع بتحديد مفاده أن الغير لا يعد مسؤولا الا اذا أخل بعقود يعلم مسبقا بوجودها، وقام بفعل او تصرف قانوني ادى الى الإخلال بها، والغير لكي يكون مسؤولا عن الإخلال بالعقد يجب ان يعلم بالعقد وقت تعاقدته مع المدين، وهذا يعني استبعاد مسؤولية الغير، اذا علم بالعقد الذي تم الأخلال به بعد ابرام عقده مع المدين، ومع ذلك وجدنا أن الغير في نطاق العقود المستمرة التنفيذ او الدورية التنفيذ، يعد مسؤولا منذ اللحظة التي يعلم بها بأن تصرفه يعد أخلافا بحقوق الدائن التعاقدية².

-ان الغير اذا أخل بالعقد، فانه يكون مسؤولا مع المدين على سبيل التضامم، بتعويض الدائن عما اصابه من ضرر، وقد يتخذ هذا التعويض صورة عدم نفاذ عقد الغير مع المدين في حق الدائن.

ومع ذلك لا يمنع هذا الجزاء - أي عدم نفاذ العقد - الدائن من المطالبة بالتعويض المادي لجبر كامل الضرر وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية وأن التحديد الاتفاقي للتعويض لا يسري في حق الغير الذي أخل بالعقد³. فلا يستطيع ان يحتج به على الدائن، كما لا يستطيع الأخير ان يحتج به على الغير؛ لان اثر العقد لا ينصرف الى الغير، لكي يحكم عليه بالشرط الجزائي، وإنما مسؤولية الغير تقوم على اساس ان ما أبرمه من عقد مع المدين يمثل خطأ؛ ما دام يؤدي الى اعاقة تنفيذ التزام ناشئ عن عقد سبق للمدين ابرامه مع الدائن.

فالحجية هي التي تفرض المسؤولية، وليس العقد فالشرط الجزائي جزء منه، وأن القول بخالف ذلك يؤدي الى اعتبار الغير بحكم الطرف بالعقد، ويؤدي الى الخلط بين مبدأ نسبية اثر العقد ومبدأ حجية العقد، وهو خلط ركزنا في ثنايا البحث على تجنبه وعدم الوقوع به⁴.

¹ HUET.J.responsabilite contractuelle et responsabilite delictuelle.essai de delimitation entre les deux ordres de responsabilite .dactylo.universite de paris 2.p59.

²عباس حسن الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1985، ص37، حلي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، مطبعة نوري، مصر، 1943ص214.

³ HUET.J.responsabilite contractuelle et responsabilite delictuelle.op cit.p64.

^a HUET.J.responsabilite contractuelle et responsabilite delictuelle.op cit.p6.6

-الفصل الثاني: مضمون حماية الغير

-المبدأ أن الالتزامات التعاقدية لا تلزم الا من كان طرفا في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم، فأثار العقد تتمثل في اعمال مضمونه من مقتضيات واحكام، لما لهذا العقد من قوة ملزمة ازاء طرفيه دون غيرهما، اذ أن المبدأ أن العقد لا يضر ولا ينفع الغير، الا ان احتمال ارتباط المتعاقدين بصلة قرابة او مديونية ببعض الاشخاص قد يجعل نطاق آثار هذا العقد غير منحصر في هذين المتعاقدين فحسب بل تمتد الى الغير الا في بعض الحالات الاستثنائية المحددة .

-سوف نقوم بالتطرق الى مضمون حماية الغير وذلك عن طريق مفهوم هذه الحماية في المبحث الأول والى الاساس القانوني لحماية الغير في المبحث الثاني .

المبحث الأول : مفهوم حماية الغير

سوف نقوم في هذا المبحث بدراسة مفهوم الحماية في مطلب اول، و حسن النية في مطلب ثاني

المطلب الأول : تعريف الحماية

الفرع الأول: لغة

-اسم من الفعل حى، فيقال حى الشيء حياً وحياً وحماية وعندما يقال حى الشيء معناه منعهم من الناس أو دفعهم عنهم ، وحى المريض بمعنى منعه مما يضره، وحى أهله أي دافع عنهم في حرب أو نحو دافع، وقد تأتي الحماية بمعنى النصرة فمنها حميت القوم حماية بمعنى نصرتهم¹.

الفرع الثاني : اصطلاحاً

-الحماية القانونية هي ضمان النظام القانوني وهي أن الدولة، تضمن حقوق الأفراد المعترف بها، فالحق يحميه المجتمع بوسائل منظمة قانوناً وهي الدعاوى القضائية، فالحماية تأتي في مرحلة لاحقة على وجود الحق.

نقد: إن اعتبار الاستثناء عنصراً من عناصر الحق الأربعة اللازمة لتكوينه إنّما جانبه الصواب². فالاستثناء مرادف للحق، وهو كل معنى الحق ومن يريد تعريف الحق يعرف أولاً عنصراً الاستثناء . إن تعريف Dapan للحق بأنه « ميزة يمنحها القانون لشخص ويضمنها بوسائل يتصرف الشخص بمقتضاها في مال يؤول إليه باعتباره مملوكاً أو مستحقاً، والميزة لا تخرج عن أحد الأمرين إما القدرة أو المصلحة».

وبذلك يكون قد اتجه إلى التعريف :الشخصي أو الموضوعي، ويقول الدكتور جميل الشرقاوي حيث عرف الحق بأنه (قدرة شخص من الأشخاص على أن يقوم بعمل معين يمنحها القانون ويحميها تحقيقاً لمصلحة يقرها). وبذلك يكون للحق عنصران:

¹ نقابة مستشاري التحكيم الدولي وخبراء الملكية الفكرية ،مقالة ،دمياط ، مصر ،ص12.

² منظمة أوكسفام ، من برنامج لصالح التجمع العالمي للحماية بتمويل أوروبي للمساعدات النسائية والحماية المفوضية أحوال المدنية . ECHO .كتيب الحماية القانونية ،ص5. لسنة 2017.

اولا-قدرة الشخص على التصرف أو السلوك بطريقة معينة.

ثانيا-الحماية القانونية التي تكفل احترام هذه القدرة والتي تنتج من أن القدرة يمنحها القانون ومنه متى ثبتت الملكية لصاحبها وجب أن تثبت له جميع عناصرها من استغلال لذلك سنبحث عن مبررات أخرى واستعمال وتصرف بصورة فردية ومطلقة اجتماعية على نحو سنذكره.

-هي منع الشخص من الاعتداء على حقوق بعضهم البعض بموجب أحكام قانونية ، فالحماية بهذا المعنى تختلف من نوع لآخر تبعا لاختلاف الحقوق المحمية ، فقد تكون الحماية متعلقة بالحقوق المدنية أو الجنائية أو غيرها... الخ¹.

سوف نقوم بالتطرق إلى مفهوم الحماية عن طريق التطرق إلى أساسها الذي تقوم عليه ، فهذا الأخير يحدد به مظاهرها وأهميتها ووظائفها، فأساس هذه الحماية هو التوفيق بين المصالح المتعارضة على نحو لا يهدر به حق الغير وبالمقابل عندما نتكلم عن حماية الغير يعنى وجود حق آخر يوازيه أو أقوى منه .

-إن القول بالحماية يعنى وجود تصرفات قانونية يتأثر بها الغير وبطبيعة الحال هذه التصرفات تكون مضرّة له².

فبالتالي هذه الحماية تضع الغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق والذي يكون مالكا للحق محل التصرف الذي اكتسبه الغير أو قد يكون دائنا لمالك هذا الحق، ومن هنا نستنتج وجود مركزين وطرفين ؛ وبه يتبين لنا أكثر وجود مفاضلة بين الغير وصاحب الحق³.

- لكن لقيام هذه المفاضلة في الحماية يجب توفر شرط النية لدى الغير وفكرة هذه المفاضلة، تعتبر كاستثناء لمبدأ أن صاحب الغير سواء كان مالكا أم دائنا لا ينازع في حقه .

¹ فقير فايذة، واجب الاستثمار ملكية الاراضي الفلاحية الخاصة في ظل قانون التوجيه العقاري رقم 90-25، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1، لسنة 2004-2005، ص55.

² فقير فايذة، واجب الاستثمار ملكية الاراضي الفلاحية الخاصة في ظل قانون التوجيه العقاري رقم 90-25، ص56.

³ M-Vanel : op. cit : Caractère absolu du droit de propriété alinéa : 46 , p 03.

-فعندما يبرم الغير تصرفا مع شخص غير مالك للحق ، ولا يحوز على أي سند يثبت ملكيته ، فلا يكون للغير الحق أن يحتج بهذا الحق في مواجهة المالك الأصلي له ؛ هنا يظهر مبدأين أساسيين ، عليهما تقوم فكرة حماية الغير ومواجهة المالك الأصلي : وهما حسن النية وفكرة الوضع الظاهر ؛ فمركز صاحب الوضع الظاهر الذي أنشأ خلافا أو غلطا للغير حسن النية ، يجعل للغير الحق في الحماية.

مع العلم أن القانون يحمي المالك من الغير الذي يتصرف في غير ملكه ؛ فان فعل ، يصبح التصرف قابلا للإبطال موقوفا على إجازة المالك ؛ فان رفض الإجازة بطل التصرف من يوم إبرامه أي بأثر رجعي¹.

مثاله : الوكيل الذي يقوم بإبرام تصرفات نيابة عن موكله خارج عن هذه الوكالة أي في حالة انتهائها أو إبطالها ، أو في حالة وكالة خاصة وقام بتجاوزها ؛ ففي كل هذه الأحوال يعتبر تصرفه تصرفا في ملك الغير وبالتالي فهو قابل للإبطال إلا إذا أجازته المالك².

-فهنا يتقابل المركزين والحقين ، الغير حسن النية الذي اكتسب الحق من صاحب الوضع الظاهر والمالك الأصلي الذي تحميه وثائقه قانونا فله مركز قانوني ثابت بمقتضى القانون³.

-وبالعودة إلى فكرة المفاضلة بين الحقين : منطقيا أن حق الغير حسن النية لا يقوى على مزاحمة مركز صاحب الحق الأصلي ، على اعتبار أن حقوق هذا الغير ثابتة عن فكرة الوضع الظاهر فهي محددة بعدم الاعتراف بها مقارنة بمصلحة صاحب الحق الأصلي ، والذي لم تتجه إرادته إلى إبرام أي تصرف بشأن هذا الحق للغير ؛ وحالة النزاع هذا بين الحقين فيها عدة مظاهر نص عليها المشرع نذكر منها المادة 76 من القانون المدني .

- ان المشرع الجزائري كسائر التشريعات العربية يعترف بتفضيل حق الغير حسن النية على صاحب الحق الأصلي في عدة مجالات كمبدأ لكن في بعض الأحيان فهو يرجح صاحب الحق الأصلي¹.

¹ حسان مجلي فارس المجالي ، حماية الغير حسن النية في القانون المدني الاردني ، رسالة ماجستير ، لسنة 2003 ، ص 19.

² عبد المنعم البدر اوي ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 ، ص 399.

³ المادة 1/575 من الامر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري .(الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز الحدود المرسومة)

ومنه فان هذه الحماية التي قررها المشرع هي تنازع بين الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة ، وذلك من خلال حماية الغير من التصرفات الصورية والمتعاقدين في الأصل يفرغا إرادتهما في طابع عقدي فيكون كما أن يحتجا بتلك الإرادة الحقيقية يعني لا يحق لهما الاحتجاج بالعقد الصوري ، فلا يسري أثر العقد الصوري عليهما ؛ لكن تسري آثار العقد الصوري على الغير الذي تعامل مع أحد المتعاقدين أو كلاهما وهذا السريان يعتبر حماية له ، فهنا ترجح مصلحة الغير على المتعاقد.

-ان تطبيق حكم الصورية يدور في فلكه مبدأين أساسين الأول هو مبدأ سلطان الإرادة ، والمبدأ الثاني هو مبدأ الأخذ باستقرار المعاملات، حيث نأخذ بالمبدأ الأول وهو الذي يسري على تطبيق آثار العقد المستتر على المتعاقدين وخلفهما ، أما المبدأ الثاني وهو تطبيق آثار العقد الظاهر على الغير².

المطلب الثاني: حسن النية كشرط لتطبيق الحماية على الغير

-ان دراسة محتوى فكرة حسن النية يقودنا الى طرح اشكالية ماهي حسن النية ؟
والجواب على هذا التساؤل معقد جدا ، ذلك ان فكرة حسن النية غير معرف في القانون المدني وهذا الغياب يجعل مفهوم مبدا حسن النية صعب التحديد ، لكن في نفس الوقت يترك له المجال في التطور في تطبيقه في عدة مواقف جديدة³.

لذلك سوف نتخذ من الفقه والاجتهاد القضائي مرجعا لدراسة هذا المبدأ ، في حين نجد ايضا ان هناك عدة م الدراسات على مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي⁴.

¹ حيث تنص المادة 76 من القانون المدني الجزائري (اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجعلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، فان اثر العقد الذي يبرمه ، حقا كان او التزاما ، يضاف الى الاصيل او خلفائه) تقابلها المادة 108 مدني مصري والمادة 107 مدني سوري والمادة 114 مدني اردني

² منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني ، الجزء 2. احكام الالتزام ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان 1998 ، ص 121.

³ G. Cornu, Regards sur le titre III du livre III du code civil, «Des contrats ou des obligations conventionnelles en général» (essai de lecture d'un titre du Code), D.E.A. de droit privé, Paris, Les cours de droit, 1977 à la p. 59.

⁴ C. Arthaud, De la bonne foi et ses effets en matière civile, Paris, A. Parent, 1874; A. Breton, «Des effets civils de la bonne foi», [1926] Revue critique 86; R. Desgorges, La bonne foi dans le droit des contrats rôle actuel et perspectives, th. Paris II, 1992; F. Gorphe, Le principe de la bonne foi, Paris, Dalloz, 1928; J. Jaubert, Des effets civils de la bonne foi, Paris, A. Pédone, 1899; G. Lyon-Caen, «De l'évolution de la notion de bonne foi» (1946) 44 Rev. trim. dr. civ. 75; J. J. E. Millet, De l'erreur et de la bonne foi en droit romain et en droit français, Paris, Lahure, 1871; Y. Picod, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat,

-في بداية الامر سوف نتطرق الى مفهوم حسن النية وسنجد انه يحتوي على اكثر من معنى واحد ثم في خطوة ثانية سوف ندرس فائدة حسن النية من خلال دراسة وظائفها في حماية الغير .

-يعتبر مبدأ حسن النية مبدأ اخلاقي كأول نظرة لأن اصوله وابعاده اخلاقية فهو يستجيب مراعاة مصالح الطرف المقابل ، و يشجع على التعاون والثقة المتبادلة والتزام الصدق والصراحة في التعامل.¹

-لذلك فهناك من الفقهاء من يرفضون ادخاله في دائرة النظام القانون ودليل ذلك انه كان هناك عدة محاولات لعدم وضعه في اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولي لكن هذا لا يبعدنا على ان جل القواعد الاخلاقية والتي تولدت من المعتقدات الدينية ومن ثقافات الشعوب اصبحت جزءا لا يتجزأ من قوانين هذه الشعوب فالقانون تأثر بالأخلاق فهناك من يرى ان الاخلاق والقانون كانا شيئا واحدا في الازمنة القديمة وقت كان العرف المصدر الوحيد للقانون او على الاقل المصدر الرئيسي.

الفرع الأول: تعريف حسن النية² -

أولا: حسن النية في الفقه الإسلامي

الأصل في العقود في الفقه الإسلامي الرضائية: إعمالا لقوله تعالى: " الا ان تكون تجارة عن تراض منكم"³

وقول الرسول (ﷺ) "إنما البيع عن تراض منكم"⁴.

t. 208, Paris, L.G.D.J., 1989; A. A.L. Volansky, Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1929; R

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود منشورات ، زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006 ، ص 83.

² الحسن في اللغة بضم الحاء هو كل مبهج جميل وحسن بفتح الحاء في مصطلح الحديث: ما عُرف مَخْرَجُهُ واشتهر رجاله وحَسَن الشيء أي جعله حسنا وزينه وحسن الاخلاق افضلها انظر: المعجم الوسيط 1/174، ووردت مادة (حسن) في القران الكريم بمشتقاتها بمعان عدة لا تختلف كثيراً عن معناها اللغوي-كقوله تعالى في سورة الانعام: " من جاء بالحسنة فله عشر أمثالها، -وقوله تعالى: " ومن أحسن قولاً ممن دعا الى الله وعمل صالحاً وقال انني من المسلمين " سورة فصلت الآية 33. وجاء في السنة المطهرة قوله (ﷺ) " إتق الله حيثما كنت، وأتبع السيئة الحسنة تمحها وخالق الناس بخلق حسن "² وقوله (ﷺ) " و اذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة "² سنن الترمذي: كتاب البر والصلة؛ باب ما جاء في معايشة الناس. 4/355: رقم (1987). قال الترمذي: " حسن صحيح مسلم: كتاب الصيد والذبح وما يؤكل من الحيوان: باب الأمر بإحسان الذبح والقتل وتحديد الشفرة « 3/1548»: رقم (1955)

³ سورة النساء، الآية 29.

⁴ سنن الترمذي، البيوع 27.

وللمتعاقدين الحق في التمسك بشروط العقد وبنوده كما وردت بالاتفاق» إلا أنه في العديد من الحالات قد يؤدي التمسك بحرفية شروط العقد إلى الإجحاف بالطرف الآخر والحاق الضرر به وزيادة التزاماته في بعض الحالات؛ كما في حالات الظروف القاهرة أو المرهقة فلا ضرر ولا ضرار فليس للمتعاقد ان يتمسك بشروط العقد على وجه يتنافى مع حسن النية¹.

فيقع على عاتق المتعاقد التزام بكشف جميع العيوب في الشيء محل المفاوضة فلكتمان وعدم الصدق أو الإفصاح الأمين يُخلّ بمبدأ حُسن النية في المعاملات» فَمَنْ غَشِنَا فليس منا، كذلك يمتد مبدأ حُسن النية إلى مرحلة تكوين العقد ومن ذلك انتفاء الخلافة -أي الخداع- بوسيلة قولية أو فعلية تجعل من صور الخلافة في التعاقد: التغيير، أي التضليل، و هو من الغرر، سواء اكان قوليا ام فعليا او بالكتمان بقصد التغيير ومن صور الخلافة في التعاقد: الخيانة حيث ذكرها الفقهاء في بيوع الأمانة كما حرّمها الله تعالى في كافة المعاملات بقوله سبحانه وتعالى "يا ايها الذين امنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا امانتكم وانتم تعلمون"².

و إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ كما يمتدُّ مبدأ حُسن النية إلى تنفيذ العقد؛ كالتعاون بين الطرفين وعدم التعسف في استعمال الحق، والوفاء بالحقوق، وتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد³.

كما لا يجوز لأي من المتعاقدين أن يعدّل من شروط العقد بإرادته المنفردة وعلى الدائن إمهال المدين المعسر إعمالاً لقوله تعالى " وإن كان ذو عسرة فنظره الى ميسرة "¹.

¹ راجع: د.عبد الحليم القوني حسن النية في التصرفات 1998م د. محمد شتا النية في القانون المدني. 1988 مد د. توفيق حسن فرج أثر

حسن النية على رجوع المشتري بالضمان» 1971م

² سورة الانفال، الآية 27

³ كما بين العلماء أنه "يحرم عليه الدخول في عقدٍ مُحَرَّم ابتداءً، ولو كانت نيته حسنة؛ فإن النية الحسنة لا يبيح الدخول في الحرام فتاوى الشبكة الاسلامية، لجنة الفتوى بالشبكة الاسلامية، <http://www.islamweb.net>، و نصوا على "جواز طائفة من الخيارات في العقد» وهو أن يكون للمتعاقد الحق أو الاختيار بين إمضاء العقد وفسخه وإبطاله؛ ويكون العقد غير لازم مع أن الأصل في العقود أن تكون لازمة لا يجوز فسخها وأجيز الخيار للحاجة الماسة حتى لا يطغى أحد على مصلحة أحد بدون تحديق رضاه، ولا يستغل عاقد حُسن نية العاقد الآخر فيغبنه، وليتمكن كل عاقد من تفص المعقود عليه؛ أو اكتشافه أثناء الخبرة والتجربة» أو لتتياً له فرصة للتروي والتثبت والمشورة: لموازنة حقّه مع التزامه، د. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 1/293، دار الفكر، دمشق، 1427هـ، 2006م، ص11.

ثانياً: حسن النية في القانون المُقارن

نعرض في هذا المبحث لموقف القانون المصري من مبدأ حسن النية حيث اعتمده مبدأ عام لكافة التصرفات والعقود، كما نعرض لموقف القانون الإنجليزي للعقود، حيث لا يحتل المبدأ مكاناً راسخاً ضمن قواعده.

1-: حُسن النِيَّة في القانون المصري: اعتمد القانون المصري حسن النِيَّة مبدأ عام لكافة التصرفات:

إذ تنص المادة (147) من القانون المدني على أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين» وللأسباب التي يقرّها القانون". وتنص المادة (148/1) على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حمسن النية". ويُرتب القانون العديد من الآثار بالنسبة لحسن أو سوء نية المتعاقد: كالقيود التي تُحُد من رجوع المشتري بضمان العيوب الخفية مع البائع حسن النية ورقع هذه القيود في حالة سوء النية.²

كاشتراط حُسن النية للتمسك بإبطال العقد في حالة الغلط حيث تنص المادة (124) من القانون المدني على أنه: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية".

و كالنظر في النية المشتركة للمتعاقدين عند تفسير العقد. حيث تنص المادة (150/2) من القانون المدني على: "أمّا إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين،

دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ. مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل؛ وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات"، كذلك فإن إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المصري لا تُضرب بحقوق الغير حسن النية، كما جاء في المادة (139/2 مدني):

¹ سورة البقرة الآية 280.

² مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط2، 1992، ص342 وما بعدها.

والغير المقصود هو الخلف الخاص الذي تلقى حفا على العين محل التعاقد من الطرف الذي تقررت القابلية للإبطال لمصلحته في الفترة ما بين إبرام العقد وحصول الإجازة، وكان من شأن الإجازة المساس بهذا الحق، وطبقاً لأحكام محكمة النقض المصرية فإن توافر حسن النية من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها¹.

فإذا تبين للقاضي سوء نية أحد الطرفين رتب الأثر الذي يقرره القانون، كرفع القيود التي تحُد من رجوع المشتري بضمان العيوب الخفية إذا كان البائع سيئ النية، أو عدم قبول تمسك المتعاقد الواقع في غلط بإبطال العقد إذا تبين سوء نيته².

2:- حسن النية في القانون الإنجليزي للعقد:

أ: القاعدة عدم الاعتداد بالنية في القانون الإنجليزي:

لا يحتل مبدأ حسن النية مكاناً ثابتاً في قواعد القانون الإنجليزي common law بصفة عامة. فعد فكرة المقابل (consideration) أساساً كسبب لإبرام العقد أي نشوء العقد بمجرد ما يقابله. وهي فكرة ذات طابع مادي، بما يعني عدم الاعتداد بالنية بوجه عام حسبها أمراً خارجاً عن التصرف³. وتتردد المحاكم الإنجليزية في أعمال مبدأ حسن النية لعدم اتساقه مع قاعدة "أن العقد شريعة المتعاقدين". فإذا اتفق الطرفان على شروط مُحددة بالعقد فليس هناك ما يدعو لتعديلها أو تغييرها أو تعطيلها استناداً لمخالفتها لحسن النية.

فهي في نظر الكثير من الفقهاء تعد شكلاً من أشكال السلوك والأخلاق لا تمثل إلزاماً أو واجباً قانونياً واجب الاتباع يتحمل المتعاقد مسؤولية الخروج عنه⁴.

¹ نقض مدني في 1966/11/15. مجموعة الاحكام س 17-239-1688.

² د حمدي عبد الرحمان، مصادر الالتزام، لسنة 1997، ص 52. د. عبد الفتاح عبد الباقي _ نظرية العقد 1984 ص 160.

³ Powell good faith in contract in 1956 et law private in faith good j stapleton 1999. Et English llaw 1992 in good faith of the consept r good 1995,p15 ,

⁴ kessler and fine bargaining in good , faith aans freedom of contract , harvard law, review 77 3 401 449 , -1964 et it in only recognized by the english law as a part off behavior and not an a legal

وفي مجال تفسير العقود فإن النهج الأكثر اتباعا من قبل قضاة المحاكم الإنجليزية هو التفسير الحرفي¹.

حيث إن اللجوء للنية المشتركة للمتعاقدين هو مسألة داخلية نفسية لا علاقة لها بالمظهر المادي الخارجي المَعوّل عليه وهذا خلاف المنهج الفرنسي الذي يعتمد في تفسيره للعقود على النية المشتركة للمتعاقدين، كذلك فإنه نادرا ما تثار المسؤولية التعاقدية أمام المحاكم الإنجليزية².

- حيث يُفترض أن المتعاقدين في العلاقات التجارية لديهم الوعي الكامل والدراية الكافية بالمخاطر التي يمكن أن تغلف وتحيط بمرحلة التفاوض ثم التعاقد فالفكرة المثالية في ال common law الإنجليزي هي أن الطرفين عليهما حماية ورعاية مصالحهما العقدية³.

- كما أنه يمكن لاي من الطرفين الانسحاب من المفاوضات دون مسؤولية ومع ذلك رأى البعض أن هناك صياغات جديدة ظهرت تشدّد على بعض الواجبات قبل التعاقدية⁴.

و اصدرت المجموعة الاقتصادية الاوربية توجيهها 1986 للتنسيق بين قوانين الدول والاعضاء فيما يتعلق بضرورة مراعاة حسن النية في عمل الوكلاء التجاريين و هو ما اعتمده القانون الانجليزي .

و مع ذلك راجع حكم القاضي actner حيث قضى بان مفهوم الاستمرار في التفاوض في نطاق حسن النية هو امر بغيض بطبيعته اذ يضع قيودا على الطرفين وهما لا يزالان في مرحلة التفاوض. فمفهوم حسن النية غير قابل للتطبيق على أرض الواقع⁵.

-ويرى اللورد Hoffman أن فرض واجب أو التزام ضمني عام بحسن النية سوف يؤدي إلى إدخال نوع من عدم اليقين في قانون العقد، إذ ان الطرفين قد ضمنا عقدهما شروطا يعلمان أنّها سوف تطبّق

¹ System to be applied on the contact dealing , it is not legitimate enough too take responsibility on the interests of the contracting parties.

² pré contractual

³ Powell good faith in contract.op cit.p15.

⁴ Stepleton j ,good ,faith in private law 1999,p26.

⁵ Dir .eec 3,comercial,agent regulation ,1993,p 3.

قسرا وليس هناك سلطة تقديرية غير معروفة على أساس حسن النية قد تمنع أو تعطل أو تعطل من تلك الشروط والقول بغير ذلك سيكون أمراً غير معقول يؤدي لعدم اليقين¹.

ففكرة حسن النية يلحقها الغموض ويصعب وضع تعريف مُحدّد لها².

فهي كما يقول burton تمنح المتعاقد الحق في أن يشكو من أي شيء ومن كل شيء تقريباً. وإن أعمالها قد حمل شركات التأمين آثاراً ضخمة³.

ورغم الموقف الراض لرفض واجب أو التزام ضمان عام لحسن النية في نطاق قانون العقد الإنجليزي إلا أن القانون والقضاء قد تطلبا ضرورة توافر حسن النية في بعض العقود التي تتطلب الثقة والائتمان كعقد التأمين⁴ وعقد نقل البضائع وعقد الوكالة⁵.

فهي عقود تقوم على علاقة خاصة بين الطرفين، وتتطلب منتهى حسن النية، فيلتزم الوكيل بالافضاء بكافة المعلومات لموكله كما يلتزم المؤمن له بالإفصاح الكامل؛ والامتناع عن الإدلاء بأيّة معلومات أو ذكر أية بيانات غير حقيقية، والواقع أن مفهوم حسن النية قد ظهر في محاكم العدالة؛ بحُساب أن من يلجأ للعدالة لا بُد وان يكون طاهر اليدين⁶.

كما ظهر المصطلح في ال common law منذ القرن الثامن عشر، أنه لم يتطور ليصبح مبدأ أو التزاماً ضمنياً عاماً واقتصر على بعض انواع العقود كما اوضحنا وفضلت المحاكم الانجليزية استعمال مصطلح التعامل العادل؛ fair dealing ورأت أنه أكثر وضوحاً؛ وانه يلقي قبولا لدى الأطراف المتعاقدة، وخلال القرن التاسع عشر أقرت بعض الأحكام بوجود شرطٍ وواجب ضمني بحسن النية يُستدل عليه من شروط العقد بالنسبة لبعض العقود⁷.

¹ union eagle ltd v golden achievement ، huffman وراجع قول القاضي 'the existence of an undefined discretion to refuse to enforce the contract on the ground that this would be unconscionable is sufficient to create uncertainty.

² is vague and not easily capable definition

³ بيرتون وأندرسون - المرجع السابق، ص30.

⁴ قانون التأمين البحري الإنجليزي لسنة 1906.

⁵ قانون 1925 وراجع قضية stiletto 1989، حيث أشارت المحكمة إلى أن القانون الإنجليزي لا يتبنى مبدأ حسن النية كمبدأ عام إلا بالنسبة لبعض العقود كعقد التأمين.

⁶ FLOUR*J*ET AUBERT*J.L*.les obligations.vol1.l acte juridique Armand Colin.paris.2^e tirage.sans date.p125.

. مصطفى عبد الحميد عدوي - الإخلال المدني - المسؤولية التصيرية في القانون الأمريكي 1996 ؛ ومفهوم الشرط الضمني في القانون الإنجليزي 1998.

⁷ bentsen v-taylor sons and co (1893) 2 qb 274 at281.

- إلا أنّ أحكاماً أخرى أقرت بوجود شروط ضمنية لحماية المتعاقدين تقضي بفرض التعاون بين الطرفين كواجب والتزام ضمني¹.

- وبوجود التزام ضمنيّ ببذل العناية اللازمة للحصول على قبول أو موافقة الغير إذا كان ذلك ضروريا لتنفيذ العقد².

فوجود شرطٍ ضمنيّ بعدم منع أي متعاقدٍ للآخر من تنفيذ العقد³، ووجود شرطٍ ضمنيّ بعدم الاستناد إلى خرق وانتهاك العقد لتحقيق فوائد ومغانم⁴، ووجود شرطٍ ضمنيّ بأن السلطة التقديرية الممنوحة لأحد الطرفين لن تمارس أو تستخدم بطريقة لا تتصف بالنزاهة أو الأمانة⁵.

ويوفر القضاء الإنجليزي الحماية وفقاً لمعيار التوقعات المعقولة للرجل الأمين؛ ولم يعترف بوجود واجب ضمني عام لحسن النية في العقود⁶.

و لعل أشهر قضيتين هما قضية فرانسو⁷ وقضية هادلي⁸.

¹ dick v . mackay (1861) 6 app cace 251-263

² trollope v. Martin 1934 p22.

³ william cory and son ltd v-london corporation 1951 p60

⁴ Rich international ltd v –co toepfer international 6 m bh 1991p166.

⁵ paragon finance plc v. Staunton 2002 2 all en 248

⁶The reasonable expectation of honest men stiletto v . interfoto picture library 1989 p11

⁷في قضية "فرانسو" ضد شركة "الستوم" المحدودة اتفق الطرفان على بناء محطة لتوليد الكهرباء؛ وتضمن العقد شرطاً يتيح لأي من الطرفين العدول إذا تبين أن المشروع غير مُجدٍ اقتصادياً بالنسبة له؛ وبالفعل أعلنت شركة "الستوم" عن انسحابها، استناداً إلى هذا الشرط واعتبرت شركة فرانسو GFA أن انسحاب "الستوم" لم يكن مؤسساً على هذا السبب وأن هذا الانسحاب غير المبرر تعارض مع الواجب الضمني بحسن النية، إلا أنّ المحكمة قضت لصالح شركة "الستوم" وجاء بمسوّغات الحكم: "أنه ليس هناك ما يدعو لإدخال واجب عام بحسن النية في قانون العقد الإنجليزي، فالقضاء الإنجليزي يحترم دوماً مبدأ التوقعات المعقولة لأطراف العقد وهو ما يتفق والقواعد الراسخة في ال (common law): وأنه في سياقات محددة قد يفرض حسن النية؛ كما في عقود النقل وعقود التأمين francois abballa GFA v. Alston uk ltd 7.8 (tcc).- steyn l.j contact law . fulfilling the reasonable expectation of honest men (1997) 113 lqrat

⁸ وفي قضية هادلي للتصميمات 2003 م أكدت المحكمة على نفس المبدأ، وتمثل الوقائع في قيام مقاطعة وستمنستر بانتهاء العقد الذي يتعلق بخدمات مهنية طويلة الأجل، وذلك بعد اشعار وهملة لشركة هادلي إلى حيثيات الحكم السابق في قضية تايم لود، و اضاف ان القانون الإنجليزي يتطور تدريجياً نحو اقرار مبدأ عام لحسن النية، الا ان المحكمة رفضت هذا المنطق، و جاء في حيثيات الحكم (ان الطريق الذي سلكه القاضي توماس في هذه القضية هو طريق محفوف بالمخاطر والصعوبات اذ ان التسليم بوجود ضمني عام بحسن النية في العقود سوف يقيد من حرية التعاقد، و ان العقد شريعة المتعاقدين امر مسلم به في القانون الإنجليزي، كما ان الاعتداد بالنية يتعارض مع قاعدة المقابل بحسبانها احدي دعائم قانون العقود في common –low وان المحاكم الانجليزية لم تنزل على عهدا بتوفير الحماية استنادا لقاعدة التوقعات المعقولة لطرفي العقد Hadley designe association v ,lord et mayoa and citizens of the city of westminster 2003 EWHC1817tcc .

-رغم أن القضاء الانجليزي كما اوضحنا لم يقبل وجود شرط ضمنى عام بحسن النية في العقود الا ان الملاحظ وجود العديد من القوانين التي تم سنها بهدف حماية المتعاقدين ضد الممارسات التعسفية والتي تعد مظهرا من مظاهر سوء النية ، و من ذلك القانون الصادر عام 1977 م بشأن الشروط التعاقدية المجحفة ، حيث منح القانون للمحاكم سلطات واسعة لإلغاء تلك الشروط أو تعديلها إذا تبين عدم معقوليتها. كما صدرت في سنة 1994 لائحة بالشروط التعسفية في عقود المستهلكين (حماية المستهلك) حيث أجازت للمحكمة استبعاد أي شرط لم يتم التفاوض بشأنه ويتعارض مع حُسن النية ويؤدي لإلحاق الضرر بالمستهلك، و أصدرت المجموعة الاقتصادية الأوروبية عام 1986م توجيهها بالتنسيق بين قوانين الدول فيما يتعلق بالوكلاء التجاريين من حيث ضرورة الاعتداد بحسن النية في الأداء، وهو ما اعتمده القانون الإنجليزي الصادر عام 1993م كما أضيفت توجيهات أخرى بشأن الخدمات المالية والتسويقية مرسوم 2002/65.

ورأى الكثيرون أن القانون الإنجليزي سوف يتأثر حتما بالمفاهيم الأوروبية، ومن الجائز بعد سنوات قريبة أن يصبح مبدأ حُسن النية مقبولا بحسابه التزاما ضمنيا عام في القانون العام commonlaw الإنجليزي¹.

الفرع الثاني: ازدواجية مفهوم حسن النية

-غالبية الفقهاء يدركون ان فكرة حسن النية يمثل عدة جوانب او اوجه ، فازدواجية مفهوم حسن النية يمثل عموما التمييز بين حسن النية كاعتقاد خاطئ وحسن النية كمعيار للسلوك ، وفي بعض الاحيان فإننا نستخدم مصطلح حسن النية كدلالة على الذاتية ، فنقول ان هذه الازدواجية تعرف حسن النية بأنها الاعتقاد الخاطئ بوجود موقف قانوني ، وايضا بأنها السلوك العادل او على الاقل السلوك العادي المشروط في اداء الالتزام بنزاهة وصدق في المادة التعاقدية².

¹ L obligation-d-executer-de-bonne-foi-un-contrat. <http://cours-de-droit.net>.

² شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، دار دجلة، عمان، الأردن، 2008، ص 43 و عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 11 ، 12.

وفي رأي فقهي آخر يقترح احد الفقهاء تعريف حسن النية بوضع تمييز لحسن النية التعاقدية على حسن نية المتعاقد نفسه ، فيرى بأن الأولى هي أكثر موضوعية عن حسن النية المرتبطة بشخص المتعاقد والتي تكون اكثر ارتباطا بشخصه ، وهي نية عدم التسبب في الضرر. -واتى الفقيه جوبرت Jaubert بتمييز يتعلق اساسا بموقف النفسي لشخص المتعاقد ، لكن هذا المفهوم لحسن النية كافيا اليوم ، لم تعد فكرة حسن النية تقتصر على دراسة النية أو معتقدات الفرد ولكنها تتضمن افعاله بغض النظر عن نيته الحقيقية¹.

- ان مبدأ حسن النية اقرته معظم الانظمة القانونية المعاصرة واوردته في قوانينها فالقاعدة الخلقية عند انتقالها الى مجال القانون تكسب فعالية لم تكن لها من قبل لان القانون اكسبها العمومية والتجريد والالزامية ، ونظرا لأهمية مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وجب علينا تعريفه ، -فالعقد كما هو معروف انه اتفاق بين شخصين او اكثر مع شخص او عدة اشخاص يلتزم بموجبه المدين اتجاه الدائن بإعطاء شئ او القيام بعمل او الامتناع عن عمل والاتفاق يكون بتطابق الارادتان اي الايجاب بالقبول ويكون بالإفصاح عن هذه الارادة ، كما انه عند مرحلة التنفيذ يظهر عنصر النية اي اعتقاد العقل بفعل شئ وعزمه عليه دون تردد .

-ان مصطلح حسن النية يختلف تماما عن مصطلح النية والحسن والتي تدل على كل ما هو اخلاقي ومحمود ، اما حسن النية فهو مبدأ قانوني ، و الدارس في هذا الموضوع يرى انه لم تضع تعاريف دقيقة ومحددة لمبدأ حسن النية ، فهناك من يرى ان حسن النية هو التعامل بصدق واستقامة مع الغير والتزام كل من طرفي العقد بها ، بحيث لا تؤدي ممارسة الحق للإضرار بالغير².

¹ G. Cornu, dir., Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant, 5e éd., Paris, P.U.F., 1996 à la p.105; Voir aussi : P.-A. Crépeau, dir., Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues, 2 e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1991 à la p. 63.

² L. Baudouin, Droit civil de la province de Québec, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953 à la p. 427; P.-B. Mignault, Le droit civil canadien, t. 2, Montréal, C. Théoret, 1896 à la p. 484; A. Montpetit et G. Taillefer, Traité de droit civil du Québec, t. 3, Montréal, Wilson et Lafleur, 1945 à la p. 138; à noter qu'avant l'adoption du Code civil du Québec, l'erreur inexcusable pouvait toutefois donner ouverture à l'annulation du contratsur la base d'erreur

-وهناك من عرفها بانه (التزام اليقظة والاخلاص والنقاء من كل غش او ايداء للغير او انه الاستقامة والنزاهة ومراعاة ما يجب ان يكون من اخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد)¹.

وهناك من عرفها (هي تصوير لتلك النوايا المستندة الخالية من الصراحة والعنف وذلك الاتجاه الرصين المقترن بالاعتدال والعطف، كل ذلك فيما يتوخاه المتعاقد مما يهدف اليه من تنفيذ عقده)².
-لكن في واقع الامر ان هذه التعاريف تستخدم عبارات عامة غير قانونية كما انها ليست دقيقة وظهرت تعاريف جديدة نذكر منها (هو الجهل المبرر بواقعة او حادثة معينة تكون مناط ترتيب الاثار القانونية اللازمة بحيث يختلف الحكم القانوني المترتب تبعا لتحقق الجهل او تحقق العلم بتلك الواقعة او الحادثة)³.

-و به ومن خلال التعاريف السابقة سوف نعطي تعريفا لحسن النية الذي يعتبر شرط لقيام حماية الغير وذلك وفقا لوظيفة الحماية وهي كفالة حق الغير.

- فحسن النية هو مشروعية واستقامة موقف الغير الذي يكسب الحق بهذه الطريقة الخاصة ، وفيه قال احد الفقهاء انه (مدلول شخصي يقوم على الجهل المبرر بواقعة معينة او بطرف محدد من الظروف التي تكون مناط ترتيب الاثر القانوني بحيث يكون الخروج على الحكم التشريعي ، تبعا لتحقق الجهل بتلك الواقعة او ذلك الظرف)⁴.

-فحسن النية تتصل بشخص الغير ،ولكن هذا لا يمنع من تقصي الحقيقة من الظروف والوقائع المادية التي تدل على جهل الغير عند تعاقد مع الطرف الاخر.وتقصي ايضا الظروف التي دفعته الى اجراء هذا التصرف ووقوعه في تنازع مع صاحب الحق .

¹ السيد بدوي ، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية ،رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، لسنة 1998 ، ص94.

² محسن عبد الحميد البنية ، نظرية الوارث الظاهر ، دراسة تحليلية مقارنة ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، 1993 ، ص11.

³ السيد بدوي ، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، المرجع السابق ، ص96.

⁴ محمد وحيد الدين سوار ، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ط2، ص386-388.

الفرع الثالث: حسن النية في التشريع الجزائري

- نصت عليه المادة 107 من القانون المدني الجزائري (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل وبحسن نية...) بمعنى وجوب تنفيذ العقد بطريقة تخلو من سوء النية لكلى الطرفين او حتى الغير بأمانة واخلاص. فلا يجوز لأحد المتعاقدين ان يتمسك بتنفيذ العقد بطريقة تلحق ضررا بالمتعاقدين الاخر ، كما انه قد يقتضي واجب تنفيذ العقد بحسن نية التعاون بين المتعاقدين ، فتنفيذ العقد بسوء نية يترتب المسؤولية على من ساء ويلزم بالتعويض لجبر الضرر الحاصل ، و يشترط حسن النية ايضا في جميع مراحل العقد أي قبل التعاقد واثناء تنفيذه .

- فلم يغفل المشرع الجزائري عن هذا المبدأ فقد اورد حسن النية في عدة مواضع في القانون المدني مثله مثل التشريعات الحديثة نظرا لأهميته البالغة وتتمثل هذه الاهمية ، في ان حسن النية في العقود يعتبر روح التصرف القانوني التي يجب ان تسود كل المراحل ، فهي تحقق اهم غاية من غايات القانون وهي منع الشخص من الاضرار بالغير ، فنجد مصطلح حسن النية في جميع مجالات القانون لكن في الحقيقة مفهومه يختلف باختلاف الوظيفة التي يؤديها ولذلك فان مصطلح حسن النية في مفهومه العام ليس هو المقصود في هذه الرسالة.

- لا يقتصر مبدأ حسن النية على تنفيذ الالتزامات العقدية لان نطاقه يعم كافة الالتزامات ايا كان مصدرها ، لكن على الرغم من هذا الا اننا نجد ان معظم تطبيقاته تكون في نطاق نظرية العقد ما نصت عليه المادة 107 من القانون المدني الجزائري (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية).

- اما فيما يخص موقف المشرع الفرنسي فهو لم يشترط حسن النية الا في مرحلة التنفيذ لكن الفقه والقضاء نجدهما تكلما على اشتراط حسن النية في مرحلة التفاوض والابرام¹.

ولعل افضل حالة تظهر لنا دور حسن النية في حماية الغير هي النيابة في التعاقد فهي تلعب دور في التصرفات الصادرة من الوكيل في اطار ابرامه عقودا باسم موكله تنفيذا للوكالة فاذا لم يعلن الوكيل

¹ همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 9

عن صفته في العقد للغير فلا تنصرف آثار العقد للموكل ولا تعود الحقوق إليه وإنما تعود آثارها للوكيل حماية للمتعاقد. الآخر الذي لا يعلم بالنيابة أما في حالة ما إذا تبين أن الغير كان يعلم بالنيابة فإن أثر العقد ينصرف إلى الوكيل وليس الأصل المادة 75 قانون مدني جزائري¹.

و- في حالة ما إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته وتعاقد باسم الموكل مع الغير حسن النية أو عمل دون وجود توكيل فإن نفذ العقد يبقى موقفاً على إجازة الموكل وإذا رفض من وقع التعاقد باسمه أن يجيز العقد كان المتعاقد الآخر أي الغير أن يرجع عليه بالتعويض متى كان حسن النية بالطبع وقت إبرام العقد².

أما إذا كان يعلم بتجاوز حدود الوكالة أو أن الوكالة غير موجودة أصلاً وقت إبرام العقد فلا يحق له الرجوع بالتعويض أي لا يكون له حماية، وتظهر الحماية القانونية للغير حسن النية أيضاً في حالة انتهاء النيابة، فلا تسري عليه آثار الانتهاء إذا لم يكن يعلم بانتهاء النيابة وتظل آثارها مستمرة حماية لمبدأ حسن النية المادة 76 من القانون المدني الجزائري.

- يلعب حسن النية دوراً هاماً في التصرفات الصادرة من الوكيل في إطار إبرامه عقوداً باسم موكله تنفيذاً للوكالة ويظهر أثر مبدأ حسن النية في الحالات التالية: صفته في العقد: إذا لم يعلن الوكيل عن صفته في العقد فلا تنصرف آثار العقد للموكل ولا تعود الحقوق إليه وإنما تعود آثارها للوكيل حماية للمتعاقد الآخر الذي لا يعلم بالنيابة (حسن النية) أما إذا تبين من خلال الظروف بأن المتعاقد الآخر كان يعلم بالنيابة فإن أثر العقد ينصرف إلى الوكيل وليس للأصيل³.

¹ (إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائماً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب).

² عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة ط 3، ج 7، ص 431-430. منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 431-430.

³ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 42.

-تجاوز حدود الوكالة : إذا تعاقد الوكيل باسم الموكل مع الغير وكان متجاوزاً في حدود وكالته أو عمل دون توكيل أصلاً فأن نفاذ العقد يبقى موفقاً على إجازة الموكل وإذا رفض من وقع التعاقد باسمه أن يجيز العقد جاز للمتعاقد الاخر أن يرجع على المتعاقد الآخر بالتعويض¹.

متى ما كان حسن النية وقت إبرام العقد ، أما إذا كان يعلم أو ينبغي عليه أن يعلم أن تتخذ صفة الوكيل كان متجاوزاً لحدود وكالته أو أن الوكالة غير موجودة وقت إبرام التصرف فلا يحق له الرجوع بالتعويض⁽²⁾.

-انتهاء النيابة : لا تسري آثار انتهاء النيابة على الغير متى ما كان الغير حسن النية لا يعلم بانتهاء النيابة وتظل آثارها مستمرة حماية لمبدأ حسن النية⁽³⁾.

الفرع الرابع: متى لا يعتبر حسن النية شرط لحماية الغير

--سنيين مبدأين واضحين فبهما لا يكون حسن النية شرط لحماية الغير ، فالقاعدة الفقهية (القبض في العقد الفاسد يفيد الملك) .

بمعنى ان في حالة العقد الباطل تعتبر الحيازة سند ملكية ومفادها ان المشتري في العقد الباطل اذا تصرف في العين المشتراة بعد قبضها كان للغير الذي تصرف له المشتري امنا من ان تسترد العين من يده ، حتى ولو كان عالماً ببطلان العقد، حيث يؤدي قبض المبيع الى تحصين عقد المشتري المتصرف مع الغير من البطلان فلا يكون للمالك الاصلي استعمال حق الابطال اذا ما انتقلت ملكية المال الى الغير⁴.

¹بشار عدنان ملكاوي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، نظرية العقد، دار وائل للنشر، والتوزيع، الأردن، 2004، ص34.
⁽²⁾ المادة 77 مدني جزائري (لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ،دون ترخيص من الأصيل ،على انه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد ،كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه ،مما يقضي به القانون وقواعد التجارة) تقابلها المادة (945) من القانون المدني العراقي .(اذا رفض من وقع التعاقد باسمه دون توكيل منه ان يجيز التعاقد، جاز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد، ما لم يثبت من اتخذ هذه الصفة ان من تعاقد معه كان يعلم ان الوكالة غير موجودة او كان ينبغي ان يكون عالماً بذلك).
⁽³⁾ نجد أن هناك نقص في وجود نص قانوني صريح حول انتهاء النيابة و مدى حماية الغير حسن النية على عكس المشرع العراقي في المادة (948) من القانون المدني .(لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذي تعاقد مع الوكيل علمه بانتهاءها).
⁴ جمال موسى بدر، النيابة في التصرفات القضائية، طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها، مصر، د س ن، ص.237.و سليمان مرقس اصول الاثبات، المرجع السابق، ص255.

-و تعود أصول هذه القاعدة الى الفقه الاسلامي ، خاصة كما هو معروف ان الفقه الاسلامي هو فقه موضوعي يبتعد عن العناصر النفسية وهو على عكس الفقه اللاتيني تماما وهذا المبدأ هو استثناء عن القواعد العامة ، فالعقد الباطل او القابل للأبطال لا ينتج اثار قانونية حتى يصحح لكن جاءت هذه القاعدة حماية للغير الذي تعامل معه المشتري .

-و كإستنتاج من هذه القاعدة الفقهية الاسلامية يتبين ان الاسلام يأخذ بالعقد الظاهر وذلك لحماية الغير بالمقابل في الفقه الغربي اللاتيني لم يلجأ الى حماية الغير الذي تعامل مع الشخص لا يتفق ظاهر حاله مع حقيقته ، حيث انه ظهرت نظرية الاوضاع الظاهرة وهي نظرية حديثة نسبيا، اصبح فيها الفقه الغربي يحمي موقف الغير، وهي نتيجة حتمية لمبدأ استقرار المعاملات، ففكرة الاستقرار القانوني تعنى أن تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحدده في تنظيمها للمراكز القانونية وأن تضمن تأمين النتائج وهي من الغايات الأولى التي يسعى القانون إلى تحقيقها واتخذ لتحقيق هذه الغاية عدة آليات تختلف باختلاف المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية¹.

وفي العصر الحالي تدخلت الدولة في النشاط الاقتصادي وقامت بكثير من الخدمات الاجتماعية فتعددت التشريعات التي تفرض على استغلال واستعمال الملكية.

إن غاية الاستقرار تبني على أساس الأوضاع الظاهرة التي تجسد الحقيقة القانونية ، والوضع الظاهر قد يتطابق مع الحقيقة الواقعية أو لا يتطابق والحقيقة القانونية هي المعترف بها ابتداءً ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك.

- أما في القانون الجزائري في ما يخص مسألة حماية الغير في العقد الباطل ، القاعدة العامة انه إذا بطل العقد الأول، فيجب أن يبطل العقد الآخر تطبيقاً للأثر الرجعي للبطلان ،ومن مقتضاها إذا رتب المشتري على العين التي اشتراها بعقد باطل حقا عينيا(رهن أو اتفاق) ثم تقرر بطلان البيع فان البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري حتى ولو كان المشتري قد باعها لآخر،

¹ بدر عبد الله البرازي، تجاوز الوكيل حدود وكالته في القانون المدني الكويتي، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 2005 ص4-

فللبائع الحق في أن يستردها من المشتري الأخير. لأنه إذا زال حق المشتري زالت بالتالي الحقوق التي ترتبت للغير بمعرفته تطبيقاً لمبدأ "أن فاقد الشيء لا يعطيه"، فزوال حق الناقل يزيل حق المتلقى¹ accipiens jus resoluitur dontis jure Resoluto.

فطالما بطل حق المشتري الأول بطل حق المشتري الأخير، فإن حق المشتري الأخير يكون باطلاً أيضاً فما بنى على الباطل يكون باطلاً أيضاً. غير أن هذا المبدأ تحد منه القواعد الخاصة بحماية الغير الحسن النية، فقرر المشرع الجزائري إلزامية شهر الدعاوى العقارية بالمادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري التي نصت: "إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقاً طبقاً للمادة 14. من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وإذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ العقاري أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار."

-وعليه فكل شخص يريد المنازعة في حق عيني مشهر بالمحافظة العقارية، فعليه أن يقوم بشهر العريضة الافتتاحية للدعوى، وذلك عن طريق التأشير التي يضعها المحافظ العقاري على نسخة العريضة الافتتاحية أو أن يسلم له شهادة تثبت عملية شهرها، وإلا فإن الدعوى لن تقبل.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد المهلة التي يتم فيها شهر العريضة ورغم أن العريضة الافتتاحية لا تعتبر من الوثائق الرسمية إلا أن المشرع أخضعها لعملية الشهر².

ولعل هذه العملية توفر للمدعي الحماية الكاملة في حالة ما إذا كان الحكم صدر لصالحه للاحتجاج به في مواجهة الغير الذي تعامل في العقار موضوع النزاع وأيضاً الحماية لمن يريد التعامل في أحد هذه الحقوق وذلك بتنبيهه إلى النزاع الواقع عليها.

¹إسعد فاطمة، "تجاوز الوكيل حدود الوكالة في القانون المدني الجزائري": دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض التشريعات المدنية الأخرى، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة محكمة سداسية، عدد 2011/01، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص.1.
² ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2014، ص.503-504.

-وخلاصة القول إذا تقرر بطلان العقد، يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ومن ثم يزول العقد بأثر رجعي، وتكون العقود التي اتت من بعده عديمة الأثر بالنسبة للخلف الخاص، ومن ثم لا يستطيع هذا الأخير أن ينقلها إلى غيره، لأن فاقد الشيء لا يعطيه، فتعتبر عقودها بالنسبة للشيء عقوداً صادرة من غير مالك ولكن هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها على إطلاقها حيث أن ذلك قد يضر بالغير حسن النية.

ولذلك وردت عدة استثناءات الغرض منها حماية الغير حسن النية، إذا كان الأصل هو إرجاع الحال إلى ما كان عليه، فإنه توجد حالات تترتب فيها على العقد الباطل بعض الآثار يمكن الإبقاء عليها بالنسبة للمتعاقد حسن النية¹.

ويتحقق هذا بالنسبة للمتعاقد في العقد الباطل نفسه، كما يتحقق في الغالب من الحالات بالنسبة للغير، ونظراً لسرعة المعاملات التجارية واستحالة التأكد من مدى سلامة التصرفات التي سبق إبرامها على المنقول اضطر إلى تقرير قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية". فإذا باع شخص شيئاً لآخر ثم قام المشتري ببيع هذا الشيء إلى شخص ثالث وسلمه إياه. ثم تقرر بطلان البيع الأول، أدى إلى بطلان البيع الأول استناداً إلى أن الحيازة في المنقول سند الحائز طبقاً لنص المادة 835 مدني جزائري، فلا يحق للمالك الأصلي انتزاع الشيء، من يد المشتري الثاني متى كان حسن النية، أي لا يعلم وقت إبرام عقده السبب وتنص المادة 835 من القانون المدني الجزائري "من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقا عينياً على المنقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن نية وقت حيازته.

إذا كان حسن النية والسند الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب ملكية الشيء خالية من هذه التكاليف والقيود العينية.

والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقدّم دليل خلاف ذلك).

¹ جلال العدوي، مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، منشأة المعارف 1996، ص 175. محمد علي الأمين، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني، دار مقارنة، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 79.

فإذا كان التصرف الذي تم مع الغير قد ورد على منقول، فإن هذا الغير يكتسب ملكية المنقول تطبيقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز.

بمعنى أنه إذا كان موضوع التصرف منقولاً وتسلمه الغير حسن النية بأن كان يجهل سبب البطلان لسند سلفه، عندئذ يستطيع أن يمتلك هذا المنقول استناداً لقاعدة الحيازة في المنقول بحسن النية سند الحائز، ليكتسب على أساسها الملكية أو الحق العيني رغم أنه قد تعاقد مع غير مالك.

وعلى ذلك فإن أعمال هذه القاعدة بالنسبة للحائز حسن النية يبطل من آثار البطلان، إذا لا يلزم الحائز حسن النية، برد المنقول الذي آل إليه من أحد العاقدين في العقد التي تقرر بطلانه¹.

-غنى عن البيان ان الحيازة قرينة على حسن النية وتوفر الحائز على السند الصحيح يجدر بنا يقيم دليل على خلاف ذلك، ومنه يشترط حتى لا يترتب البطلان :

أ- أن يحصل انتقال الحيازة: بمعنى لا يبقى الشيء، في حيازة المتعاقد الأول فلا مجال لاحتفاظ الغير بحقوقه على هذا الشيء وإنما تضيع حقوقه بسبب البطلان.

ب- حسن النية: أي لا يعلم ويجهل ما يشوب سند المتصرف من أسباب البطلان

ج- أن تكون الحيازة قد تمت بناء على سند صحيح: أي نتجت عن تصرف قانوني صحيح، وان كان

التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً فإن حقوق الغير تضيع بسبب البطلان، وحسن النية أمر مفترض في

الحائز وعلى طالب الاسترداد أن يثبت سوء النية ليتمكن من الاسترداد. وعلى طالب الاسترداد ان يثبت

سوء النية ليتمكن من الاسترداد².

¹ محمد (حسن قاسم)، الوجيز في نظرية الالتزامات، المصادر-الأحكام، الجامعة الجديدة، (د.ط)، الإسكندرية، 1994، ص34. و جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1953، ص115.

² حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر كلية الحقوق بن عكنون، 1988، ص22. وعبد الحكيم (فودة)، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة، دار الفكر و

القانون، ط1999، ص2، 140

المطلب الثالث: مواضع حماية الغير

- تتجلى مواضع حماية الغير بالنسبة لأثار العقد في صورتين، تتمثل الأولى في الصورية و ذلك بثبوت حق الغير في الاختيار بين أن يتمسك بالعقد الصوري أو الحقيقي، وهذا الخيار هو جوهر حماية الغير حسن النية من أثار التصرفات الصورية بشكل عام، و قد نصت على ذلك المادة 198 مدني جزائري (اذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري) حيث تعتبر هذه المادة ناقصة مقارنة بنظيرتها المادة 368 مدني اردني و التي جاءت بفقرتين كالآتي (اذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية ان يتمسكوا بالعقد الصوري، كما ان لهم ان يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي اضر بهم. 2- واذا تعارضت مصالح ذوي الشأن. فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الافضلية للاولين).

و على ضوء هذه المادة سوف ندرس مواضع حماية الغير في الصورية، ثانيا العقد الباطل، حيث أهم ما يميز حماية الغير الحسن النية أنها تورد قيودا على الاثر الرجعي و ذلك في الحالات التي يشوب فيها التصرف الذي اكسب الغير حسن النية حقا، ما يتطلب زوال جميع أثار هذا التصرف و اعتباره كأن لم يكن، و عليه سوف نتطرق الى حماية الغير في الصورية في الفرع الأول و الى حمايته في نظام البطلان في فرع ثاني و الى حمايته عن طريق وضع دعاوى قانونية بين يديه لتطبيق الحماية له في فرع ثالث.

الفرع الأول: الصورية

- اعتمدت معظم التشريعات في بيان أثار الصورية بالنسبة للمتعاقدين وخلفها العام على مبدأ سلطان الإرادة، ويقصد بمبدأ سلطان الإرادة، أن ارادة الانسان قادرة على انشاء العقود وكافية لتحديد أثارها، وبعبارة أخرى أن الارادة لها السلطان الاكبر في تكوين العقد وفي أثار التي تترتب عليه. بل و في جميع الروابط القانونية و لو كانت غير تعاقدية وأساس هذا المبدأ هو ان الافراد. أحرار بحسب حالتهم الطبيعة¹.

¹ أحمد محمد الشريف: مصادر الالتزام في القانون المدني ط 1. عمان. مكتبة دار النشر والتوزيع سنة 1999 ص 24.

فالحرية هي الاصل ولا يتقيد الفرد حسب هذا الاصل بإرادته . ويترتب على ذلك تنفيذ ما تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين ما لم يخالف ذلك القانون والنظام العام¹ .

فالأشخاص المشمولون بالحماية في مجال الصورية هم الغير وهذا لا نقاش فيه , لكن يعتبر مفهوم الغير في مجال الصورية , منهم سنقوم بتوضيح وضع بعض الفئات الاشخاص كالآتي:

1-مركز الخلف العام في الصورية :

المادة 199² من القانون المدني الجزائري . أثار الصورية فيما بين المتعاقدين والخلف العام بنصها " اذا أخفي المتعاقدين ان عقد حقيقيا بعقد ظاهر , فالعقد النافذ ما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي "

و فيما يتعلق بالمتعاقدين أنفسهم , ومن يخلفهم من الورثة فوجه الحكم بين , فليس للعقد الظاهر أثر بالنسبة إليهم , وذلك لأن نية المتعاقدين تنصرف الى التقيد بالعقد المستتر فهو الجديد وحده بالاعتبار دون غيره, وفي التطبيقات العملية التي يمكن ان تساق في هذا الشأن , افرغ التعاقد في شكل عقد آخر كالهبة في صورة البيع ففي مثل هذا الغرض يصح العقد بهذا الوصف فيما عدا الوصف فيما عدا ما قد ينص عليه القانون³ .

¹ احمد محمد الشريف , مصادر الالتزام في القانون المدني المرجع السابق ص 24 .

² يقابل المادة 369 من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 في نصها " اذا نشر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي " والمادة 245 من القانون المدني المصري 131 لسنة 1948 والمادة 257 من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003 وكل المواد أتت بمضمون واحد .

³ فإذا كان العقد الصوري يخفي عقد آخر حقيقيا فيجب الاعتراف به , وسريان العقد الحقيقي يؤدي الى تطبيق القواعد التي قصد المتعاقدان من الصورية استبعاد تطبيقها , فإذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة تقتضي بطلان التصرف الحقيقي المستتر . فان هذا التصرف يقع باطلا , واذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة تقتضي بعدم نفاذ التصرف الحقيقي المستتر , فانه يترتب على الاعتراف بهذا التصرف تطبيق القاعدة , وبالتالي عدم نفاذ التصرف الحقيقي المستتر , واذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة تقرر حقا للغير , فانه يترتب على الاعتراف بالتصرف الحقيقي تطبيق هذه القاعدة ويكون للغير التمسك بالحق الذي ثبت له , واذا كان المقصود من الصورية تفادي تطبيق قاعدة شكلية تشترط لانعقاد العقد فانه لا يترتب على الاعتراف بالعقد الحقيقي المستتر تطبيق هذه القاعدة , بل يعد عقد الحقيقي منعقدا بالرغم من عدم توافر الشكل المطلوب , ويرجع ذلك الى أن الشكلية لا تشترط ألا في التصرفات محددة , وعلى من يدعي الصورية إثباتها , وفق القواعد العامة في الاثبات , واذا قصد من الصورية التحايل على القانون وذلك اذا كان الهدف منها اخفاء امر غير مشروع فيستطيع من يدعي الصورية من المتعاقدين ان يثبتها بجميع طرق الاثبات . صبري حمد خاطر-مرجع سابق-ص217.

-فالعقد الصوري لا يرتب أي أثر فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام ، وذلك بالعودة إلى إرادتهما أي إرادة طرفي العقد المشترك .

بمعنى أن العقد الصوري ليس له وجود بين المتعاقدين الاصيلين ، تبعا لذلك بين الخلف العام، ونعزز قولنا بإعطاء مثال : حول عقد البيع الصوري فان ملكية البيع لا تنتقل الى المشتري ، ويبقى البائع مالكة و يستطيع التصرف بكل التصرفات القانونية وفي المقابل المشتري لا يستطيع القيام باي تصرف معارض ويترتب أيضا اذا مات البائع الصوري فالعين تنتقل الى خلفه¹.

-عادة ما يلجأ المتعاقدان الى الصورية عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه لسبب قام عندهما و من هنا وجد العقد الظاهر act apparent وهو العقد الصوري والعقد المستتر ACT SECRET وهو العقد الحقيقي ACT réel وكما يقول الاستاذ السهوري "إن العقد الظاهر فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، لا وجود له فلا يعمل به وهذا ما يقتضيه مبدأ سلطان الارادة ، ذلك ان المتعاقدين انما أراد العقد المستتر لا العقد الظاهر فوجب ان يلتزما بما أراداه لا بما لا يرداه².

-فيعتد اذا بالعقد المستتر الحقيقي بين المتعاقدين وتبعا لذلك الخلف العام ايضا.

-إن المشرع قد اعتبر اي تصرف تبرعى في مرض الموت مهما أعطى له المتعاقدان ان تسمية وصية وتطبق عليه أحكامها المادة³ 776 قانون مدني وهذا حماية لحقوق الغير ، فأثار العقد هي التي تسري فلا يستطيع الخلف العام التمسك بالعقد الظاهر حتى ولو كانت له فائدة بذلك ، وسبب هذا أن أثار العقد تعتبر مال في ذمة سلفه التي سيورثها بعد موت هذا الاخير ، و تطبيقا لمبدأ النسبية فان ما سيؤول اليه هو امتداد لسلفه ، أي ما يحصل المتعاقدين يحصل للخلف تبعا لانتقال الحق.

¹ الفكهاني حسن الوسيط في شرح القانون المدني الاردني، المرجع السابق ، ص 557

² عبد الرزاق احمد السهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الاثبات اثار الالتزام الجزء 2 ط3 منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان 2009 ص 1072 وما يليها .

³ المادة 776 قانون مدني (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت ، و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى الى هذا التصرف .
-و على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت و لهم اثبات ذلك بجميع الطرق ، و لا يحنج على الورثة بتاريخ العقد اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .
-اذا اثبت الورثة أن التصرف صدر مله التصرف خلاف ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه.)

ففي مسألة اثبات الصورية فهي تخضع لمبدأ النسبية كما ان السلف لا يستطيع اثبات الكتابة الا بالكتابة ، و لكن في حالة ما اذا لجأ السلف لهذا العقد الصوري للتحايل على القانون الاضرار بخلفه ، فإن الخلف في هذه الحالة يأخذ محل الغير ويستطيع اثبات صورية العقد بكل طرق الاثبات .

و من خلال هذا يتبين أن الخلف هنا له مركزين ، مركز الطرف في التصرفات سلفه الصورية التي لا تمس بحقه ويعتبر غيرا في تصرفات سلفه الصورية الضارة بحقه الشخصي¹ .

هذا ما يأخذ الى الاعتقاد أن حقه في التصرفات الصورية التي لا تضر به مأخوذ من مورثه ، وحقه في التصرفات التي تضره مستمدة من القانون فهل هذا الاعتقاد صحيح ؟

- وفيه يرى الاستاذ " محمدي سليمان " : أن حق الخلف في كلى الحالتين مستمد من القانون فالأمر يتعلق بوقت ثبوت هذا الحق بتركة المورث معززا رأيه بموقف محكمة النقض المصرية ، نقض مدني 1986/12/21² .

ولكن ماذا لو ان احد الورثة قد اشترى من مورثه بناء على العقد الصوري وكان حسن النية ولا يعلم بالعقد الحقيقي ، فهنا يطرح التساؤل هل يعتبر من الخلف العام ام من الغير ؟

-تتعدد فئات الغير وذلك بتعدد المواضع التي يكون فيها الاشخاص فتجد الغير في مسألة الصورية يختلفون عن الغير في الشهر وعن الغير في مسألة ثبوت التاريخ وبالنسبة أيضا لأثار العقد³ .

و القاعدة المعروفة أن الخلف سواء عاما او خاصا فله مكانة الطرف ، فينصرف أثر العقد ، وهناك فئة تعتبر غيرا أصلا وهم الاجانب عن العقد أي لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا لاحد من المتعاقدين .

¹ حمدي سليمان : ضرورة اعادة النظر في مركز الخلف العام ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية لسنة 2001 ص 131.132

² وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة 1/244 من القانون المدني أن لدائي المتعاقدين والخلف الخاص أن يثبتوا بكافة الطرق الصورية بأن العقد الذي أضرهم امام المتعاقدان فلا يجوز لهما اثبات ما يخالف ما اشتمل عليه العقد المكتوب الا بالكتابة والطعن على عقد البيع بأن يستتر وصية لم يدفع فيه أي ثمن هو الطعن بالصورية النسبة بطريق التستر ومتى كان العقد الظاهر المطعون عليه بهذه الصورة مكتوبا فانه لا يجوز لاي من العاقد أن يثبت هذه الصورية الا بالكتابة ، وذلك عملا بنص المادة 1/61 من قانون الاثبات ولا يصح قياس هذه الحالة على حالة الوارث الذي يجوز له اثبات طعنه على العقد بانه يخفي وصية الطرف لان الوارث لا يستمد حقه في لطن في هذه الحالة من المورث . و انما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر بحقه في الارث . فيكون تحايلا على القانون . نقض مدني في 21 ديسمبر 1986 جعفر الفضلي : الوجيز في العقود المسماة . ط2 . دار ابن الاثير . الوصل . 2005 . تمهيش رقم 1 ص 173

³ علي فيلاي لالتزامات (النظرية العامة للعقد) موفم للنشر والتوزيع ، ط1 ، سنة 2012 ، ص408 .

وهناك من يرى أن الغير هو كل من لم يرتض صراحة أو ضمنا أن يصبح دائنا أو مدينا بمقتضى الاتفاق وأن كلمة الغير تتضمن الأجنبي عن العقد والدائن العادي، كما تتضمن الخلف الخاص في الاصل اي في غير الحالات التي يتأثر فيها الخلف الخاص بتصرفات سلفه المتعلقة بالعين التي انتقلت من السلف إلى الخلف¹. فنجد جوسران أنه اعتبر الغير "هو الشخص الذي لا تربطه أي علاقة التزم بأحد أطراف العقد لا في الحاضر ولا في المستقبل؛. ومن أجل هذا شرعت المادة 1165 وأعطى مثال عن ذلك، إذا ابرم عقد بين (أ) و(ب) فلا شيء يقلق الشخص لأنه ليس من شأنه، فالعقد لا ينفع ولا يضر هذا الشخص فهو لا يتأثر بالمتعاقدين يسانده الفقيه كوني، معرفا الغير الأجنبي هو الذي لا تربطه علاقه بالمتعاقدين أو بأحدهم أو ليس له علاقة بهم إل لضرورة أو نتيجة لطبيعة الأشياء².

لكن ما يهم في دراستنا في هذا التساؤل هو هل صحيح أن الخلف العام في مركز الطرف كما سبق دراسته في المطلب الأول أم هو غيرا أم له مركز متميز وهذا في القوانين العربية مقارنة مركزه في القانون الفرنسي أخذين في عين الاعتبار مدى انتقال الآثار إليه أي من حقوق والتزامات والأشخاص الذين يور حو لهم الجدل في اعتبار هم خلفا عاما أم غيرا ستتم مناقشة هذه المسائل بالتسلسل.

إن الخلف العام كما سبق تعريفه يدخل في مفهومه الورثة والموصى لهم بجزء شائع من التركة؛ فتنقل لهم آثار العقود الني أبرمها سلفهم أثناء حياته؛ ولقد استلهم هذا الحكم من التشريع الغربي. فهو يعتبر أن شخصية الوارث امتداد لشخصية المورث ونها فهو يتحمل الحقوق والواجبات ولو زادت هذه الديون على مقدار ما كسبه س حقوق في التركة؛ وهذا طبعا إذا رضي الوارث بالميراث الذي تركه سلفه.

فبموت البائع الذي لم يتسلم الثمن، فإن للخلف العام الحق في المطالبة بالثمن؛ وإذا مات المدين وهو لم يوفي بالتزاماته؛ فإن للدائن أن يطالب الخلف العام المدين باستفاء جميع التزامات مورثهم.

وبهذا يكون مركز الخلف العام طرفا كاملا أي بتحملة التزامات سلفه وتمتعه بالحقوق التي تركها سلفه ولكن

هل هذا الأمر يتماشى مع التشريعات العربية؟

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام نمصادر الالتزام، المجلد الأول، الجزء الأول منشورات الحلبي، سنة 2009، ص 614.

² صبري حمد خاطر، الغير عن العقد. المرجع السابق ص 51/50.

إن القول بهذا الأمر لخاطي، وهذا سببه أن معظم التشريعات العربية اتخذت في تنظيمها للقانون الخاص كقانون الأسرة أو ما يسمى بالأحوال الشخصية الشريعة الإسلامية منهاجا خاصا، أما الأمور المالية المدنية فشَرَعته في قانون خاص به هو القانون المدني ما اخذ بها إلى الوقوع في مواد متضادة، فلأنَّ القانون المدني متَّخذ من التشريع الفرنسي على العموم؛ وهذا ما أفرز الجدل الذي ناقشه أي مدى اعتبار الخلف العام طرفا أم غيرا أم له صفة خاصة مزدوجة، إذ بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري، يظهر أن المادة 180 تنص على:

يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

-مصاريق التجهيز والدفن بالقدر المشروع

-الديون الثابتة في ذمة المتوفي

-الوصية

فإذا لم يوجد ذو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام؛ فإن لم يوجد، آلت إلى الخزينة العامة." ومن تحليل هذه المادة يظهر ان الجزء السلبي الذي تتضمنه تركه السلف لا يتحملها خلفه بل ذمته المالية نفسها وهذا على عكس القانون الفرنسي.

وأخذنا القاعدة المشهورة "لا تركة إلا بعد سداد الديون" كمرجع لمناقشة هذه المسألة.

إذ أن القاعدة الفقهية من الشريعة الإسلامية مستندين إلى أية الموارد ولكن لهذه القاعدة إشكالات هذا ما أدى إلى ظهور آراء مختلفة؛ فاتجه المالكية إلى القول بان التركة هي من تتحمل الالتزامات ما اثار اشكالات وهي أن بعد موت الشخص فلا تبقى له ذمة مالية لأنها تنتهي بانتهاء حياته، ومن الرأي من قال بقاء الذمة ملتصقة بشخص السلف المتوفي هي ذمة افتراضية إلى غاية سداد الدين وهناك من يرى أن للذمة المالية شخصية معنوية¹.

لقد انتقدت هذه الآراء كلها لأنَّ بالنسبة للرأي القائل باستمرار الذمة المالية للشخص المتوفي افتراضا فإن الذمة المالية للشخص تنتهي بموته وهذا الأمر مؤكد، والقول بان للذمة المالية شخصية معنوية فإن الشخصية المعنوية أتت على سبيل الحصر في القانون.

¹محمد كمال الدين أمام ، الوصية والوقف في الإسلام ، مقاصد وقواعد ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 0999 ، ص35-36.

أما بالنسبة للحنابلة والشافعية؛ فيرون أن الذمة المالية تنتقل إلى الخلف وهي محملة بالدين مستنديين للحديث النبوي الشريف "من ترك مالا أو حقا فلورثته"¹.

ويرى الحنفية أنه في حالة أن الذمة كانت مستغرقة بالدين فلا تنتقل إلى الورثة بل تبقى في اسم السلف المتوفي؛ وإذا كانت غير مستغرقة فتنقل التركة إلى الخلف مع تعلق الدين بها².

وخلاصة القول في هذا الجدل الفقهي أن أغلبية الفقهاء يرون بانتقال التركة المحملة بالدين إلى الورثة من يوم وفاة سلفه فالمادة 127 من قانون الأسرة تعطي لهم صفة الورثة إلى استحقاق الارث بمجرد الوفاة» ولكن بتقييد هذا الحق إلى حين استفاء الديون حسب نص المادة 180 من قانون الأسرة السالفة الذكر.

وما يلاحظ في الأخير ان الخلف هنا يأخذ الحقوق دون الالتزامات ولا يتحمل هذه الاخيرة اي الخلف لا يتضرر من تركة سلفه , هذا ما يبعث بنا الى القول بان الخلف في القانون الجزائري والقوانين العربية لا يعتبر طرفا بمعنى ما لا نجده في نص المادة 108 من القانون المدني التي جاءت بالمصطلح "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام" أي تنصرف كل آثار العقد من حقوق والتزامات.

لأنه لكي يعتبر الخلف العام طرفا يجب أن يكون في محل المتعاقد, فيتحمل كل التزامات العقد ويتمتع بكل الحقوق» فهل يعتبر الخلف العام في قانوننا ذو مركز متميز؟ هذا من جهة .

كما سبق التطرق إليه، فالباحث في القانون الفرنسي يجد أن مركز الخلف العام هو نفسه مركز سلفه؛ إذ يعقب المتوفي في ذمته المالية من الجانب السلبي لها والجانب الإيجابي؛ والعقود التي يبرمها المتوفي تلزمه مثلما يستفيد من حقوقها وهذا ما يفسر قول أن شخصية الخلف العام هي استمرار أو امتداد لشخصية سلفه؛ وعلى هذا الأساس اعتبر المشرع الفرنسي أنّ الخلف العام هو طرف أي ليس غيرا³.

¹ كتاب صحيح مسلم، المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل الى رسول الله ﷺ .

² زواوي فريدة . مدى تعارض انتقال التركة المدينة إلى الورثة مع قاعدة " لا تركة إلا بعد سناد الديون " . المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية عدد2 : سنة 1995 : ص 335 وما بعدها

³ أمر رقم 74-75 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل التجاري المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 92، بتاريخ 18/11/1975.

- أما الشريعة الإسلامية لا تعتبر شخصية الوارث امتدادا لشخصية المورث؛ فهو لا يلزم بديون مورثه على عكس الحقوق التي تنتقل إليه كما تطرقت إليه سابقا ، ولكن ما يثير تساؤل أيضا، إذا كان الخلف لا يتلقى التركة إلا بعد سداد الديون؛ فهذا يعني أنه لا يأخذ حقه حتى تنقذ جميع التزامات سلفه أي لا ينتقل له أثر العقد بمجرد الوفاة ، ولكن بعد تنفيذ التزامات السلف ما يتعارض مع انتقال الحقوق بمجرد الوفاة الذي اتت به المادة 15 من الامر 74/75.

صحيح أن الحقوق تنتقل إلى الوارث بعد موت مورثه حسب نص المادة 127 من قانون الأسرة .
ونعزز قولنا بمثال: إذا باع شخص سلعة بثمن مؤجل وتوفي قبل قبضه الثمن» فإن حق الثمن ينتقل إلى ورثته بمجرد وفاته...، هذا بالنسبة للمنقول أما بالنسبة للعقار والحقوق الواردة عليه فنص المادة 15 من الأمر 75/74 "..." غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية.
يوحي هذا النص بأن التركة تنتقل للورثة بمجرد الوفاة ولكن الأستاذة محمدي فريدة ترى أن في الحقيقة "هذا النص يدل فقط على عدم اشتراط للشهر بالنسبة لانتقال الحقوق العينية الموروثة ولا يمكن القول بأن المشرع الجزائري يقضي بانتقال التركة بمجرد الوفاة لأن هذا يعتبر خطر على دائي المورث، إذ يضع لهم نصوصا خاصة تحميهم من تصرفات الورثة في التركة قبل سداد الديون¹، والتعارض الفعلي بين قاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون، وانتقال التركة إلى الورثة يكون إذا أقر القانون هذا الانتقال دون إعطاء دائي المورث ضمانات كافية تمكنهم من استفاء حقوقهم مما آل للورثة من التركة. رأي الأستاذة واضح في هذه المسألة» ونفس الرأي يأخذ به الاستاذ عبد المجيد الحكيم في قوله "...فالقاعدة بالنسبة للخلف العام إذا تنتقل إليه حقوق سلفه دون أن يلزم بديونه والتزاماته» ولكنه لا يتلقى تلك الحقوق إلا بعد سداد الديون التي كانت على سلعة².

وهكذا فإنه في القانون الجزائري، يبدو وصف الخلف العام باعتباره متعاقدا طرفا وصفا غامضا مشكوك فيه بخلاف القانون الفرنسي؛ فهو ذو حكم واضح بأخذه بانتقال كل آثار العقد إليه»

¹ زواوي فريدة ،مدى تعارض انتقال التركة المدينة الى الورثة مع قاعدة لا تركة الا بعد سداد الديون ،المرجع السابق ص 333 و334.

² عبد المجيد الحكيم ، احكام الالتزام ، بغداد ، ط3، سنة 1977، ص319..

أي قاعدة امتداد شخصية السلف إلى الخلف العام. أما في قانوننا صحيح أنه يتضمن الحكم ذاته كقاعدة عامة فنضع الخلف العام في حكم المتعاقد لكن بتقيده بقواعد الميراث التي تدخلنا في الجدل المشار إليه سابقا وهذا ما أخذ به القضاء الجزائري في قرار المحكمة العليا في جلستها العلنية حيث اعتبرت القرار الصادر من مجلس قضاء الشلف قد خالف القانون، لأنها اعتبرت الديون الثابتة في ذمة المتوفي تؤخذ من التركة حسب ترتيب المادة 180 من قانون الأسرة ولا يتحملها الورثة¹.

أولا-تأثير الصورية على الغير:

-قبل الخوض في آثار الصورية على الغير كان ولا بد ان نتعرض لمن هو الغير في الصورية . وذلك في القوانين المدنية .

-فالغير في الصورية هو حسب النص المادة 198² من القانون المدني الجزائري : الدائنين المتعاقدين وخلفهما الخاص وذلك بصريح العبارة مع اشتراط حسن النية فيهم ، حتى ان المشرع الفرنسي في المادة 1321 مدني قد اثار مباشرة الى دائني المتعاقدين وخلفهما الخاص فتعتبر هذه المادة الفاصل في الجدل الذي دار حول مفهوم الغير.

-و في القوانين المقارنة العربية نجد أن مجلة الالتزامات والعقود التونسية جاءت في الفصل 26 بما يلي *لحجج الناقصة للعقود ونحوها من المكاتيب السرية , لا عمل عليها الا بين المتعاقدين وورثتهم ولا يحتج بها على الغير ما لم يعلم بها، ومن يصير اليه حق في المتعاقدين أو تخلفهم بصفة خاصة يعد كالغير على معنى هذا الفصل .

-و المشرع المغربي جاء بنفس الحكم في مادته 22و حتى المشرع المصري في مادته 244 والتي نصت على مايلي 1-اذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسني النية , أن يتمسكوا بالعقد الصوري , كما أن لهم أن يتمسكو بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم.

¹ قرار رقم 102567 بتاريخ 22/12/1993 المحكمة العليا. حمدي باشا القضاء العقاري ، دار هومة.2010ص214 .

² المادة 198 ق م ج(اذا ابرم عقد صوري ، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية ، ان يتمسكوا بالعقد الصوري)

2-و اذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر , كانت الافضلية للأولين .

وجاء في نص المادة 245 منه " اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر , فالعقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي "

و في القانون العراقي المدني المادة 138 والتي تنص على ما يلي:

1-إذا ابرم عقد صوري فلدائي المتعاقدين والخلف الخاص , اذا كانوا حسن النية, أن يتمسكو بالعقد الصوري , كما أن لهم أن يثبتو صورية العقد الذي أضربهم و أن يتمسكوا بالعقد المستتر .

2-و اذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر , تمسك الآخرون بالعقد المستتر , كانت الافضلية للأولين .

ونجد ان نص المادة 199 من القانون المدني الجزائري التي تنص على (اذا اخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر , فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي)

فالعقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام , ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم.

و إذا ستر العقد الحقيقي بعقد ظاهر , فالعقد الحقيقي هو الصحيح , ما دام قد استوفى شروط صحته ومنه تبين أنه لا يوجد فرق بين القانون الجزائري وبين القانون العراقي والقانون المصري والقانون المدني الليبي والمادة 228 و229 من القانون المدني السوداني و المادة 147 و148 ن القانون التجارة الكويتي¹ والمادة 368 و369 من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976.

-القاعدة العامة في الصورية هي عبارة للحقيقة , فاذا ستر المتعاقدين عقدا حقيقيا بعقد ظاهر , يبقى العقد حقيقي مستورا هو النافذ بالنسبة الى الجميع , فإذا كان للغير الحق بالتمسك بالعقد الظاهر قانونا وهذا الامر لا إجمال فيه لأنه يوجد رأي فقهي يذهب الى الاستناد الى فكرة الظاهر la théorie de

¹ قانون التجارة الكويتي الصادر في 1961/01/03 والذي يضمن ففي كتابه الثاني مصادر الالتزام وأثاره وأوصافه المعدلة لأثاره وانتقاله و انقضائه .

l'apparence، فالغير الحسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر بانه وقع في الغش وذلك حماية له فأجيز له كاستثناء التمسك بالعقد الظاهر .

و يأخذ العقد الظاهر في هذه الحالة حكم العقد الصحيح في كل شروطه وأركانه وذلك دون أن يكون للمتعاقدين الحق في التمسك به ، و اسندو فكرتهم على أساس ان كل ما يشترط في الغير للتمسك بالعقد الظاهر هو حسن النية دون النظر في حسن أو سوء نية المتعاقد الاخر ،

مثل أحكام نظرية الظاهر كما اتهم تكلمو على فكرة تنازع الغير فيما بينهم بالعقد الخفي . وبالعقد الظاهر الصوري ، فالأفضلية تكون لمن تمسك بالعقد الظاهر .

-و في وجهة البعض الاخر من الفقهاء، أن العنصر الظاهري في الصورية هو وليد إرادة الصادقة لخلقه وإظهاره بالشكل الذي برز فيه ¹ .

لان المتعاقد قصد اخفاء ما يظهر ، فيأخذ بالعقد الظاهر كجزاء له ، وبالتالي اذا كان الغير حسن النية له مصلحة في الأخذ بالعقد الظاهر كان له ذلك، وبناء على هذه الفكرة العقاب الخاص هي أساس الاستثناء. و عللوا رأيهم بان مظهر العقد الظاهر الخادع. من شأنه تضليل الغير .

-الأمر الذي يبين وجود سوء نيته وبالتالي يترتب عليه مسؤولية وبالتالي وجود جزاء الذي يتمثل من حرمان المتعاقدان من التمسك بالعقد الحقيقي المستور ومنح الغير حق التمسك بالعقد الظاهر.

و ذلك ان دائني المتقاعد الصوري. الذي نشأت حقوقهم قبل هذا العقد لم يتعرفوا على العقد، فيمكنهم التمسك بالعقد الصوري الخادع ² .

و نجد أن موقف المشرع الفرنسي من هذه الأراء قد أخذ بعدم سريان العقد الصوري إزاء الغير، وذلك بعدم علم الأطراف المتقاعدة .

¹ سامي عبد الله : نظرية الصورية في القانون المدني ، بيروت لسنة 2004 ، ط2، ص 296.

² المرجع نفسه، ص 27.

فلماذا ينبغي ان يسمح للغير أن يتمسك تارة بالعقد الظاهر وتارة بالغير الحقيقي الصوري حسب ما تقتضيه مصلحته خاصة أن مفهوم الغير هو مفهوم غير واضح وفكرة عدم سريان الآثار ليست واضحة ايضاً، فهذه نجدتها تصطدم بوقائع الحياة وبطبيعة الامور .

-يرى جانب الفقه أن صاحب المصلحة يأخذ بالعقد الصوري ، كالمدين مثلاً الذي يبرم عقد مع شخص قريب له ذو ثقة مع حرصه على الا يكون له دائنين فأى جزء يكون لهذا المدين لو سلك طريق الصورية؟
-نلجأ الى رأي المشرع الفرنسي في المادة 1704 من قانون الضرائب والذي نص على بطلان العقد الحقيقي المستور لوحده دون العقد الظاهر الذي وضعته الاطراف لخداع الغير .

-اما موقف المشرع الالماني من حماية الغير الحسن النية المتمثلة في أن له الحق في الاخذ باي من العقدين فهو يرى بعدم الاعتراف كلياً بالعقد الصوري الوهمي وليس له أي قيمة قانونية ، و اعتبر أن مصلحة الغير حسن النية هي مؤمنة بما فيه الكفاية ، بقواعد ومبادئ السجل العقاري ، وبقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية وبسائر النصوص القانونية التي وضعت لحماية هذا الغير الحسن النية وذلك بالرجوع بدعوى المسؤولية على كل من تسبب في خلق وضع ظاهر خادع ، ونأخذ أمثلة من القانون الالماني المواد 892 الى 894 لتحمي الحقوق العينية المقيدة في السجلات العقارية ، وفي اكتساب ملكية المنقولات تحميها المادة 932 وما يليها ، وفي الرهن الحيازي والانتفاع المواد 1207 و1242 وما يليها وفي حوالة الحق المادة 405 فنستنتج أن المشرع الالماني أخذ بنظرية الارادة الخالصة وجعل البطلان جزء الصورية مهما كانت الاحوال وهذه القاعدة لا تهتم مطلقاً باي مركز خارجي عنه¹.

ثانياً :مدى خطورة منح الغير الحسن النية الحماية المطلقة في مجال الصورية :

-إن آثار الصورية في القانون المدني مرتبطة بمبدأين أساسيين هما مبدأ حرية التعاقد ، ومبدأ امكانية الاخذ بالظاهر غير الصحيح ، فالمبدأ المكرس في القانون الجزائري وحتى الفرنسي والدول العربية عامة هو مبدأ احترام الارادة الحقيقية للطرف المتعاقد وفي مجال الصورية ، الاطراف دون الارادة الظاهرة .

¹L.Baudouin ; note a la revue trimestrielle du droit civil (R.TDC)1967,p236 et S.H.B laise la formation au XIX siècle de la jurisprudence sur les donation deguisées mélangées offertes a René savatier , Dallo2 .1965.p89 et S

لكن نظرية الصورية يكون اساسها وضع خادع بالنسبة للغير حسن النية وذلك بعمل ارادي مقصود فلقد جاءت النصوص لحماية هذا للغير وذلك بإعطائه حق التمسك بالعقد الظاهر أي الصوري الذي به اساسا قام بالتعاقد , ولكن بتوفير شروط طبعاً

-جاء نص المادة 1321 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

“Les contres lettres ne peuvent avoir leur effet qu’entre les parties contractante elle n’ont point d’effet contre les tiers “

مع الاشارة الى أن في مصطلح “contre lettre” شابه إلتباس فيما يخص هو عقد -الضد . أو انها اتت بمفهوم المنصوص عليه في المادتين 1396 و1397

ولكن لكي نطبق الحماية القانونية للغير على القاعدة العامة التي من مقتضاها أن العبرة بالعقد المستتر الحقيقي وليس بالعقد الظاهر الصوري وعدم اعتبار العقد الصوري باطلا يجب توفر شروط :

أ-ضرورة وجود عقد صوري : بمعنى توفر اخفاء حقيقي وكامل الحقيقة ولعلنا نجد هذا الشرط في الهبة والوصية , المستترة التي كانت المجال الخصب من حيث انها تنطوي على الاخفاء , والتسيير اي لا وجود أي ظن للغير بحقيقة العقد , فالعبرة من حيث الشكل بالعقد الظاهر لا يصح الا اذا كان هذا العقد كاملا في مظهره بحيث يستر الهبة أو الوصية سترا كاملا مثاله عقد البيع اشارة تقيد صراحة أو ضمنا هبة الثمن , واذا لم يكن الستار كافيا هنا تكون امكانية بعدم تمام الهبة وبطلانها¹ .

و بمعنى آخر يجب أن تكون الهبة بعقد رسمي و الا عدت باطلة لآكن في حالة ورودها في عقد صوري وتوافرت كل الشروط في العقد الصوري وكانت شروط الهبة الموضوعية موجودة , تعد صحيحة , بمعنى الهبات المستترة من الشروط المتطلبة قانونا² .

¹ L’acte apparent a l’acte caché sont comme deux branches d’un tronc commun, dont l’une couchee l’autre. Si la souche commune est fragile tout est nul.
Demogue ; traité des obligation en general. T.I Paris 1923 p 270.

² جاءت في ذلك المادتين 931 و948 من القانون المدني الفرنسي على التوالي :

<<tout actes parrtant donations entre vifs seront passés nottaire ; dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute sous peine de nullité >>

<<tout acte de donation d’effet mobiliers ne sera valable que pour les effets dont un etat estimatif; signé du donateur et du donataire; ou de ceux qui acceptent pour lin; aura ete annexe a la minute de la donation>>

ب- ضرورة عدم وجود غش على القانون أو حقوق الغير:

و لعل أخصب مجال لوجود الغش والتحايل على القانون (في مسألة الارث والوصية) و أيضا مثاله انعقاد هبة مستترة بالبيع لهضم حقوق الدائنين واحتيال عليهم , هنا يطبق عليهما احكام التصرف الاحتياالي .

و لا تنفذ بحق الدائنين ، و لا لدائنين اللجوء الى كلى الدعويين ، بين الصورية او البولونية

ج- عدم وجود نص قانوني يبطل العقد الصوري¹

و- في الخلاصة : يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد جمع بين مبدأ سلطان الارادة ومبدأ استقرار المعاملات في وضع أحكام الصورية ، و الظاهر أيضا انه قد غلب الارادة الداخلية المتعاقدين على الارادة الخارجية في ما يخص أثر الصورية بالنسبة للمتعاقدين ، حسب نص المادة 199 من القانون المدني ، و عليه فلا يجوز للمتعاقدين ولا للخلف العام التمسك بالعقد الصوري الظاهر في مواجهة الآخر ، وبالنسبة للغير فقد تم تغليب الارادة الخارجية للمتعاقدين على الارادة الداخلية فيكون العقد النافذ حسب نص المادة 198 من القانون المدني . هو العقد الظاهر الصوري شريطة أن يكونون حسني النية ولهم مصلحة في ذلك .

و كما نص المشرع حماية استثنائية أيضا للغير وذلك بإعطائهم حق التمسك ، بالعقد المستتر كما أنه في حالة وجود تعارض بين الغير اي تمسك كل غير بعقد ظاهر وعقد مستتر فتكون الاولوية هو العقد الصوري وليس الحقيقي وذلك احتراماً لمبدأ استقرار المعاملات .

ان هذه المادة معبرة عن رأي المشرع الفرنسي والذي كانت له نظرة بعد ابطال العقد الحقيقي المستور المشوب بالصورية وذلك راجع لاعتبارات تاريخية ، اذا فالحماية التي منحت للغير حسن النية في مجال الصورية هي حماية استثنائية فله ان يتمسك بأي من العقدين وهذا وفقا لما تتطلبه مصلحته ، لكن في حالة ما اذا وجد دائن لكل من الطرفين المتعاقدين فيصبح هنا تعارض في التمسك بالعقد اي تعارض في المصالح

للغير² .

¹ شواربي : عبد الحميد والد ناصوري عز الدين . الصورية في ضوء الفقه والقضاء . المرجع السابق ص 107 .

² حسن الفكهاني ، الوسيط في شرح القانون المدني الاردني المرجع سابق ، المادة 368 من المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ، ص 545 .

مثالها وجود دائني للبائع الصوري ودائني للمشتري الصوري ففي هذه الحالة يناط الحكم عند تنازع المصالح المتعارضة على هذا الوجه بفكرة استقرار المعاملات اذا تمسك دائن البائع بالعقد الظاهر وتمسك دائن المشتري بالعقد المستتر كانت الافضلية لمن تمسك بالعقد الظاهر وذلك لاعتبارات تتعلق بتأمين ذلك الاستقرار¹.

-و يعني ذلك ان العقد المستتر هو العقد الذي اتجهت اليه ارادة المتعاقدين وهو النافذ بينهم والعقد الصوري لا وجود له بينهم ،الا ان المشرع جعل للغير الخيار في التمسك بالعقد الحقيقي المستتر او العقد الصوري الظاهر وذلك من اجل حماية حقوق الغير واستقرار المعاملات كما سبق ذكره .

-و يترتب على ذلك ان لدائني البائع اذا كان البيع صوريا ان يتمسكو بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على محل العقد على اساس انها تخرج من ملك البائع ،كما لدائني المشتري التمسك بالعقد الصوري ، حتى يتمكنوا من التنفيذ على محل العقد الصوري شريطة ان يكونو حسني النية وان يكون لهم مصلحة في ذلك ، ويعني هذا انه ينظر الى الارادة الخارجية الظاهرة للمتعاقدين ، ولا ينظر الى الارادة الداخلية كما هو الحال بالنسبة لاثر الصورية فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام .

الفرع الثاني: حماية الغير في العقد الباطل

-يعتبر البطلان الجزاء القانوني لغياب أحد أركان العقد، وهي: التراضي والمحل والسبب والتشكيلة في حالة اشتراطها. أما في العقود العينية، كالقرض والعارية والوديعة، فيشترط وجود ركن آخر وهو التسليم، أو لعدم توفّر شروط صحّته، وهي بوجود الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال. ويختلف نوع البطلان في حالة غياب الأركان أو أحدها، وذلك بتحقق البطلان المطلق. أما في حالة عدم توفر شروط الصحة فيكون بطلان نسبي أو القابلية للبطلان².

¹ حسن الفكهاني، الوسيط في شرح القانون المدني الاردني المرجع سابق ، ص 545.

² عبد الرزاق أحمد السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ص 532، ومحمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 234.

ويعرّف البطلان بأنه عدم إنتاج العقد لآثاره القانونية بالنسبة للأطراف المتعاقدة، وبالنسبة للغير أيضاً. وفي صورة أخرى قد يكون منتجاً للآثار التي يتأثر بها أطرافه، ولكن لا تسري في حق الغير¹. فالعقد الباطل لا وجود له، ولكن بما أنه أبرم، فيعتبر عمل مادي، أو بمعنى آخر واقعة قانونية. وكإستثناء نابع من ضرورة استقرار التعاملات القانونية، قد ينتج العقد الباطل، وذلك لحماية حسن النية.

لقد نصت المادة 102² من ق. م. ج. على أن: "إذا كان العقد باطلاً بطلانا مطلقاً، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجارة وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد".

ومنه، يحقّ لكل من له مصلحة أن يلجأ للقضاء، بتمسكه بالبطلان. ونعني بمصطلح من له مصلحة أي الغير الذي يتأثر بالعقد الباطل، ونعطي مثال: إذا رفعت ضد حائز عقار دعوى استرداد ملكيته، وتمسك المسترد في إثبات ملكية بعقد بيع أبرمه مع المالك الحقيقي. و يحق للحائز أن يتمسك ببطلان هذا العقد إذ أن له مصلحة في رفض دعوى الاسترداد، فنجد أن الحائز ولو أنه أجنبي عن العقد، وليس خلفاً لأحد طرفيه يحق له التمسك بالبطلان إذ أنّ عنصر المصلحة متوافر.

وكذلك الحال في حق المشفوع ضده (وهو مشتري العقار)، في التمسك ببطلان العقد الذي تملك به الشفيع حتى يصل إلى سقوط هذا الأخير في الشفعة.

¹ وفي هذا يرى الأستاذ السهوري: "أن العقد الحقيقي في الصورة صحيح فيما بين المتعاقدين غير نافذ في حق الغير، والعقد غير المسجل صحيح فيما بين المتعاقدين، ولكن لا يحتج به على الغير، والعقد الذي أبرمه المدين المعسر أضرارا بحق دائنه صحيح فيما بين المتعاقدين، ولكن لا يسري في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة، بل وقد يكون العقد قابلاً للإبطال فيما بين المتعاقدين وهو في الوقت ذاته لا يسري في حق الغير.

-فبيع ملك الغير قابل للإبطال، فيما بين البائع والمشتري، ثم هو لا يسري في حق المالك الحقيقي وقد يجيز المشتري العقد فيزول البطلان ويبقى عدم السرمان، والبطلان إذا كان قابلاً للزوال يزول بالإجازة (Confirmation)، أما عدم السرمان فيزول بإقرار الغير للعقد (Ratification) ويلاحظ فيما قدمناه من الأمثلة أن (الغير) ليس له مدلول واحد. فيختلف مدلوله في مثل عنه في المثل الآخر. عبد الرزاق السهوري، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجزائية، مجلد 1، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 533.

² تقابلها المادة 141 مدني مصري (1- إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالأجازة.

2- وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد).

ولا يحق لتاجر طلب إبطال عقد الشركة حتى يتخلص من المنافسة التجارية له، وتوفر عنصر المصلحة هنا يدخل في حكمه المتعاقدين وخلفهما العام والخاص وحتى الدائنين.

ويجوز التمسك بالبطلان في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول أمام المجلس القضائي، بل وأمام المحكمة العليا إذ يتعلّق الأمر بالنظام العام¹.

على عكس العقد القابل للإبطال أو من وقع عليه قابلية الإبطال، فلا يكون حق التمسك بإبطاله إلا للمتعاقد الذي قرر البطلان لمصلحته، مثال المتعاقد الناقص الأهلية وشاب إرادته عيب من عيوب الإرادة، يكون له حق إبطال العقد على عكس المتعاقد الآخر. وأما الغير، فلا يصحّ له التمسك به، وحتى المحكمة لا يجوز، لها أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، وذلك حسب نص المادة 99 من ق. ج. بنصها إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق.

-أما فيما يخص الخلف العام والخاص والدائنين فيكون لهم الحق في التمسك بالإبطال، لكن بشرط أن يكون هذا التمسك باسم مدينه وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة. تنص المادة 103 على المبدأ العاموهي إعادة المتعاقد إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد، في حالة ما إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، أو تقرر إبطاله قضاءً².

ويعتبر تطبيق هذه القاعدة سهلاً في حالة عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد الباطل أو القابل للإبطال، إما إذا تمّ تنفيذ الالتزامات ونشأت الآثار.. مثاله: عقد البيع الباطل، يقوم البائع باسترداد الشيء المبّيع والمشتري باسترداد الشحن، ولكن قد يستحيل إرجاع الحقوق إلى سابق عهده مثاله في العقود المستمرة، فعندئذ يحكم بتعويض عادل، مثاله عقد الإيجار، فيستحيل على المؤجر استرداد المدة التي أقام فيها المستأجر³.

¹ محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 248.

مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة I، المصادر (العقد والإرادة المنفردة)، مطبعة دار الحياة، دمشق، ط4، سنة 1964، ص 97.

² Josserand(S) . De la responsabilité du fait des choses inanimées .Paris.1897. p361.

³ Jacques Flour, Jean Luc Aubert et Savant, Les obligations 1-2 l'acte juridique ; 10^{ème} édition (Armand Colin) pars 2002, p 65. Et F. Terré ; Ph. Simler et Y. Lequette ; Droit civil, Les obligations, 8^{ème} édition (Dalloz 2002), p. 36.

فيحكم بتعويض على تلك المدة، على أساس الإثراء بلا سبب لمصلحة المؤجر، وفي عقد العمل أو
المقاوله أيضا، وذلك حسب نص المادة 2/103 ق.م.ج.

ويقاس هذا التعويض على أساس قيمة العمل أو المنفعة دون التقيد بالأجر المتفق عليه سابقاً.

لقد كان القانون الروماني يستثني من هذا المبدأ حالة بطلان العقد لعدم مشروعية المحل أو السبب
إذا كان من يطالب بالبطلان قد تلوث بسبب البطلان، لأنه لا يجوز له أن يتمسك بغشه كي يطالب
البطلان، وتسمى هذه القاعدة بـ (Nemo auditur propriam turptudinem allegans).

- نجد أن القانون الفرنسي قد تخلص عن هذه القاعدة على عكس القضاء الفرنسي، لكن ما لبث إلى أن
تحول عن الأخذ بها في حالة العقود المخالفة للأداب العامة فقط، وكان ذلك بسبب الانتقادات الكثيرة
التي وجهت لهذه القاعدة، نذكر منها: هذه القاعدة تؤكد على أثار العقد الباطل، في المقابل تعطل
مفعول البطلان¹.

ولقد نصّ المشرع الجزائري على هذه القاعدة في نص المادة 3/103 بـ "يحرم من الاسترداد في حالة
بطلان العقد من تسبّب في عدم مشروعيته أو كان عالماً به". أما في القوانين العربية، فلا نجد أي مشرّع
قد نصّ على هذه القاعدة، سنكتفي إلى هذا الحد، فيما يخصّ العقد بالنسبة للمتعاقدين².

- أما فيما يخصّ أثار العقد الباطل على الغير والحماية المقررة له، فأولاً: الغير، في هذا المجال هو كلّ
شخصٍ تلقى حقاً مالياً على الشيء محل العقد الباطل أو العقد القابل للإبطال، والذي تقرّر إبطاله
سواء بعوض أو على سبيل التبرع.

¹ ولعل أشهر مثال لهذه القاعدة، اتفاق رجل مع امرأة على ممارسة الرذيلة غير المشروعة مقابل مبلغ مالي، ثمّ نقرّر بعد ذلك بطلان
العقد لمخالفة الآداب العامة، فلا يحقّ للرجل استرداد ما دفعه لأنه ملوث بسبب البطلان.

وفي مثال آخر من قام باتفاق مع قاتلي على قتل شخصي ما مقابل مبلغ مالي، أن يطالب باسترداد هذه النقود، أو في حالة الرشوة أيضاً
Ch. Zarroumet, Droit civil, Tome 3, Les obligations, le contrat – 13^{ème} édition (Economica-Delta 1996), p. 110 et Ph. Le tourneau droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz,
2004/2005, p. 99.

² للمزيد من التفصيل، انظر: صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 263 وما بعدها.
السنهوري، نفس المرجع، ص 339. البدرابي، ص 364. توفيق فرج، 274 و 275. أحمد يسري، تحول التصرفات القانونية، رسالة من
جامعة هايدلبرج بألمانيا (الترجمة العربية، القاهرة، 1958). توفيق فرج، بند 181، ص 257-261. جميل الشرفاوي، المصادر، ص
257-260.

-فالغير هو الخلف الخاص للمتعاقدين، وهو ليس أجنبي عن العقد، بل هو كل شخص له حق يتأثر بصحة العقد أو بطلانه¹.

ثم تبين أن أحد المتعاقدين قد تصرف بالشيء الذي تلقاه نتيجة ذلك العقد إلى شخص آخر، فهل تطبق هنا القاعدة العامة على الغير، أي إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد؟
-إن نصّ المادة 103 من ق. م. ج. يطبق أيضا على الغير الذي يكون قد تلقى حقا على الشيء محل العقد هنا أحد المتعاقدين، والحجة في ذلك هو أنّ المتعاقد قد تصرف للغير بذلك الشيء يكون قد تصرف بشيء لا يملكه، لأن بطلان العقد أو إبطاله يستلزم إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فمثلا في عقد البيع الباطل، والذي فيه المشتري قام بالتصرف بالمبيع إلى مشتري ثاني، وبتطبيق القاعدة الأولى، كان وجوبا إرجاع الشيء المبيع إلى البائع الأول، ولكن إذا طبقنا هذه القاعدة بحذافرها نكون قد أخللنا بقاعدة استقرار المعاملات، لذلك فهناك استثناءات تردّ على هذه القاعدة، فهي في نفس الوقت تمثل الحالات التي تظهر حماية المشرع للغير حسن النية من أثر بطلان أو زوال العقد بأي طريق آخر، كالفسخ.

-وتقوم حماية الغير في هذه الحالة على تحقيق استقرار التعامل وترسيخ الأمان القانوني ورعاية الثقة المشروعة بين المتعاقدين.

أولا: عقود الإدارة.

ثانياً: العقد الصوري: قد حمى القانون الدائنين والخلف الخاص من صورية العقد، فأجاز لهم التمسك بالعقد الصوري، وذلك ما جاء في نص المادة 198 مدني جزائري .

ثالثاً: حماية العقد الذي اكتسب حقا عينيا على عقار بحسن نية.

رابعاً: حماية الغير الذي يحوز منقولاً ماديا بحسن نية:-فحسب نص المادة 835 من القانون المدني الجزائري،

¹ فالخلف الخاص هو الذي يخلف المتعاقد في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها، فالمشتري هو حلف خاص للبائع، والمنتفع هو خلف خاص للمالك في حق الانتفاع.

إذا تصرف أحد المتعاقدين بالشيء الذي تلقاه بسبب عقد باطلٍ أو قابلٍ للإبطال للغير بموجب تصرف قانوني، كعقد البيع، ثم تقرر بطلان البيع الأول فلا يحق للمالك الأصلي انتزاع أو استرداد الشيء من يد المشتري الثاني، متى كان حسن النية طبعاً، أي لا يعلم وقت إبرام عقده، السبب الذي أدى إلى بطلان البيع الأول، استناداً إلى أن الحيازة في المنقول سند ملكية الحائز.

خامساً: حماية الغير الذي يتلقى حقا من وارث ظاهر.

سادساً: حماية الغير في الرهن الرسمي

تنص المادة 885: "يبقى صحيحاً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية، وقت إبرام عقد الرهن"¹.

فإذا انتقلت ملكية العقار إلى شخص بعقد قابل للإبطال لأي سبب أو قام المشتري بتقرير حق الرهن لصالح شخص آخر، والذي يسمى في هذه الحالة بالدائن المرتهن، وكان هذا الأخير حسن النية، لا يعلم بالعيب الذي يمس سند ملكية المشتري الذي هو المدين الراهن، فإن بطلان التصرف الذي يملكه بمقتضاه المشتري لا يؤثر على حق الدائن المرتهن، فيعود العقار إلى البائع مثقلاً بهذا الدين².

الفرع الثالث: دعاوى حماية الغير

- اتجه الفقه بشأن نطاق مبدأ نسبية أثر العقد في مواجهة أطرافه إلى اتجاهين،

* الأول: اتجاه تقليدي، وينظر إلى مبدأ نسبية أثر العقد في ضوء مرحلة تكوينه فقط، وبالتالي فإن أطراف العلاقة العقدية هم فقط من شاركوا في تكوينها.

* الثاني: اتجاه حديث، وينظر إلى مبدأ نسبية أثر العقد بمفهوم أكثر شمولاً يتناول أطراف العقد بنظرة موضوعية تشمل كل من ساهم في تنفيذ بنوده، ويمكن القول بأن الدائن حين يلجأ إلى استخدام الدعاوى والوسائل اللازمة لحفظ الضمان العام فإنه يسلك احد سبيلين: الأول: أن يتصرف باسم

¹ صبري السعدي، المرجع السابق، ص 273.

² عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي سنة 1984، ص 76. وتوفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون سنة، ص 56.

مدينه مستخدما ما يعرف بالدعوى غير المباشرة في مواجهة مدين مدينه، والثاني: أن يتصرف باسمه الشخصي مستخدما ما يعرف بالدعوى المباشرة في مواجهة مدين المدين، ولكل من الدعويين مزايا وعيوب. ولا شك أن سلطة الدائن في استخدام إحدى الدعويين سوف تتأثر بتحديد من يقع على عاتقه تنفيذ الالتزام بسداد الدين من ناحية، ومن له الحق في المطالبة بهذا الدين من ناحية أخرى، وهذا ما يؤكد وجود علاقة وثيقة بين أحكام الضمان وبين فكرة الأسرة العقدية التي سيتحدد بناء عليها من هم أطراف العقد المطالبون بتنفيذ بنوده، ومن هذا المنطلق وفي سبيل تحقيق تلك الحماية فقد منح المشرع للدائن العديد من الدعاوى حماية لحقه، لدى المدين، أهمها الدعوى الغير مباشرة والدعوى المباشرة والدعوى الصورية، ودعوى عدم نفاذ التصرف .

أولاً: الدعوى الغير المباشرة :

-هي دعوى من احد الدعاوى التي تثبت في حق الدائن تهدف الى حماية الدائن من الضرر الذي يصيبه نتيجة اهمال المدين في استعمال حق من حقوقه، فالمدين قد يعتمد الاهمال في استعمال حقوقه اذا كان في وضع مالي سيء لعلمه بان اثر الاهمال لن يصيبه وانما سيلحق بدائنيه وانه لن يستفيد من استعمالها لان نتيجهما ستؤول الى ذمته المالية ليستوفي الدائنون منها حقوقهم¹.

1: طبيعة هذه الدعوى

-تقف هذه الدعوى وسطا بين الوسائل التحفظية والوسائل التنفيذية فهي لا تهدف الى مجرد المحافظة على اموال المدين وانما ترمي الى استعمال حق قصر المدين في استعماله اهمالا او عمدا كما ان مباشرة الدائن لها لا تعتبر تنفيذا لحقه ولا وسيلة لاستيفائه وانما هي تمهيد للتنفيذ فحسب، فما تحفظه هذه الدعوى من حق يكون في وسع الدائن استيفاء حقه منه باللجوء الى وسائل التنفيذ.

¹ Baomet .la responsabilite contractuelle de fait d autrui .these .nice .p 379.et Neret .le sous contrat .these paris 1977.L.G.D.J.P374.

ولفظ الدعوى الذي يطلق عليها لفظ غير دقيق وان سميت كذلك جرى مع الغالب ذلك ان كل حق يجيز القانون للدائن استعماله نيابة عن مدينه عند توافر شروط معينة يجوز استعماله في صورة دعوى كأن يرفع دائن البائع دعوى على المشتري ليطالبه بالثمن اذا لم يقم البائع بذلك.

-كما يجوز استعماله في صورة اجراء لا يوصف بانه دعوى كأن يقوم دائن المنتفع من اشتراط لمصلحة الغير بقبول الاشتراط وتوصف بانها دعوى غير مباشرة لأن الدائن يقتضي حقه بطريق غير مباشر هو العمل على المحافظة على عناصر الضمان العام للتنفيذ عليها فيما بعد ولان الدائن يستعمل حقوقه نيابة عنه دون وجود علاقة قانونية مباشرة بين الدائن وبين مدين مدينه¹.

-حيث تقوم هذه الدعوى على اسس ثلاثة اولهما حق الضمان العام وما يفيد من اعتبار اموال المدين ضامنة لوفاء ديونه وما يقتضيه من وقاية للدائن من خطر نقص العناصر الموجبة في ذمة المدين، وثانيها وجود مصلحة عاجلة مشروعة للدائن تجيز له استعمال حقوق مدينة باسم المدين اذا اثبت ان المدين لم يستعمل حقوقه وان من شأن عدم استعماله حقوقه التسبب في اعساره او زيادة اعساره وعدم استعمال المدين حقوقه يكفي وحده لإثبات اهماله، وثالثها نيابة الدائن عن مدينه وهي نيابة قانونية لأنها بفرض القانون وليست وليدة اتفاق ولكنها نيابة من نوع خاص ذلك لان الاصل في النيابة انها تتقرر لمصلحة المنوب عنه وهي في الدعوى غير المباشرة مقررة لمصلحة النائب الدائن لا لمصلحة الأصيل المدين ولما كانت النيابة مقررة لمصلحة النائب دون الاصيل فقد تطلب القانون إدخال الأصيل خصما في الدعوى التي يباشرها نيابة عنه وفي ذلك خروج على طبيعة النيابة وأحكامها².

2-شروط الدعوى الغير مباشرة

-تنص المادة 189 من القانون المدني عن شروط هذه الدعوى وتبدو شروطها على نوعين، أولهما الشروط الموضوعية وثانيهما، الشروط الإجرائية. اما الشروط الموضوعية فتوزع على ثلاث فئات أولهما الشروط المتصلة بحق الدائن، ثانيهما الشروط التي ترجع الى المدين

¹ ياسن أحمد القضاة، الدعوى المباشرة في القانون المدني: دراسة مقارنة، عمان-دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2014، ص20.

² المادة 190 من القانون المدني الجزائري (يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينة نائبا عن هذا المدين ،و كل مما نتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في اموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه)

وثالثهما الشروط التي تتصل بالحق الذي يستعمله الدائن، اما الشروط الاجرائية فشرطان اولهما: ان يستعمل حق مدينه باسم المدين، ثانيهما ان يدخل المدين خصما في الدعوى¹.

وستتكلّم على جميع هذه الشروط تباعا فيما يلي:

أالشروط الموضوعية المتصلة بحق الدائن: يشترط في حق الدائن ان يكون محققا وقد اكتفى القانون في حق الدائن سواء كان دائئا عاديا او دائئا مرتهنا او دائئا له حق امتياز ان يكون محققا مؤكدا وان كان غير معين المقدار فيجوز للمتضرر من عمل غير مشروع ان يستعمل حقوق مدينه قبل صدور الحكم بالتعويض مادامت له مصلحة مشروعة في استعمالها ولم يشترط القانون في حق الدائن ان يكون واجب التنفيذ او مستحق الاداء لان شرط الاستحقاق ضروري لاتخاذ اجراءات التنفيذ واستعمال حق المدين ليس اجراء من اجراءاتها الا انه لا يجوز استعمال حق المدين من قبل من كان حقه احتماليا كحق الوارث قبل موت المورث او من قبل من كان حقه متنازعا فيه ويحق للدائن مباشرة هذه الدعوى وان كان الحق مقترنا بأجل واقف او بأجل فاسخ لان الحق يعتبر محققا بالرغم من قيام الاجل كما يجوز للدائن مباشرتها وان كان حقه معلقا على شرط فاسخ لان حقه يكون محقق الوجود وان كان مؤقتا وتوقيته لا يكون مبرراً للحيلولة دون حماية صاحبه اما الحق المعلق على شرط واقف فانه حق غير محقق الوجود لان وجوده رهن بتحقيق الشرط².

ب-الشروط الموضوعية التي ترجع الى المدين

وهما شرطان يرجعان الى فكرة المصلحة المشروعة العاجلة للدائن:

¹¹ المادة 189 من الامر رقم 58/75 اسنة 1975 المتضمن القانون المدني (لكل دائن ولو لم يحل اجل دينه ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، الا ماكان منها خاصا بشخص او غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا اثبت ان المدين امسك عن استعمال هذه الحقوق، و ان الامسك من شأنه ان يسبب عسره او ان يزيد فيه ولا يجب على الدائن ان يكلف مدينه بمطالبة حقه غير انه لا بد ان يدخله في الخصام) وجاءت المادة 306 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية (يجوز للدائن ان يطعن في عقود مدينه التي تممها اضرازا بمصالحهم وذلك باسمهم الخاص)

ووجاءت المادة 1167 من القانون المدني الفرنسي بنفس ماجاء به المشرع الجزائري.

² عجيجي سامية، الدعوى المنحرفة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1996، ص25.

اولهما تقصير المدين في عدم استعمال حقه

ان عدم استعمال المدين حقه قد ينتج عن عمد نكاية بالدائنين وقد ينتج عن إهمال ويقع عبء اثبات التقصير على عاتق الدائن ويكفي لثبوت التقصير ان يثبت الدائن ان المدين قد تأخر في استعمال حقه عن الوقت الذي لا يسمح الرجل المعتاد لنفسه ان يتركه ينقضي دون استعمال الحق دونما حاجة لإثبات تقصير معين في جانب المدين فيكفي ان يثبت الدائن ان المدين تراخي في رفع الدعوى بحقه او انه رفعها ثم توقف في مباشرة إجراءاتها، وللمدين ان ينفي هذا التقصير .

كأن يثبت ان في الوقت متسعاً لمباشرة حقه بنفسه وينتفي تقصير المدين اذا نشط بعد اهمال و اراد مباشرة حقه بنفسه بعد ان كان الدائن قد تولى ذلك وله ان يوقف المضي في الدعوى بعد رفعها من قبل الدائن اذا اتفق المدين مع مدينه على انتهاء النزاع صلحاً ولا يجوز للدائن الاعتراض على ذلك الا اذا انطوى الصلح على اضرار به والدائن عندئذ ان يطعن في الصلح بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه.

وثانئهما تسبب عدم استعمال الحق من قبل المدين في إعساره او في زيادة إعساره ويقصد بالإعسار لرفع هذه الدعوى الإعسار الفعلي وليس الإعسار القانوني ويراد بالإعسار الفعلي زيادة ديون المدين على حقوقه مما يحول بين الدائن وبين استيفاء حقه كاملاً عند التنفيذ¹.

اما الاعسار القانوني فيتطلب حكماً لشهره وفق شروط واجراءات معينه².

وبمقتضى نص المادة 189 لا يجوز للدائن استعمال حق مدينه اذا قصر في استعمال الا اذا انطوى التقصير على اضرار بالدائن كأن يكون قد تسبب في اعسار او زاد في اعساره فاذا كان المدين موسراً امتنع على الدائن استعمال حقه وان ادى عدم الاستعمال الى ضياع الحق ولا يجوز له استعمال حق مدينه وان ادى عدم الاستعمال الى اعسار المدين اذا كان للدائن تأمين عيني يضمن الوفاء بحقه كاملاً.

¹- رمضان ابو السعود، احكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، سنة 1994، ص158 وجميل الشرقاوي النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ط 1، دار النهضة العربية، 1995 ص486.

² رمضان ابو السعود، احكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، المرجع السابق، ص158-159.

كما تنتفي مصلحة الدائنين الشخصيين كافة في اقامة هذه الدعوى اذا انصبت هذه الدعوى على استرداد عين مثقلة بحقوق رهن تستغرق قيمتها وعلى الدائن واجب اثبات ترتيب اعسار المدين او زيادة اعساره على تقصيره في المحافظة على امواله¹.

ج- الشروط الموضوعية المتصلة بالحق الذي يستعمله الدائن: الاصل ان كل ما يقع في الضمان العام للدائنين من دعاوي وحقوق يستطيع الدائن استعمالها باسم المدين اذا ثبت تقصير المدين في استعمالها وافضى تقصيره الى الاضرار بحقوق الدائنين فللدائن ان يقطع التقادم ضد المدين وان يطالب بحقوقه المتعرضة للسقوط بالتقادم وله ان يسجل عقود الشراء والرهن المترتبة عليه وله ان يطعن في الاحكام الصادرة ضده فيترافع ويتمسك بالدفع نيابة عنه وله أن يباشر كل ما من شأنه صيانة حقوق مدينه من الضياع سواء كانت هذه الحقوق شخصية او عينية².

ثانيا- الدعوى المباشرة:

تعد الذمة المالية للمدين هي الضمان لوفائه بما عليه من دين نحو الدائن، فأموال المدين هي الضمان العام للوفاء بالدين، ويستطيع دائنو المدين الحجز على تلك الأموال في سبيل استيفاء حقوقهم، غير أن ذلك الضمان يبقى مهتدا بالزوال أو بالضعف مادام المدين حرا في التصرف في أمواله إذا تصرف فيها بما يضر بالدائنين .

¹ عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء 2، ص 531.530. سليمان مرقس، شرح القانون المدني الجزء الثاني مصادر الالتزام واثاره ووصافه وانقضائه، النظرية العامة للاثبات، المطبعة العالمية، مصر لسنة 1964، ص 16-17. نبيل ابراهيم سعد النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، دار الجديدة للنشر، 2000، ص 115.

² وبمقتضاه ينبغي ان يكون ما يستعمله الدائن باسم مدينه حقا وليس مجرد رخصة. والرخصة لا تمثل قيمة مالية وانما هي مكنة اكتساب الحق وليس حقا سواء كانت مكنة عامة يشترك فيها المدين وغيره كمكنة البيع او التأجير او رفض صفقة او كانت مكنة خاصة تخص بالمدين وحده كمكنة اخذ عقار بالشفعة او قبول هبة ذلك لان استعمال المكنة يكون رهناً بمشيئة صاحبها ويجب ان يكون ما يستعمله الدائن حقا ماليا للمدين اما الحقوق التي لا تتحول الى مبلغ من المال يضاف الى ذمة المدين فلا شأن للدائنين بها كالحقوق العامة وحقوق الأسرة وان ترتب على استعمالها كسب حقوق مالية فليس للدائن ان يرفع نيابة عن مدينة دعوى طلاق وان كانت تقضي الى تخفيف عبء مالي عنه هو انقطاع التزامه بالنفقة ولا يجوز للدائن استعمال الحقوق المالية المتصلة بشخص المدين خاصة لانها تقوم على اعتبارات ادبية يناط تقديرها بالمدين وحده كحق الواهب في الرجوع في الهبة ولا يجوز للدائن كذلك استعمال حقوق مدينه المالية غير القابلة للحجز عليها لانها تدخل في الضمان العام ذلك لان الحجز هو طريق التنفيذ والتنفيذ هو وسيلة الدائن في استيفاء حقه ومالا يجوز حجزه لا يجوز للدائن استعماله لانعدام مصلحته ولا يجوز للدائن ان يباشر حقوقا للمدين تكون مثقلة بحقوق الغير تستغرق قيمتها لانتفاء مصلحة الدائنين في مباشرتها كاستعمال حق المدين في استرداد عين يملكها من يد الحائز اذا كانت العين مرهونة لضمان دين يجاوز مقداره قيمتها، هشام طه محمد سليم، الدعوى المباشرة بين المفهوم الحديث والتقليدي لمبدأ اثر نسبية العقد، مقال منشور في مركز الاعلام الامني، ص 13.

-إن المشرع لم يترك الدائن في مواجهة المدين دون وسائل أخرى دفاعية تحفظ حقه وتحافظ من ناحية أخرى على الضمان العام، ويمكن للدائن من هذا المنطلق أن يسعى في اقتضاء حقه ، أو على الأقل المحافظة عليه لحين حلول موعد اقتضائه باستخدام إحدى تلك الوسائل يرفعها الدائن باسمه شخصيا لا باسم مدينه ، مطالباً بالحق من مدين مدينه مباشرة دون ان يتعرض لمزاحمة باقي دائني هذا المدين ، قاعدة المساواة بين الدائنين فيصبح الدائن رافع الدعوى المباشرة بمثابة دائن له امتياز على هذا الحق ، و الذي يسبق كل الدائنين ليقضي حقه ¹.

-و يشترط في الغير الذي يريد رفع الدعوى المباشرة بصفته دائنا ان يتأكد بان مدين مدينه له التزام اتجاه المدين ووجود دين بين المدين وهذا الغير ويجب على هذا الاخير قبل ان يباشر بإجراء اذار للمدعى عليه أي مدين المدين بالوفاء بالحق المطالب به أي ان يقدم له كل ما هو ثابت في ذمة المدين الاصيلي ، كما يجب الاشارة الى ان الدعوى المباشرة لا تنقرر الا بوجود نص قانوني خاص بها لأنها حماية استثنائية للغير والتي تقوم على فكرة الامتياز لأنها تنتقل الحقوق بها مباشرة في ذمة الدائن ولا تمر على ذمة المدين ².

- ولعل من اهم الحالات التي نجدها تجسد الدعوى المباشرة كوسيلة استثنائية لحماية حق الغير هي الدعوى المباشرة من صاحب العمل ضد نائب الفضولي والتي نصت عليها المادة 2/154 من القانون المدني (اذا عهد الفضولي الى غيره ، بكل العمل الذي تكلف به او ببعضه كان مسؤولا عن تصرفات نائبه دون اخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب) أي يجوز لرب العمل رفع دعوى مباشرة ضد نائب الفضولي الذي عهد اليه الفضولي بكل العمل او ببعضه

و ثاني اشهر حالة هي الدعوى بين الموكل ونائب الوكيل مفاده انه يستطيع الوكيل الرجوع مباشرة على الموكل بجميع حقوق الوكيل ³.

¹ بالحاج العربي ، احكام الالتزام في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 263-264.

²Cass.Civ ;1,05/01/1990,D.1999,388,noteC.Witz ;RTDCIV,1999,503,obs.j.Raynard ;06/02/2001,1135,obs.ph.Delebecque. Cf.Labbe.Des privileges speciaux sut creance,Rev,Crit,1876,651.

³ و جاء في ذلك قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية ، 1983/03/16 ، ملف رقم 30952.م ق ، 1990 ، العدد 1، ص 15

وهذا ما نصت عليه المادة 580 مدني جزائري (اذا اناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون ان يكون مرخصا له في ذلك كان مسؤولا عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية اما اذا رخص للوكيل في اقامة نائب عنه دون ان يعين شخص النائب فان الوكيل لا يكون مسؤولا الا عن خطئه في اختيار نائبه او عن خطئه فيما اصدر له من تعليمات ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ونائب الوكيل ان يرجع كل منهما مباشرة على الاخر. -و نجد ان للمؤجر الحق ايضا في رفع دعوى مباشرة على المستأجر من الباطن ليستوفي مقابل الايجار من ذمة المستأجر من الباطن قبل ان تصل الى ذمة المستأجر الاصلي¹.

و ذلك حسب ما جاءت به المادة 507 من القانون المدني والمادة 188 ، كما نجد ان العمال الذين يشتغلون لحساب صاحب العمل لهم حماية خاصة كغير في المطالبة بدوى مباشرة المقاول من الباطن بما لا يتجاوز القدر الذي يكون به مدينا به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى حسب ما نصت عليه المادة 565 مدني جزائري .

-كما ان للمصاب في حادث مرور الحق ايضا في مطالبة شركة التأمين في تعويض الضرر الحاصل له وهذه تعتبر حماية خاصة له وذلك على اساس الاشتراط لمصلحته كتأمين اجباري لتغطية الاضرار التي تلحق الغير في عقد التأمين المبرم بين المخطئ في هذا الحادث والذي يحمل صفة المؤمن له مع شركة التأمين المؤمنة فهنا المضرور يعتبر غيرا لانه لم يكن طرفا في عقد التأمين حسب ما جاءت به المادة 619 مدني جزائري².

و ما جاءت به المادة 56 من الامر رقم 07/95 بتاريخ 2006/01/25 المتضمن لقانون التأمينات الجزائري الجديد ، المعدل بالقانون رقم 04/06 المؤرخ في 2006/02/20

¹ قرار المحكمة العليا ، غ ت ب ، 16/02/1992 ، ملف رقم 94659 ، م ق ، 1999 ، عدد خاص ، ص 20، 156/12/1993. ملف رقم 111220 ، مق 1994 ، عدد 1 ، ص 22، 157/11/1994 ، . ملف رقم 106132 ، نفس المرجع .
² بالحاج العربي ، احكام الالتزام في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 265.266.

والتي تنص (ان المؤمن في مجال تأمين المسؤولية يضمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية بسبب الاضرار اللاحقة بالغير)¹.

-فكرة الاسرة العقدية والدعوى المباشرة :

-نظرا للحاجة الملحة للدعوى المباشرة، لما تحققه للدائن من التيسير لدى مطالبته بحقه المتضمن داخل حق مدينه لدى مدين المدين، فقد ظهرت فكرة الأسرة العقدية كفكرة حديثة في الفقه، من قبيل التوسع في تفسير مبدأ نسبية اثر، العقد تحقيقا لمصلحة طرفي العلاقة العقدية في النهاية، ودون خروج في الوقت ذاته عن المبادئ القانونية المستقرة. ويقصد بالأسرة العقدية مجموعة الأشخاص الذين يساهمون في تكوين تصرفات قانونية متعاقبة على مال واحد، أو مترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك، فيتبين من التعريف أن العقود في الأسرة العقدية الواحدة تتخذ إحدى صورتين .:

- الأولى: صورة مجموعة التصرفات القانونية التي تتعاقب على مال واحد، وبالتالي فإن محل الالتزام يكون هو القاسم المشترك بين تلك التصرفات، وتدور جميعها حوله أما الثانية: صورة مجموعة التصرفات القانونية التي تترابط بقصد تحقيق هدف اقتصادي مشترك يجمع بين تلك التصرفات². وبأسلوب آخر يمكن تعريف الأسرة العقدية بأنها: "مجموعة التصرفات القانونية التي تتفرع عن رابطة قانونية أصلية بين طرفين من خلال تعاقبها، أو ترابطها بقصد تحقيق عملية اقتصادية مشتركة، ويجمع تلك التصرفات وحدة الهدف."

2:نطاق تطبيق الدعوى المباشرة داخل إطار فكرة الأسرة العقدية :

أ. مدين المدين لا يسأل إلا في حدود بنود العقد الذي ساهم في تكوينه : فالطرف لا يتحمل بالتزامات لم ترد في بنود العقد الذي ساهم في تكوينه، ومفترض الأسرة العقدية لا يؤدي . بحال . إلى استخدام الدعوى المباشرة في مواجهة مدين المدين خارج هذا النطاق، إذ أن العلاقة التعاقدية هي التي تحدد الالتزامات المنبثقة عنها . فعلى سبيل المثال: " إذا كان التصرف القانوني الذي شارك الطرف المسئول

¹لاكثر من تفصيل عد الى ، سعيد مقدم التامين والمسؤولية المدنية ، ص 133.132.

²فيصل زكي عبد الواحد، المسؤولية المدنية في اطار الاسرة العقدية، مصر : مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1992،ص210.

في تكوينه يتضمن بنداً يحدد القانون الواجب التطبيق في حالة وجود نزاع، أو المحكمة المختصة بهذا الأخير، أو يقضي بوجوب اللجوء إلى التحكيم، أو بالإعفاء، أو التخفيف من المسؤولية، فالطرف المسئول يمكنه التمسك بذلك في مواجهة المتضرر

"ب. الدائن لا يكون له من الحقوق نحو مدين مدينه إلا في حدود بنود العقد الذي ساهم في تكوينه : ذلك أن البنود التي تحكم العقد هي فقط التي انصرفت إرادة الطرفين إليها وبالتالي فلا يجوز أن يجني الطرف - باستخدامه للدعوى المباشرة - نفعاً إلا في إطار تلك البنود،" فمثلاً لو كان عقد المقاوله من الباطن يتضمن بنداً يقضي بإعفاء المقاول من الباطن من مسؤوليته، أو التخفيف منها نحو المقاول الأصلي، فالقول بحرمان المقاول من الباطن من التمسك بهذا البند في مواجهة رب العمل، معناه وجوب تعويضه لهذا الأخير عن الأضرار التي لحقت به.

ولكن نظراً لأن مقتضى البند عدم مساءلة المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي، فإنه يكون قد التزم بأداء ليس مستحقاً في ذمته. ومن ثم يكون له وفقاً للمنطق القانوني الحق في مطالبة المقاول الأصلي، بما دفعه لرب العمل¹.

1- نطاق تطبيق الدعوى من وجهة نظر الفقه التقليدي:

-يثير استخدام الدعوى المباشرة سؤالاً هاماً حول طبيعة المسؤولية التي يرجع بها المضرور -الدائن - على الطرف المسئول - مدين مدينه- فقد ميز الفقه التقليدي بين طرفي العقد وبين الغير من خلال وجهة نظر ضيقة وبالتالي فقد قصر الفقه التقليدي استخدام الدعوى المباشرة على ما ورد بشأنه نص قانوني فقط باعتبارها استثناء من مبدأ نسبية اثر العقد .

- غير أن المشكلة تظهر عندما يصيب الضرر طرفاً في آخر السلسلة العقدية، ويكون المتسبب في هذا الضرر هو المتعاقد الأول في تلك السلسلة، ففي تلك الحالة ما هو أساس المسؤولية التي يرجع المضرور بناء عليها على المتسبب ؟ وهل هذا الأساس عقدي أم تقصيري ؟

¹ B. Teysse, Les groupes de contrats . Revue internationale de droit comparé. Année 1977.p29.

2: نطاق تطبيق الدعوى المباشرة من وجهة نظر الفقه الحديث

-تعرض الفقه والقضاء الفرنسي لتلك المشكلة حيث انقسما إلى قسمين: أحدهما يؤيد إعمال أحكام المسؤولية العقدية والآخر يرفضه، وقد انتهى الفقه والقضاء إلى أن للمتملك النهائي أن يرجع على البائع الأصلي أو المنتج للمال بدعوى مباشرة تستند إلى المسؤولية العقدية، يختلف تصنيفها باختلاف نوع الضرر الواقع على المضرور فقد تكون دعوى ضمان استحقاق أو دعوى ضمان عيب خفي، فلا شك أن تلك الضمانات مصدرها عقد البيع الأصلي وهي لم تثقل عاتق البائع الأصلي أو منتج المال إلا بسبب أن أحدهما طرف في العقد، وبالتالي يجب تجنب سلبات إقحام المسؤولية التقصيرية في دائرة المسؤولية العقدية. وهذا هو ما قصده الفقيه من فكرة توحيد النظام القانوني للمسؤولية المدنية في إطار الأسرة الفرنسي Teyssse العقدية الواحدة، بل أن مؤيدي فكرة الأسرة العقدية يتوسعون في تفسير مبدأ نسبية اثر العقد إلى مدى عدم اشتراط أن يكون الطرف المضرور والطرف المسئول - المخل بالالتزام - قد ساهما معا في بناء العلاقة العقدية حتى يمكن تطبيق قواعد المسؤولية العقدية، بل يكفي وجود رابطة عقدية موضوعية بينهما ناتجة عن تعاقب التصرفات القانونية التي نقلت الملكية على مال واحد أو ترابطها بهدف تحقيق قصد اقتصادي مشترك.¹

حتى يتم تجنب أحكام المسؤولية التقصيرية وإعمال أحكام المسؤولية العقدية .

3: شروط استخدام الدعوى المباشرة في ظل الأسرة العقدية

-لا شك أن وجود الدعوى المباشرة مرهون بوجود الرابطة العقدية ، وهو ما يفرض شروطا لاستخدامها في ظل الأسرة العقدية الواحدة، ويمكن لتوضيح الفكرة استخدام عقد البيع - باعتباره من أهم العقود المسماة - على سبيل المثال حال تعاقب عدة مشتريين على محل واحد وهو ما يتم تناوله فيما يلي:

¹ B. Teyssie, Les groupes de contrats . Revue internationale de droit comparé.op cit.p230.

-الشرط الأول، وجود رابطة عقدية بين المضرور والمسئول : فعلى سبيل المثال ؛ يجب أن ينتهي البائع المسئول، والمشتري المضرور في حالة استحقاق المبيع إلى أسرة عقدية واحدة، أما ينبغي ألا تكون العلاقة العقدية قد انقطعت بواقعة مادية .

-الشرط الثاني:الإخلال بالتزام تعاقدية من احد أطراف العلاقة العقدية فهذا الإخلال هو ما يمثل الخطأ الموجب لقيام المسؤولية العقدية. "ويقع عبء إثبات الخطأ على عاتق المضرور مدعي المسؤولية ونظرا لأن هذا الخطأ يستخلص من وقائع مادية ايجابية وسلبية، فإنه يجوز إثباته بجميع طرق ذلك، بما في ذلك شهادة الشهود، والقرائن المستخلصة من ظروف حصول الضرر، وملايساته والمستمدة من وقائع الدعوى ومستنداتها"¹.

-الشرط الثالث: أن يلحق الضرر بالمشتري :ينبغي تحقق الضرر المادي للمشتري لمحل العقد، أيأ كان ترتيبه ضمن أطراف الأسرة العقدية الواحدة، إذ انه بتلك الواقعة قد حرم من الحياة المستقرة. وبالتالي يكفي أن يثبت المشتري استحقاق المبيع للغير مثلا حتى يكون قد اثبت تحقق الضرر .إلا أن ذلك لا يخل من ناحية أخرى بأحقية الطرف المسئول عن الضرر في التمسك بوجود بند إعفاء من المسؤولية حتى يتجنب الحكم عليه بالتعويضات في حالة" إذا كان هذا البند قد ورد في العلاقة التعاقدية، التي شارك الطرف المسئول في بنائها، أو العلاقة التعاقدية التي كان المتضرر طرفا مباشراً فيها"².

"الشرط الرابع: وجود رابطة سببية بين الخطأ العقدي والضرر علاقة السببية

-يقصد بهذا الشرط أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لإخلال البائع بالتزامه بضمان تعرضه للغير -مثلا - وفشله في دفعه، مما ترتب عليه استحقاق المبيع من تحت يد المشتري، فإذا لم تكن هناك علاقة سببية بين الخطأ وهذا الضرر، فلا تقوم مسؤولية مرتكب الخطأ ... وفكرة السببية تفيد من الناحية المنطقية تعاقباً ضرورياً بين حادثتين، فالسبب يسبق النتيجة أطراف الأسرة العقدية الواحدة.

¹ B. Teysie, Les groupes de contrats . Revue internationale de droit comparé.opcit .p245.

² Pikol SIENG .Action directe et groupe de contrats internationaux.

UniversitéLyon2<https://www.memoireonline.com>

وبه يمكن تجنب مساوئ استناد الطرف المضرور إلى أحكام المسؤولية التقصيرية في سبيل جبر ضرره وتحقق جدوى الاعتراف للدائن بالحق في استخدام الدعوى المباشرة، خاصة مع وجود النصوص القانونية التي تفيد وجود الدعوى المباشرة¹.

ثالثاً: الدعوى البليانية (عدم النفاذ)

1- الدعوى البليانية كحماية للغير حسن النية:

- كمبدأ يفترض في أي شخص حسن النية والاستقامة، وهذا ما يفترض أيضاً في جميع المتعاملين والتجار، وذلك بأن تعود الديون والممتلكات لأصحابها، حتى يعم السلام والأمن الاجتماعي. إلا أنه توجد حالات نجد فيها بعض من المدينين يرفضون إعادة الأموال لأصحابها ودفع ديونهم واستغلال كل وسائل الطعن القانونية للمماطلة بدفع الديون، أو استعمال وسائل الحيلة والتغيير والتدليس للتملص من دفعها، ومثالها: التصنع بالإعسار والفقر ونفاذ المال. لقد نص المشرع الجزائري على دعوى عدم النفاذ في المادة 191 مدني².

تعرض المشرع الجزائري لحالة المدين المماطل سيء النية المصطنع الأعذار، وخول للدائن الحق في الطعن في العقود التي عقدها المدين مع الغير تغييراً وتدليساً للإضرار بحقوق الدائن. ومن جهة أخرى، قد يتقاعس المدين بفعله السلبي، بعدم المطالبة بحقه من مدينه في عدم تتبع استخلاص ديونه التي له على الغير³.

¹ نبيل مهدي زوين، الطبيعة القانونية للمسؤولية عن فعل الغير، مقالة منشورة في مجلة الكوفة، كلية الحقوق العراق، عدد 12، ص 114.

² وفيه جاء قرار المحكمة العليا في الملف، رقم 468751 بتاريخ 2009/04/15، قضية (ي ح) ضد (ع م)

المبدأ: للدعوى عدم نفاذ التصرف شرطان:

1- أن يكون الدين حال الأداء و خالياً من أي نزاع و سابقاً لوجود التصرف المدين الضار .

2- أن يباشر المدين تصرفاً قانونياً، سواء كان بمعارضة أو تبرعاً و أن يكون هذا التصرف مفقراً للمدين

وفي منطوق القرار جاء ب: قبول الطعن شكلاً

في الموضوع: بنقض و ابطال القرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 2006/5/2 رقم 5/1645 و احالة القضية و الأطراف على نفس المجلس مشكلاً من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقاً للقانون و بابقاء المصاريف على المطعون ضده. مجلة المحكمة العليا، العدد الأول سنة 210، ص 127.

³ نبيل عمر، أضيبي بندي، التنفيذ اجلري قواعد و إجراءاته، الطبعة 1112، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص 45.

فقد حمى المشرع الدائن بإعطائه حق الحلول مكان المدين بتتبع ما لديه على الغير من حقوق، وذلك بدعوى تسمى الدعوى البوليانية أو دعوى عدم نفاذ التصرف¹.

وقد انتقلت هذه الدعوى باسمها التقليدي إلى القانون الفرنسي القديم وفي الجديد نظمها في المادة 1167.

2-تعريف دعوى عدم النفاذ:

أ-لغة:

نفاذ: اسم بمعنى الخروج؛ نفذ الشيء، أي مضى وصار معمولاً به، أو وقع وتحقق².

وكذلك قاموس اللغة العربية المعاصرة، ورد فيه: في مادة "نفذ": نفذ/ نفذ إلى، نفذ من، ينفذ و نفاذا فهو نافذ والمفعول منفوذ إليه؛ نفذ الشيء أي مضى وصار معمولاً به؛ وقع وتحقق و نفذ، وعدم النفاذ إذا هو عدم التحقق وعدم المضي وعدم الوقوع.

ب-اصطلاحاً:

لها عدة مصطلحات، منها: الدعوى البوليصية³، دعوى إبطال التصرفات⁴، دعوى عدم نفاذ التصرفات، وذلك نسبة لأثرها على التصرف المطعون فيه.

¹ تعود جذورها للقانون الروماني، فالظاهر أن حاجة القانون الروماني الماسة إلى تنظيم وسائل محاربة غش المدين لدائنيه ظهرت ما بين المسؤولية عن الدين وشخص المدين. إذ أن المدين في القانون الروماني القديم أو في عهد الألواح الاثني عشر كان يلتزم بالدين في جسمه لا في ماله، بحيث إذا أعسر يقضي قانون الألواح بقتله أو باسترقاقه من طرف دائنيه.

ولما تطور القانون الروماني في العصر العلمي، أصبحت قواعد التنفيذ على المدين لا تتماشى مع الشفقة والإنصاف لذلك وضع منشور البريتور في العصر العلمي تحت تصرف الدائنين وسيلتين لتصرفات مديهم المعسر التي يبرمها غشا وإضراراً، وهي: أمر محاربة الغش والأمر بالرد، وبجانب هذا هناك وسيلة ثالثة هي الدعوى الواقعية التي سميت بالدعوى البوليصية. الطاب لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، المغرب، ص 46.

² معجم المعاني الجامع، مادة "نفذ".

³ يرجع اسمها إلى البريتور الروماني (بولص Paulus)، الذي ساد الاعتقاد أنه أول من قال بها في القانون الروماني، وهي محل شك كرواية تاريخية:

L'origine est romaine, mais il semble qu'elle viendrait plutôt glase postérieure à Justinien sur un texte du Juris consulte Paul, Cf. Levy et A. Castaldo, Histoire du droit civil, Dalloz, Paris, 2002, N° 630.

⁴ كما كانت تسمى في القانون المصري، فالدائن يطلب عدم سريان التصرف في حقه، مع بقائه قائماً بين المدين والمتصرف إليه. هدفها المحافظة على الضمان العام للدائنين، حنان أحمد الزهواني، الدعوى البوليصية والدعوى الصورية بين الشريعة الإسلامية والفقهاء، دار الجامعة الجديدة، ص 71.

فالمهدف منها هو الطعن من تصرفات المدين القانونية التي قام بها إضراراً بحقوق الدائنين وتقوية الضمان العام.

ج- قانوناً: نصت عليها المواد من 191 إلى 197 من القانون المدني الجزائري، والمواد من 237 إلى 240 من القانون المدني المصري والمادة 1167 من القانون المدني المصري، ولم تأت هذه المواد بتعريف جامع لهذه الدعوى، لأن القانون عامة يترك التعريف للفقهاء. لكن جاءت بشروط تطبيقها. ورغم هذا، يُمكن أن نعرفها بأنها "دعوى عدم نفاذ التصرفات هي من يباشرها الدائن الذي تعرّض حقه للإهدار نتيجة تصرف مدينه في أمواله، إضراراً بهذا الدائن وبالضمان".

د- التعريف الفقهي:

-عرفها الدكتور عبد الرزاق السنهوري "هي الدعوى التي يرفعها الدائن، يطعن بها على تصرفات مدينه، ضارة به طالبا عدم نفاذ هذا التصرف أو هذه التصرفات في مراجعته". وعرفتها المحامية ورود فخري علي على أنها: "دعوى يقيمها الدائن للطعن في التصرفات الضارة به والصادرة عن مدينه المعسر بقصد حمايته من غشه والمحافظة على الضمان العام للدائنين عن طريق المطالبة باعتباره من الغير بالنسبة لأثر هذه التصرفات كي لا تكون نافذة في حقه"¹.

3- شروط دعوى عدم النفاذ:

-إن خطورة هذه الدعوى تفوق خطورة الدعوى غير المباشرة، إذ أنها تمس حرية تصرف المدين في أمواله ومصالحه المتصرف إليه، لذلك استوجبت فيها شروط: إن من الشروط المفروغ منها، والتي لا تثير نقاشاً هي ضرورة حلول الدين وإمكانية المطالبة به. كما أن سوء نية المدين عند تقويته في مكاسبه أول شروط الدعوى البوليانية. وإن كانت شروط سوء النية وقصد الإضرار أمر مسلم به فإن شرط آخر من وضع فقه القضاء بقي محل نقاش والمتعلق بإعسار المدين. فهناك من يرى أن إعسار المدين هو شرط أساسي لممارسة الدعوى البوليانية، بحيث يكون المال المطلوب إعادته لذمة المدين آخر الأموال لديه.

¹ د. السنهوري، الوسيط، ج2، فقرة 567.

ورأي آخر يرى أن شرط الإعسار ليس شرطاً لقيام هذه الدعوى¹، فالتصرفات التي يقوم بها المدين المعسر غشا، بقصد تهريب أمواله والفرار من التنفيذ عليها والإضرار بدائنيه².

سوف نقسّم هذه الشروط إلى:

- أ شروط متصلة بالدائن:

أ1- أن يكون دينه مستحق الأداء:

حسب ما جاءت به المادة 191 من القانون المدني الجزائري، يجب أن يكون حق الدائن قد أصبح حالاً ومستحق الأداء، وخالياً من النزاع، ما يضاف إلى أنه في حالة كان حقه معلقاً على شرط واقف أو مضاف إلى أجل واقف. أن يقوم برفع هذه الدعوى³ كما أنه إذا كان المال المتصرف فيه بشخص المدين أو كان غير قابل للحجر أو التنفيذ عليه، أو كان مثقلاً برهون تستغرقه ولا يتبقى منه للدائن شيئاً، أو كان ملكية زراعية أو حرفية صغيرة، فلا تكون الدعوى البوليصة مقبولة قانوناً⁴.

أ2- أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه:

هو شرط تمليه طبيعة الأمور التي تستوجب وجود المال المتصرف فيه من قبل المدين ذمته المالية وقت نشأة حق الدائن. والعبرة من تاريخ وجود حق الدائن، لا بتاريخ استحقاق أدائه، أو بتاريخ الفصل فيما ثار حول وجوده أو مقداره من نزاع.

¹ Ph. Remy Obs. sous cass. Civ, 2, 14/12/1983, Rt DCiv, 1985, 369, G.P., 1984, 2, Pan 167 Note, Dipichot.

كانت الدعوى البوليصة في القانون الروماني لها شكل الطابع الجماعي، يمارسها الدائنون جماعة بواسطة وكيلهم ضد المدين المفلس عند تصفية أمواله. أما في القوانين المعاصرة، فقد أصبحت دعوى فردية، يُمكن لكل دائن رفعها متى توافرت شروطها القانونية.

² حقوق أردني، ملف رقم 94/1321، مجلة نقابة المحامين، 1995، ص 2532، د. أحمد شوقي عبد الرحمن، أحكام الالتزام، ص 83، د. جلال إبراهيم، أحكام الالتزام، ص 242، د. حسن الذنون ود. محمد الرحو، أحكام الالتزام، ص 130.

³ فإن لم يكن الدائن مستحقاً تعذر عليه قانوناً رفع الدعوى البوليصة، مع الإشارة أنه يكفي لرفع الدعوى غير المباشرة أن يكون حق الدائن خالياً من النزاع بأن يكون مؤكداً وثابتاً وله مصلحة مشروعة.

Cass. Civ., 1, 25/12/1981, JCP, 1981, 2, 19628 :3 ; 6/10/2004, D, 2004, 3098 Note ; G. Kessler; RTD Civ; 2005; 121; Obs; Mestere.

⁴ تقابلها المادة 237 من القانون المصري، الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 2، ص 632، نقض مدني مصري، 1951/04/19، م. ق. ج 1، رقم 169، ص 649.

فإذا أنشأ حق الدائن بعد إبرام المدين للتصرف، سواء كان معاوضة أو تبرع، فلا يحقّ للدائن أن يطعن على هذا التصرف السابق على نشوء حقه بالدعوى البوليصة، لأن حقه وقت إبرام التصرف لم يكن موجوداً¹.

ويقع عبء إثبات أسبقية تاريخ الحق على الدائن طبعاً باعتباره مدعياً في الدعوى، وباستعماله لجميع طرق الإثبات، كما أنّ المشرع الجزائري لم يشترط أن يكون تاريخ التصرف المنشئ لحق الدائن رافع الدعوى البوليصة ثابت التاريخ في سند الدين، خاصة أن الدائن لا يعتبر من الغير قبل نشأة الدعوى البوليصة².

مع الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يذكر مسألة اشتراط ثبوت التاريخ، ما يعتبر نقص يجب تداركه. وفيما لم تأت القوانين العربية به:

وبعد استقراءنا للمواد 191، 192 و193 من القانون المدني الجزائري، فإنه إذا كان التاريخ غير ثابت، جاز للخصم أن يثبت عدم صحته وكلّ طرق الإثبات، أما في حالة ما إذا كان التاريخ السابق ثابتاً، فإنه يكون حجة على المتصرف إليه، ولا يستطيع الخصم أن يدحض حجته عن طريق التزوير³.

ج- أن يكون للدائن مصلحة في الطعن بتصرف المدين:

فإن كل القوانين التي اتخذت بدعوى عدم النفاذ اشترطت وجود المصلحة في رافعها.

د- أن يكون تصرف المدين ضاراً بالدائن: بمعنى أن يكون التصرف المطعون فيه تصرفاً قانونياً ضاراً بالدائن مفقراً مهما كان نوع التصرف المبرم، معاوضة أو مقابل ملزم لجانب أو لجانبين.

¹ وهذا ما أتى به قرار نقض مدني مصري، 1984/05/08، س 35، طعن رقم 2136، ص 1213، نقض مدني مصري،

1974/01/16، المجموعة س 25، ص 157/ حنان أحمد الزهواني، الدعوى البوليصة والدعوى الصورية بين الشريعة الإسلامية والفقه، المرجع السابق، ص 4/ عبد الرحمن الشرقاوي، القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ص 327/ المختار بن أحمد العطار، النظرية العامة للالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المدنية، ط 1، سنة 2011، ص 259.

² تقابل المادة 291 من القانون المدني الجزائري المادة 237 من القانون المدني المصري و263 من القانون المدني العراقي والمادة 310 من القانون المدني الكويتي.

³ د. بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 276. راجع أيضاً: المحكمة العليا، غ م، 1985/10/28، ملف رقم 36966، م ق 1989، عدد 1، ص 200. نقض مدني مصري، 1977/01/13، المجموعة س 2، رقم 164، ص 962.

ففي حالة ما إذا كان تصرّف المدين معاوضة، يشترط لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن، أن يكون منطويا على غش. وفي الكثير من الحالات نجد وجود تواطؤ من طرف المدين مع خلفه إضرارا بالدائن، ويقع على الدائن إثبات وجود الغش والتواطؤ.

أما في حالة ما إذا كان التصرف تبرعا، فإنه لا ينفذ في حق الدائن حتى ولو كان من صدر منه التبرع حسن النية، وحتى ولو كان المدين حسن النية¹.

إن الأعمال المادية تخرج عن نطاق الدعوى البوليصية لأنها التزامات غير تعاقدية، بسبب الفعل الضار أو الفعل النافع التي تصدر من المدين وترتب التزاما لصالح الغير، وكان التزامه بالتعويض نتيجة الفعل الضار الصادر منه، فهنا لا يستطيع الدائن الطعن فيها بالدعوى البوليصية. ولكن إذا أقام المدين عقد صلح مع المضرور بإعطائه مبلغ مالي كتعويض هنا تقوم الدعوى البوليصية بالطعن في هذا التصرف القانوني².

كما أنه يدخل في نطاق الضرر التصرف المفقر الذي يؤدي إلى إعسار المدين أو الزيادة من حالة إعساره بإنقاص حقوق الدائن وزيادة ديون المدين والالتزامات الواقعة على ذمة هذا الأخير.

مع اشتراط ارتباط هذا التصرف المضر بالغش والتواطؤ أو الاحتيال، أي وجود سوء نية في المدين. كما أن المادة 192 نصت بأن سوء النية يكون مقترنا أيضا بعلم نية المتصرف إليه، أي يكون عالما بهذا الغش³.

¹ السنهوري، الوسيط، ج2، ص 1008، وما بعدها/ بلحاج العربي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 277.

وجاء في هذا المادة 192 من القانون المدني الجزائري والمادة 238 من القانون المدني المصري والمادة 397 من القانون المدني الإماراتي والمادة 371 من القانون المدني الأردني.

² رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، الاسكندرية - دار الجامعة الجديدة للنشر 2005، ص 148.

³ المحكمة العليا، غ م، 1985/10/28، ملف رقم 36466، المشار إليه، نقض مدني مصري، 1991/04/27، المجموعة، س 212، ص 565، طعن رقم 384/نقض مدني فرنسي، 1984/04/17، دالوز، 1984، 437، JCP، 1990/11/06.

Pour qu'un acte du débiteur puisse être critiqué par voir paulienne ; il doit causer frauduleusement un préjudice au créancier, avec la complicité d'un tiers ; Cf : Cass ; CN, 1, 12/06/2001, Rt D civ ; 2001, 884, Obs, J. Mester ; 3 ; 25/01/1983. Rt DCN ; 1984, 719, Note J. Mestere.

-ويعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة إعسار"، ويكون تقدير هذا راجع إلى سلطة القاضي¹.

أن المقصود بالإعسار، ليس الإعسار القانوني، أي زيادة العناصر السالبة في ذمة المالية، وإنما هو الإعسار الفعلي، الذي يتمثل في زيادة ديون الشخص المستحقة الأداء وقصور أمواله عن الوفاء بديونه ما جاءت به المادة 193، وهذا ما نجده في المادة 239 من القانون المدني المصري، والمادة 243 من القانون المدني السوري و268 من القانون المدني العراقي، والمادة 245 من القانون المدني الليبي. ويكون عبء إثبات الإعسار على الدائن، وذلك بأن يكتفي بإثبات ديون مدنية، وللمدين حق إثبات العكس بأن أمواله قادرة وتكفي للوفاء بديونه. فإذا لم يستطع، اعتبر معسرا حسب نص المادة 193 من القانون المدني الجزائري.

- صور حماية الغير في الدعوى البوليصية:

-كما ذكرنا سابقاً أن الدعوى البوليصية أو البوليانية تعتبر وسيلة استثنائية لحماية الغير. والذي يعتبر دائماً في هذه الحالة. لكن هذه الحماية يجب أن تكون بالقدر الذي يكفي للوفاء بدين، أما ما يزيد عن ذلك فيبقى ملكاً للمدين أو المتصرف إليه².

وتتمثل صور الحماية في عدم نفاذ التصرف في حق الغير، وذلك وفقاً للمادة 194 من القانون المدني الجزائري، فيعتبر كل حق تصرف فيه المدين أنه لم يخرج من الضمان العام لكافة الدائنين، أي يعتبر المال المتصرف فيه، والمطعون فيه بهذه الدعوى ما زال على ذمة المدين، وهذا لا يعني أن الدائن عند رفع الدعوى البوليصية ليس له أن يطلب بطلان تصرف المدين، بل له أن يطلب عدم نفاذ التصرف³.

¹ L'acte d'un débiteur cause au créancier en se rendant insolvable ou en augmentant son insolvabilité ; la fraude s'apprécie à la date à laquelle le débiteur se dépouille ; Cf, Maseaud, Obs, sous ; Cass. CN, 1^{ère}, 17/12/1996, D, 1998, Som, 116.

² عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 163؛ نقض مدني مصري، 1951/04/19، المجموعة س، 25، رقم 170، ص 649.

³ بلحاج العربي، أحكام الالتزام العام، المرجع السابق، ص 282 و283.

عند صدور الحكم بعدم نفاذ التصرف فإن كلّ الدائنين ذوي الحقوق يستفيدون منه، على أساس قاعدة الضمان العام، حسب نص المادة 194 من القانون المدني الجزائري "متى تقرّر عدم معارضة التصرف للدائن، استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إجحافاً بحقهم"¹.

كما أنه يبقى التصرف صحيح ونافذ بين المدين والمتصرف إليه. فلا يصدر الحكم ببطلان التصرف وإنما عدم نفاذه، وبه يبقى العقد قائماً ومنتجاً لآثاره، وبه يكون للمتصرف إليه حق الرجوع على المدين بما استوفاه الدائن منه، أو أن يطلب فسخ البيع واسترداد الحق².

كما أنه يتمّ سقوط الدعوى البوليصة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن عدم نفاذ تصرف مدينه. ويجب أن يعلم بإعسار المدين وقت صدور التصرف إذا كان تبرعاً، أو أنه منطوي على ثمنه، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء 15 سنة بالنسبة لجميع الدائنين من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه، وهذا كلّه حسب المادة 197 من القانون المدني الجزائري³.

¹ تقابلها المادة 240 من القانون المدني المصري والمادة 373 من القانون الأردني، والمادة 399 من القانون الإماراتي والمادة 266 من المدني العراقي، والمادة 314 من القانون المدني الكويتي. إن المادة 194 من القانون المدني الجزائري جاء فيها مصطلح "عدم معارضة التصرف" في حين أن التعبير الأصح هو عدم نفاذ التصرف.

² إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 187. عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 166. أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة 138.

³ Mazeaud (H. L et S), Leçons de droit civil, T2, Les obligations, N° 987.

المبحث الثاني: الأساس القانوني لحماية الغير

-يعتبر الأساس القانوني لحماية الغير أمرا مهم وذلك لأن الحماية القانونية لا بد من ضبطها نظريا بوضع أساس يتخذها القاضي مرجحا مهما له، لتأسيس حكمه، وحتى الطرف المدعى له أن يستند إليه وضع حججه، كما أن بوضع الأساس تتضح الشروط القانونية التي بتحققها يتحقق الحماية.

فعدم وجود أساس قانوني يضبط به يجعل الحماية مهددة بعدم الإلتزان جراء وجود عدة اجتهادات قانونية، نفس النصوص القانونية، لأن النص القانوني وحده لا يحقق التوازن في التغاضي أو في صدور أحكام قضائية تحقق الحماية لهذا الغير الحسن النية.

كما أن في القضايا العملية التي يهدر فيها حق الغير تكون كل حالة مختلفة عن سابقتها باختلاف وقائعها والاجراءات المتخذة بشأنها.

فلا بد من وجود أساس قانوني لهذه الحماية لضبط شروط قيامها وتوضيح سبل قيامها حتى يستطيع القضاة الإستناد إليه لوضع حكم متساوي بدون اهدار هذه الحماية.

كما أنه تتضح أهمية وضع أساس في حالة وجود نزاع حول حماية مركز الغير الحسن النية ومركز صاحب الحق القانوني، فلا يكفي ترجيح مركز الغير الحسن النية بل يجب وضع شروط موضوعية تجعل من موقف الغير مقبول ومبرر.

كما أنه بجانب الأهمية المذكورة، فإن وضع الأساس القانوني للحماية، يحفز القضاء على ارساء مبادئ قانونية تحمي الغير حسن النية، حتى في غياب نص تشريعي لكن لا يستطيع وضع أساس قانوني واحد، لجميع مظاهر الحماية، وهذا ما جعلنا أيضا، نحط أنظارنا على دراسة الأساس القانوني للحماية، فعدم توحيد الأساس القانوني للحماية يشكل عقبة تعترض سبيل وضع نظرية متكاملة وشاملة لحماية الغير.

فنجد أنه يمكن ارجاع الحماية في معظم مظاهرها لذات الأساس القانوني وذلك نظر الإمكانية تعميم الشروط التي ينطوي عليها هذا الأساس على هذه المظاهر.

لكن في الجهة المعاكسة فإن باقي مظاهر الحماية لا يمكن تأسيسها على نفس الأساس الموضوع، وعلّة ذلك أن صور الحماية تنطوي على تنازع بين القانون والواقع، أي بين مركز الغير الواقعي ومركز صاحب الحق القانوني، فنجد مثلا الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر أو المالك الظاهر، مع صاحب الحق والذي يكون الموكل أو المالك الحقيقي الدائن الذي يضار في نفاذ تصرف مدينه مع الغير في مواجهته¹.

ونتيجة لهذا أمكن رد الحماية في هذه المظاهر إلى أساس قانوني واحد، يتمثل في نظرية الأوضاع الظاهرة والتي وجد فيها حل لنزع التنازع بين القانون والواقع وبعبارة أحق تصحيح بعض النتائج غير المقبولة للتطبيق الحرفي للقواعد القانونية².

تشمل الحماية القانونية للغير في عدة مجالات، وما نذهب إليه في هذا المبحث هو حمايته من كل التصرفات العقدية التي تمس حقوقه من غش وحيلة أو من تواطؤ كل من المتعاقدين على أن العقد الذي يعقدانه في الظاهر لا يراد حكمه، أو من كل الأسباب التي تمس الغير والتي يحتمل فسخها والتي يجوز فيها النقض والإقالة³.

كل هذه الأوضاع قد تكون ناتجة عن الصورية أو عن وضع ظاهري مغلط للغير، تنتج عنها أثر ما يسمى بالبطلان، وهذا الأخير يكون له أثر على الغير الحسن النية.

سنقوم بإيجاد أساس قانوني لحماية الغير عبر التطرق إلى هذه المبادئ القانونية ودراستها فيما مدى اعتبارها كأساس قانوني لحمايته.

المطلب الأول: مبدأ الوضع الظاهر كأساس لحماية الغير

-تعتبر نظرية الوضع الظاهر نتيجة من بين النتائج العملية لتطبيق المساواة في القانون فدورها يتمثل في تعزيز الحق المكتسب من الغير للحالة الظاهرة التي يتأثر بها.

¹ - حسان مجلي فارس المحالي، حماية الغير حسن النية، المرجع السابق، ص 60.

² - محسن البنية، المرجع السابق، ص 2.

³ - الإقالة: إتفاق يترتب عليه انحلال العقد وانقضاء الالتزامات التي أنشأها، راجع السهوري مصادر الحق، ص 244 وما يليها.

وتعود جذور هذه النظرية للقضاء الفرنسي الذي قام دائما بإتخاذ مبدأ التحقيق من قوى القواعد القانونية وعدم مراعاتها للواقع¹.

وإتبعه في ذلك القضاء الجزائري والذي جعل من الوضع الظاهر قاعدة عامة وليس استثناء وتبع في ذلك القضاء العربي على رأسهم القضاء المصري².

فهي كمنظريه الاثراء بلا سبب، من خلق اجتهادي جعلها تنشأ لمنع أو تنقص من المساواة العمياء للمبادئ القانونية، قد نشأت كمبدأ لا يستطيع أحد أن ينقل الحقوق التي ليست له، إلا أنه يوجد بعض الحالات لا يتم تطبيق هذا المبدأ، كالشخص الذي يكون حائزا حيازة تجعل الغير يتعامل معه على أساس الثقة بهذا الظاهر³.

سوف نقوم بتعريف الظاهر لغة وفقها على التوالي:

الفرع الأول: تعريف الوضع الظاهر

أولاً: التعريف اللغوي:

لا نقصد في موضوعنا هذا بالظاهر الذي يعني الغالب أو البارز أو المحسوس الذي تدركه الحواس، والذي عكسه الباطن أو الخفي الذي لا يدركه الحواس، وليس هو المحسوس الذي يعبر عن مركز قانوني حقيقي⁴.

ثانياً: التعريف الفقهي

¹ -Alain Benabaut, droit civil, 3ème edition Mont Christien, Paris 1991, P 106.

² - فقد ذهبت محكمة النقض المصرية في قرارها إلى "الأصل أن العقود لا تنفذ إلا في حق عاقدتها وأن صاحب الحق لا يلتزم بمصادر عن غيره من تصرفات بشأنها إلا أنه باستقراء نصوص القانون المدني، يتبين أن المشرع قد اعتد في تطبيقات عدة هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجيها العدالة وحماية حركة التعامل في المجتمع وتنضبط جميعا مع وحدة علمتها وإتساق الحكم المشترك فيها بما يحول ووضفها بالاستثناء وتصيح قاعدة واجبة الأعمال متى توافرت موجبات أعمالها واستوفت شرائط تطبيقها" انظر نقض مدني 1986/02/16 هيئة عامة مجموعة الأحكام، 33 ق 639، قضاء النقض في المجموعة المدنية، ج2، المجلد الأول، رقم 536، ص 174 وفي المعنى نفسه، نقض 1991/04/11، قضاء النقض، المرجع نفسه، ص 175، ونقض في 1994/07/03، القضاء 02/27، رقم 55، ص 600 ونقض 1995/07/09 القضاء 02/08، العدد الأول والثاني، رقم 23 ص 520، فقط عن محمد سعيد عبد الرحمان، نظرية الوضع الظاهري في قانون المرافعات -دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، دار الفكر الجامعية، 2008م، ص 17.

³ - مثاله: يبيع الوريث الظاهري مختلف أموال التركة أو يؤجرها في حين تكتشف وصيته لصالح الغير، ليس مكتسب الملكية أو المستأجر أي حق حقيقي ما دام قد تعامل مع شريك في التعاقد بدون صفة إلا أن حمايته متوجبة لأنه من المشروع الوثوق في الظاهر، ذلك هو دور نظرية الظاهر، نعمان محمد خليل جمعة، المرجع السابق، ص4.

⁴ - سعودي سرحان المرجع السابق ص4 وما بعدها، حسان مجلية فارس المجالي، حماية الغير حسن النية، المرجع السابق، ص 72.

هو المحس المخالف للحقيقة الذي يوهم الغير بأنه المحسوس المخالف للحقيقة الذي يوهم الغير بأنه مركز يحميه القانون.

- فالغالب والمعتاد والذي لا مجال لإنكاره أن يكون صاحب المركز الظاهر هو نفسه صاحب المركز القانوني الذي يعبر عنه هذا الظاهر إلا أنهما قد لا يتطابقان بحيث يكون صاحب المركز الظاهر ليس هو نفسه صاحب المركز القانوني، فالظاهر يقوم على أساس شخصا ما يبدو أمام الآخرين بأنه صاحب حق وهو في الحقيقة ليس كذلك، وبعبارة أخرى هو من يحوز مكانات وميزات لا تسند إلى القانون ولكن إلى الواقع¹.

وهناك ما يعرف في الفقه والقضاء بنظرية حماية الأوضاع الظاهرة فتطبيقاتها تقتضيه مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

-إن وضع الظاهر ينشأ عنه مواجهة بين صاحب المركز القانوني الحقيقي الذي كان من شأن إكمال القواعد على وجهها الصحيح تمتعه بالحق محل التصرف وصاحب المركز الظاهر الذي لا يخول له اكمال القاعدة القانونية التمتع بميزلت ومكانات هذا الحق إلا أنه يظهر بمظهر صاحب الحق وبالنتيجة يكون بمركز واقعي أو فعلي يواجه المركز القانوني لصاحب الحق وغني عن البيان إذا أن الأمر محسوم دائما لمصلحة صاحب المركز الحقيقي في العلاقة ما بينه وبين صاحب المركز الفعلي. كما يطلق عليه أيضا بصاحب الوضع الظاهر فيكون لصاحب الحق أن يرجع على صاحب الظاهر المطالبة لا بمقابل الحق الذي انتزع منه وإنما بالتعويض عنه².

لكن هنا يثور إشكال حول مركز كل من الطرفين وعلى ما يرجع القانون الحماية فإذا طبقنا القانون بقواعده الدقيقة فإن الكفة ترجع الحماية لصاحب الحق وبالتالي بطلان أو عدم نفاذ التصرف

¹ - نعمان محمد خليل جمعة، المرجع السابق ص4.

² - فتيحة قوة، النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة، المرجع السابق، ص 12 وما بعدها.

الصادر من صاحب الوضع الظاهر، إلا أنه في الساحة الواقعية فهذا التطبيق يثير عدة اشكالات فيما يخص الغير المتعامل معه، لأنه في أغلبية الأحيان يكون هذا الغير المتعامل حسن النية¹.

وتتحدد حسن النية بعدم علمها لوضع المتصرف الظاهر وعدم اهماله أو تقصره، فهنا تقوم المفاضلة بين حق الغير في استفادته من التصرف الذي أبرمه واعترافه بالحقوق التي اكتسبها وبين حق صاحب الحق سواء أكان مالكا أم دائنا.

في عدم نفاذ التصرف في مواجهته:

فهنا تظهر الفائدة من مبدأ نظرية الأوضاع الظاهرة، وقد حدد الفقه والقضاء للوضع الظاهر ركنين لا بد من توافرهما لاضفاء الحماية على الغير وهما كالآتي:

الفرع الثاني: أركان الوضع الظاهر

فركنا الوضع الظاهر هما أساسيان لتطبيق هذه النظرية ويتمثلان في: الركن المادي والذي يتصل بصاحب الوضع الظاهر أي الذي ظهر بمظهر صاحب الحق والآخر معنوي يتصل بالغير الذي تعامل مع صاحب الوضع الظاهر.

أولا: الركن المادي للوضع الظاهر

ويتمثل في الحالة الواقعية للشخص الممثل للوضع الظاهر، ويشترط فيه استقرار مركزه القانوني والذي يجب أن يكون متفق مع الحقيقة، وذلك بأن تكون فيه كل المظاهر الخادعة. إذا فالركن المادي يعتبر شواهد خارجية تبين وتمثل المركز الواقعي لصاحب الوضع الظاهر بصفة عامة ووقد يكون الركن المادي هنا هو نتيجة لتصرف إرادي أو لواقعة مادية أو قرار إداري قضائي يخول شخصا ما بأن يقوم بمباشرة أي فعل أو تصرف يتعلق بمركز قانوني معين لصاحب الحق الأصيل².

¹ - محمد كمال عيد العزیز، القانون المدني في ضوء الفقه والقضاء، ج 1، بلا مكان ولا سنة طبع، ص 279.

² - فتیحة قره: النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة، المرجع السابق ص 24.. عبد الباسط جمیعی، نظرية الأوضاع الظاهرة، ط سنة 1995 ص 99، نعمان جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، المرجع السابق ص 60 وما بعدها.

فتمثل حالة الوضع الظاهر الناشئ عن واقعة مادية في حالة التزوير مما يظهره للغير بأنه مالك للحق الثابت في السند المزور أو نائباً عن الدائن في استيفاء حقه من المدين إذا كان السند عبارة عن مخالصة صادرة عن الدائن الحقيقي.

أما حالة الوضع الظاهر الناشئ عن حكم قضائي يتمثل في ما بعد أنه وجد خطأ في تطبيق القانون أو لاستناد الحكم على وقائع خاطئة غير صحيحة، أو على سند قانوني ثبت بعد صدور الحكم أنه مزور، فقد يكون هذا الحكم القضائي مقرر لملكية شخص على حق معين والذي يظهره للغير بأنه المالك الحقيقي بحيث أعطي مثال عن هذه الحالة بقضية لأبو نسير التي أثرت أمام القضاء الفرنسي، حيث كان القضاء قد حكم بأموال التركة لموصى لـخ ثبت فيما بعد أن وصيته مزورة، وقد اعتبره القضاء وارثاً ظاهراً بالرغم من الغاء وصيته وذلك لأن الغير قد تعامل معه على أساس حكم قضائي اعترف بصفته كموصى له¹.

وفيما يخص نشأت الوضع الظاهر من جراء الحيازة فقد تكون من أكثر الحالات الموجودة واقعا وذلك لتوفر عنصر الاستقرار فمن يحوز عقارا بهدوء وعلانية وبدون لبس توفر فيه الاستقرار وبالتالي يظهر أمام العيان بأنه المالك الحقيقي ما يدفع الغير للتعامل معه على هذا الأساس².

ونجد حالة أخرى وهي بقاء سند الوكالة في يد الوكيل رغم انتهائها كما أن كل هذه الحالات المذكورة ليست محصورة وإنما أمثلة مسرودة على سبيل وجودها في المنازعات المطروحة في الساحة القضائية.

ثانياً: الركن المعنوي للوضع الظاهر

وهو الركن الذي يتعلق بشخص الغير، ويتمثل في حسن نيته³، في التعامل مع صاحب الوضع الظاهر، ويتمثل حسن النية في عدم علم الغير أو عدم إمكانية علمه بانعدام الصفة القانونية لصاحب الوضع الظاهر أو بعدم صحة سنده القانوني.

¹ - فتيحة قوة، النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة، المرجع السابق، ص 60.

² - مصطفى الجارحي، المرجع السابق، ص 5.

³ - لا يهم ولا يتوقف الأمر على حسن أو سوء نية صاحب الوضع الظاهر، فسواء كان كالمعتمد توفره على صفة المالك أو انتهاء سنده القانوني الذي به يصح القيام بتصرف قانوني من عدمه فإن الظاهر يتحقق.

فحسن النية يتحقق الركن المعنوي، لكن يجب أن تقتن حسن النية بأسباب تثبتته، وهو ما سمي في الفقه حسن النية المبرر أو المعقول أو الشائع¹.

بمعنى أنه يشترط في حسن النية هنا أن يكون مقترنا بأسباب منطقية ناشئة عما يعرف بالغلط الشائع أو الغلط المعقول.

كما يدخل في نطاق حسن النية الاحتياط التي يجب أن يتحلى بها خاصة في العقد، خاصة فيما يتعلق بالعقار فكل التصرفات الواردة عليه يجب أن تشهر وتفيد في الدفتر العقاري فلا يظن وجود التباس أو خداع فيما يخص العقار².

ولعل من أمثلة ذلك الوريث الظاهري أو من كان مالكا ظهريا لمال بموجب سند لن يلغى إلا فيما بعد، والوكيل الظاهري والذي يظهر نفسه بأنه تلقى وكالة للقيام بعمل مأو أو أنها وضعت من أجل رابطة عائلية، كما أنه بمجرد وجود شك لدى الغير فيما يخص صفة المتصرف معه فهذا الشك يذهب حسن

النية، ويصبح سيء النية، فواجب على الغير التحقق من صفات المتصرف إذا ثار الشك

مع العلم أن حسن النية لا يصلح وحده كمعيار لقيام العنصر المعنوي للوضع الظاهر، فهي لا تصبح أيضا لترجيح كفة حماية الغير على صاحب الحق، فهي مقترنة كما سبق ذكره بالغلط، فحسن النية واقعة سلبية مفترضة فهي لا تصلح وحدها، لترجيح الكفة لحماية الغير، إذا يجب أن يكون حسن النية ناشئا، على أنه يتصرف مع صاحب الحق الأصلي³.

¹ - عروبة شافي عرط المعموري، (التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد)، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون المدني، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2008، ص 117.

² الاجتهاد

3058.I.1982..د. surioux, La croya, ce légitime

³ - يعود الفضل في نشأة فكرة الغلط الشائع إلى القانون الروماني الذي استند إليها لكي يضيفي الشرعية على التصرفات التي أبرمها باريوس، وهو عبد شغل وظيفة القضاء خلافا للقواعد العامة في ذلك القانون الذي كان يمنع العبيد من إبرام التصرفات القانونية، إلا أن باريوس ونتيجة لظهوره بمظهر الأحرار في مواجهة العامة، حيث اهتير بريتورا قام بإبرام العديد من التصرفات، ولذلك فقد صحح القانون الروماني كافة التصرفات التي أجراها باريوس. كما صحح كافة الأحكام التي أصدرها بوصفه كذلك، أي اعتبرها عنوانا للحقيقة ولم يلغها. وإذا كان القانون الروماني هو الذي ابتدع هذه الفكرة، فإن الفضل في صياغتها يعود للفقه الفرنسي بالتحديد (Mazeau) الذي اعتبر فكرة الغلط الشائع يولد الحق مصدرا لاكتساب الحقوق كما كان لمجلس الدولة الفرنسي دور في تكريس هذه الفكرة عندما صدر عام 1807 قرارا تفسيرا له قوة القانون جاء نتيجة أن الغلط الشائع يولد الحق كما أخذ القانون القديم بهذه النظرية في العديد من قواعده، وعلى الرغم من أحجام القوانين المدنية الفرنسية المتعاقبة عن اقرار هذه القاعدة، إلا أن القضاء الفرنسي جرى على الاستناد إليها في بعض

لكن كيف يتم تحقيق الغلط الشائع؟

ذهبت محكمة النقض الفرنسية في تحديد الغلط الشائع وهو معيار القائم على درجة قوة الغلط الذي لا يمكن تفاديه، وليس بإمكان الغير توقعه أو دفعه ما عاب على هذا المعيار قوة قسوته واهداره للحقوق المكتسبة للغير بحسن نية، ثم استخدام القضاء الفرنسي إلى معيار الرجل العادي وهو المعمول به حالياً، مؤداه ضرورة انتقاء الخطأ في الغير بأن يبذل الجهد المألوف¹.

الفرع الثالث: أساس الوضع الظاهر

إن الهدف من البحث على الأساس القانوني للوضع الظاهر يساهم في الوصول إلى الحكم الذي يحمي الغير عند مواجهته لصاحب المركز القانوني، الذي يحميه القانون، لكن تحديد أساسه من أول وهلة أمر صعب وهذا راجع لسببين:

1- تعتبر حياة الشخص واقع ظاهري بغير أساس قانوني قد يسبب في المساس بحقوق الغير والحق الذي ينتقل من الشخص صاحب الوضع الظاهر إلى الغير هو حق معتدى عليه بحيث أصله يكون لصاحبه القانوني، وهنا يجب تأسيس حق الغير الذي يمتد إلى كل أنواع الحقوق وهنا تظهر الصعوبة في العثور على أساس قانوني يمكن أن تستند إليه كل الحقوق التي يمكن للغير الحصول عليها استناداً إلى الوضع الظاهر.

2- عند إبرام الغير تصرف مع صاحب الوضع الظاهر فإنه ينتج عنه أمرين متعارضين أولهما فقدان صاحب الحق لحقه وثانيهما اكتساب الغير لهذا الحق فتعتبران نتيجتان متعارضتان لكن لو كانتا ناتجتين عن تصرف واحد لا يمكن العثور على أساس مشترك².

لأن الغير يكتسب حقوقاً بوصفه قام بإبرام تصرف بينه وبين صاحب الوضع الظاهر غير صاحب الحق، ولهذا فإن أساس كسبه للحق يختلف تماماً عن أساس فقد صاحب الحق لحقه¹.

الأحوال، وخاصة فيما يتعلق بتصحيح تصرفات الوارث الظاهر، وتقدير الحماية للدائن المرتين في تصحيح الرهن، محسن البنية، المرجع

السابق ص 62 وما بعدها ومجدي عز الدين المرجع السابق، ص 261، عبد الباسط الجمعي، مرجع سابق، ص 12.

¹ M. Boudot: Apparence. Rép CN 2009: n°2 et 9, Vouin CR : La Bonne foi notion et role - actuels en droit privé français, th, Bordeaux 1939 n° 121 et S,

² فتية قرّة: أحكام الوضع الظاهر منشأة المعارف: الاسكندرية، 1986 صفحة 11.

- لقد ابتكر الفقه الظاهر بوصفه أحد الظواهر القانونية التي تفتقد إلى سند قانوني عددا من الأسس والتي مصدرها الاجتهادات القضائية وتكون بعض منها ينسب لصاحب الحق والبعض الآخر إلى الغير. ذهب جانب من الفقه إلى تأسيس نظرية الظاهر إلى فكرة الخطأ وآخر على فكرة الثقة المشروعة وآخر على فكرة المخاطر وتحمل التبعة وآخر على فكرة النيابة في حين رأى بعض الشراح أن الظاهر ذاته كافيا للاستناد إليه لحماية الغير حسن النية، سوف نقوم بالبحث على هذه الأسس في اكتساب الغير الحق مع أنه يتعامل مع غير ذي صفة كالآتي:

1- حسن النية:

وذلك باعتبار أن حسن النية هو مبدأ يشمل جميع التصرفات القانونية لذلك ذهبوا إلى أنه يصلح لأن يكون أساسا لفكرة الوضع الظاهر وأيضا أن حسن النية هو ركن أساسي يستوجب توفره في الغير لقيام حمايته.

ومن جهة أخرى يرى بعض الفقه أنه لا يجب أن نضع ركن كأساس لقيام الحماية لأنه لا يكفي لوحده لكسب الحق وإلا أدى ذلك إلى إلغاء أسباب كسب الحق².

2- فكرة الخطأ: قد أسند الفقهاء المنادين لهذا الأساس موقفهم بأنه لا يتصور قيام الوضع الظاهر إلا بمساهمة صاحب الحق أو على الأقل باهماله وعدم احتياطه ورعونته³ وذلك لأن صاحب الحق لو قام بحراسة ماله ما كان صاحب الوضع الظاهر قد قام بالغش وخداع الغير على ابرام التصرف معه.

وبه يكون صاحب الحق مسؤولا مسؤولية شخصية مؤسسة على الخطأ وهذه المسؤولية توجب التعويض عن الضرر اللاحق بالغير، ويرون أن خير تعويض يكون بترجيح حماية الغير والابقاء على حقه في مقابلة صاحب الحق بحيث لا يتأثر الغير من دعوى الاستحقاق أو المطالبة بالمال التي يرفعها صاحب الحق⁴.

1 - نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق ص 29 وفتيحة قره، مرجع سابق ص 13.

2 - عز الدين عبد الله، حماية خاصة بالدائنين المرتبهين، في القانون المدني المصري، بلا مكان طبع 1942، ص 203.

3 - ينسب هذا الرأي للفقيه الفرنسي (Jazon)، محسن البنية، مرجع سابق، ص 34 وما بعدها.

4 - محسن البنية، المرجع السابق، ص 34 وما بعدها، وفتيحة قره، المرجع السابق، ص 28.

لقد تم انتقاد هذه الفكرة بأنه في حالة عدم انتساب الخطأ لصاحب الحق أو الإهمال له فستضيع حقوق الغير ولعل أحسن مثال عودة ملكية الشيء إلى صاحب الحق بأثر رجعي بعد أن تصرف فيه من زالت عنه الملكية بأثر رجعي¹، فكان الرد على هذا الأساس بأن حماية الغير أساسه الغلط الشائع وليس خطأ صاحب الحق، ويقصد بها الغلط الجماعي أي اعتقاد الكافة بحقيقة ذلك الوضع الظاهر²، فهي وليدة القضاء الفرنسي الذي ربط قاعدة الغلط الشائع بمبدأ الظاهر، لكن رد على هذا الرأي بأن الغلط الشائع ليس شرط من شروط الركن المعنوي للظاهر يلزم لتطبيقه توافر باقي الأركان والشروط.

2- الثقة المشروعة:

تنسب هذه الفكرة إلى الفقيه الفرنسي إيمانويل ليفي (Levy) حيث أسس فكرة الوضع الظاهر لحماية الغير على الثقة المشروعة، بحيث بمجرد وجود ثقة في شخص ووضع صاحب الوضع الظاهر ينشأ حقا في ذمة الغير الذي تعامل على أساس هذه الثقة، وفيه يرى أن انتقال الحق لا يعتمد بالأساس على إرادة صاحبه أو إرادة من انتقل إليه بقدر اعتماده على قبول المجتمع له وثقته به. إن إرادة الغير في التعامل مع صاحب الوضع الظاهر صحيحة ومنشأة للحق في ذمته لأنه تلقاها نتيجة تعامله مع ظاهر مستقر جدير بثقة المجتمع فيه³.

وفي الجهة المقابلة يرى بأن صاحب الحق واجب التمسك بحقه والدفاع عنه إتجاه الغير، فإذا أهمل هذا الواجب اعتبر مساهما في خداع الغير مما ينتج عنه تأثر بكل التصرفات التي أبرمها الغير مع صاحب الوضع الظاهر وبالتالي يفقد حقه¹.

¹ - حسن محلي فارس المجالي، حماية الغير من النية في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 86.
² - ترجع هذه الفكرة في نشأتها إلى القانون الروماني، واستقرت في القانون الفرنسي القديم وطبقها القضاء الفرنسي في مناسبات عديدة على أنها مستمدة من القانون الروماني، بل أن مجلس الدولة الفرنسي الذي له قوة القانون قد استند إلى هذه الفكرة في تصحيح الأوراق الرسمية التي أصدرها، من هم ليسوا ذي صفة في إصدارها، بحكم القانون على الرغم من عدم ورود أية إشارة إلى قاعدة الغلط الشائع في القانون المدني الفرنسي وقد ورد في حيثيات القرار "أنه في جميع الأزمان وفي جميع التشريعات الغلط الشائع وحسن النية يكفيان لتغطية المخالفات التي تقع في التصرفات وفي الأحكام التي لم يكن في وسع الأطراف توقعها أو تفاديها"، سلامة عبد الفتاح حليبية، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة لسنة 2005 ص 158 ود. نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص 44.

³ - محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية، المرجع السابق، ص 63.

ولقد أخذت هذه الفكرة أيضا نصيبتها من الانتقاد الفقهي بحيث أنه يرى بأنها لا تضيفي جديدا على مبدأ الوضع الظاهر لأنها ليست إلا وصف قانوني تحليلي، وأيضا لا يمكن أن نربط لإرادة الشخص الاخلال بثقة الغير المشروعة في أدائه لواجبه للحفاظ على حقه، فكيف له أن يعلم بأن شخصا آخر (أي صاحب الوضع الظاهر) قام بالغش والخداع، بدون علمه أو إرادته² ويرى آخرون أن واجب الحيطة والحذر المشروطين في صاحب الحق هي فكرة خلافية غير قانونية يعني ليست ملزمة³.

3- فكرة المصلحة العامة:

فعندما يذكر مصطلح المصلحة العامة يعني وجود تعارض أو نزاع لمصلحتين فتصرف صاحب الوضع الظاهر أدى إلى تنازع وقيام مصلحتين متعارضتين فمصلحة صاحب الحق المالك الأصلي هي مصلحة خاصة فعند اهدارها أو تجاوزها فهذا يظهر صاحب الحق ومصلحة الغير، أيضا لا تتعلق به فحسب وإنما له مصلحتان تتعلقان بشخصهما وأيضا مصلحة الغير تتعلق بالمصلحة العامة وهي استقرار التعامل في الدولة وتأمين الثقة المشروعة، فهنا نولي اهتمام وتفضيل للمصلحة العامة طبعاً⁴. وما سماها الفقيه الفرنسي Cremieu بفكرة المخاطر وتحمل التبعة ففي رأيه أنه على صاحب الحق الأصلي أن يتحمل المخاطر التي تنتج من التعامل في أمواله، ومن بين هذه المخاطر مخالفة الوضع الحقيقي للمال بالوضع الظاهر الذي تم ابرام التصرف من طرف الغير بسببه ومنه هنا يجب ترجيح للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمالك، وبالتالي فالمصلحة العليا هي مصلحة حسن سير التعاملات في المجتمع وتكفي لتبرير ترجيح كفة حق الغير على كفة حق المالك الأصلي⁵. انتقد هذا الرأي على أساس عدم استناد هذه الفكرة لأساس قانوني وإنما مجرد رأي فلسفي.

¹ - نعمان جمعة، المرجع السابق، ص 37 إلى 39، وفتيحة قرة، مرجع سابق ص 28.

² - نعمان جمعي، مرجع سابق، ص 39.

³ - محسن البنية، المرجع السابق، ص 37.

⁴ - السيد عدنان ابراهيم السرحان، الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتهما في القانون العراقي المقارن، رسالة ماجستير جامعة بغداد، 1986، ص 144 وما بعدها.

⁵ - محسن البنية، المرجع السابق ص 40 ونعمان جمعة، المرجع السابق، ص 29.

4- فكرة النيابة:

ويعني أنه في حالة ما قام شخص بالتصرف في أي مال فقد يكون مال يخصه أو تصرفه ينطوي من جراء نيابة، فصاحب الوضع الظاهر حينما يقوم بالتصرف في المال فيكون كأنه ناب على صاحب الحق الأصلي، وبه يفقد هذا الأخير حقه في تملك المال وينتقل الملك إلى الغير من جراء إبرامه تصرف قانوني مع صاحب الوضع الظاهر الذي يعتبر نائباً¹.

ولعل هذه الفكرة غير منطقية في رأينا وذلك أنها تفترض النية الداخلية لصاحب الحق الأصلي بإنابة غيره صاحب الوضع الظاهر في إبرام تصرف قانوني ناقل للملكية... إلخ مع الغير، وأيضا فإن النيابة لها شروط لصحتها وقيامها وهي أنواع طبقا لمصادرها قانونية، قضائية واتفاقية، والأخيرة تكون بوجود إتفاق لكن في حالة الوضع الظاهر فإن النيابة لم يتفق عليها وبه فهذه الفكرة لا تصح كأساس لمبدأ الوضع الظاهر.

5- فكرة المظهر:

يتبين من خلال دراستنا للأسس المذكورة أنفا أنها لم توفق كأساس لمبدأ الوضع الظاهر، فذهب الفقه الحديث إلى أن نظرية الأوضاع الظاهرة هي نظرية موجودة اجتماعيا وفي المنازعات القضائية وبالتالي هي مسلمة لا ينبغي أن تستند أو ترجع إلى فكرة قانونية أخرى تتأسس عليها، فهي أساس بحد ذاتها، فيجب إذا الاعتداؤ بمركز الظاهري لصاحب المظهر، وهو بالتالي مبرر ومشروع كأساس كافي لاقرار ونفاذ التصرف الذي أبرمه الغير مع صاحب هذا المظهر².

ولكن لكي نقوم بتطبيق هذا الأساس يجب توفر الشروط الآتية:

وجود جدلية أو ما تسمى الديالكتيك أي وجود ثلاث أشخاص هم الحائز الحقيقي أو ما يسمى بصاحب الحق الأصلي والحائز الظاهري أي صاحب الوضع الظاهر والغير المتعاقد،

¹ - تفصيل ذلك لدى محسن البنية، المرجع السابق، ص 29.

² - نعمان محمد خليل جمعة، المرجع السابق، ص 47، وفتيحة قره، المرجع السابق، ص 164.

مع وجود مصلحتين متعارضتين وهما مصلحة الغير المبنية على العقد المبرم مع صاحب الوضع الظاهر، ومصلحة صاحب الحق الأصلي وكل منهما يتمسك بفكرة الأمن السكوني أي حق المالك الأصلي الذي يكون أمنه الحقي متعلق على عدم نزع الغير لحقه دون موافقته، والغير المتعاقد في أمنه المتمثل في أمن المصالحات وهو إمكانية التأقذ بالثقة المشروعة¹.

فيجب وجود ظاهر قوي لكي يشكل عنصر موضوعي بالإضافة إلى العنصر الذاتي وهو حسن نية الغير.

الفرع الرابع: تطبيقات الوضع الظاهر على الغير (نظرية الظاهر ودورها في حماية الغير)

كان من اللازم ذكر التطبيقات الموجودة على الساحة القضائية من نزاعات واقعة بسبب الوضع الظاهر الخادع، وذلك لكي يمكن للقارئ تصورهما واقعيًا، ولعل أن تطبيقات الوضع الظاهر هي عديدة، فوجب علينا حصرها في مثالين شائعين هما الملكية والوكالة (النيابة).

فكما ذكرنا أن نظرية الظاهر هي الاعتقاد الخاطئ في صحة وضعية قانونية أو واقعية، فالوضع الظاهر يبرز عندما يبائر شخص مزايا مركز ليست له مستندا في ذلك إلى تأويل غير سليم للقانون وتصور مخالف للحقيقة، فهي وسيلة راجعة لحماية الغير².

أولاً: المالك الظاهر

وقد تتجلى صورة المالك الظاهر في بيع مالك الغير في نص المادة 397 قانون المدني الجزائري "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب ابطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه وفي كل حالة لا يكون البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري."

¹ - بمعنى آخر، التعارض بين الأمن السكوني الذي يؤمن الحفاظ على حقوق المالك الحقيقي للحق والأمن الدينامي الذي يؤمن فعالية المصالحات روح الحركة الاقتصادية أي استقرار المعاملات.

² - M. Boudot: Apparence. Rép CN 2009: n°2 et 9, Vouin CR : La Bonne foi notion et role
actuels en droit privé français, th, Bordeaux 1939 n° 121 et S, 11
المعارف: الاسكندرية، 1986 صفحة 11.

فقد يكون البائع مملك الغير وارثا ظاهر وهو الذي يوهم الغير من جراء افتعاله لظروف واقعية ملابسة للحقيقة، إنه مالك حقيقي عن طريق الوراثة وهو يتصرف في ملكه، في حين أن الأمر على عكس ذلك، فقد يكون وارثا على الشيوخ أي لحصة فقد من ذلك المال.

حيث عندما نص المشرع في المادة 397 على أحكام بيع ملك الغير يتضح أنه اعتمد على فكرة الوضع الظاهر وحكم ببراءة ذمة المدين حسن النية أي الغير الذي تعاقد مع البائع الظاهر تجاه الدائن الحقيقي ولا يكون ملزما بالوفاء للمالك الأصلي، مرة أخرى وهذا يعتبر حماية له، كما أنه أعطى له حماية أخرى تتمثل في حقه في ابطال البيع، حتى ولو كان البيع حصل على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه أي باشهاره.

كما أننا نجد أن المشرع قد حى أيضا المالك الأصلي في تصريحه بعدم تأثر هذا الأخير بعقد ملك الغير فاعتبره غير ناجز في حقه حتى ولو أجازته الغير الحسن النية¹.

أما في حالة ما إذا أقر المالك الأصلي عقد البيع اعتبر العقد ناجزا في حق المشتري أي الغير الحسن النية، واعتبر البيع هذا صحيحا في حالة ما إذا أصبح البائع الظاهر مالكا للشيء المبيع بعد انعقاد العقد². كما أنه بالإضافة إلى حق الغير الحسن النية بابطال العقد فله أن يطلب من الوارث الظاهر أو

¹ - قضية رقم 51734 (بين ب أم ب أ) و(ب ش م) قرار بتاريخ 17-02-1988 م.ق. سنة 1991 عدد 2 ص 11، 12، 13 جاء في منطوقه "من المقرر قانونا أن بيع ملك الغير لا يكون ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانوني لما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف لما قضوا بصحة العقد العرفي في القطعة الأرضية وغير المسجل والمتأخر في التاريخ عن العقدين الرسميين الذين يملكهما الطاعنان للنفس القطعة الأرضية، يكونوا بقضائهم كما فعلوا قد خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقص وابطال القرار المطعون فيه. وفي قضية أخرى ص/ص.وت. ملف رقم 216365 قرار بتاريخ 12/02/2000. إذا باع شخص ملك الغير فلا يكون هذا البيع ناقدا في حق مالكة إلا بإذن منه، ولما فصل قضاة الموضوع بابطال عقد بيع الشقة (موضوع النزاع) لاستناده إلى عقد باطل بموجب قرار إداري تضمن بطلان البيع لوقوعه لا يملك المبيع فإنهم بفضلهم هكذا تطبيق أحكام المادة 397 قانون مدني يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، مما يتعين رفض الطعن.

² - المادة 398 قانون مدني جزائري "إذا أقر مالك البيع، سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري، إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع."

قضية رقم: قرار 108763 تاريخ القرار: 1994/04/06.

قضية (فريق ج) ضد (فريق ش).

من المقرر قانونا أنه "يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع".

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما حكموا بابطال العقد المتضمن الوعد بالبيع وجميع الاجراءات التي تمت أما الموثق بين الطاعن ومورث المطعون ضدهم يكونون بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض والابطال.

البائع الظاهر تعويضاً حتى ولو افترضنا أن الوارث الظاهر حسن النية أيضاً، حسب ما نصت عليه المادة 399 مدني جزائري¹.

أما في القانون المقارن فنجد أن المشرع العراقي في مادته 384 مدني "إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا قرر الدائن هذا الوفاء أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهراً كالوارث الظاهر"، وهذا ما يدل على أن المشرع العراقي قد نص صراحة على مبدأ الوضع الظاهر في ميدان الوارث الظاهر، ووضع حكم على أن الوفاء يبرأ ذمة المدين حسن النية أي الغير إتجاه المالك الحقيقي، وهذا يعتبر حماية للغير لحسن النية ويقابل نفس حكم هذه المادة، المادة 1240 مدني فرنسي، والمادة 333 مدني مصري "إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء... أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته"، وفي رأي بعض الفقه أن هذا النص يدل على حالة الوارث الظاهر على اعتباره حائزاً للدين، وبه يكون الوفاء إليه مبرئاً لذمة المدين (الغير الحسن النية)².

فأنت معظم النصوص القانونية للمشرعين العرب المذكورين أنفاً بتطبيق مباشر لنظرية الوضع الظاهر، والذي قضى بحماية الغير الحسن النية الذي تعامل مع الوارث الظاهر.

كما أن الملكية الظاهرة هي ميدان خصب للنزاعات المتعلقة بالوضع الظاهر ويتطلب فيها حماية للغير الحسن النية، بحيث يتصور أن يكون المالك الظاهر هو الحائز ما نصت عليه المادة 523 من القانون

¹ - المادة 399 "إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري تجهل أن البائع كان لا يملك المبيع، فلا يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية.

² - بالإضافة نص المادة 897 مدني مصري "دائنوا التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قلنمة الجرد ولم تكن لهم تأمينات عينية على تلك الأموال لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقا عينيا على تلك الأموال وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب ائرائهم"

يقابله نص المادة 1107 مدني أردني. ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني العراقي، بل أن المشرع العراقي قد أورد نصاً مخالفاً لنص المادة 897 مدني مصري وهو نص المادة 1107 مدني عراقي حيث جاء فيها "1- لدائني التركة العاديين والموصى لهم أن يلاحقوا استيفاء حقوقهم في التركة التي نقلت الورثة ملكيتها للغير أو رتبت عليها حقوقاً عينية.

2- ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المدين فإذا انقضت هذه المدة تصرف الورثة في التركة، قبلهم إلا إذا كان التصرف قد صدر تواطؤاً مع الغير الاضرار بهم". نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص 121.

المدني الجزائري "الحائز لحق يفترض أنه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك"، وهذا الأمر محقق الوقوع.

-فالمشرع الجزائري أخذ بفكرة الظاهر وأيضاً يفترض فيه حسن النية في المادة 524 من نفس القانون بنصه "يفرض حسن النية لمن يحوز حقا وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير، إلا إذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسيم، وإذا كان الحائز شخصا معنويا، فالعبرة بنية من بمثله. ويفترض حسن النية دائما، حتى يقوم الدليل على العكس".

فالمشرع الجزائري افترض حسن النية في الحائز، وهذه تمثل حماية للغير المتعامل معه بحيث يقوي من الثقة المشروعة، يعني إذا كان المشرع نفسه يفترض حسن النية في صاحب الظاهر فكيف للغير ألا يفترضها ويبرم التصرف معه، هذا من جهة ومن جهة أخرى نرى أن المشرع في نص المادة 525 "لا تزول صفة حسن النية من الحائز، إلا من وقت الي يعلم فيه أن حيازته اعتداء على حق الغير ويزول حسن النية من وقت اعلان الحائز بعيوب حيازته بعريضة افتتاح الدعوى ويعد سيء النية من اغتصب حيازة الغير بالاكراه".

فالمشرع الجزائري وضع قرينة بسيطة لقيام سوء النية وهي وقت علمه بأنه يعتدي على حق الغير، كما أنه في هذه المادة دليل واضح على اعتراف المشرع الجزائري بقوة الظاهر نظرا لما يحيط الحائز من مظهر لاكتسابه العقار أو المنقول، طبعا إذا توفرت فيه شروط الحيازة من هدوء وعلنية مما يدفع الغير إلى التأثر بهذه الوضعية وابرار تصرف معه¹.

أما فيما يخص نص المادة 527 عن نفس القانون "من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به، صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة دون انقطاع".

¹ - محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني السوري، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة الحياة، دمشق، ط2 لسنة 1976، ص 670 وما بعدها.

فاكتساب العقار أو المنقول عن طريق الحيازة بالتقادم الطويل لا يعتبر حماية للمالك الظاهر من طرف المشرع لأن ملكية الحائز في هذه الحالة تستند إلى أساس قانوني وهو التقادم الطويل. ونجد أن المادة 2/808 بنصها إذا اقترنت الحيازة باكراه أو حصلت خفية أو كان فيها التباس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الاكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التباس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب".

كما أننا نجد حالة أخرى تمثل النزاع في الوضع الظاهر وهي الخلف الذي خلف سلفه للمريض مرض الموت.

1- تصرفات المريض مرض الموت:¹

فيعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط فيها خطر الموت ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضاً.²

¹ (تعريف مرض الموت: تعددت تعريفات مرض الموت عند فقهاء المسلمين، فعرفه الحنفية "هو كل مرض يغلب منه هلاك المريض ويعجز معه عن القيام بمصالحه خارج البيت إن كان من الذكور وفي حق المرأة أن تعجز عن مصالحها داخل البيت". وعرفه المالكية "ما لا يتعجب من صدور الموت عنه ولو لم يكن غالباً".

وعرفه الشافعية "المرض الذي يخاف منه الموت لا نادراً وإن لم يكن غالباً"، عرفوه أيضاً "هو كل ما اتصل به الموت" وعليه يمكن القول بأن جمهور الفقه الإسلامي يرون أن مرض الموت هو المرض الذي مات فيه المقر أو الموصي مطلقاً ولا يتعين المرض إن كان مرض الموت أو مرض شفاء إلا بعد الوفاة لذلك تبقى تصرفات المريض وأقراراته صحيحة ما دام حياً فلا يجوز الاحتجاج بالمرض لإبطال تصرفاته إلا بعد وفاته، فمرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه أنه ينتهي بالموت.

كما عرفته مجلة الأحكام العدلية في مادتها 1595 أنه "الذي يخاف فيه الموت في الأكثر الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إن كان من الإناث ويكون على ذلك الحال قبل مرور سنة... صاحب فراش كان أو لم يكن.. سير يزيد الكيلاني حجية إقرار المريض مرض الموت بالحق المالي في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، المرجع السابق ص 25 وما بعدها.

فالعبارة إذا أن يتوافر في المرض أمران: غلبة الهلاك عادة وحدوث الموت فعلاً متصلاً به لا نجد في أي من القوانين العربية على رأسها الجزائري أي تعريف لمرض الموت إلا القانون اللبناني في مادته 543 من قانون المدني التي تنص على ما يلي "مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح. ، أنظر عبد الحكم فوده، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترجة المرجع السابق ص 29 وما بعدها.

² - انظر أيضاً في قرارات المحكمة الأردنية: قضت محكمة تمييز الحقوق الأردنية بأنه: "عرفت المادة 543 من القانون المدني مرض الموت بأنه - 1) المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح... لكي يعتبر المرض مرض الموت فإنه لا بد أن تتوفر به ثلاثة شروط هي: (1- أن يعجز الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، 2- أن يغلب في هذا المرض الهلاك، 3- أن يكون الإنسان على حالة تلك قبل سنة من تاريخ المرض) وحيث أن محكمة الموضوع قد توصلت في قرارها المميز أن المرحوم ابراهيم كان مريضاً مرض الموت وأن تصرفاته وبيوعه تأخذ أحكام مرض الموت المنصوص عليها من القانون المدني ومن قبله مجلة الأحكام العدلية نجد أن ما توصلت إليه المحكمة واقع في

نجد أن المادة 776 من القانون المدني "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت يقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الوت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي إلى هذا التصرف..." ونفس الحكم أتى به المشرع المصري في مادته 916 من القانون المدني¹.
من نص المادة 776 قانون مدني يتبين أنه لكي تسري أحكام الوصية على تصرف المريض يجب توافر شرطان:

ب. شروط اعتبار تصرفات المريض مرض الموت في حكم الوصية:

ب1- أن يكون التصرف صادر في مرض الموت:

والتصرف هنا سواء كان هبة أو اقرار أو ابراء... إلخ من التصرفات التبرعية يجب ألا ينفذها الورثة إلا في حدود الثلث، ما لم يجزها الورثة لأنها تأخذ حكم الوصية حسب نص المادة 1/776 "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي إلى هذا التصرف.
بالرجوع للفقرة 2 من نفس المادة بنصها "وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا فعبء الاثبات إذا يقع على الورثة فلهم اثبات بالشهادات الطبية وشهادة الشهود وبالقرائن المستخلصة من ظروف المرض².

وفي هذا نجد قرار محكمة النقض "فإذا طعن أحد الورثة في تصرف صادر من مورثهم بأنه وصية في الواقع، لا بيع كما هو مذكور في العقد، فهذا الوارث، وهو من طبقة الغير فيما يختص لهذا التصرف، له أن يثبت بكافة طرق الاثبات أن نية المورث لم تكن إلا للإيحاء وأن البيع الذي نص عليه العقد لم

محله... "قرار محكمة تمييز الحقوق رقم 1998/2400، المجلة القضائية، ص 610/8، سبيري زيدا الكيلاني المرجع السابق هامش رقم 44 ص 41.

وانظر أيضا: قرارها رقم 1990/198 المنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية، لسنة 1990، ص 1842.

¹ - المادة 916 من القانون المدني المصري: "1- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، التبرع، يعتبر تصرفا مضافا على ريكون مقصودا به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف."

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 222.

يكن في الواقع منجزا بل مضافا إليه ما بعد الموت، والحكم الذي لا يجيز ذلك متعللا بصراحة ألفاظ العقد يكون مخالفا للقانون مستعينا نقضه".

إذا أثبت الورثة أن هذا التصرف صدر من مورثهم أثناء فترة مرض الموت اعتبر خذا التصرف تبرعي وأما لو فشلوا في اثبات فيعتبر التصرف ناجزا في حقهم ويخسرون دعواهم وحتى لو قدموا دليل على أن تصرف مورثهم صحيح كان أثناء مرض الموت وكان في المقابل أن قدم الخصم ما يثبت خلاف ذلك. أي أن التصرف لم يكن تبرعي فهنا يخسر الورثة أيضا دعواهم حسب الفقرة الثالثة والأخيرة من نفس المادة السابقة الذكر "... إذا اثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم يوجد أحكام خاصة تخالفه".

ب2 أن يقصد بهذا التصرف التبرع:

لقد نص المشرع في المادة 1/408 من القانون المدني "إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة..."

فالمشرع هنا اعتبر البيع للوارث حتى ولو كان يعوض هو تبرعي ولا يكون ناجزا باقرار الورثة، وهذا في رأينا خلل فيستطيع أن يكون البيع هنا بعيدا عن المحاباة أو التبرع.

أما إذا تم إلى غير وارث فتتنص نفس المادة في فقرتها 2 "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابل للإبطال".

إن عبارة "غير مصادق عليه" لا معنى لها، يرى الأستاذ محمدي سليمان "في الحقيقة يعتبر هذا الحكم حكما غريبا وهو غير مطابق لأحكام الشريعة الإسلامية كذلك غير مطابق لما جاء في قانون الأسرة، فإذا سلمنا بأن البيع يأخذ حكم الوصية معنى ذلك أنه جائز وصحيح للغير في حدود الثلث، أما ما يجاوز الثلث فيتوقف على إجازة الورثة وهذا ما نصت عليه المادة 185 أسرة، ولا يمكن القول هنا بأن البيع قابل للإبطال لهذا لا بد من تعديل المادة 2/408 كما اقترح الأستاذ علي سليمان وذلك بإعادة صياغتها كالتالي ((أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه ينفذ في حدود الثلث وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة.)) كما ألاحظ أيضا أن نص المادة 2/408 يخس تعارضا بين النص العربي والنص

الفرنسي فيبينما يقول النص العربي: "أن التصرف يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للابطال" فإن النص الفرنسي يقول نفترض أن البيع تم بدون رضاء صحيح¹، (la vente avoir été, faite sans consentement valable est presume.

لذا يجب تعديل النصين مع بعض لأن كليهما مخطئ بحيث يجب أن يكون البيع للغير نافذا في حدود الثلث وما جاوزه فهو متوقف على إجازة الورثة وهذا يوافق ما نص عليه قانون الأسرة).

الأمر الذي أوقع اللبس في هذه المسألة هو الخلط بين مسألة "الغيرية" في سريان التصرف و"الغيرة" في ثبوت التاريخ الذي وقع فيه القضاء المصري في تحديد مفهوم الغيرية بالنسبة للورثة انعكس في المادة 2/916 مدني مصري والتي أخذ بها مشرعا في المادة 2/776 فوقع في نفس الخطأ".

هناك من يرى أن اعتبار البيع في مرض الموت هو وصية لتسهيل على الورثة عبئ الاثبات فأعطاهم قرينة بسيطة وهو اعتبار البيع في مرض الموت ما هو إلا بتصرف تبرعي، إذا نادرا ما يتصرف في الشخص في ماله بمقابل وهو في مرض الموت.

ويضيف بقوله أساند الرأي القائل بأن البيع في مرض الموت سواء الوارث أو لغير وارث هو تصرف بعوض وليس تبرع، أما إذا كان الثمن فيه محاباة، فنطبق حكم المادة: 408 من القانون المدني وتسري عليه أحكام الوصية، وأرى أن نص المصري هو دقيق على النص الجزائري فالمادة 477 من التشريع المصري تنص "إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة البيع وقت البيع يسري حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلا فيما البيع ذاته².

ج2. الحماية القانونية بعد الموت:

قد نصت المادة 408 من القانون المدني في فقرته الأولى "إذ باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة..." فمصطلح "لا يكون ناجزا" تعني أن تصرف المريض مرض الموت، لا تكون نافذة في حق الورثة إلا إذا أقرها، وفي هذا سأعرض إلى تعريف عدم نفاذ التصرف بحق الورثة (ج2) ثم تمييز بين عدم نفاذ التصرف عن البطلان (ج2).

¹ - محمدي سليمان، نفاذ العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، المرجع السابق هامش رقم 2 ص 137.

² - محمدي سليمان، نفاذ العقد، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 137.

ج1.2 تعريف عدم نفاذ تصرف المريض مرض الموت في حق ورثته:

إن الأصل في تقرير عدم نفاذ التصرفات هو لحماية الدائنين من تصرفات مدينهم التي قد يترتب عليها الأضرار بحقوقهم، إذا ما نتج عنها الأضعاف من الضمان العام لدائني المدين والمتمثل بدمته المالية التي تشتمل على كافة أمواله، فالمدين قد يجري تصرفات يكون لها أثرا سلبيا في ذمته المالية كلها أو بعضها، كالبيع بأقل من ثمن المثل أو الشراء بأكثر من ثمن المثل...إلخ، فهذه التصرفات وغيرها والتي تتسبب في إفقار الذمة المالية للمدين سيترتب عليها ضررا على حقوق الدائنين التي بذمة المدين، لذا فقد قرر القانون للدائنين عدم نفاذ تلك التصرفات بحقهم¹.

-أما بالنسبة لعدم نفاذ التصرفات الضارة في نطاق الاستخلاف العام فإن تقريره قد جاء لحماية الورثة من التصرفات الضارة التي يقوم بها المورث حال حياته، إذا نتج عنها الأضرار بما سينتقل إلى خلفه العام، وذلك عندما تكون آثار هذه التصرفات مضافة إلى ما بعد الموت، والقاعدة العامة في هذا الشأن هي أن حرية التصرف في أمواله حال حياته بالنسبة للتصرفات المنجزة، أما تصرفاته المضافة إلى ما بعد الموت فتسري عليها أحكام الوصية ولا تسري بحق ورثته إلا في حدود الثلث، إنما تكون موقوفة غير نافذة بحق الورثة ولكن في حدود معينة، وعليه يمكن تعريف عدم نفاذ تصرفات الشخص بحق من سيكونون ورثته بأنه عدم سريان آثار التصرفات التبرعية التي يبرمها الشخص حال حياته والتي تترتب آثارها بعد وفاته في مواجهة ورثته إلا في حدود الثلث من أمواله وفقا لما تقرره الأحكام العامة في الوصية².

وطبعا يشترط لعدم نفاذ تصرفات سلفهم بحقهم أن يكون هذا التصرف ضار بهم ويتجاوز ثلث التركة، وأن يكون آثار التصرف مضافة إلى ما بعد الموت لأن في الأصل في تصرفات الشخص الصحيح المنجزة هو النفاذ وسواء كانت لوارث أم غير وارث، بمقابل أم بغير مقابل.

¹ - أمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، اسكندرية لسنة 2009، ص90.

² - بيرك فارس حسين الجبوري، الخلف العام وحمايته المدنية، المرجع السابق، ص110.

لكن يختلف الأمر إذا كانت مضافة إلى ما بعد الموت، فإنه ينفذ في حدود الثلث من التركة فقط، فهو يأخذ حكم الوصية حسب نص المادة 776 من القانون المدني.

ج2.2 التمييز بين عدم نفاذ التصرف عن البطلان:

قد يحدث خلط بين بطلان التصرف وعدم نفاذه في حق بعض الأشخاص على الرغم مما بينها من اختلاف وهذا الخلط يأتي من التشابه بين الاثنين لتعلقهما بالتصرف القانوني وكونهما يمسان آثار هذا التصرف، فعدم النفاذ هو جزاء يقوم إلى جانب البطلان وليس صورة من صوره، ويمكن حصر أوجه الاختلاف بين عدم نفاذ التصرف وبطلانه فيما يأتي:

- إن عدم نفاذ التصرف يترك التصرف صحيحا تترتب عليه آثاره بين طرفيه، لكنه لا يترتب هذه الآثار في ذمة الغير، ولا يرتبط عدم النفاذ بصحة التصرف أو بطلانه.

فقد يترتب التصرف الباطل بعض الآثار العرضية كما قد يلحقه الانتقاص¹ أو التحول، كل هذا لا ينفذ بحق الغير وهو استثناء على الأصل بعدم وجود آثار للتصرف الباطل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير.

- إن البطلان صفة تلحق التصرف المعيب عند مخالفة نص قانوني أو اتفاقي، أما عدم النفاذ فهو جزاء يتعلق بآثار التصرف.

- إن التشريعات تعني تنظيم وتحديد من يتمسك بالبطلان، أما عدم النفاذ فلا توضع له قواعد بشأن التمسك به، إنما يتمسك به الغير الذي تتعدد أشكاله، فقد يكون خلفا عاما أو خاصا أو غير ذلك².

كما أن للورثة أو الدائنين حق فسخ بيع موروث المريض مرض الموت الصادر إلى الخلف، وهذا الفسخ يؤدي إلى زوال ملكية الخلف إلى الغير، لكن جهل الغير بما يشوب ملكية سلفه،

وإنما عرضة للزوال دفع المشرع إلى تعطيل حق الورثة أو الدائنين بفسخ التصرف واقتصار حقهم بالرجوع على خلف المريض¹.

¹ - بيرك فارس حسن الجبوري، الخلف العام وحمايته المدنية، المرجع السابق، ص110.

² - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص90.

ثانياً: الوكالة الظاهر

عرفت الوكالة الظاهرة عن طريق الوكيل الظاهر "بأنه هو من يبرم التصرف باسم شخص آخر مع

انصراف آثاره لحساب هذا الأخير ومصالحته دون وكالة قائمة بين الأصيل والوكيل"².

فالمشروع الجزائري قد اشترط في المادة 574 من القانون المدني³، وكالة خاصة للقيام بالتصرفات

القانونية من بيع ورهن وتبرع وصلاح وقرار وتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء.

فبغيا ب الوكالة الخاصة تكون أمام وكالة ظاهرة.

¹ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 788، شفيق الجراح، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة عقد البيع المطبوعة التعاونية، دمشق 1986، ص 57.

أنولا العمروسي التعليق على نصوص القانون المدني، ج 2، 1983 ص 326.

حسان مجلي فارس المجالي، حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 96.

في الجانب الآخر فلقد توسعت التشريعات المدنية المقارنة في الأخذ بفكرة الملكية الظاهرة، فلم تقتصر على حماية الحائز للعقار والمنقول بحسن نية أو المتعامل مع المشتري من المريض مرض الموت، بل تعدتها لتشمل العديد من الحالات التي تندرج في إطار الملكية الظاهرة، فلقد أسبغ كل من المشرع المصري والسوري والعراقي حمايته على الغير المتعامل مع خلف المدين الذي أقيمت عليه دعوى عدم نفاذ التصرف، ذلك أن من شأن هذه الدعوى أن تجعل أي تصرف يصدر عن المدين غير نافذ في مواجهة الدائنين، فإذا ما صدر عن المدين أي تصرف كان بمقدور الدائنين فسخ هذا التصرف، ويترتب على الفسخ زوال ملكية المشتري من المدين، فلا يعود مالكا للجزء الذي تصرف به للغير، فيكون الغير بذلك قد تعامل مع مالك ظاهر، ولما كان من شأن هذه النتيجة الحاق ضرر بالغير حسن النية الذي اعتقد اعتقادا كاملا بمملكية المصرف معه، فقد تلافتها هذه التشريعات فقد نصت المادة (3/238) من القانون المدني المصري والمطابقة للمادتين (3/239) مدني سوري و(3/264) مدني عراقي على أنه إذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الأول بهذا الغش إذا كان المدين قد تصرف بعوض وكان هذا الخلف الثاني يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إذا كان المدين قد تصرف له تبرعا.

كما أورد المشرع المصري العديد من التطبيقات للملكية الظاهرة متفردا بها على بقية التشريعات المدنية المقارنة، من ذلك ما تقضي به المادة (1034) من القانون المدني المصري والتي تنص ببقاء قائمة لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر بإبطال سند ملكيته أو فسخ أو الغاء أو زواله لأي سبب آخر إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن. ويرى شراح القانون المدني المصري أن هذه المادة تعتبر تطبيقا صريحا لنظرية الأوضاع الظاهرة حيث تقرر حماية للغير حسن النية المتعامل مع المالك الظاهر أيا كان سبب زوال الملكية.

كما يمكن الاستناد إلى هذه المادة لتصحيح تصرفات الوارث الظاهر، فالراهن قد يكون وارثا للمال الذي رهنه ثم يظهر بعد ذلك ما يحجبه مما يؤدي إلى زوال ملكيته لمال بأثر رجعي، فيجاء بحكم المادة (1034) من القانون المدني المصري لكي يتم الاستناد إليه في ابقاء الرهن قائما لمصلحة الدائن المرتهن حسن النية في مواجهة المالك الحقيقي. نقلا عن: عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 08.

² - فتيحة قرعة المرجع السابق، ص 42.

³ - المادة 574 ق م ج "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلاح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء.

الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص، إلا إذا كان العمل من التبرعات.

الوكالة الخاصة لا تخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري."

فمن المقرر قانون أنه إذا باع شخصا شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه، فالمشتري الحق في طلب ابطال البيع، ويكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المباع ولو أجازته المشتري.
ويتوجب قانونا الحصول على وكالة خاصة في كل عمل يتعلق بالبيع... إلخ.¹

يعني لتحقيق الوكالة الظاهرة يجب عدم توفر شروط الوكالة الخاصة، بالإضافة إلى توفر حسن نية الغير المتصرف مع الوكيل الظاهر وذلك بأنه تهيء له أنه يتعامل مع نائب المالك، ويقع عبء اثبات هذا الأمر على من يدعي أي على الغير نفسه،
ويكون ذلك بأن يثبت أنه وقت التعاقد لم يكن يعلم بانعدام النيابة أو انتهائها حسب ما نصت عليه المادة 765 من قانون مدني جزائري.²

- فهذه المادة تظهر موقف المشرع الجزائري بأنه وضع بالنيابة الظاهر كأحد تطبيقات الظاهر فهذه المادة المشرع حمى الغير حسن النية الذي قام بإبرام هذا التصرف رغم انقضاء النيابة إلا أنه اعتبره تصرفا صحيحا، منتجا لآثاره رغم وجود شخص خادع بمظهره.

ونجد أن بعض من رأي الفقه اعتبر هذه المادة 76 قانون مدني³ هي ليست تطبيقا لفكرة النيابة الظاهرة، بل هي نيابة حقيقية أو كما جاء في القانون المدني الجزائري نيابة خاصة، وأن المشرع قد أبقاها رغم أنها انقضت وذلك كحماية للغير الحسن النية وأنهم في رأيهم هي ليست تطبيق للوكالة الظاهرة وإنما تنظيم لعلاقة الموكل بالوكيل.⁴

¹ - قرار رقم 106893 بتاريخ 1993/12/22 جاء في منطوقه "ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لم يكن راضيا بالبيع ولا طرفا في العقد وأنكر توكيله للمطعون ضده للقيام ببيع سيارته فإن قضاة الموضوع بعدم تحققهم من ذلك وقضائهم بالزامه باتمام اجراءات البيع قد خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض به.

² - المادة 765 "إذا كان النائب ومن تعاقد معه، يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه."

³ - تقابلها المادة 107 مدني مصري والمادة 108 مدني سوري، والمادة 114 مدني أردني.

⁴ - عبد الباسط الجميبي، المرجع السابق ص 365.

ولعل حججهم في ذلك أن نص هذه المادة المشرع اشترط حسن نية الوكيل الظاهر والغير وذلك بقريئة جهلها معا وقت الانعقاد بانقضاء هذه الوكالة فحين إن من شروط الوكالة الظاهرة سوء نية الوكيل الظاهر الذي يذهب إلى اعتماده لوسائل الغش والتظليل في اخفاء صفته¹.

فاستمرار الوكيل بعد انتهاء وكالته² سواء كانت بموت الموكل أو فقده لأهليته أو بانتهاج مهمة الوكيل التي وكل بها... إلخ، هي صورة من صور الوكالة الظاهرة³.

أما الصورة الثانية التي قد نجدها بكثرة هي مجاوزة الوكيل حدود الوكالة فالمشرع في نص المادة 575 قانون مدني قد اشترط على الوكيل أن لا يتجاوز تنفيذ الوكالة، فعليه أن يبرم أي تصرف قانوني وفقا لما جاء في الوكالة الخاصة⁴.

كما أن المشرع قد أعطى فرصة للوكيل لاثبات حسن نية في الاخبار اللاحق على ابرامه للتصرف مع الغير وذلك في حالة أنه كان يغلب عليه الظن بقبول الموكل لهذا التصرف لاحقا.

¹ - النائب هو من قبيل التزيد الي لم يخل بالتطبيق التشريعي لفكرة الظاهر.

أما بخصوص رأينا في هذا الخصوص فنرى أن المادة (114) هي تطبيق لفكرة الوكالة الظاهرة، لأن المشرع كان صريحا في الاعتراف بأثر الوكالة المنقضية وسرياتها في مواجهة الأصيل أو خلفائه، ذلك أن المشرع يتحدث في المادة (114) عن انقضاء الوكالة، فتحقق سبب انقضاء الوكالة واستمرار ظهور الوكيل بمظهره هذا، من شأنه أن يخلق الركن المادي للظاهر، فالظاهر ما هو إلا فكرة مادية خالصة ترتب آثارها الموضوعية بتوافر شروطها.

فضلا أن الحالة النفسية لصاحب الوضع الظاهر لا تؤثر في قيام الركن المادي للظاهر، فسواء كان صاحب الوضع الظاهر حسن النية أو سيء النية فالأمر سيان، فالعبرة بالمظهر المادي الخادع، وما استمرار النائب الظاهر في الظهور بمظهر النائب الحقيقي إلا خلقا للركن المادي للظاهر.

² - وفي اجتهاد محكمة النقض المصرية فقد جاء في أحد أحكامها أن مفاد المادة 107 مدني أن القانون لا يحبي الغير الذي تعامل مع النائب الظاهر بعد انقضاء النيابة إلا إذا كان النائب والغير كلاهما يجعلان انقضاء النيابة وقت التعاقد...، نقض مدني مصري صادر بتاريخ 1963/05/30، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني المصري ج 1، اعداد المستشار معوض عبد التواب، منشأة دار المعارف الاسكندرية ص 315.

³ - وفي ذلك تنص المادة 948 مدني عراقي "لا يحتج بانتهاج الوكالة على الغير حسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهاجها" والمادة 107 مدني مصري: "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجعلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه" والمادة (819) من القانون نفسه التي تقضي بـ "إن الأعمال التي يجريها الوكيل باسم الموكل قبل أن يعلم بوفاته أو بأحد أسبابه التي أدت إلى انتهاء الوكالة، تعد صحيحة، بشرط أن يكون الشخص الثالث الذي تعاقد معه جاهلا أيضا بهذا السبب" كما تنص المادة (862) من القانون المدني الأردني على أنه: "تنتهي الوكالة بوفاة الموكل أو بخروجه عن الأهلية إلا إذا تعلق بالوكالة حق الغير" وتنص المادة (863) منه "للموكل أن يعزل وكيله متى أراد إلا إذا تعلق بالوكالة حق الغير...".

وأخيرا نشير إلى نص المادة (2005) من القانون المدني الفرنسي الذي جاء فيه: أن "العزل لا يحتج به على الغير الذين تعاملوا عن جهل به".
⁴ - المادة 575 ق م ج "الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز الحدود المرسومة لكن يسوغ له أن يتجاوز الحدود إذا تعذر عليه اخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يخبر الموكل حالا بتجاوزه حدود الوكالة."

ونجد صورة أخرى لمجاوزة الوكيل حدود الوكالة، وهو تعمده باستخدام الوكالة الخاصة والتي أنت فيها عبارات واسعة ومرنة تتسع لأكثر من معنى، بحيث يستخدمها لايهام الغير على ابرام تصرف يجاوز حدود وكالته الخاصة، والتي إذا علمها الموكل ما كان ليقبل بها، لكن نرى أن المشرع الجزائري قد حسم هذا الأمر في نص المادة 573 أنها لا تخول له القدرة على تنفيذ العقود المتعلقة بنقل الملكية بل له إلا تنفيذ العقود الإدارية¹.

ويقصد بالعقود الإدارية الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون وجميع أعمال التصرف كبيع المحصول، وبيع البضاعة أو المنقولات التي يسرع إليها التلف وشراء ما يستلزم الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله، ما نصت عليه المادة 573 فقرة 2.

الفرع الخامس: مبدأ الوضع الظاهر ووحدة مفهوم الغير

ما يلاحظ في مبدأ الوضع الظاهر وحدة مفهوم الغير على عكس المبادئ الأخرى فالغير كما ظهر في الوضع الظاهر هو كل أجني عن الظاهر نفسه بمعنى أنه كل شخص أبرم تصرفا مع صاحب الوضع الظاهر لكن بشرط حسن نيته أي لم يقم بالمساهمة في وجود ذلك الوضع الظاهر وحتى أنه لم يعلم بوجود وضع غير الوضع الحقيقي، بالإضافة إلى أنه في حالة ما إذا كان خلفا عاما لصاحب الوضع الظاهر أو ممثلا بواسطة فصفة الغيرية تنتفي منه².

المطلب الثاني: الأسس البديلة لحماية الغير

مع أن فكرة الأوضاع الظاهرة تعتبر أساس قانوني كحماية للغير لكن نجد في بعض المنازعات المعروضة على القضاء عدم توافق الوضع الظاهر كأساس لها، لذلك يتوجب علينا دراسة بعض المبادئ وتطبيقها على الغير ومدى فعاليتها كأساس فنجد مثلا تنازع مركز الغير الذي اكتسب حقا عينيا على

¹ - المادة 1/573 "إن الوكالة الواردة بألفاظ عامة والتي لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل: لا تخول للوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية."

² - فتيحة قرة، أحكام الوضع الظاهر، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر 1986، ص 29، نعمان جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية مرجع سابق، ص 46.

المال مرهون تأمينيا أو حيازة في الفترة الواقعة ما بين انقضاء الرهن وعودته، فالراهن يظل مالكا للمال المرهون ويستطيع أن يجري عليه ما يشاء من التصرفات دون أن يمس ذلك بحق الدائن المرتهن الذي تظل له ميزة التقدم والتتبع ونتيجة لانتفاء التنازع بين القانون والواقع، فمن المستحيل أن نبحت عن الأساس القانوني لهذه الصورة من صور الحماية في إطار نظرية الأوضاع الظاهرة، كما أنه في حالة وجود عقد صوري فلا نستطيع تطبيق الوضع الظاهر لحماية الغير لأن الصورية تختلف تماما عن فكرة الظاهر.

الفرع الأول: البطلان كأساس لحماية الغير

لا يرى العقد الباطل في حق الغير ولا يمكن الاحتجاج به على الغير ونجد أن المشرع الجزائري قد نص عن البطلان وأنواعه في المواد 99 إلى 105 واعتمد على التقييم الثنائي، وليس لنا حاجة لذكر أنواع البطلان فهذا لا يهم في بحثنا، إن ما يهمنا في هذه الجزئية هو كيف نجعل من البطلان أساسا يستند عليه القاضي لتطبيق الحماية على الغير. لعل من أهم آثار البطلان هو إعادة المتعاقدين¹.

إلى حالتها الأصلية ما نصت عليه المادة 103 من القانون المدني الجزائري "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، في حالة بطلان العقد أو ابطاله فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل..."، ولا داعي للتطرق إلى كيفية الاسترداد بالنية للمتعاقدين².

أولا: قاعدة ارجاع المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد

بالرجوع إلى القانون الروماني نجد وجود نظريتين حول مبدأ البطلان أولها هي: "ليس للغاش أن يستفيد من غشه" ويقصد بذلك أن الطرف الذي قام بالغش في العقد، وأدى غشه إلى بطلان العقد فلا يستطيع أن يتأثر بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وهذا يعتبر كجزاء له.

¹ - راجع قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1989/07/09 (ملف رقم 58839) الذي قضى بنقض قرار مجلس القضاء بسبب "... أنه وإن كان قضاة الموضوع قد نطقوا ببطلان عقد الشركة تطبيقا للمادة 545 من القانون التجاري، من أجل عدم افرأغه في الشكل الرسمي فإن كان يتعين عليهم استخلاص جميع النتائج المترتبة على هذا البطلان بقصد إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها من قبل عملا بالمادة 103 من القانون المدني" م ق 1991، 1، 79، راجع أيضا قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية في 1997/8/18 ملف رقم 136156، نشرة القضاة عدد 51، 1997، ص 116.

² - لمزيد من التفاصيل حول كيفية الاسترداد ارجع إلى علي فيلالي الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، ط3، 2013 ص 356 وما يليها.

أما القاعدة الثانية وهي: "إذا تساوى الطرفان في الغش فلا مجال للاسترداد ولا نجد أي تطبيق في القانون الفرنسي لهاتين القاعدتين غير أنه يوجد من القضاء من أخذ بهما"¹.

ولكن نجد في الاجتهاد القضائي الجزائري قد أخذ بهذه القاعدة إلا فيما يخص الغش الذي يمس الآداب، في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 16/02/1983 العامل بالمادة 96 قانون مدني، بتقرير البطلان المطلق لعقد بيع سيارة مستوردة ومحظورة بحكم القانون واللوائح التنظيمية "... أن يرجع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل ابرام العقد، وهذا معناه أن البائع يسترد الشيء المبيع والمشتري الثمن، هذا ولما قضى مجلس مستغانم على الطاعن برد الشاحنة فإنه يكون قد التزم صحيح القانون وأعطى بقراره أساساً قانونياً" قرار رقم 1998-02-37.²

وليس هذا فقط بل نجده قد أخذ به أيضا في القانون المدني في الفقرة 2 من المادة 103 بنصه "يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم المشروعية أو كان عالما بها".

أما فيما يخص الغير مبدأ البطلان فهو كل من تتأثر حقوقه بصحة أو بطلان عقد لم يكن طرفا فيه، فيرى بعض الأساتذة أن الغير في العقد باطل ليس بالغير الأجنبي عن العقد وإنما هو الخلف الخاص الذي يخلف يخلف المتعاقدين في عين معينة بالذات أو في حق عيني، يعطي الأستاذ فيلالي مثال عن رأيه "... فإذا باع عمر عمارة لزيد، وباعها هذا الأخير لعلي، فيعتبر هذا الأخير من الغير بالنية للعملية التي تمت بين عمر و زيد ولكن إذا تم ابطال عملية البيع هذه يتأثر بذلك لأن زيدا الذي اشترى منه العمارة لا يعتبر مالكا وليس له إذن في أن يتصرف في العمارة، وهكذا يسري البطلان مبدئيا في حق الغير، فيلزم عليه برد العمارة"³.

¹ - محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام : العقد والإدارة المنفردة : دراسة مقارنة في القوانين العربية دار الهدى ، 207، ص 235-270، وقال علي علي سليمان "لقد أخذ القضاء بهذه القاعدة في فرنسا وفي مصر وفي كثير من أحكامه كما أخذت بها القوانين الوضعية كالقانون الألماني والقانون السويسري والقانون النمساوي ولكن لم يرد عنها نص لا في القانون الفرنسي ولا في القوانين العربية، ولذلك فلا ينبغي العمل بمقتضاها في قوانيننا العربية، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 85.

² - علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 326.

³ - علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 363.

فالغير في البطلان هو الخلف الخاص¹.

إن الحماية المقررة للغير في مجال البطلان هو زوال الحقوق المكتسبة بها يتمكن الغير استنادا إلى العقد من اكتساب الحقوق، لكن كيف؟

إن المبدأ القائل بأنه ليس بإمكان أحد أن ينقل إلى الغير حقوقا ليست له مبدأ حقيقة منطقي لكن هو جاحف في حق الغير الحسن النية الذي قام بالتعاقد مع الشخص الغير المالك. وأيضا الأخذ بهذا المبدأ يجعل من التعاملات القانونية غير مستقرة وبذلك عدم الأمن، فهناك مبادئ أو حلول ملطفة للقاعدة القاسية التي أتى بها البطلان.

ثانيا: أساس حماية الغير في البطلان

- حسن نية الغير: يعتبر مصطلح حسن النية مصطلح واسع ويكون نتيجة اختلاط أو وقوع إرادة الشخص في الجهل أو الغلط أو الخطأ.

وليس لنا أن نعرف حسن النية لأنه تم التطرق إليه آنفا.

ومن شروط حسن النية في مجال البطلان هو حسن نية الغير المتمثل في ابرامه التصرف مع شخص غير المالك عن جهل بصفته الحقيقية، أو اعتقاده أنه يتعامل مع ذي الصفة².

ولكن بمجرد وجود شك لدى الغير فإن هذا الشك يجعل منه شيء النية فالعبرة بالاعتقاد البات في صفة المتصرف³.

¹ - يعتبر خلفا خاصا هو كل شخص يخلف غيره في شيء معين انتقل إليه، وقد يتمثل هذا الشيء في حق عيني، كحق الملكية أو حق الرهن، أو في حق شخصي كحوالة الدين، وقد يكون الشيء ماديا أو غير مادي، وتتميز وضعية الخلف الخاص عن الوضعية التي يرتبها الحق الشخصي بكون هذا الأخير يقتصر على تقرير حق في ذمة المدين لصالح الدائن، فهو ينشئ علاقة قانونية تربط الدائم بالمدين، بينها تتعددة وضعية الخلف الخاص هذه العلاقة الشخصية فتتناول انتقال الشيء وما يترتب عليه، فالمشتري حق شخصي على البائع باعتباره دائنا له بنقل ملكية المبيع، وهذه علاقة بين البائع والمشتري، وهو في نفس الوقت خلف خاص له فيما يتعلق بحق ملكية المبيع الذي تلقاه، فتكون العبرة - إذا بانتقال المبيع وما يترتب عليه من حقوق وواجبات في مواجهة كافة الناس، وفيه جاء الاجتهاد القضائي رقم 322445 م م . 373.2.2005 والملف رقم 348247 م م ع 395.2.2006 زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 35، وشا السيد ابراهيم عامر ص 149 علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق ص 434.

² توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية 1979، ص 452، د. عبد المنعم البدرابي، عقد البيع، دار النهضة العربية، 1990، ص 330، سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف الاسكندرية، 1983، ص 318.
سليمان مرقس، العقود المسماة، ج 1، عقد البيع، دار أم الكتب، 1980، ص 521.
³ - عبد الباسط جمعي، نظرية الأوضاع الظاهرة، ط 1957، بلا مكان طبع، ص 53.

فهذا الإتجاه من الفقه يرون أن حسن النية وهو الحالة الذاتية للغير وبالتالي يصعب إقامة الدليل عليها أو ضدها، وبه يجب إضافة معيار موضوعي يحكم حسن النية وهو معيار علم الرجل المعتاد¹.
ويجد حسن النية بهذا المفهوم سنده في القانون المدني الجزائري في المواد التي تنص على الحيازة وذلك كالآتي:

حيث تنص المادة 835 من القانون المدني الجزائري "من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقا عينياً على المنقول أو سند لحامله، فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته.
إذا كان حسن النية والسند الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب ملكية الشيء خالية من هذه التكاليف والقيود العينية.

والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقيم دليل على خلاف ذلك".
فيلاحظ أن المادة أعلاه اشترطت حسن النية لكي يتحول الحائز إلى مالك، أما فيما يخص العقار فنجد المادة 828 تنص "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات.

ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق"

ففيما يخص حيازة الغير للعقار لم يشترط المشرع في الغير توافر حسن النية قبل تلقي الحق، بل وقت إبرام العقد وتلقيه الحق.

كما أنه تظهر حماية المشرع للغير حسن النية كونه حائزا في الفقرة الثانية للمادة 836 في حالة المشتري الي يحوز الشيء وكان مسروقا، فله أن يطالب من صاحب الشيء الأصلي برد ثمنه الذي دفعه وارجاعه له، وأيضا في المادة 842 في حالة انتفاعه بالشيء، وكان هناك طلب لاسترداد الشيء من طرف المالك الأصلي فليس للمالك الأصلي أن يطالب الغير الحسن النية برد حق الانتفاع، لكن في الوقت نفسه فإن المشرع في حالة انتفاء حسن النية عن الغير فإنه يعامله بجفاء ولعل أحسن مثال في المادة 838 هو

¹ المرجع نفسه، ص 60.

وجوب ارجاعه للثمن التي انتفع بها لملكها الأصلي ولكن مع احتفاظه بحقه في الأموال التي أنفقتها في إنتاج ثمارها¹.

أما في حالة هلاك الشيء وكان في يد الحائز الشيء النية، فيكون مسؤولاً عن هذا الهلاك حتى ولو كان ناشئاً عن حادث مفاجئ، حسب نص المادة 843 قانون مدني جزائري، ويتضح أن المشرع الجزائري لم يقيم بتبيان معايير تقييم حسن النية من سوءها، فالعبرة بالرجوع للمقاييس التي وضعها الفقه². كما أننا نجد أن المشرع الفرنسي قد نص وأعطى صراحة المعيار الذي يستند فيه إلى حسن نية الغير في نص المادة 550 من قانونه المدني بنصها على أن الشخص حسن النية هو من يجعل العيب الذي يشوب تصرفه³.

أما الإتجاه الثاني من الفقه فهو يرى أن حسن النية لا تتمثل في جهل أو غلط أو خطأ فهم يرون أن الجهل هو عدم العلم بأمر والغلط وهم يصيب الشخص فيصور الحال على غير حقيقته، والخطأ سلوك مدان ومعيب لأنه يجابن الصواب، فما دخل الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون"، ولا يلزم التحقيق الفعلي لهذا الالتزام، فقد يقصد الشخص احترام القانون ولكن يؤدي سلوكه إلى مخالفته سواء لعدم ادراكه لكل الوقائع أم لجهله بحكم القانون⁴.

¹ - المادة 2/836 "إذا كان الشيء الضائع أو المسروق قد وجد في حيازة من اشتراه بحسن نية في السوق بالمزاد العلني أو اشتراه ممن يتاجر في مثله فإن له أن يطالب ممن يسترد الشيء أن يرد الثمن الذي دفعه".

والمادة 838: "يكون الحائز سيء النية مسؤولاً عن جميع الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيء النية غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها".

والمادة 843 "إذا كان الحائز شيء النية، فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو بقي في يد من يستحقه".

² - ونجد في القانون المقارن من أخذ بهذا الإتجاه، نذكر على سبيل المثال المشرع العراقي في المادة 1/1148 من قانونه المدني "يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو جهل أنه يتعدى على حق الغير وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك" وتقابلها المادة 1/965 مدني مصري والمادة 1/1176 مدني أردني.

والمادة 1/1163 مدني عراقي الي جاء في مضمونها أن حسن نية الحائز في تملك المنقول بالحيازة واشترطت أن يكون الحائز قد اعتقد وقت بدء الحيازة أنه يتلقى ملكية المنقول من المالك وأي شك يقع في نفس الحائز وقت بدء الحيازة أو تلقي الحق في أن المتصرف قد لا يكون هو المالك للمنقول ينفي حسن نيته، تقابلها المادة 1/976 مدني مصري والمادة 1/1189 مدني أردني، د.عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 83.

³ - Art 550 <<Le possesseur est de bonne foi quand il possede comme propre tiere en vertu d'un titre translatif de propriété don't il ignore les vices>>

⁴ - نعمان محمد خليل جمعة، مرجع سابق، ص 134 إلى 137 محمد سليمان الأحمد مرجع سابق، ص 65.

ونجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذا الرأي أيضا في بعض النصوص.

المادة 107 من القانون المدني بنصها "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام"¹.

والمادة 674 "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة، والمادة 690 "يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة، وعليه أيضا مراعاة الأحكام الآتية". فالمشرع قد نص على وجوب التقيد بالقوانين المذكورة في نواحه لكي يستطيع الشخص الحصول على حقه ويعتبر حسن النية، فإذا لم يتبع اجراءات نقل الملكية المنصوص عليها قانونا دل ذلك على سوء نيته لاهماله وتقصيره².

فحسن النية في هذا الرأي هو مفترض في كل الناس وعمليا يستحيل إقامة الدليل على عنصر كامن نفسي، بل يجب رؤية فعل الشخص الذي تبين حسن نية من سوءها وذلك بمدى تطبيقه للقانون بمدى قصده لمخالفة القانون³.

¹ - وفيه جاء القرار 191705 بتاريخ 1999/10/24 قضية: (م ت س ع) ضد (س ع ق) "من المقرر قانونا أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"، غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها... جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". والمستفاد من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع لما أقروا زيادة نسبة 10% من السعر الاجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص، تماشيا مع عدالة العقد وتوازنه، فانهم تناسوا امكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقا لأحكام المادة 3/107 من القانون المدني، إذا ما طرأت ظروف استثنائية ذات طابع عام وغير متوقعة من شأنها أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة، فانهم يكونون قد أخطؤوا في تطبيق المادة 107 من القانون المدني مما استوجب نقص القرار المطعون فيه.

² - تقابلها المادة 1/150 من القانون المدني العراقي بنصها "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه العقد وبطريقة تنفق مع ما يوجبه حسن النية"

والمادة 148 على التوالي المادة 2/1126 مدني عراقي "والعقد الناقل للملكية عقار لا ينقذ إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانونا".

والمادة 204 مدني مصري.د.عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص88.

³ - فتحة قرة، أحكام الوضع الظاهر، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1909 ص83.

الفرع الثاني: الصورية كأساس لحماية الغير

- قام المشرع بالنص صراحة على عدم نفاذ التصرف الحقيقي على الغير حسن النية وتمكين الغير من التمسك بالعقد الصوري، كما منحه أيضا الحق في التمسك بالعقد الحقيقي إذا كان يخدم مصلحته¹. وهذا الحق الذي منحه المشرع للغير الحسن النية يعتبر حماية له، والظاهر أن هناك عدة دراسات قام بها الفقهاء والكتاب حول هذا الموضوع لكن لا نجد إلا القليل منهم من تطرق لأساس هذه الحماية في ميدان الصورية، ومن تكلم عنها كانوا مختلفين حول هذا الأساس فمنهم من أسسها على فكرة الخطأ الموجب للتعويض، ومنهم من أسسها على فكرة العقوبة الخاصة أو العقوبة المدنية، وأيضا على فكرة الأوضاع الظاهرة.

سوف ندرس هذه الأسس على التوالي:

أولا: تأسيس حماية الغير في إطار الصورية على فكرة الخطأ الموجب للتعويض

- مفادها هو تحميل المتعاقدين المسؤولية وذلك باخفائها لتصرفهما الحقيقي بتصرف صوري، وهذا الاخفاء يعتبر خطأ بحيث نجد أن المادة 1382 مدني فرنسي والتي تحكم المسؤولية عن الأفعال الشخصية على ما يلي "كل فعل أيا كان صدر عن شخص وسبب ضرارا للغير بفعله الخاطئ يلزم فاعله بالتعويض عن هذا الضرر."

"tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer"

من نفس القانون على أن الشخص مسؤول أيضا عن الضرر الذي يحدث بسبب 1383 وتضيف المادة اهماله وعدم تبصره.

"On est également responsable du prejudice resultant d'une negligence ou d'une imprudence"

¹ - المادة 198 قانون مدني جزائري "إذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري".

ومضمون هذين النصين يوحى بمسؤولية مبنية على فكرة الخطأ. فمضمون النص الأول يتضمن الخطأ العمدي (la faute intentionnelle) أما مضمون النص الثاني فيشير إلى الخطأ غير العمدي (la faute non intentionnelle)¹ وبذلك فإن المتضرر من فعل غير مشروع، لا يكفي أن يثبت أن الضرر قد حصل ماديا من طرف المسؤول، وإنما أن يثبت خطأ هذا المسؤول المتسبب في الضرر. ولكن الفقه التقليدي، لم يحصر نطاق الخطأ في المسؤولية عن الأفعال الشخصية وإنما -واستنادا على الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي لعام 1804- أقر بأن نطاق الخطأ يمتد حتى إلى المسؤولية التقصيرية وهو خطأ واجب الإثبات، أما في المسؤولية عن الغير والمسؤولية عن الأشياء، فالخطأ مفترض (faute présumée)².

وكان اشتراط الخطأ في المسؤولية المدنية متماشيا مع الإيديولوجية الرأسمالية التي كانت تركز على مبدأ سلطان الإرادة، وترتب على ذلك أن إرادة الشخص هي مصدر كل الالتزامات سواء أكانت من طبيعة عقدية أو غير عقدية، فمحدث الضرر يعتبر مسؤولا ويلزم بتعويض الضرر، لأنه ارتأى هذه النتيجة (الضرر) أو أنه ارتكب خطأ نتيجة إهماله أو عدم تبصره³.

¹ - زهدور السهلي، المرجع السابق، ص 77.

² - نفس المرجع، ص 78.

³ - محمود حمال الدين زكي، النظرية العامة للالتزامات، ط 1978، ص 261.

إلا أن هذه النظرية الشخصية التي كانت تعبر للخطأ اهتماما بالغا في إطار المسؤولية المدنية، كانت كافية في وقت كان فيه المجتمع مجتمعا زراعيا، أما وأن المجتمع تحول من مجتمع زراعي إلى مجتمع صناعي، فقد دعت الضرورة إلى ظهور نظريات أخرى تنادي ببناء المسؤولية، ليس على أساس الخطأ سواء المثبت أو المفترض، وإنما على أساس الضرر. ومن العوامل التي أدت إلى ظهور هذه النظريات التطور الهائل في الآلات الميكانيكية ومن بينها السيارات. فقد تبين أن معظم المتضررين من حوادث العمل ومن حوادث السيارات، كان لا يمكنهم الحصول على التعويض لصعوبة اثباتهم لخطأ ممتلكي هذه الآلات أو السيارات باعتبار أن الحادث كان راجعا لتدخبات الآلة أو السيارة وكان من العسير نسبة الخطأ للمالكها. وظهر إلى الوجود، أساس آخر للمسؤولية المدنية، نادت بع النظريات الموضوعية التي لا تعبر للخطأ أي اهتمام، وإنما تنظر للضرر كأساس لقيام المسؤولية المدنية، فبمجرد حصول الضرر تقوم المسؤولية بالتعويض على عاتق الشخص المسؤول، بغض النظر عن مسلك هذا الأخير إن كان خاطئا أو غير خاطئ ومن بين النظريات التي نادت بعنصر الضرر كأساس للمسؤولية المدنية نظرية تحمل التبعية التي حمل لواءها "سالي" (Saleilles) مع نهاية القرن التاسع عشر (لكنها كانت خاصة بالأخطار المهنية) والتي طورت ووسعت إلى الخطر المستحدث (Riques Créer) من طرف "جسران" (Josserand) مع بداية القرن العشرين، حتى ولو أن الخطأ كان موجودا حسب "بيلسان" (Jean Bellissant) في القانون المدني لسنة 1804 من خلال استقراء المواد من 1384 إلى 1386 لكن دون الحصول على نتائج تطبيقية.

فنظرية تحمل التبعية، المتشعبة بالقواعد الأخلاقية هي مستوحاة من العدالة، حيث أن كل شخص يغتم من نشاط يمارسه، يلزم بتعويض الضرر المترتب عنه.

ونجد أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 124 قانون مدني¹ "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرارا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض." ولما كان اصطناع التصرف الصوري بعد خطأ² من شأنه أن يلحق الضرر بالغير الذي اطمأن لهذا التصرف وتعامل على أساسه.

(Ubi emolumentum, la ou est l'avantage, la doit être la charge)

-وبعدها جاءت نظرية وفقت بين الخطأ والخطر وأبقت على فكرة الخطأ بجانب الخطر. وقد حول أنصار هذه النظريات تأصيل نظرياتهم استنادا إلى نصوص قانونية وهي المواد 1382 إلى 1386 (مدني فرنسي وجزائري قديم) واستعانوا من أجل ذلك بما كان يقوله المقررون في المجالس الشعبية التي كانت قد انعقدت من أجل تحضير قانون نابليون، كما استعانوا بمبدأ حديث هو أثر التقدم الحيوي العلمي في عالم الصناعة، والذنب كان يقضي بوجود أن يتحمل كل شخص الخسائر التي تترتب إذا ما أوجد عملا تترتب عليه حتما أضرار بالغير.

ولقد كان لهذه النظريات أثرها على عدة قوانين صدرت في فرنسا واكتفى هنا بذكر أهمها وهو قانون 19 أبريل 1898 والذي عدل عدة مرات والذي أسس نظاما جديدا للتعويض عن حوادث العمل مستقلا عن اثبات الخطأ في جانب المسؤول مدنيا.

كما كان لها أثر على القضاء الفرنسي، حيث وصل إلى تفسير المادة 1384 في فقرتها الأولى، واعتبرها فقرة تقرر مبدأ للمسؤول عن فعل الأشياء غير الحية.

وإلى جانب النظريات السابقة الذكر، والتي نادى بضرورة النظر إلى الضرر كعنصر أساسي للمسؤولية المدنية، نظرية أخرى نادى بها الفقيه "بوريس ستارك" (Boris Stark) في رسالته للدكتوراه التي قدمها لجامعة باريس سنة 1947 والتي عنوانها بـ "محاولة لنظرية عامة عن المسؤولية المدنية باعتبار أن لها وظيفتين هما الضمان والعقوبة الخاصة".

Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile en sa fonction de garantie et de peine "privé

حيث تجاوز فيها هذا الفقيه المعارضة الموجودة بين الخطأ والخطر بنظرية جديدة أسماها نظرية الضمان (la théorie de la garantie) حيث تراعي هذه النظرية مصلحة المضرور ولا تلتفت اطلاقا إلى جهة المسؤول وترى أن من حق الشخص احترام حرمة جيمه وسلامة ذمته المالية.

حيث رأى "ستارك" أن الأضرار التي تصيب سلامة الجسم (l'intégrité corporelle) أو الذمة المالية للشخص (l'intégrité des biens) هي أضرار تقيم المسؤولية من جانب من أحدث الضرر، دون حاجة لاثبات خطأ ضده، واستثنى "ستارك" من هذه الأضرار التي تصيب المصالح الاقتصادية أو المعنوية.

¹ - القانون رقم 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم والذي نص في مادته 1003 على سريان مفعوله من تاريخ 05 جويلية 1975 م.

² - تعريف الخطأ في الفقه الفرنسي: لقد حاول الفقهاء الفرنسيون منذ صدور قانون نابليون تعريف الخطأ وقد تعددت التعاريف وتباينت وفقا لتزاعاتهم الشخصية وظروفهم الاجتماعية والاقتصادية، وسأستظهر فيما يلي أهم التعاريف الشائعة:

حيث عرف الفقيه بلانبول الخطأ بقوله: "إن الخطأ هو خرق لالتزام سابق"

« la faute est une violation d'une obligation préexistence »

ولكن هذا التعريف وإن كان يعتبر كل اخلال بواجب سابق خطأ يستوجب المسؤولية، إلا أنه لم يعين هذه الواجبات التي يعد اخلال بها خطأ فلو أن المشرع حصر هذه الواجبات لكان من اليسير ضبط الخطأ في جميع الحالات ولكن الواقع غير ذلك. لذلك عمد الفقيه بلانبول إلى تحديد هذه الالتزامات العامة التي يعد اخلال بها خطأ في أربعة أقسام وهي:

الامتناع عن العنف نحو الأشياء أو الأشخاص

« S'abstenir de toute violence envers les choses ou les personnes »

الاحجام عن الغش: أي كل ما من شأنه أن يخدع الغير.

« S'abstenir de toute fraude c'est à dire de tout acte destiné à tromper autrui. »

أن لا يقدم المرء على فعل يتطلب قدرة معينة أو مهارة خاصة تتجاوز ما له منها.

« S'abstenir de tout acte qui exige une certaine force ou une certaine habilité que l'on ne possède pas au degré voulu

ولعل خير تعويض هو الاعتداد والأخذ بالتصرف الصوري وترتيب كافة آثار العقد¹.

النقد: إن هذه الفكرة تقوم على أساس الافتراض، فنشوء الضرر أمر غير متصور في بعض من الحالات المعروضة على القضاء، ولا يمكن أن نفترض الضرر فالخطأ فيها مفترض حيث يعد ذلك لجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية لسد النقص المترتب على الأخذ بمذهب الإرادة، ذلك أن مذهب الإرادة

أن يقوم المرء بالرقابة الكافية لما لديه من أشياء خطيرة أو لمن يكون في حراسته

« Exercer une surveillance suffisante sur les choses dangereux qu'on possède ou sur les personnes don't on a la garde »

إن "بلانيول" هو أول من عرف الخطأ، إلا أن استعماله لمفهوم غير مشروع (illicite) أو خرق التزم (devoir violé) عرض تعريفه لانتقادات شديدة من بينها انتقادات الأخوان "مازو" (Mazeaud H et L) وكذلك "مارتي" (G.Marty) حيث اعتبر هؤلاء بأن مصطلح غير مشروع أو خرق التزم مصطلح غير مفيد وخطير، كما أضافوا بأن "بلانيول" خانه التوفيق في تعريف الخطأ، ذلك لصعوبة تحديد الالتزامات التي يعتبر خرقها خطأ، حيث عير "مارتي" عن ذلك بمقال له كتب فيه:

« Dans l'impossibilité de définir avec precision quelles sont les obligations don't la violation constituerait l'élément fondamental de la faute. Il ne s'agit pas d'obligations au sens précis et technique de lien de droit existant par avance entre responsable et victime mais de règle de conduite... »

أما عن الحالات الأربعة التي جمعها "بلانيول" لتحديد الالتزامات العامة التي يعتبر الاخلال بها خطأ فيردون عليه بقولهم أنه بتعريفه هذا فإنه يفترض أن نظرية الخطأ معروفة، وأنه تبعاً لذلك لا يقوم إلا بتقسيم الأخطاء في حالات معينة من حيث أنواعها فقط، فهو لا يريدنا متى يكون الفعل خاطئاً ومتى يكون غير خاطئ.

والواقع أن تعريف "بلانيول" يفيد في تحديد فكرة الخطأ في الحالة التي يكون الاخلال بالالتزام محددًا قانونًا، فما عداه فإنه لا يصلح لأن يكون تعريفًا جامعًا مانعًا لمعنى الخطأ.

أما الفقيه "ريبير" (Ripert) يرى من الصعب إيراد تعريف لفكرة الخطأ، ويستدل على هذه الصعوبة بحجم المشرعين عن إيراد تعريف قانوني للخطأ.

حيث يعرف الخطأ بقوله: "إن الخطأ هو اخلال بالتزام سابق ينشأ عن القانون أو العقد أو قواعد الأخلاق"

وهذا قد ألحق "ريبير" في تعريفه للخطأ بعض الواجبات الأخلاقية بالواجبات القانونية التي يعتبر الاخلال بها خطأ يوجب المسؤولية، وأورد مثالا واحدا عن هذه الواجبات الأخلاقية وهو الواجب العام بعدم الإضرار بالغير.

وقد وجهت انتقادات إلى هذا التعريف على أنه لم يضع معيارا للترقية بين الواجبات الأخلاقية التي تبلغ مرتبة الواجبات القانونية، وبين الواجبات الأخلاقية التي لا تبلغ هذا الحد.

ويعرف الفقيه سافتييه الخطأ بقوله: الخطأ هو الاخلال بواجب كان بالإمكان معرفته ومراعاته.

« La faute est l'inexécution d'un devoir que l'agent pouvait connaitre et observer »

ولقد اتخذ "سافتييه" تعريف "بلانيول" كأساس لتعريفه للخطأ وحين تكلم عن الواجبات التي يعتبر الاخلال بها خطأ، فقد قال إن مصدر هذه الالتزامات إما أن يكون العقد أو القانون أو واجب أخلاقي محدد يجب إتيان عمل معين أو ينهى عن عمل معين.

وبذلك فإن نفس الانتقادات التي تعرض لها تعريف "بلانيول" للخطأ ومدته دور الواجبات في تحديد نطاق الخطأ، تصدق بالنسبة لتعريف

"سافتييه"، وقد فرق "سافتييه" بين الاخلال العمدي والاخلال غير العمدي، وقال أنه إذا كان الاخلال عندنا فهذا الاخلال يكون جريمة مدنية "délit-civil" أما إذا كان الاخلال غير عمدي فثمة خطأ بسيط أو شبه جنحة مدنية "délit-quasi"

ويرى أن الخطأ يتكون من عنصرين، عنصر مادي يتمثل في الواجب الذي تم الاخلال به، سواء أكان واجبا قانونيا أم أدبيا أم واجبا عاما بعدم الإضرار بالغير، وعنصر نفسي هو إمكان العلم بهذه الواجبات.

إلا أنه أمعن في التطرق إلى العنصر المادي وحدد أحواله حتى كاد يصل إلى جمع كل حالاته، ولكنه لم يعر العنصر النفسي نفس الاهتمام ولم يتطلب مدى إمكان العلم بالواجب.

وقد عرف الفقيه "إيمونويل ليفي" الخطأ بقوله: الخطأ هو الاخلال بالثقة المشروعة "la confiance legitime trompée"

¹ - عبد الرحمان عياد، المرجع السابق، ص 68.

هو اكمال آثار التصرف الحقيقي بين المتعاقدين، وعدم الاعتراف بالتصرف الصوري واعتباره كأن لم يكن، ووما لا شك فيه أن هذه النتيجة تؤدي إلى الاضرار بالغير حسن النية، ولما كان أمر مراعاة جانب الغير حسن النية، يقتضي الاعتداد بالإرادة الظاهرة إلى مسوغ قانوني لعدم الاعتداد بالإرادة الحقيقية فلجؤوه إلى فكرة المسؤولية التقصيرية المبنية على أن المتعاقدين بإبرامها التصرف الصوري قد ارتكبا خطأ أدى إلى الحاق الضرر بالغير¹.

كما أنه للغير مقدارا معيناً من الثقة يوليه للشخص، والثقة المشروعة تقضي أن يتخذ الغير مقدار معيناً من الاحتياطات اللازمة إتجاه مع من يتعاقد معه، فلا نحمل المتعاقدين الأصليين كل الخطأ لقيام مسؤوليتها، إذا لم يتخذ هذا الغير احتياطه.

كما أن هذه النظرية أتت على أساس ركن واحد فقط من المسؤولية وهو الخطأ ولم تولي للضرر أو العلاقة السيئة أي أهمية، فإن ذلك يخلق اشكالية لا سبيل لحلها مما يتعين معه دراسة فكرة الخطأ الموجب للتعويض كأساس قانوني لحماية الغير حسن النية في مجال الصورية.

ثانياً: فكرة العقوبة الخاصة

يذهب المشرع دائماً إلى حماية حسن النية والحفاظ على التوازن العقدي وتلبية ضرورة وجود نظام يكون بمثابة وقاية ضد محاولات الغش والاستغلال.

اعتبرت محكمة التمييز الفرنسية بصورة ضمنية، أنه كي يبطل العقد، يجب اثبات إتجاه نية من كتم المعلومات إلى غش المتعاقد الآخر، وبالتالي نقضت قرار المحكمة الاستئناف لأنها لم تبحث فيها إذا كان كتم المعلومات مقصوداً مع العلم أن الغلط ينتج أحياناً من خطأ من قبل الدائن الذي أهمل الالتزام بالافصاح (عن العقد الحقيقي) دون نية التضليل، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن اشتراط الغش والتعمد للقول بالاخلال بالالتزام بالافصاح لا يصعب من مهمة الدائن بها².

¹ - عبد الرحمان عياد، المرجع السابق ص56، وحيد الدين سوار التعبير عن الإرادة، المرجع السابق، ص112. حسان مجلي فارس المجالي، حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص108.

² - المادة 147 و384 مدني عراقي، وتقابلها المادة 244 و333 مدني مصري، والمادة 368 مدني أردني.

فتتحقق العقوبة بوجود نية الاتيان بفعل ضار بالغير، فعندما تتصل الظاهر بفكرة الثقة المشروعة في المعاملات¹.

ضوء النية يقوم على عنصر العلم، وهو العلم بكافة عناصر الواقعة القانونية أو التصرف القانوني بالإضافة إلى إرادة الفعل والنتيجة بينما حسن النية يقوم على عنصر الجهل، أي جهل الشخص بأنه يعتدي على حق الغير أو يخالف نصا قانونيا، فعند اصرار الشخص واقدامه على التعامل أو ابرام تصرف قانوني وهو عالم بأنه صاحب للوضع الظاهر غير الحقيقي (أي ليس بمالك حقيقي)، رغم العلم بأنه منعدم الصفة، يكون شخصا سيء النية، فهنا تسقط عنه الحماية القانونية وترتب عليه المسؤولية وبالتالي، العقوبة الخاصة².

فنجد أن العقوبة الخاصة تشترط إذا وجد غش، والذي يقع في ذروة تدرج الأخطاء العمدية، وأن كل غش هو خطأ عمد ولكن الخطأ العمد ليس غشا دائما، إلا إذا اقترن ركنه المادي بنية التضليل³. حيث نجد أن الفقيه "Blan iol" و "Esman" لجؤوا إلى فكرة العقوبة الخاصة أو ما تسمى بالعقوبة المدنية، كأساس قانوني لحماية الغير حسن النية في ميدان الصورية، فالغش الصادر من المتعاقدين إتجاه الغير حسن النية يستحق عقوبة ويرتب مسؤولية، ولعل أهم تعويض للغير هو حرمان المتعاقدا الصوري من التمسك بالعقد المستتر إتجاه الغير ومنح الغير الحسن النية حق التمسك بالعقد الظاهر متى كانت له مصلحة في ذلك.

لقد وجه الانتقاد لهذه النظرية بعدم صلاحها بأن تكون كأساس لحماية الغير الحسن النية في مجال الصورية وذلك لأن ايقاع العقوبة بتحميل المتعاقدين المسؤولية يتخالف مع طبيعة العقود المدنية والتصرفات المدنية، فاقحام العقوبة في مجال القانون المدني لا يتلاءم مع طبيعته¹.

¹ - محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، مرجع سابق، ص 32 وص 105، د.هليدير أسعد أحمد نظرية الغش في العقد، دار الكتب العلمية، ص 217.

² المرجع نفسه، ص 37 وما بعدها. فتبيحة قررة الأوضاع الظاهر، نظرية قضائية مستحدثة، المكتبة القانونية، دمشق، الناشر منشأة المعارف الإسكندرية، 2001، ص 87.

³ - عبد السلام الذهني: الحيل المحظور منها والمشروع، القاهرة لسنة 1946، ص 122 وما بعدها.
-ابراهيم سرحان، الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد.

فالعقوبة مصطلح يتعلق بالميدان الجنائي والجزائي أما فيما يتعلق بالقانون المدني ففيه أفكار أخرى وهي التعويض وعدم نفاذ التصرف، وفكرة العقوبة الخاصة لا تجد مبرر لأعمالها عندما يكون الغرض من العقد الصوري مشروعاً².

ثالثاً: فكرة المشاطرة في الحق

يرى الفقيه الفرنسي فلاتيه (faltier) أن الصورية تجعل للحق الواحد مالكين، مالك ظاهري صوري ومالك مستتر حقيقي، فصاحب الحق المستتر الحقيقي أقام عن طريق العقد الصوري ملكية أخرى ظاهرة بالإضافة إلى ملكيته الحقيقية. وللغير حسن النية حق الرجوع على كلي الصفتين.

ويظهر أن هذه الفكرة لا تعتبر منطقية فهي إذا لا تصلح لكي تكون أساساً لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية، وذلك لأنها تنشأ نوع من الملكية التي لا وصف لها في القانون فلا هي ملكية شائعة ولا هي ملكية مشتركة، كما أنها لا يمكن تمكن اسقاطها على أحكام وقواعد القانون المدني³.

وأيضاً هذه النظرية أو الفكرة فإنه يشوبها العيب الذي نسبناه لفكرة المسؤولية التقصيرية، وهو عيب الافتراض ذلك أنها تفترض نشوء ملكية ظاهرة إلى جانب الملكية الحقيقية.

كما أن هذه الفكرة لا تكاد تختلف في شيء عن فكرة الأوضاع الظاهرة وينسب السبب في نشوئها لصاحب الحق باقداًمه على إبرام التصرف الصوري، وبالتالي فإنه يمكن أن يوجه إليها ما يوجه لفكرة الأوضاع الظاهرة من انتقادات⁴.

رابعاً: فكرة الوضع الظاهر كأساس لحماية الغير الحسن النية في الصورية نجد أن بعض من الفقهاء من استندوا على تطبيق أحكام الوضع الظاهر على الصورية¹، لكن على الرغم من وجود نقاط تشابه بين الصورية والوضع الظاهر إلا أنه يوجد اختلاف كبير بين النظريتين سنتناولها في النقاط الآتية:

¹ - أحمد حسنين، التعويض الإتفاقي، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الحكومة في الدولة، القاهرة، 1993 هامش الصفحة 57 وما بعدها.

² - عبد حمدان عياد، المرجع السابق، ص 71-72.

³ - تبدو من الوهلة الأولى أنها تشبه قاعدة التضامن بين الدائنين أو الالتزام الذي لا يقبل التجزئة، ففي جميع هذه الأحوال هناك ملكية مشتركة حقيقية ولو بنسب متفاوتة، جوني مرزوقه، الصورية مقوماتها وآثارها، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة آل البيت، لسنة 1998 ص 184 وما بعدها.

⁴ - حسان مجلي فارس، حماية الغير الحسن النية في القانون المدني الأردني، ص 110.

1: إن المظهر الكاذب في الصورية، هو نتيجة عمل إرادي منفرد أو تلاقي إرادتين في حين أن المظهر الكاذب في نظرية المظهر يكون في الغالب نتيجة ظروف واقعية معينة، تؤدي إلى ترك ظاهر يقوم فيخدع به الغير والذي لم يكن بوسعه أن يستعلم عن الحقيقة².

كما أن صاحب الحق في نظرية الظاهر وإن كان يساهم في نشوء المظهر فإن ذلك يكون من قبيل الخطأ فلا تتجه نيته إلى خلق الظاهر في حين أن صاحب الحق في الصورية تتجه إرادته إلى خلق التصرف الصوري، فهو بالتالي لا يفاجأ بمنازعتة في حقه من قبل الغير، على العكس من صاحب الحق في نظرية الظاهر والذي يفاجأ بهذه المنازعة، ويتعين عليه في سبيل حسمها اثبات سوء نية الغير.

2: إن اضمحاء الحماية على الغير حسن النية في نطاق الصورية لا تستلزم توافر الغلط الشائع، بل تستند إلى حسن نية الغير المتمثل في عدم علمه بالتصرف المستتر، في حين أن الغلط الشائع شرط ضروري لقيام الظاهر.

3: إن الصورية تنطوي على الغش، فإرادة المتعاقدين تتجه إلى اخفاء التصرف المستتر اضراراً بالغير في حين أن الظاهر لا يتضمن حتماً الاخفاء الإرادي للحقيقة، فقد يكون صاحب الحق وصاحب الظاهر والغير جميعهم ضحايا ظروف موضوعية خارجة عن إرادتهم أدى إلى خلق الظاهر الذي تعامل الغير على أساسه.

4: إن الحماية في إطار الظاهر تثبت لكل من ينخدع بهذا الظاهر في حين أن الحماية في إطار الصورية قد تثبت لطائفة من الدائنين ممن لم ينخدعوا بالتصرف الصوري، وثبتت حقوقهم قبل نشأته في حين أنه في نظرية الأوضاع الظاهرة لا تثبت الحماية إلا لمن انخدع بالظاهر.

¹ - فعند إبرام المتعاقدين التصرف الصوري قد خلقا ظاهراً مخالفاً للحقيقة أدى إلى انخداع الغير به والاطمئنان له وعلى أساسه تم التعاقد عليه، وبه كحماية للغير له حق التمسك بالعقد الظاهر، وله حق الخيار بالتمسك بأي من العقدتين الحقيقي أو الصوري، مع تفضيل من يتمسك بالعقد الصوري في حالة تعدد، وتنازعهم عبد الباسط الجميحي، مشار في رأيه لدى فتحة قرّة، مرجع سابق، ص 47. نعمان جمعة مرجع سابق، ص 33.

² - سامي عبد الله، المرجع السابق، ص 213، وعبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 74.

5: أن نظرية الوضع الظاهر وتتضمن دائما مركزين متعارضين في حين أن الصورية لا تتضمن هذين المركزين، ويظهر ذلك في حالة الصورية النسبية، متى تعلقت بماهية العقد أو شروطه، أو تاريخه، ففي هذه الأحوال من المحتمل تلقي المتصرف إليه حقا من المتصرف.

بالنظر إلى نقاط الافتراق بين الصورية والظاهر، فإنه يمكن القول بأن نظرية الأوضاع الظاهرة لا تصلح أساسا قانونيا لحماية الغير حسن النية في نطاق الصورية.

5: الأساس المقترح لحماية الغير حسن النية في إطار الصورية تبين أنه بعد ما تم وضعها كأساس لحماية الغير في ميدان الصورية، بأنها لا تصلح لحمايته وأيضا للانتقادات الجوهرية التي وجهت لها¹. لكن الدارس بامعان في ميدان الصورية يتضح له أن لا داعي لإيجاد أساس في إطار الصورية لأن الصورية وحدها تعتبر نظرية كاملة تحقق الحماية للغير، لكن بتوافر شروط طبعا:

أ: حسن نية الغير:

- أوردت محكمة النقض المصرية²: "مؤدى عموم نص المادة 244 من القانون المدني المصري، أن المناطق في جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر الصوري، هو حسن نيته، ولا يعتد في ذلك بالبعث على الصورية، سواء كان مشروعا أم غير مشروع، وعلة ذلك أن إجازة التمسك بالعقد الظاهر، استثناء وارد على خلاف الأصل، الذي يقضي بسريان العقد الحقيقي الذي أراده المتعاقدان، وقد شرع هذا الاستثناء لحماية الغير الذي كان يجهل وجود هذا العقد، وانخدع بالعقد الظاهر، فاطمأن إليه وبني عليه تعامله، على اعتقاد منه أنه حقيقي". فماذا يعني حسن نية الغير؟ معنى حسن نية الغير أنه كان يجهل وجود العقد المستور، أي يجهل حصول الصورية وقت تعامله مع أحد أطرافها، أي في الوقت الذي نشأ فيه حقه. ولا أهمية لما إذا كان قد علم بالصورية فيما بعد، فعند ذلك فقط يكون جديرا بالحماية الاستثنائية، وحسن النية هو الضابط الذي يفرق بين غير يمكنه التمسك بالعقد الظاهر، وبين غير لا يمكنه ذلك، بسبب سوء نيته. فإذا كان وقت تعامله عالما بصورية العقد الظاهر،

¹حسان مجلي فارس، حماية الغير الحسن النية في القانون المدني الأردني، ص110. وفتيحة قررة، مرجع سابق، ص47.

²- الطعن رقم 244، سنة 31 قضائية، تاريخ 1965/12/30، مجموعة أبو شادي، ص619 وبذات المعنى: قرارها بالطعن، رقم 27، سنة 14 قضائية، مجموعة عمر، ج4، رقم 161، ص452.

فليس له، بعد ذلك، أن يتظلم من خلق ظاهر خادع. فقد انتفى أي مبرر ل حمايته، إذ لم يعد جديرا بأية حماية استثنائية. وأية حماية نسبها على غير عرف وقت تعامله بالصورية الحاصلة، معناها أننا نحمي أشخاصا قصرنا في حماية مصالحهم، إذ كان من الواجب عليهم أن يمتنعوا عن التعامل بشأن المال موضوع التصرف الصوري، ولا يتوهموا أن مثل هذا المال يمكن أن يكون ضمانا لهم، عند استيفاء حقوقهم.

ويشترط علم الغير الفعلي بالصورية الحاصلة، لأن مجرد إمكانية معرفته بها لا يكفي وحده لجعله شيء النية. كما أن الشخص الثالث يبقى حسن النية، حتى ولو كان الجهل بوجود عقد-الضد، وقت تعامله مع المالك الظاهر، نتيجة تقصير منه. لأن سلوك طرفي الصورية ينطوي على تقصير جسيم فضلا عما يكتنف عملهما من شك وريبة. ولا يطلب من الغير، عند تعامله على أساس العقد الظاهر أن يبذل من العناية إلا ما يبذله في أعماله الخاصة، دون أن يتعدى في ذلك عناية الرجل العادي¹. وكذلك فإن اكتساب عقد-الضد تاريخيا صحيحا، بإحدى الوسائل الملحوظة في المادة 152 المعدلة من ق.أ.م.م القديم المقابلة للمادة 154 أ.م.م الحالي والمطابقة لنص المادة 1328 مدني فرنسي، قبل تاريخ التصرف الصوري، الذي استمد منه الغير حقوقه، لا يؤدي بذاته إلى جعل هذا الأخير شيء النية، طالما أن معرفة الشخص الثالث الفعلية بوجود عقد-الضد غير مرتبطة بتاريخه الصحيح، إذ ليس في ثبوت التاريخ ثبوتا رسميا، ما يرفع عن عقد-الضد طابع الخفاء والسرية، ولا يزيل خطرة على استقرار التعامل. ويبقى الأمر كذلك حتى ولو كان مؤشرا بمضمون عقد-الضد على هامش تسجيل العقد الظاهر المسجل، لأن ذلك التأشير لا يؤدي إلا إلى إثبات تاريخه، وإثبات التاريخ لا يكفي لاعتبار الغير سيء النية².

¹ - جوزيف جوبير: الآثار القانونية لحسن النية، رسالة لجامعة باريس 1899، ص 227، ومشار إليها في رسالة أحمد مرزوق، ص 259-258.

² - جيفردون، ف76، محكمة النقض المصرية، قضية رقم 27، سنة 14 قضائية، قرار تاريخ 1944/11/23، مجموعة عمر، ج4، ص452، وقرارها تاريخ 1961/4/20، المشار إليه في مجموعة أحمد عبد الحميد عبد الميد رزق، ص149.

ويكفي أن يجهل الغير الصورية، وقت تعامله بشأن المال محل التصرف الصوري، حتى يعتبر حسن النية، ويبقى كذلك حتى لو علم بالصورية بعد تاريخ ذلك التعامل. فإذا كان دائما شخصيا للمشتري أي لصاحب الاسم المستعار، وكان التصرف الصوري يابقا لتاريخ نشوء حقه، فيكفي لاعتباره حسن النية، أن يكون قد اعتقد بجديّة التفرغ للمشتري، عندما أقدم على تسليفه بعض النقود، مطمئنا إلى وجود هذا الشيء في ذمته، وما يتبع ذلك لجهة امكانية التنفيذ عليه. وكذلك الحال عندما يكتسب حقا عينيا من المشتري الصوري، فيكفي أن يكون معتقدا بجديّة التصرف وقت اكتسابه الحق.

من صاحب الاسم المستعار. وإذا كان الخلف الخاص محالا له بالدين، من الدائن الصوري، كانت العبرة بحسن نيته، وقت الحوالة. وهكذا فلا صعوبة في الأمر، إذا كان حق الدائن أو الخلف الخاص قد نشأ بتاريخ لاحق لإبرام العقد الصوري. كما إذا باع زيد أرضه لعمرو بيعا صوريا، ثم باع عمرو الأرض لخليل، ففي هذه الحالة يكفي أن يكون دائن خليل، أو خلفه الخاص، حسن النية في الوقت الذي نشأ فيه حقه، ولا عبرة لعلمه بالصورية بعد ذلك. أما إذا كان حق الدائن أو الخلف الخاص قد نشأ بتاريخ سابق لإبرام التصرف الصوري، فهناك من يرى وجوب توافر حسن نيته في الوقت الذي يتخذ فيه اجراء معين معولا فيه على التصرف الصوري باعتباره حقيقيا. فالشفيع يكفي أن يكون حسن النية وقت إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة¹.

ولابد من الإشارة إلى أن حسن النية يطلب فقط في الحالة التي يتدرع فيها الغير بالعقد الظاهر، الذي ليس له وجود قانوني، كما مر معنا. أما إذا ارتأى التمسك بالحقيقة وبالعقد الحقيقي المستور، فإن له ذلك على الدوام، سواء كان يعلم بالصورية الحاصلة أو لا يعلم بها، أما تدرع الشخص الثالث بالعقد الظاهر، فإنه مشروط بحسن نيته، وما ذلك إلا لأن تدرعه بالعقد الظاهر هو استثناء على القاعدة العامة. فكان لابد من تقييد هذا الاستثناء بقدر الضرورة التي أملتة وهي حسن نية الغير، حفظا لحقوقه وضمانا لاستقرار التعامل.

¹ - غانم: أحكام الالتزام، ف114، ص239، والمراجع والأحكام التي أشار إليها. عبد الباقي: دروس أحكام الالتزام، ص186 وما يليها.

ثم إن الأصل هو حسن النية، ويفترض أن الشخص الثالث حسن النية لا علم له بالعقد الحقيقي المستور وعلى من يدعي عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه، أي علم الدائن أو الخلف الخاص بالصورية. وبما أن هذا العلم هو واقعة مادية، فإنه يجوز اثباته بكل طرق الاثبات، بما فيها البيئة الشخصية والقرائن. فإذا ثبت علمه بالصورية، فإنه يفقد حقه في التمسك بالعقد الظاهر، ويصبح بالإمكان الادلاء بوجهه بعقد-الضد. وقد أوردت محكمة الاستئناف اللبنانية¹:

"لايجوز للغير، الذي عرف بصورية البيع، وبأنه يخفي تأميناً، أن يتمسك بالبيع الظاهر ويتجاهل العقد المستتر، الذي يضفي على التصرف طابعه الحقيقي". كما أن محكمة استئناف جبل لبنان المدنية أوردت²:

يمكن الادلاء بالعقد الخفي الجاري بين المتعاقدين، بوجه شخص ثالث غريب عن محور التعاقد، إذا كان هذا الشخص عالماً بالعقد الخفي، كما سار على ذلك العلم والاجتهاد. ويمكن اثبات علم الشخص الثالث بالعقد الخفي باعتباره واقعة مادية، بكل طرق الاثبات". وهكذا، فإذا ثبت علم الشخص الثالث بأن البيع مع حق الاسترداد يخفي رهناً لصالح المشتري، فلا يعود يحق للمشتري من المشتري الصوري الادلاء بالعقد الظاهر، بعد أن ثبت أنه كان عند شرائه العقارات عالماً بحقيقة العقد الذي استند إليه في شرائه، ولذلك فإن العقد الخفي المستور يسري بوجهه.

وإذا كانت نصوص التقنين اللبناني والفرنسي³ لا تتضمن نصاً صريحاً بخصوص حسن نية الغير، بخلاف نصوص التقنين المدني المصري وسائر التقنينات العربية.

¹ - الغرفة العقارية، قرار رقم 25، تاريخ 1942/1/30، ن.ق 1945، العدد الرابع، ص 196.

² - قرار رقم 381، تاريخ 1958/5/8، حاتم 35، ص 50. وبذات المعنى: محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثالثة، قرار نهائي رقم 71، تاريخ 1971/6/11، باز 1971، المجلد 10، ص 314. محكمة النقض السورية، الغرفة المدنية الثانية، قرار رقم 155، أساس 168، تاريخ 1970/3/11، المحامون 1970، العدد الرابع، ص 109. محكمة النقض المصرية، قضية رقم 7، سنة 16 قضائية، عمر، ج 5، ص 376. وقرارها في القضية رقم 23، سنة 16 قضائية الصادر في جلسة 27 فبراير 1937، عمر ج 5، رقم 107، ص 373. وقرارها في القضية رقم 244، سنة 31 قضائية، تاريخ 1965/12/30، أبو شادي، رقم 49، ص 39.

³ - وكذلك قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثمانية، حيث اقتضت المادة 75 منه على النص على عدم اعتبار عقد-الضد بحق الغير. ومع ذلك فإن محكمة التمييز ومحكمة الاستئناف اللبنانية قررتا اعتباره سارياً بحق الغير، الذي هو خلف خاص للخلف الخاص، إذا ثبت علمه بعقد-الضد في الوقت الذي كسب فيه العقار (محكمة التمييز، قرار تاريخ 1923/10/30. محكمة الاستئناف، قرار تاريخ 1924/11/17. انظر بشأن ذلك مقالاً للأستاذ كميل إده في غازيت المحاكم اللبنانية-السورية 1926، ص 573).

إلا أن الفقه والاجتهاد يجمعان على القول بأنه لا بد أن يكون الغير جاهلاً للصورية، حتى يستطيع التمسك بالعقد الظاهر، وإلا فإنه يمكن الادلاء بوجهه بالعقد المستور¹ أما إذا عجز دوو الشأن عن اثبات علم الغير بالصورية، كان لهذا الأخير أن يتمسك بالعقد الظاهر. والأصل هو أن محاكم الأساس، بما لها من سلطان مطلق في تقدير الوقائع، أن تقرر ما إذا كان الغير حسن النية أم لا، ولا رقابة عليها بهذا الشأن من قبل محكمة التمييز، لأن الأمر يتعلق بفهم الواقع.

ب: أن تكون للغير مصلحة مشروعة للتمسك بالعقد الظاهر

-إذا أجاز القانون استثناء، للغير الحسن النية، التمسك بالعقد الظاهر، الذي هو بطبيعته مغاير للحقيقة المستورة التي ارتضاها أصحاب العلاقة، إلا أن الفقه والاجتهاد اشترطا كون هذا الغير ذو مصلحة مشروعة متمسك بالظاهر¹.

أي أن يكون غرضه من ذلك الدفاع عن حقه ومصالحته وصيانتهما ورفع الضرر اللاحق به، جراء الصورية، إذ يكفي احتمال حصول الضرر².

إذ لا نكون هنا بصدد دعوى المسؤولية، فلا يطلب من الغير اثبات الضرر، بل يكفي توافر المصلحة المشروعة لديه. فنية التشهير بأصحاب التصرف الصوري والاضرار بهم، لا تسوغ للشخص الثالث التذرع بالظاهر الخادع.

ج: وجوب التذرع بالظاهر أمام محاكم الأساس:

يجب أن يعلن الغير رغبته بالتمسك بالعقد الظاهر أمام محاكم الأساس، إذ يحق له ذلك أمام محكمة التمييز لأول مرة، وقد أوردت محكمة النقض الفرنسية³: "يجب التذرع بالعقد الظاهر أمام محاكم الأساس، لأن بطلان عقد-الضد، أي عدم سريانه بوجه الغير، هو سبب يمتزج فيه الواقع بالقانون، فلا يمكن إثارته لأول مرة أمام محكمة التمييز".

¹ - جوزيف جوبير: الآثار القانونية لحسن النية، المرجع السابق، ص243.

² - جيفردون، ف72. داغو، المرجع السابق، ص150-151. غستان، المرجع السابق، ص583.

³ - غرفة العرائض، قرار تاريخ 1888/5/30، سيراي 1888، 1، 325، وغيره من القرارات الفرنسية المشار إليها في رسالتي داغو وجان كاليه ألوا، ف83.

د:عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد-الضد

إن الحماية المقررة للغير الحسن النية بالتمسك بالعقد الظاهر وبعدم سريان عقد-الضد بوجهه، تتلاشى إذا كان قد جرى تنفيذ الموجبات الناشئة عن عقد-الضد، لأن هذه الحماية لا تصل إلى حد إبطال المفاعيل القانونية المشروعة التي ترتبت على عقد-الضد. فإذا فرضنا أن المدين التزم في العقد المستور بدفع مبلغ أكبر من المبلغ المذكور في العقد الظاهر، وقد دفع هذا المبلغ فعلا، فليس للدائن أن يقيم الدعوى لاسترداد الفرق بين المبلغين، بحجة أنه يتمسك بالعقد الظاهر¹.

وهذا الأمر طبيعي، لأن حق الغير بالتذرع بالعقد الظاهر، لا يعني السماح له بطلب ابطال العقد المستور، لاسيما إذا كان هذا الدفع قد وضع حدا للظاهر غير الصحيح والخادع.

فهناك فرق بين القول بعدم سريان العقد المستور بوجه الغير، وبين ابطاله. وإذا كان عدم السريان يقترب كثيرا من البطلان، إلا أنهما مع ذلك، يبقيان متمايزين ومتغايرين. فعندما نكون إزاء دفع قيمة الدين من قبل المدين تنفيذا للعقد المستور، فإنه يجب النظر إلى هذا الأمر بذاته، فالمدين ينفذ العقد الذي يرتبط به فعلا، والدائن يستوفي ما كان مترتبا له بذمة المدين، وليس أمام الغير سوى تقبل نتائج هذا الإيفاء الحاصل تنفيذا لعقد-الضد، والذي وضع حدا للظاهر الخادع. أما إذا أجزنا له المطالبة باستعادة الفرق بين المبلغ المذكور في العقد المستور وبين المبلغ المذكور في العقد الظاهر، فذلك معناه بطلان عقد-الضد، الأمر الذي تأباه النصوص القانونية التي مرت معنا².

- وعند توافر هذه الشروط الأربعة، يكون للشخص الثالث أن يتمسك بالعقد المستور أو بالعقد الظاهر، حسب مصلحته، وهذا الخيار المقرر للغير هو من أهم نتائج الصورية، كما يقولون فتمسكه بالعقد المستور ينسجم مع الحقيقة والواقع، لأن هذا العقد هو الذي أراده المتعاقدان وهو وحده الذي له وجود حقيقي. وللغير أن يتمسك به، حتى ولو كان يجهل وجوده في أول الأمر.

¹ - نقض فرنسي، قرار تاريخ 1882/7/3، سيراى 1882، 1، 459، ودالووز 1883، 1، 252. مشار إليه في بلانيول ريبير واسمان، ج6، ص435، هامش 2، وفي شرح القانون المدني الفرنسي، ف157-158. وفي جيقردون، ف74. وفي كتاب غستان، ص584. وفي السنهوري: الوسيط، ج2، ص1100، هامش رقم 1.

² - جيقردون، ف84. وبشأن معرفة متى يعتبر عقد-الضد قد نفذ، في مجال الإيفاء وتجديد الالتزام والبراء من الدين والمقاصة، وعندما يكون عقد-الضد مشتملا على حق عيني عقاري، راجع رسالة أحمد مرزوق، ص242 وما يلها.

ونعتقد أن العقد الظاهر هو عقد جدي، وحتى ولو كان العقد الظاهر قد تأيد بحكم، فإن ذلك لا يمنع من الطعن فيه بالصورية والتمسك بالعقد المستور، بعد اثبات الصورية بكل طرق الاثبات فدائنوا البائع الصوري يمكنهم التمسك بالعقد المستور حتى يستطيعوا التنفيذ على العين المبيعة، على أساس أنها لم تخرج من ملك مديونهم البائع. ولهم أيضا التمسك بأن البيع الظاهر حقيقته هبة مستورة، حتى يسهل عليهم الطعن فيها بالدعوى البوليانية دون حاجة إلى اثبات الغش والتواطؤ¹.

- فهناك فرق واضح بين عدم سريان عقد-الضد بوجه الغير، عملا بالنصوص القانونية التي تم ذكرها والمستفاد صراحة أو ضمنا من تلك النصوص، وبين تمسك الغير بعقد-الضد إذا كانت مصلحته تستوجب ذلك. فعدم سريان عقد-الضد بوجه الغير مؤسس على رعاية مصلحة هذا الغير.

ولكن إذا كانت مصلحته تستلزم التمسك بالعقد الحقيقي فلا شيء يجول دون ذلك، فالأمر عائد له وهو الذي يقرر ما تقتضيه مصلحته. وقد تقتضي مصلحته التمسك بالعقد الظاهر، فدائن المشتري الصوري يمكنه التمسك بالعقد الظاهر ويتجاهل العقد الحقيقي المستور، الذي من مقتضاه أن المشتري هو مجرد اسم مستعار، ويمكنه بالتالي التنفيذ على العين المشتراة صوريا، وله هذا الحق، حتى ولو كان حقه مترتبا بذمة المشتري قبل حصول الشراء الصوري، كما سبق القول. كذلك فإن الدائن أن يطلب اخراج دائن آخر بعقد مستور، من مقاسمته مال الدين، بتمسكه بالظاهر وهو انعدام المديونية، فلا يسري عليه عقد الدين المستور².

وللخلف الخاص الذي كسب حقه من المشتري الصوري أن يتمسك بالظاهر، وله أن يتجاهل عقد-الضد. فمن اشترى مالا مؤجرا، على أساس أن بدل الإيجار هو مائة ألف لا يمكنه تجاهل كل عقد مستور جار بين البائع والمستأجر. والمتضمن أن البديل الحقيقي هو أقل من ذلك.

¹ جوزيف جوبير: الآثار القانونية لحسن النية، المرجع السابق 145.

² - نقض فرنسي، قرار تاريخ 1893/3/8، داللو 1893، ج1، 243، وسيراى 1893، ج1، 193. غرفة العرائض، قرار تاريخ 1896/7/15، سيراى 1900، ج1، 483. ومشار إليها في بلانيول ريبير واسمان، ج6، ص433، هامش 9. كما أشير إلى القرار الأول في الرسيط للسهنوري، ج2، ص1100، هامش 3. وفي شرح القانون المدني الفرنسي، ف142. وقد أشار الأستاذة بلانيول ريبير واسمان إلى أن هذه الوجهة لم تعد مقبولة منذ أن أجاز عدم الإشارة إلى وصول القيمة بالنسبة لسند السحب، إذ ليس من صورية في قبول سند سحب، والقابل يرمي من وراء ذلك إلى اسداء خدمة للساحب واقراضه.

ومثل ذلك دائن مرتهن من المشتري الصوري أو صاحب حق ارتفاق أو انتفاع، فكل هؤلاء لهم الحق بالتمسك بالعقد الظاهر، ويعتبر الحق العيني قد انتقل إليهم من مالك¹.

مما تقدم يتبين لنا أن الغير نوعين: نوع من مصلحته أن يتمسك بالعقد الحقيقي المستور ويطعن بالعقد الظاهر بالصورية، وهذا الفريق من الغير يكون في وسعه اثبات الصورية، بجميع الطرق القانونية، ومنها البيئة الشخصية والقرائن. ونوع آخر من مصلحته أن يتمسك بالعقد الظاهر، فيمكنه تجاهل العقد الحقيقي المستور، وهذا الفريق من الغير يجب أن يكون حسن النية، وأن تتوافر فيه سائر الشروط اللازمة للتمسك بالظاهر.

وهكذا فإننا نجد أغيارا تتعارض مصالحهم، فالبعض منهم قد يتمسك بالعقد المستور والبعض الآخر قد يتمسك بالعقد الظاهر، ولا بد من ترجيح كفة هذا البعض أو ذاك. فكيف يحل هذا التعارض؟ هذا ما سنراه فيما يلي.

الفرع الثالث: الحماية استثناء على مبدأ سلطان الإرادة

يعد مبدأ سلطان الإرادة من أهم الأصول الثابتة في القانون المدني، وعلى الرغم من تراجع أهميته لدى بعض الأنظمة القانونية بفعل تأثير الدعوات الاجتماعية²، إلا أنه يبقى من أهم المبادئ التي يتم الاستناد إليها في تحديد التزام الشخص ونطاق هذا الالتزام، ومفاد هذا المبدأ أن إرادة الإنسان تشترع بذاتها التزامها، فإذا التزم شخص بتصرف قانوني وبخاصة العقد فإنه يلتزم لأنه أراد أن يلتزم وبالقدر الذي أراد³.

يترتب على هذا المبدأ عدم إمكانية انشغال ذمة الشخص بالتزام لم تتجه إرادته باحداثه، وإذا كان مقتضى مبدأ سلطان الإرادة يتفق مع النزعة الذاتية التي تعلي من شأن الشخص وتضع مصلحته فوق كل اعتبار،

¹ - يقول السنهوري في الوسيط، ج2، 1101، هامش 3:- "إذا كان المبيع يباعا صوريا منقولا، وتصرف فيه المشتري الصوري إلى مشتري ثان حسن النية، انتقلت الملكية إلى المشتري الثاني وفقا لقواعد الصورية، فلا حاجة به إلى الحيابة" (قارن أحمد نشأت في الإثبات، ج1، ف270).

² - سوار، محمد وحيد الدين، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة النشر، ص284.

³ - سوار، محمد وحيد الدين، (1995)، الإتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، مطبعة دار الثقافة عمان، ص17.

فإن دوافع استقرار التعامل و بروز الدعوات الاجتماعية قد دفعت المشرع إلى الخروج على مبدأ سلطان الإرادة ويمكن تلمس الاستثناءات في مظهرين، الأول يتجسد في الاعتراف بصحة التصرف الذي أجراه الوكيل الظاهر، والثاني في الاعتداد بالإرادة الظاهرة حماية للغير حسن النية في نطاق الصورية.

أولاً: الاعتراف بصحة التصرف الذي أجراه الوكيل الظاهر وانصراف أثره إلى الموكل

-الأصل أن آثار التصرفات التي يجريها الوكيل تسري في حق الموكل، وبصرف النظر عما إذا الوكيل يعبر عن إرادته هو أم عن إرادة الموكل في التصرفات التي يجريها، فإن إرادة الموكل هي الأساس في تخويل الوكيل القدرة على اجراء التصرف من جهة، وانصراف آثار التصرفات التي يجريها وكيله في مواجهته من جهة أخرى، فإرادة الأصيل (الموكل) هي التي تقرر اجراء التصرف وانصراف آثاره في مواجهته، ولذلك فإن إرادة الأصيل إذا كانت بهذه المثابة، فإن اجراء التصرف وانصراف آثاره في مواجهته لا يخرج عن مبدأ سلطان الإرادة وإنما يقع في نطاقه وإطاره¹.

ويترتب على ذلك أن أي تصرف يجريه الوكيل رغم انقضاء وكالته أو دون الاستناد إلى إرادة الأصل أصلاً، لا ينتج أثراً في مواجهة الأصيل أصلاً، إلا أن مقتضيات حماية الغير حسن النية دعت إلى تجاوز هذا المبدأ وتخطيه والاعتراف بأثر التصرف الذي أجراه الوكيل رغم عدم استنادا إلى إرادة الأيل.

وتتجسد هذه الحماية في فكرة الوكالة الظاهرة القاضية بأعمال أثر الوكالة في حق الموكل والزامه بأعمال وتصرفات وكيله رغم انقضاء الوكالة أو رغم انعدامها أو رغم تجاوزه لحدود وكالته، والوكيل الظاهر ليس وكيلًا في حقيقة الأمر، وإنما ظهر بمظهر الوكيل، مما دعا الغير للتعامل معه بحسن نية، وما دام أن من تعامل معه الغير حسن النية ليس وكيلًا في حقيقته، فإن ذلك يؤدي إلى عدم سريان آثار التصرف الذي أجراه مع الغير في مواجهته².

لأن القول بخلاف ذلك، يؤدي إلى انشغال ذمة الموكل بالتزامات لم يردّها، ولم تتجه إرادته إلى ترتيبها، إلا أن دواعي حماية الغير حسن النية، خرجت على حكم القواعد العامة،

¹ فاطمة الزهراء زيتوني، أثر مبدأ حسن النية في الأخذ بالوكالة الظاهرة، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد الثاني، ص 124-130.

² اسماعيل عبد النبي شاهين، مدى مسؤولية الوكيل في عقد الوكالة، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2013، ص 174.

ومقتضى مبدأ سلطان الإرادة، وذلك بالاعتراف بآثار التصرف المبرم بين الوكيل الظاهر، والغير حسن النية، وعده مرتبا لأثاره في مواجهة الموكل¹.

ثانياً الاعتداد بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين في إطار الصورية

-إن التعبير عن الإرادة في القانون المدني الأردني، لا يخرج عن احدى صورتين فقد يكون تعبيراً حقيقياً أو ما يعرف بالإرادة الباطنة، فقد يكون تعبيراً ظاهراً فيسمى بالإرادة الظاهرة².

والأصل أن الاعتداد يتم بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين غير أن الالتزام بهذا الأصل، قد يلحق ضرراً بالغير المتعامل مع أحد المتعاقدين الصوريين، إذا كان قد اعتمد في تعامله على التصرف الصوري المعبر عن الإرادة الظاهرة للمتعاقدين، فأعطاه المشرع حرية التمسك بأي من العقدين، الحقيقي أو الصوري، أيهما محققاً لمصلحته، وفي حال تعدد الأعيان حسني النية، وتضارب مصالحهم، ما بين التمسك بالعقد الحقيقي أو الظاهر، فقد قرر المشرع الأردني عد العقد الظاهر، هو النافذ في حق الغير³. هنا يثار تساؤل، كيف يمكن عد الاعتداد بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين التي أفرغها بالتصرف الصوري استثناء على مبدأ سلطان الإرادة.

للإجابة عن لك نقول إن مبدأ سلطان الإرادة يقوم أساساً على الإرادة الحقيقية (الباطنة)، فهي التي تعبر عن حقيقة رغبة الشخص⁴.

أما الإرادة الظاهرة الصورية فليست من مضمون مبدأ سلطان الإرادة وذلك لتعارضها مع الإرادة الحقيقية التي هي جوهر مبدأ سلطان الإرادة، والقول بخلاف ذلك، إنما يوقع في مغالطة،

فمن يقول بأن الإرادة الظاهرة تعد مظهراً لمبدأ سلطان الإرادة إنما يخالف حكم المنطق فكيف يستساغ أن تكون الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة راجعتين إلى مبدأ واحد هو مبدأ سلطان الإرادة

¹ - المجالي، حسان، حماية الغير الحسن النية مرجع سابق، ص 54.

² - سوار وحيد، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية) دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص 87.

³ - قانون رقم (43) لعام 1976 القانون المدني المادة (368) من القانون المدني الأردني. (2- دعوى الصورية:

المادة 368- (- إذا أبرم عقد صوري فلدائي المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية ان يتمسكوا بالعقد الصوري،

كما ان لهم ان يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي اضر بهم.

2- واذا تعارضت مصالح ذوي الشأن. فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الافضية للاولين).

⁴ - عياد-عبد الرحمان، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر القاهرة، ص 77.

ثم تكون كل منهما على طرفي نقيض ويترتب على كل واحدة منهما نتائج تتعارض مع النتائج المترتبة على الأخرى.

ونلخص مما سبق إلى القول بأن الاعتداد بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين في التصرف الصوري في سبيل حماية الغير حسن النية يعد استثناء واضحاً على مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الرابع: الحماية استثناء على مبدأ نسبية العقد

-إن مقتضى مبدأ نسبية العقد، هو انحسار آثار العقد فيما بين طرفية وخلفهما العام ولا تتعداهما للغير سواء فيما تكسبهما من حقوق أو ما تحملها من التزامات فالعقود لا تنفع ولا تضر غير عاقدتها بشكل عام، وفي جميع الاستثناءات على هذا المبدأ صاحب الحق أو الأصيل، فتسري في حقه آثار العقد المبرم فيما بين شخص ليس له سند التصرف، والغير حسن النية الذي أجرى التصرف اعتقاداً منه بصحة صفة المتصرف معه¹.

كما يسري أثر التصرف في مواجهة المالك الظاهر على المال الغير مملوك له مع الغير حسن النية إلى تأثير المالك الحقيقي بأثار هذه التصرفات، كأن تنزع ملكيته للمال، أو أن يترتب عليه حق عيني، وكل ذلك تحقيقاً لمصلحة الغير حسن النية².

وبالنتيجة فإن حماية الغير حسن النية تعد استثناء على مبدأ نسبية العقد، وذلك لأن صاحب الحق يلتزم سواء كان مالكا للمال المتصرف فيه أو موكلاً سابقاً بأثر التصرف الصادر من المالك الظاهر أو الوكيل الظاهر بصورة مباشرة، فالمالك الحقيقي أو الدائن الموكل السابق يفقدون الحق لصالح من يعتقد بوجود الظاهر، وهم بالتالي يلزمون بموجب أثر الظاهر، فالمالك الحقيقي يحرم من حق الملكية رغماً عنه، وهذا ليس أثراً غير مباشر وإنما أثر مباشر³.

¹ - عياد-عبد الرحمان، أساس الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص 77.

² - خاطر صبري، الغير عن العقد، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط، 2001 ص 93.

³ - المجالي، حسن مجلي، حماية الغير حسن النية، مرجع سابق، ص 57.

الفرع الخامس: الحماية استثناء على مبدأ سريان التصرف القانوني إن التصرف القانوني فضلا عن ترتيبه آثاره بين أطرافه، فإنه يعد نافذا في مواجهة الغير، وليس للغير أن يتجاهل وجود هذا التصرف، بمعنى أن التصرف واجب الاحترام من قبل الغير¹.

إلا أن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها من شأنه الأضرار بحقوق الغير حسن النية وذلك في حالة ما أضر تصرف المتعاقد بمصلحه المشروعة، والحالة البارزة في التأثير على مصلحة الغير حسن النية من مراعاة قاعدة سريان التصرف القانوني وحجيته على الكافة، لتوجب على الغير احترام الآثار الناشئة عنهما على الرغم مما ينطوي عليه من الإضرار بمصلحته، إلا أن دوافع حماية الغير حسن النية وعدم افساح المجال لإبرام التصرفات الصورية، دفعت المشرع الجزائري إلى تجاوز هذه القاعدة ومنح الغير حسن النية حق التمسك بأحد العقدين أيهما محققا لمصلحته وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 198 مدني.

وهو ما يعني عدم سريان آثار التصرف الآخر في مواجهته، مما يوضح الاستثناء الوارد على هذه القاعدة، فالمتعاقدان صدر منهما تصرف حقيقي وتصرف ظاهر (صوري)، وكلا التصرفين، بحسب قاعدة سريان التصرف القانوني، واجب الاحترام والنفاز في مواجهة الغير.

إلا أن هذين التصرف يضر بمصلحة الغير حسن النية، ولذلك فإن المشرع أعطاه الحق في التمسك بالتصرف الذي يحقق مصلحته، فإذا كان التصرف الصوري محققا لمصلحته جاز له التمسك به، مما يعني أن التصرف الحقيقي لا يعتد به في مواجهة الغير، وينحصر أثره فيما بين أطرافه، والعكس صحيح فيما لو كان التصرف الحقيقي هو ما تحقق به مصلحة الغير حسن النية، وهذا هو جوهر الاستثناء².

¹ - الحراشة، محمد، فكرة عدم سريان التصرف القانوني، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة بابل، ص2 وما بعدها.

² - المجالي حسان، مرجع سابق، ص59.

خاتمة الباب الأول :

- ان انعكاسات التطورات الحاصلة في الساحة العالمية اقتصاديا واجتماعيا وسياسيا وعلى الروابط التعاقدية ونظرية العقد بصفة عامة وصعوبة تحديد المراكز القانونية للأشخاص ذوي الصلة بتلك العلاقات او الروابط ، سواء كانوا اطرافا في العقد او غير ، ونظرا لاستعانة طرفي العقد بالغير لمساعدتهم في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد دون ان يكون لهذا الغير صلة تربطه بالعقد فان الاخلال بتنفيذ الالتزام الاصيل الذي يكون مصدره العقد المبرم بين الطرفين يؤثر في الغير الذي يكون وجوده موجود من تصرف قانوني متعاقب يرد على محل التعاقد الاصيل .

-فمفهوم الغير تجاوز نظامه التقليدي فلم يكن مركزه قائما على اساس مساهمته في ابرام العقد او دوره في اخذه للحقوق من مورثه وانما اصبح يحتل مركزا موضوعيا في العقد لم تعد ارادته هي المعيار الذي يحدد هذا المركز اذ يمكنه ان يكون فاعلا أي منتفعا او متضررا من عقد وان لم يكن طرفا في العلاقة التعاقدية حسب المفهوم الشكلي الضيق لكلمة طرف ، وذلك نتيجة للتطورات الحاصلة في قواعد حرية التجارة وحرية رؤوس الاموال والبضائع ونقل التكنولوجيا ، وهو تصور ما كان ليحصل لولا قصور المفهوم التقليدي للغير عن مواكبته.

-إن مظاهر التطور في النظريات والمفاهيم القانونية والذي صاحب التطور الاقتصادي والتكنولوجي ادى إلى استحداث اطر قانونية معدة سلفا في مجال التجارة والصناعة ونقل التكنولوجيا وكافة مجالات التنمية ويكون دورها تنظيم العلاقات بين الافراد المتداخلين فيها ، بما في ذلك عقود الازعان والتي اصبحت تنتشر يوما بعد يوم وبأشكال مختلفة نتيجة التطور الاقتصادي الذي اتجه الى اسلوب الانتاج وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة ومؤسسات تتمتع باحتكار قانوني او فعلي لسلمة او خدمة باملاء ارادتها وشروطها المعدة مسبقا على الراغبين في التعاقد معها دون ان يملكو مناقشة هذه الشروط.

الباب الثاني :

أحكام الحماية القانونية للغير

الباب الثاني : أحكام الحماية القانونية للغير

-لقد شرعت العقود تلبية لحاجيات الناس ورفع المشقة و الحرج عنهم ،فالعقود وان كان منشؤها ارادة المتعاقدين الا أن الشارع جعلها تفضي الى أثارها بذواتها¹.

-فاذا انعقد العقد صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه فانه ينتج أثاره و هي أثار عبارة عن التزامات تنشأ في ذمة كل من المتعاقدين يلتزم بتنفيذها لمصلحة الاخر ،وهي أثار عبارة عن التزامات تنشأ في ذمة كل من المتعاقدين يلتزم بتنفيذها لمصلحة الاخر ، وهذه الاثار تقتصر عليهما فقط ، ما تسمى بقاعدة النسبية أي ان النسبية هذه تكون في اثار العقد سواء الحقوق او الالزامات و يمكن أن يتعدى شخص المتعاقد ليمس خلفهما العام او الخاص ، ولا تنصرف الى الغير .

لكن مع تطور العلاقات العقدية ظهر أن القانون قد وضع للغير مكانة مهمة ،فأن يكون الشخص غيرا هذا لا يعني أن لا مركز له في العقد ،ذلك أن للغير كما بدا لنا في الدراسة ،له حق و شرعت له حماية ضد كل وضعية قانونية أنشأها العقد و اعتدت على الغير ،فالغير لم يعد ذلك الشخص المستبعد بل بالعكس أصبح له وجود قانوني في العقد حيث يساهم في تنفيذه و يحتج باخلالاته،حيث أن الغير يمكن أن يبدأ غيرا ليتحول الى مركز الطرف في العقد بمقتضى القانون ، فلا يمكن أن نلزم الخلف الخاص بالتزامات في حين أنه غير عن العقد ،فالقاعدة انه كلما التزم الشخص بالتزامات تعاقدية كلما غادر مركز الغير و التحق بمركز الطرف ،فالغير يجب أن يصنف حسب درجة ارتباطه بالعقد ،حيث أن الغير الاجنبي لا ينتفع من تقديم التاريخ أو اثبات تصرف ،اذ لا مصلحة له ،لكن الغير الذي تتوفر له المصلحة هو الذي يمكن الحديث عن الحماية التي يوفرها له القانون حتى لا تهضم حقوقه جراء تنفيذ العقد.

ولقد ظهر ان تدخل الغير في العقد له أهمية كبرى في المجال الاقتصادي و يتمثل ذلك في تحقيق الأمن القانوني الذي يسعى المشرع نفسه لتحقيقه ،و ذلك لاستبعاد أي عقبة قد تواجه تنفيذ العقد .

¹ محمد فتحي الدريني ،بحوث مقارنة في الفقه الاسلامي و أصوله ،مؤسسة الرسالة ، جزء 2،بيروت 1994،ص412.

فيصافد أن يستعين المدين بالغير لتنفيذ العقد و ذلك تحقيقا لمصالح الاطراف نظرا للتطور الذي مس ميدان المعاملات و الأعمال ، الامر الذي جعلها مرتبطةا أساسا بوجود الغير في عملية التنفيذ و لعل أحسن مثال عقد المقاولة . انطلاقا من هنا كان علينا دراسة أحكام الحماية القانونية للغير عن طريق التطرق الى ، التزام الغير أثناء تنفيذ العقد في الفصل الاول ، و الى الوسائل القانونية لتفعيل حماية الغير على ضوء بعض القود و نظام المسؤولية ، في الفصل الثاني .

الفصل الأول: التزام الغير أثناء تنفيذ العقد

- إن مفهوم الطرف والغير في مرحلة إبرام العقد تكون في صورتها البسيطة، حيث أنّ التفريق بين صفة الطرف والغير هي صفة التفريق بين ما هو مرتبط بالعقد يسمى متعاقد، وبين ما هو أجنبي عن العقد ويسمى غيراً.

- لكن أثناء مرحلة التنفيذ قد تتغير الصفات، ويحدث تبادل في الصفات، فيدخل أشخاص كانوا غيراً ويصبح دورهم فعال في تنفيذ بنود العقد. وهذه المرحلة تنشئ للغير التزامات وتكسبه حقوقاً. ومع اكتساب هذا المركز الجديد، يتطلب الأمر حمايته، لأنّ مركزه يكون في حالة تنازع مع مركز قانوني آخر. فوجوده في دائرة قاعدة الأسبقية أو تفضيل مركز على مركز آخر، كقاعدة تسجيل التصرفات القانونية الواقعة على عقار أو منقول، مما ينبغي تسجيله فيؤخذ بالتصرف المسجل مسبقاً كتفضيل على الحقوق المسجلة بعده.

وقاعدة الأسبقية في القيد بالنسبة للرهن، حيث يتقدم الدائن الذي سبق في قيد رهنه في استيفاء حقه على باقي الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة، ولكن قاعدة الأسبقية ليست مطلقة، بحيث يمكن كاستثناء عدم الأخذ بها، وذلك بمراعاة حسن النية وقاعدة استقرار المعاملات، بحيث تتمثل في حالتين، أولهما: الدائن الذي اكتسب حقا عينيا على أموال الشركة المدينة، ولعلّ صورة حمايته هي الحيلولة دون رجوع الدائنين العاديين، والذين لم تكن لهم تأمينات على أموال الشركة، عليه لاستيفاء حقوقهم، والصورة الثانية هي حماية الغير الحسن النية، الذي اكتسب حقا على المال المرهون في الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته، ولكن يجب تقييد هاذين الاستثناءين بشروط¹.

يؤكد الفقهاء Mazeaud و Tunck: "على مبدأ نسبية أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين فقط وأحكام المسؤولية العقدية تطبق فقط عليهما. فلا وجود للطرف الثالث في العقد.

¹ حسن مجالي فارس المجالي، حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 215. فتحية صمات، الغير والعقد، رسالة دكتوراه، جامعة تونس، المنار، كلية الحقوق، سنة 2015-2016، ص 164.

فحسب رأيهما أنه لو اعتبرا بمركز الغير في العقد فيصبح دائناً ومديناً ويستند إليه باعتباره تصرفاً قانونياً ينشئ التزامات وهذا ما لا يُمكن تصوّره¹.

إنّ هذا الرأي لا يتماشى مع تطور المراكز القانونية التي أصبح العقد يسايرها من النواحي القانونية والاجتماعية والاقتصادية، فلم تعد الإدارة أساس مطلق يستند إليها العقد، حيث أن النظرية الشخصية أصبحت قاصرة، فيما يخص تطبيقها على التصرفات القانونية. وأصبح الطابع الموضوعي للعقد يحتلّ مكانة واضحة، فهناك فرق بين مرحلة إبرام العقد، الذي لا يستدعي بالضرورة تدخل الغير، وبين مرحلة التنفيذ، الذي دخل فيها الغير واحتلّ مركزاً في العقد الذي لم يبرمه، وبدأت قيود قاعدة النسبية تتلاشى، بحيث أنّ الإرادة في مرحلة التنفيذ تفقد دورها الإقصائي².

¹ Mazeud et Tunck, Traité de la responsabilité civile, Tome 1, Paris, 1965, p. 150.

² J. Ghestin, Nouvelle proposition pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, Op. cit. « Il peut donc être retenu, sans remettre en question la spécificité de mode de création des normes obligatoires par le contrat qu'une fois cet ensemble des normes crée par un accord de volontés, la situation contractuelle qu'en est résulté puisse

المبحث الأول: الغيرين النظرة الشخصية والموضوعية

إذا كانت هناك أهمية في شخص المتعاقد بمعنى كانت هي الدافع للتعاقد مع شخصه، كما هو الحال بالنسبة لعقد الهبة، فتكون أمام عقود ذات طابع شخصي، وعلى عكسها، إذا كان الدافع إلى التعاقد سببا آخر غير صفة المتعاقد، مثلها عقد القرض والعمل والشركة والعارية، بحيث نكون أمام عقد لا يكون الاعتبار الشخصي هو الدافع الرئيسي للتعاقد على الرغم من أنّ شخصه هو عنصر جوهري نكون هنا أمام النظرة الموضوعية¹.

المطلب الأول: شروط انتقال العقد إلى الغير

-لعلّ أهمّ مرحلة تتعلّق بالاعتبار الشخصي هي مرحلة تنفيذ العقد، بحيث يظهر فيها دور الغير، ففي حالة ما إذا كان الالتزام بعمل يستوجب أن يقوم المدين بتنفيذه أو كانت طبيعة الدين تستوجب شخص المدين القيام به، كان للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين، حسب ما جاء في نص المادة 258 مدني جزائري (يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص له مصلحة في الوفاء، وذلك مع مراعاة ما جاء في المادة 170).

-كما يصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة في الوفاء و لو كان ذلك دون علم المدين أو رغم ارادته، غير أنه يجوز للدائن رفض الوفاء من الغير اذا اعترض المدين على ذلك و أبلغ الدائن بهذا الاعتراض).

وما جاء به القانون الفرنسي المدني في المادة 1237 أنّ "الالتزام بعمل لا يُمكن الوفاء به أو الإبراء له عن طريق الغير، رغم أنّ إرادة الدائن، وذلك إذا كانت من مصلحة الدائن أن يقوم المدين شخصياً بالوفاء بالالتزام"².

¹ نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالأداء بالبيانات الشخصية المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، 1982، ص 188 – 190، أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط 1، سنة 2016، ص 107.

² David Arteil, Op. cit. N° 51, p. 39.

وفي نفس مضمون هذه المادة أتى بها قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة 381 بنصها "إذا كان موضوع الحق عملاً واستوجب طبيعته، أو نص الاتفاق على أن يقوم المدين به بشخصه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء به من غيره".

وما جاء به نص المادة 208 من القانون المدني المصري: "في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق أو استوجب طبيعة الدين، أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين".

ف نجد أن كلّ هذه المواد لم تأتي بالنظرية الشخصية الباتة، بل تحدّثت عن الاعتبار غير المباشر لشخص المدين، لأنها أخذت بالاعتبار المباشر لمصلحة الدائن في تنفيذ العقد، أي إرضاء الدائن، ولا يوجد أي شيء يُفرض على الدائن أن ينقذ له عن طريق الغير إذا كانت له مصلحة في أن ينفذ المدين شخصياً، وهذا راجع إلى أنّ الشخص هو العالم بمصلحته وتقديرها، إذ هو الوحيد الذي له قدرة اختيار الشخص الذي ينفذ له أو يوفى له¹.

وعليه، فإنّ انتقال العقد من المدين إلى الغير يستوجب رضا الدائن في العقود الشخصية، فهي رقابة ضرورية على تنفيذ بنود العقد، وعدم الأخذ برضا الدائن، فهذا يعتبر إخلالاً صريحاً من جانب المدين، يترتب عليه فسخ العقد، وبالنسبة للغير المنفذ تقوم عليه المسؤولية التقصيرية بشرط إثبات الدائن للخطأ والضرر والعلاقة بينهما².

¹ وفي هذا الموضوع جاءت محكمة النقض الفرنسية بآراء متضادة، فقضت في حكم لها بأنّ "العقد الذي يبرم لاعتبارات شخصية المتعاقد قد لا يشكّل عائناً، فحقوق والتزامات هذا الأخير يُمكن انتقالها للغير، طالما أنّ الطرف الآخر قد ارتضى ذلك".

Cass.com 7 janvier 1992, Bull, civ. IV, N° 03, RID.com 1992, p. 792.

Obs, J. Mestere ; D 1992 ; Somm, p. 278, obs, L. Aynés ; Jcp, 1992, 1, 3591, obs. Jamin.

Cass.com, 6 mai 1997, Bull, civ. IV. I. N° 117, D. 1997, 588.

وأكدت موقفها بالأخذ برضا الدائن وضرورته عندما يبرم العقد لاعتبار شخصي.

Cass. 1^{ère} civ, 6 juin 2000, Bull, civ, I, N° 173, J.C.P. 2000, Iv, N° 2306, D. 2001, p. 1345 ;

Comm. D. K rajeski, RTD.com, 2000, p. 571.

² Paurant Aynès, La cession du contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Thèse ECONOMICA, 1984, N° 331 et s.

مع بداية القرن العشرين بدأت فكرة العملية الاقتصادية في المجال التعاقدي على حساب العلاقات الشخصية، فأصبح الفقه منقسم، جانب يؤيد مبدأ نسبة العقود وجانب آخر يؤيد انتقال الدين إلى شخص غير شخص المدين، وبه تمّ إدخال أشخاص غير في العقد عبر عناصر ثابتة، كالسبب أو المحل¹. فأصبح الاعتبار الشخصي نظرة مزدوجة بأن التنفيذ الشخصي للعقد يفرض شخص المتعاقد نفسه، ولكن بالنظر خصوصاً إلى بعض الصفات الخاصة الموجودة فيه، والتي يمكن أن نجدها في شخص آخر². فهم يرون أنّ الاعتبار الشخصي الموضوعي يرد على الصفات الموضوعية التي يعتدّ بها المتعاقد، فالاعتبار الشخصي الموضوعي لا يعتبر مشكل في التنفيذ من طرف المتعاقد نفسه، بل يُمكن انتقال الالتزام لدى الغير، سواء عن طريق الوفاة أو التعاقد من الباطن، أو الانتقال عن طريق إبرام تصرفات قانونية. لكن، لكي يصبح على الانتقال والتنفيذ من طرف الغير يجب أن تتوفّر في هذا الأخير نفس الشروط الشخصية التي كانت تتوفّر في المدين. وهذه الصفات تعتبر بمثابة الضمان لحسن تنفيذ العقد³. فالمهم ليس شخصية المتعاقد بل الاعتبارات الموجودة في شخصه، والتي يجب أن تكون في الغير الذي سينفذ العقد⁴.

الفرع الأول: طبيعة التنازل للغير

-إنّ من أهمّ آثار العقد هو ترتيب الحقوق والالتزامات في ذمة المتعاقدين، لكن قد تحدث ظروف يصبح المدين غير قادر على القيام بتلك الالتزامات، أو أنه قام بتصرفات أخرى خارجة عن العقد جعلته غير قادر على الاحتفاظ بمركزه كطرف، وهو ما يسمى بالتنازل عن العقد. وقد حاول الفقهاء تحديد معنى التنازل، فهناك من ذهب إلى طبيعة التنازل لا تعدو أن تكون حوالة حق ودين في وقت واحد، وهناك من رأى أن التنازل هو تصرف ناقل للالتزامات، فتقصيه من الاتجاه الأول.

¹ أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، المرجع السابق، ص 111.

² David Arteil, Op. cit. N° 53, p. 40.

³ أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، المرجع السابق، ص 112.

إسماعيل حسن اسماعيل، المرجع السابق، ص 27.

⁴ Kostic (G), L'intuitus personnel dans les contrats de droit privé, thèse, Paris V, 1997, p. 22.

وانطلاقاً بتعريفهم "إنه اتفاق يتنازل بمقتضاه المتنازل إلى المتنازل له عن مركزه التعاقدى، بكل ما يتبعه من حقوق والتزامات وكافة الآثار القانونية"¹.

فهم يرون أنّ التنازل هو حوالة حق ودين في نفس الوقت، لأنّ المدين المتنازل يحيل حقوقه التي نشأت من العقد الأول إلى المحال إليه، أما حوالة الدين فهو يحيل الالتزامات الناشئة من العقد الأول إلى المحال إليه. فيأخذ المحال إليه مركز المحيل في العقد الأول، ويصبح المحال إليه الغير طرفاً في العقد.²

ويرى الفقه الفرنسي التقليدي أن التنازل عن العقد هو بمثابة حوالة حق لنقل الحقوق الثابتة للمتنازل إلى المتنازل له ونقل الالتزامات لأنّ المشرع الفرنسي لا يعرف حوالة الدين.³

لكن انتقد بشدة هذا الرأي، ونودي بالإتيان بمفهوم جديد عن التنازل عن العقد.

الاتجاه الثاني (الاتجاه الحديث): هم يرون أن التنازل هو نقل للمركز التعاقدى من المتنازل إلى المتنازل له بكلّ مشتملاته⁴، فينقل المدين أو حتى الدائن مركزه للغير الذي يحلّ محله، فهم يرون أنه إذا كان العقد من الباطن يعدّ تصرفاً منشئاً، فإنّ التنازل عن العقد يعتبر تصرفاً ناقلاً.⁵

¹ نبيل سعد، التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص 84.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في نظرية الالتزام، ج 6، المرجع السابق، ص 255.. عبد الفتاح عبد الباقي، الإيجار، المرجع السابق، ص 406.. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج 2، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 273 وما بعدها. حمدي عبد الرحمان، شرح قوانين إيجار الأماكن، دار النهضة العربية، 1982، ص 320.

وفيه جاء في قرار محكمة النقض: "التنازل عن الإيجار عقد يحيل به المستأجر الأصلي إلى الغير كافة حقوقه والتزاماته الواردة في العقد الأصلي...". نقض مدني 10/30/...، مجموعة أحكام النقض، س 46، ص 1071، نقض مدني، 1996/11/18، مجموعة أحكام النقض، س 47، ص 1309.

وفي حكم محكمة النقض، بما جاء فيه بمعنى أنه في مجال عقد الإيجار يقصد بالتنازل عن الإيجار نقل جميع حقوق المستأجر والالتزامات المترتبة على عقد الإيجار إلى شخص آخر يحل محله. فيها نقض مدني 2002/03/20، الطعن رقم 1455 لسنة 70 ق.

واعتبر القضاء المصري أن هذا النقل لجميع الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الأصلي بيعاً إذا كان بمقابل، وهبة إذا كان بدون مقابل، نقض مدني، 2000/11/16، الطعن رقم 10165 لسنة 64 ق، نقض مدني 1997/11/6، الطعن رقم 6438 لسنة 63 ق، نقض مدني 1995/07/24، الطعن رقم 91 لسنة 1995.

³ Esmsin P. op. cit. p. 17 etc, Roland H, Droit civil, Les obligations, op. cit. p. 4.

⁴ Roland H., Droit civil, Les obligations, régime général, 6^{ème} édition, p. 4. Mousseron J.M. op. cit. N° 502.

⁵ حسن البراوي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية لسنة 2002، ص 117.

ووضعوا له تعريفاً "أنه ذلك الاتفاق بين أحد أطراف العقد المتنازل عنه يسمى المتنازل، وشخص أجنبي عن العقد يسمى المتنازل له بموجبه ينقل المتنازل مركزه التعاقدى بكل مشتملاته من حقوق والتزامات إلى المتنازل له، بحيث تصبح العلاقة مباشرة بين المتنازل له والطرف الآخر في العقد المتنازل عنه، ويسمى المتنازل لديه¹.

الفرع الثاني: شروط صحة التنازل للغير

-يعتبر التنازل اتفاق كغيره من الاتفاقات التي تشترط توافر عدّة شروط عامة، لا داعي لذكرها وشروط خاصة سنتناولها كالآتي:

1- يجب أن يكون العقد غير منفذ:

وهذا الشرط هو بديهي، لأنه لو تمّ تنفيذه من قبل المدين فيزال سبب التنازل عن آثار العقد بما فيها الالتزامات، لأنّ التنازل يعني حلول المتنازل له الغير محلّ المتنازل في العلاقة القانونية القائمة.

2- يجب ألا تكون شخصية المدين محل اعتبار:

يكون هذا في كلّ الأحوال بالحصول على موافقة المتنازل لديه، أي الدائن، لأنه الأدرى بمصلحته فيمن يقوم بتنفيذ العقد. وفيما يخصّ رأي محكمة النقض الفرنسية، حيث فرقت بين العقود التي يراد التنازل عنها، إذا كانت من عقود الاعتبار الشخصي اشترطت لصحة عقد التنازل أن يتوفر رضا الدائن أي المتنازل لديه، والعقود التي ليس الاعتبار الشخصي أهمية، حيث أنها لم تشترط توفر رضا المتنازل لديه.² وجاء رأي من الفقه العربي أن رضا المتنازل لديه لا يهم، بحيث أن الاتفاق الذي يضم التنازل يخص طرفين فقط هو رضا المتنازل والمتنازل له، بيد أنّ هذا لا يمنع من ضرورة علم المتنازل لديه لهذا التنازل، حتى يسري في مواجهته، فيجب إعلامه ولكن لا يجب الحصول على موافقة ورضاه³.

¹ حسن البراوي، التعاقد من الباطن، المرجع السابق، ص 117.

² Aynes L. Cession de contrat, nouvelles précisions sur cercle de cédé, D. 1998, Ch. 25.

³ حسن البراوي، التعاقد من الباطن، المرجع السابق، ص 39.

اعتبر هذا الرأي غير مقبول في الساحة القانونية لأنه أغلب آراء الفقه اشترط رضا المتنازل لديه، وإقراره بالتنازل، وهذا إعمالاً للقواعد المقررة في حوالة الدين¹.

وكملاحظة، فإنّ المشرع الفرنسي لا يعرف حوالة الدين وذلك اقتداءً بالتقنيات اللاتينية القديمة، ويأخذ التنازل عن الالتزامات للغير عن طريق مصطلح تغيير المدين أو الإنابة في الوفاء،

أو الاشتراط لمصلحة الغير، ولكن رضا الدائن في رأينا هو شرط ضروري، سواء في عقود الاعتبار الشخصي أولاً، فمن جهة كانت إرادة كل من المدين المتنازل والدائن المتنازل لديه، بأنّ العقد يكون بينهما بدون إدخال الغير بتنفيذه، ومن جهة أخرى في حالة قيام التنازل فإن العلاقة ستكون بين الدائن المتنازل لديه والغير المتنازل له. فيحق المتنازل لديه أن يعلم ويرضى بالشخص الذي سيتعامل معه.

وأيضاً لو أنّ الضرورة اقتضت من المدين أن يتنازل للغير للقيام بتنفيذ العقد، وكانا حسن النية فلا يحق للدائن المتنازل لديه أن يرفض هذا العقد الجديد، وإلا اعتبر تعسفاً والذي يتعارض مع مقتضيات حسن النية².

كما أن السؤال الذي يطرح هو حتى يشترط الحصول على رضا المتنازل لديه؟

نجد في أحكام الفقه الفرنسي أنه يجوز صدور رضا المتنازل لديه في نفس لحظة التنازل من العقد. أو حتى سابقاً عليها ما يسمى بالإقرار الذي يكون في أحد شروط العقد المتنازل عنه، وذلك بأنه يسمح المدين المتنازل بالتنازل عن العقد³.

¹ المادة 316 من القانون المدني المصري: "1- لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها. 2- وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن، وعليه له أجل معقولاً ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار، اعتبر لسكوت الدائن رفضاً للحوالة".
² Krajieski D. Note sous cass, civ., 6 juin 2000, D 2001, Juri p. 1345, et Mestre J ; La cession de contrat suppose consentement du co-contrat cede, Rev, tri, Dr. CN 1997, p. 936.

³ وفيه جاء حكم محكمة النقض الفرنسية "التنازل عن العقد وإن كان يستلزم رضا المتنازل لديه، حتى يسري التنازل في مواجهته، إلا أنه ليس بلازم أن يكون هذا الرضاء وقت إبرام اتفاق التنازل. فقد يكون سابقاً عليه، كأن يصدر رضا المتنازل لديه في العقد محل التنازل أو في اتفاق لاحق".

Cass.com, 6 maim 1997, D. 1997, not. Billiau M et Jarmin C, p. 588.

الفرع الثالث: حالات التنازل عن العقد

-إنّ فكرة التنازل أو انتقال العقد إلى غير طرفه قد ارتبطت بتطور فكرة الالتزام، فالالتزام في بدايته لم يكن يتلاءم مع النظرية الشخصية بمفهومها الضيق، أي أنّ العقد هو مجرد رابطة بين الدائن والمدين، بل نعني بالالتزام هو ذلك القيمة المالية للعقد¹.

وهذه الفقرة التي أتى بها الفقيه M. Ginassar بقوله أنّ "الحق الشخصي ليس إلا مالا يختصّ به الدائن، ويُعتبر مكوناً لعنصر من عناصر ذمته المالية، وذلك بما له من حقّ ملكية عليه. أليس للدائن أن يتنازل عنه حقه، كمالك العقار الذي يمكن بيعه"².

وفي رسالته، أتى بوجود التفريق في مفهوم الحق الشخصي على أنه الرابطة بين الدائن والمدين فقط، أي رابطة الالتزام وبين حق الملكية الملتصق بالدائن، وفيه تقوم علاقته بالغير، ويحتجّ به عليه³.

وفي هذا الرأي جاء تأييداً له بأنّ الحق الشخصي هو عبارة عن قيمة مالية، والذي يتميز بسلطة مالكة باقتضائه من المدين، بمعنى أنّ الحق الشخصي يتضمّن قيماً على حرية الغير لصالح صاحبه، وبه يجب على الكلّ احترام هذا الحق، الذي يتمتع به الدائن⁴.

وجاء بهذا الرأي أيضاً M. Dabin بقوله: "من حيث أنّ الالتزام ينشئ رابطة بين الدائن والمدين، فإن حرية المدين لم تتقيّد فحسب، بل أنها تتعرّض لسلطان الدائن، فالمدين قد التزم بشخصه⁵.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، جزء 3، فقرة 239، ص 418. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، 1968، ص 21. نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 7.

² Ginossar, Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, L.G.D.J., 1960, p. 35.

³ V. Les critique de cette thèse ; J. Dabin, Une nouvelle définition du droit réel, Rev. Trim, du CN. 1962, pp 20 et s et la réponse de M. Ginossar pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel, idid, pp. 573 et s. et V. en général sur l'analyse et le critique de la thèse de Ginossar, J. Chestia et G. Goubeaux, traité de droit civil, introduction général, L.G.D.J., 1997. 220 et s, pp. 168 et s.

⁴ En ce sens, J. Flair et J. L. Aubert, Droit civil, Les obligations, V.I. L'acte juridique, 1975, N° 18, note 2, p. 12.

⁵ J. Dabin, Le droit subjectif, p. 181.

ويرى غستان: "يمكن القول أن الحق الشخصي يعتبر سلطة عدوان ضد المدين"¹.

ولعلّ أهم الحالات العملية للتنازل عن العقد، تكون عبر تقييمنا للتنازل القانوني والتنازل الاتفاقي.

1- التنازل القانوني: ويكون مصدره القانون، وهو تنازل مفروض على الأطراف، مثالها التنازل عن عقد الإيجار للمالك الجديد للعقار المستأجر. ويجب على المالك الجديد للعقار أن يلتزم بعقود الإيجار الوارد على العقار، والتي أبرمها المالك القديم.

2- التنازل الاتفاقي: فيكون بإرادة كلّ من المتعاقدين، أي المتنازل والمتنازل له، ودون أن يكون تابعا للتصرّف في مال معيّن أو مفروضا بنص خاص².

ولعلّ أهم العقود التي يقع فيها التنازل هي كالاتي:

1 عقد بيع عقار تحت التصاميم: وهو حالة المشتري الذي يشتري عقار بالتصاميم، ومشرط فيه المدة التي ينتهي فيها بناؤه. ولكن قبل البناء يقوم المشتري بالتنازل عن العقد. والملاحظ أن المشتري يقع عليه التزام بدفع الثمن وبيع عقار على التصاميم يكون في حالات. ففي العقد، يمكن تحديد متى يكون نقل الملكية، فإذا كانت بعد تمام البناء فينتج هذا العقد أثره بأثر رجعي، أي من يوم البيع حسب نص المادة 1601 فقرة 2، من القانون المدني الفرنسي³.

كما أنه نجد عقد البيع على التصاميم في حالته المستقبلية المكتملة " La vente en l'état d'achèvement"، فتكون ملكية الأرض والبناء الموجود منقولة بمجرد التعاقد، أما ما يتم بناؤه بعد العقد فتتم نقل الملكية مستقبلاً بالتدرج⁴.

¹ J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., N° 189, p. 134 et no 222, p. 171 et p. 191.

² نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، المرجع السابق، ص 19.

³ "La vente à terme"، عقد البيع لأجل: هو العقد الذي بمقتضاه يلتزم البائع بتسليم البناء عند الانتهاء منه، كما أنّ المشتري يلتزم باستلامه ودفع الثمن في التاريخ المحدد للتسليم وتنتقل الملكية بقوة القانون من وقت الإقرار الرسمي والانتهاء من العقار وينتج هذا العقد آثاره بأثر رجعي من وقت البيع". نبيل إبراهيم، التنازل عن العقد، المرجع السابق، ص 20.

⁴ Planid et Ripert, op. cit., Tome III, 2^{ème} éd., 1952, par Picard, N° 94.

2- عقد شراء سيارة بالحجز (التنازل على سبيل الضمان):

- وهو العقد الذي يكون في حالة زيادة الطلب على العرض في بعض السلع، فتلجأ شركات بيع السيارات إلى مثل هذا النوع من العقود، وتقتصر مدة الحجز أو تطول بحسب تناسب العرض مع الطلب أو تفاوته. أثناء فترة الحجز وقبل إحضار السيارة، قد تحصل المشتري ظروف تجعله غير قادر، على إكمال عقد الشراء بالحجز أو يكون قد قام بتصرفات قانونية مع الغير، جعلته يبرم مع هذا الغير تنازلاً، عن شراء السيارة المحجوزة، وذلك لما يتضمّنه من حقوق وواجبات. فيصبح الغير هنا محل المتنازل (المشتري)، في كل حقوقه وما عليه من التزامات، في مواجهة شركة بيع السيارات، وتكون على صورة حوالة حق، وهذا المثل حول عقد السيارة المحجوزة، يقع على جميع الأشياء المنقولة، مع الإضافة إلى أنّ هذا التنازل يحقق فائدة مزدوجة في تنازله عن العقد أو أن يعيد بيع هذه السلعة¹.

3 عقد التوريد:

ولعلّ من الأمثلة الشائعة إبرام مؤسسة زراعية عقداً مع أحد الشركات الخاصة بالتعليب موضوعه توريد المنتجات الزراعية، وكان العقد طويل المدى، حيث أنه حصلت ظروف المؤسسة الزراعية²، فينتقل العقد إلى مؤسسة أخرى التي ربما كانت المشتري أو الدامجة عن طريق التنازل عنه، وتصبح مستفيدة من الحقوق، وملتزمة بالالتزامات. وهذا ما يحقق استقرار الروابط العقدية والتعامل.

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 36، وفيه جاء رأي محكمة النقض المصرية على أنّ التنازل هنا يعتبر حق بقولها: "إذا كان طلب حجز السيارة المقدم من الطاعنة قد أنشأ لها حقاً قبل الشركة الموزعة من شأنه أن يجعل لها أسبقية لحجز التالية، بحيث يكون حقها شراء السيارة عند موافقة الشركة المنتجة على طلبها، وكذلك استرداد مقدم الثمن الذي دفعته بموجب إيصال الحجز في حالة عدم موافقة الشركة المذكورة على الطلب أو عدولها هي عنه. كما أنها لها الحق في الرجوع على الشركة الموزعة بالتعويض، إذا هي رفضت تسليمها السيارة رغم قبول الشركة المنتجة للطلب وهي جميعها حقوق يصحّ أن تكون محلاً للتعامل وتقبل التنازل عنها بطريقة حوالة حق. ولما كان من الثابت من الحكم المطعون فيه أن الاتفاق تضمن تنازل الطاعنة للمطعون عليه عن طلب حجز السيارة وعن السيارة ذاتها وأن المطعون عليه يصبح مالكا لها عند استلامها من الشركة فإن الاتفاق على هذه الصورة هو حوالة حق بمقتضاه ينتقل الحق المحال به من الطاعنة إلى المطعون عليه بمجرد انعقاد الحوالة دون نظر إلى نفاذها في حق الشركة المنتجة وهي المحال عليها. لا يغير من ذلك أن الحق في شراء السيارة لم يوجد بعد عند إبرام الاتفاق أو أنه معلق على شرط قبول الشركة المنتجة لطلب الحجز لأنه تجوز حوالة الحق المعلق على شرط والحق المستقبل"، نقض مدني، في 1977/03/22، مجموعة أحكام النقض، ص 28، ص 732.

² نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، المرجع السابق، ص 22.

4- عقد شراء عقار بقرض:

ظهرت في السنوات الأخيرة قروض عقارية مدعمة تسمح للأشخاص المعنيين، خاصة ذوي الدخل الضعيف بامتلاك عقار أو سكن بقرض، فالقرض العقاري هو قرض طويل المدى، موجه لتمويل شراء أو بناء سكن، ويندرج ضمن قروض الاستهلاك، بحيث يجب على المقترض أن يسدد شهريا الرأسمال المقترض والفوائد المترتبة عنه في مدة القرض¹.

وبهذا القرض الممنوح من طرف البنك يمكن للمشتري المقترض أن يسدد ثمن العقار للبائع فوراً، ولعلّ طبيعته القانونية هي عقد شراء لأجل.

كما وردت كلمة قرض من خلال القانون 90-10 المتضمن قانون النقد والقرض وهذا في المادة 112

بنصها كآلتي: تشكل عملية قرض في تطبيق هذا القانون كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه

شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر أو يأخذ بموجبه لمصلحة الشخص الآخر

التزاما بالتوقيع، كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان) وهو نفس المضمون الذي جاءت به المادة 68

من الامر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في 20-2-2006².

فعن طريق العقد، يستطيع المشتري أن يجعل عبء تمويل شرائه مؤجلا، أي أنه استفاد بأجل معين في سداد هذا المبلغ، ففي الحالة العادية، المشتري يتبع مخطط الاهتلاك لتسديد القرض، وبحسب الشروط المتطلبة طبعاً، بالإضافة إلى الضمانات الإجبارية، المتمثلة في ضمان القرض برهن العقار محل القرض، مع وجوب وضع تأمين المقترض، حيث تقوم شركة التأمين بتسديد قيمة القرض في حالة الوفاة أو العجز النهائي المفترض³.

لكن في حالة ما إذا أراد المشتري المقترض بيع العقار محلّ القرض للغير، كيف يكون التنازل في هذه الحالة؟

¹ بر اقليمية زويبير، القرض العقاري و الرهن الرسمي في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة باتنة 01، 2016/2017، ص13.
² الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد و القرض، المعدل و المنتم بالأمر رقم 10-0 المؤرخ في 26 أوت 2010.
³ سفيان زعدي، الآليات القانونية لمواجهة مخاطر القروض العقارية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012/2013، ص15.

-يشترط لصحة التنازل للغير في هذا العقد أن تتوفّر شروط:

أولاً- شرط الإعلام: وهو شرط منطقي في مثل هذه الحالة، فيجب إعلام البنك بأنّ تنازلاً عن العقار للغير قد حدث، وذلك لتحويل عقد القرض على اسم الغير وأخذ كل إجراءات الائتمان من الشروط السابق ذكرها¹.

-حيث نجد أن المشرع الجزائري في المادة 965 مدني (ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية :

-إذا تنازل الدائن المرتهن عن هذا الحق ،على أنه يجوز أن يحصل التنازل ضمناً بتخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ ،غير أنه إذا كان الشيء مثقلاً بحق تقرر لمصلحة الغير ،فان تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير الا برضائه ...)

ونجد أن القانون المدني الفرنسي الصادر في 16 يوليو 1971 في مادته 1279، فقرة 2، قد جسّم هذا الأمر، وذلك بسماعه ببقاء التأمينات العينية، والامتيازات الضامنة للدين².

وذلك بشرط رضا المالك الجدد للمال المحمل بها، وذلك لضمان تنفيذ التزام المدين الجديد.

وفي هذه المادة، رأى الفقيه M. Foyer أنه لا يجوز قبول هذه المادة لأنها أتت بأمر ارتجالي على حسب قوله، حيث أنّ وضع النص بهذه الصورة، وفي هذا المكان لا يتّفق مع الحقيقة.

¹ يعتبر جانب من الفقه أنّ هذا التحول في شخص المقرض يعتبر كإنبابة أو تجديد عن طريق تغيير المدين مع الاحتفاظ بالتأمينات العينية. Ch. Larraimet, thèse précitée, n/2.

² لا يمكن اعتبار التنازل تجديد، لأن هذا الأخير ينشئ التزاماً جديداً، بعد انقضاء الالتزام الأصلي، بتوابعه، بينما هنا الأمر على خلاف ذلك، حيث أنّ نفس الالتزام، هو الذي ينتقل من المقرض المقترض إلى المقرض إليه، بالإضافة إلى أنه في التجديد يحل محل الالتزام الأصلي الالتزام الجديد بضمانات وصفات ودفع فدي تختلف عن تلك التي كانت للالتزام الأصلي. فإذا اعتبرنا أن هذا الاتفاق على ذلك وقت التجديد، وأن تراعي الأحكام المتعلقة بالشهر، وذلك حتى تنفّذ في حق الغير. أما إذا اعتبرنا أن الأمر يتعلق بالتنازل عن عقد القرض، فإن من مقتضيات ذلك بقاء نفس التأمينات ضامنة للوفاء بالدين، وذلك بشرط موافقة الدائن المقرض على براءة ذمة المدين الأول، نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، المرجع السابق، ص 27. وأيضاً:

Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2^{ème} éd. T VII, 1954 par Radautant, N° 1269, p. 675 et comp. H. Mazeaud, La vente d'un logement, Op. cit. p. 367, Christian Pact et , De la réalisation de la novation, Revitr dr. Civ, 1975, 655, H47.

إذ أنّ الأمر يتعلّق بحوالة دين وليس متعلقاً بالتجديد عن طريق تغيير المدين، ومع ذلك فقد نصّ صياغة الفقرة بطريقة أخرى وقد تمّ إقرارها¹.

أما فيما يخصّ رأي المشرع المصري: فقد رأى الفقيه السنهوري بأن أفضل تكييف لهذا التنازل هو حوالة الدين وليس التجديد: ... "والواقع من الأمر أن التجديد لم يعد له إلى جانب "حوالة مكان يذكر، فإنّ الحوالة تطغى عليه ويؤثّر الناس في تعاملهم ..."².

وفي المادة 322 من القانون المدني المصري نجدها صريحة فيما يخص هذه المسألة "لا يستتبع بيع العقار المرهون رهناً رسمياً انتقال الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشتري إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك.

2- فإذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين، وسجل عقد البيع، تعيّن على الدائن متى أعلن رسمياً بالحوالة أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأي اعتبر سكوته اقراراً".

من تحليلنا لهذه المادة، نجد أن المشرع المصري قد حسم الأمر واعتبر التنازل عن عقد القرض حوالة دين وليس تجديداً، كما اشترط لإمكانية التنازل عنه أن يكون اتفاق على ذلك، لأن التنازل لا يفترض، وبيع العقار المرهون ليس من شأنه افتراض التنازل عن القرض المضمون بالرهن.

وفي حالة ما إذا كان بيع العقار قد تمّ إعلان الدائن، أي البنك في هذه الحالة، وكان عقد البيع قد سجل وأشهر، ومن ثمّ تمّ الإعلان عنه إلى الدائن هنا لصحة عقد القرض وتمامه بين الدائن والغير أي المشتري الجديد، وجب الحصول على إقرار الدائن، وعلى الدائن تقديم الإقرار في ميعاد لا يتجاوز ستّة أشهر من وقت إعلانه بالتنازل. أما إذا انقضى الميعاد المحدد دون الحصول على إقرار من البنك، أي دون الحصول على القبول أو الرفض، اعتبر السكوت هنا إقراراً.

¹ J. O. Déb. Assem. Nat. 1971 ; 2827.

² السنهوري، الوسيط، جزء 3، المرجع السابق، فقرة 242، ص 439.

المطلب الثاني: دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد مع تحصيله على صفة الطرف

- إنَّ الهدف من إبرام عقد هو إنشاء رابطة قانونية بين طرفيه، لإثبات حقوق والتزامات كل من الطرفين، وعلى كلِّ من الطرفين تنفيذ التزامه، طبقاً لما تمَّ الاتفاق عليه، لكن قد تحدث ظروف استثنائية قد تجعل الأجنبي عن العقد (الغير) هو من يتدخل لكي يتمَّ تنفيذ ذلك العقد، كما سبق ذكره ولكن يوجد حالات تجعل من الغير الأجنبي عن العقد عند تدخله في العقد يأخذ صفة الطرف ويكون هذا وفق حالات ينص عليها القانون أو الاتفاق الذي وضعه الأطراف أو القضاء.

الفرع الأول: بعض الحالات التي نصَّ عليها القانون، والتي تجعل الغير بتدخله يصبح طرفاً

- إنَّ تدخل الغير في العقد يوفّر حظ وأمان للدائن أكثر، فهو يساعد على استقرار مركز الدائن، ولعلَّ أوضح صورتين هما: الحوالة والانتقال القانوني للعقود.

- إنَّ التراجع الذي عرفته خصوصية العقد، أي المبدأ الشخصي للعقد، فتح المجال لوضع الفرق بين الشخص الملزم وعنصر الالتزام.

وأصبح انتقال الالتزام أمر منطقي، وذلك عن طريق التنازل عنه، والذي قد يمسّ الحق أو الدين، ومن هذا المنطلق تمَّ التسليم بحوالة العقد والتي كانت في صورتها القديمة تمارس على أنها وكالة، لكن ما إن ظهر العنصر المادي للالتزام، أدى الأمر إلى تغيير النظرة إلى الالتزام، وبالتالي ظهرت الحوالة.

ويُمكن تعريف حوالة العقد بأنها: "تصرف بمقتضاه بنقل أحد المتعاقدين، ويسمى محيل مركزه العقدي في عقد لم تستنفذ أداؤه¹، أي عقد مستمر إلى شخص من الغير يسمى المحال له في مواجهة المتعاقد الآخر المحال عليه².

¹ العقد الجاري، هو العقد الذي لازال في طور التنفيذ أو العقد الذي أبرم ولم تستنفذ آثاره بعد، أو العقد الذي لم يتمّ فسخه بحكم المحكمة، مصطفى مالك، حوالة العقد، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1، 2008، ص 8، 9 و 10.

² وحوالة العقد أهمية ثلاثية، أهمية نظرية تتجلى في طرح مفهوم جديد للمركز العقدي بعيداً عن تقديس مبدأ الروح الشخصية في الالتزام من جهة وبعيداً عن النظرة التفكيكية لعناصر العقد من جهة أخرى، وأهمية تقنية تبرز من خلال احتفاظها للعقد بهويته، وتمكن من النظر إليه ككيان مستقل بغض النظر عن أطرافه فعملية انتقال العقد من شخص إلى لا تسلب العقد شيئاً من جهة، ومن جهة أخرى انتقال بعض الآثار العقدية ذات الطبيعة الخاصة مع انتقال العقد التي يولدها هذا الأخير، والتي تدعى الحقوق الإرادية لعلة اتصالها بالعقد ذاته لا

وتشترط الحوالة رضا الأطراف، كلهم وهو شرط لانعقاد الحوالة ونفاذها.

ويوجد اختلاف فقهي فيما يخص الحوالة التي يجريها المحيل باعتبارها تصرف قانوني، هل يمس القوة الإلزامية للعقد ونسبته أو هو تطبيق له؟

نجد أنّ المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي تمنح كلا الطرفين أو أحدهما نقل التزاماته إلى الغير، لأنه بفعله ذلك يكون قد مسّ العقد في قوته الإلزامية، ويوجد اتجاه معارض يرى أنّ الحوالة ما هي إلا أداة لإتمام العقد، فتغيير الأشخاص لا يمس العقد، وإنما الإرادة هي التي تستمر والتي تنتقل عبر الحوالة إلى أشخاص آخرين يقومون بتنفيذ العقد¹.

أما فيما يخص تصنيف الحوالة، والتي قد تكون جبرية أو اتفاقية، ويقصد بالجبرية، أي التي تكون بمقتضى القانون أو القضاء، ومثاله المادة 1743 من القانون المدني الفرنسي، والتي تنص على أن مالك العقار الجديد يلتزم بعقود الكراء المبرمة بواسطة المالك القديم، ويصبح هو المؤجر الجديد، أما الحوالة الاتفاقية وهي الحوالة التي تضعها إرادة الأطراف، وقد تكون هي الأخرى تابعة للتصرف في شيء معين أو تنعقد مستقلة في أي تصرف².

سوف نقوم بمحاولة إثبات أن تدخل الغير في تنفيذ العقد يحقق أو يكفل توفير استقرار حقيقي وقانوني لمركز الدائن عن طريق الحوالة، ويكون عن طريق التطرق إلى التطبيق القانوني الذي أتت به المادة 469 مكرر 3: "إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إرادياً أو جبرياً يكون الإيجار نافذاً في حق من انتقلت إليه الملكية".

بالالتزام، وأخيراً أهمية عملية تتمثل في الاستقرار والمرونة التي تضيفها على العقد والمعاملات الناتجة عنه فحوالة العقد على خلاف إنهاء العقد الأصلي وإبرام عقد جديد أداة مرنة تتمثل مرونتها في توقي المتعاقد المجال عليه مراحل تكوين العقد من مفوضات ومعاينة لزمة وصفات المتعاقد الجديد وشكليات تمام العقد واشتراطات جديدة للضمانات، وما ينجم عن هذه المرحلة من الجزاءات والمسؤوليات، مصطفى مالك، حوالة العقد، المرجع السابق، ص 30.

¹ مصطفى مالك، حوالة العقد، المرجع السابق، ص 224.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الإيجار والعارية، المرجع السابق، مجلد 6، ص 26.

1- المشتري للعقار المؤجر:

أ: تعريفه: هو عقد حوالة ينقل البائع المؤجر القديم بمقتضاه مركزه العقدي الناشئ من عقد كراء، حقوقه والتزاماته إلى الغير المحال له وهو المشتري، في مواجهة المستأجر المحال عليه، ونجد أن بعض التشريعات قد قامت بالتطرق إلى الذريعة القانونية لمشتري العقار المؤجر، وهناك من اعتبروه خلفاً خاصاً للمؤجر.

ولا ينفذ التنازل عن الإيجار كحوالة حق في حق المؤجر الآمن وقت إعلانه بالتنازل أو قبوله، وهذا ما جاء في نص المادة 505 من القانون المدني الجزائري: "لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجاراً من الباطن دون موافقة المؤجر كتابياً ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك"¹.

ب: آثار حوالة عقد الإيجار:

متى انعقدت الحوالة الصحيحة انتجت آثارها، بين طرفيها وبين الغير، وما يهّم هو انتقال الحق من المحيل إلى المحال له، وبه يعتبر المحال له طرفاً خاصاً.

كما أنّ الحوالة هنا هي ناقلة للحق وليست منشئة، لأن الحق المنتقل لم ينشأ لأول مرة في ذمة المحال له، أي المشتري (الخلف الخاص) وإنما كان أحد عناصر ذمة السلف (المحيل) الحالية ثم انتقل بالحوالة إلى الخلف الخاص.

والمادة 239 من القانون المدني الجزائري: "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا منع ذلك، نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين".

والمادة من نفس القانون 241: "لا يحتج بالحوالة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا رضي بها المدين، أو اخبر بها بعقد غير قضائي.

غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ".

¹ أمر رقم 58-75، المعدل والمتمم للقانون المدني.

هذه المادة لم تشترط فقط لنفاذ الحوالة اتفاق المحيل والمحال له، وإنما اشترطت فوق ذلك قبول المدين لها أو إعلانه لها لتنفيذ في حقه.

وبالنسبة للغير، فقط اشترط المشرع فوق ذلك أن يكون قبول المدين للحوالة ثابت التاريخ.

ونصت المادة 244 "إذا كانت الحوالة بعوض، فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك.

أما إذا كانت الحوالة بغير عوض، فلا يكون المحيل ضامناً لوجود الحق".

فالنسبة لهاتين المادتين اللتان نصتا على أن ضمان المحيل، أي السلف استفاء الخلف الخاص المحال له الحق يكون إلا إذا كانت الحوالة بعوض.

-إن الأثر الناقل لحوالة الحق هو الذي يجعل منها مصدراً من مصادر الخلافة الخاصة، فيستطيع المحال له أن يرجع على المحيل عليه بذات الحق الذي كان المحيل (السلف) بكل ضماناته، ويصبح المحال له صاحب الحق المنقول إليه منذ تاريخ وقوع الاتفاق بينه وبين المحيل¹.

أما علاقة المستأجر بالخلف الخاص أي المحال له:

فيحدد علاقة المستأجر بالمتنازل له عن الإيجار عقد الحوالة الصادر من الأول إلى الثاني².

ويشترط أيضاً لنفاذ الإيجار في مواجهة المالك الجديد (المشتري) أن يكون هذا العقد قائماً في مواجهة المالك السابق، وذلك إذا صدر صحيحاً ممن له حق التأجير طبقاً للقانون وغير مشوباً بالغش أو الصورية³.

كملاحظة، فإنه لا يشترط وضع عقدا إيجار جديد مع المالك الجديد (أي الخلف الخاص)

¹ سليمان مرقس مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 782. عبد المنعم البدرأوي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 330. رضا متولي وهدان، آثار انتقال العقود إلى الخلف الخاص، المرجع السابق، ص 119.

² عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، المرجع السابق، ص 297.

³ إذا كان هناك تواطؤ بين المؤجر والمستأجر الإضرار بالمالك، فإنه يبطل لأن الغش مبطل للتصرف، نقض مدني مصري، جلسة 1984/03/26، السنة 35 ق، مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني، ص 833.

أن المالك الجديد يكتسب صفة المتعاقد أثناء تنفيذ العقد على الرغم من أنه كان من فئة الغير قبل انتقال ملكية العقار محل الاستئجار إليه¹.

وبمجرد انتقال ملكية العقار إليه أصبح خلفا خاصا للمؤجر، واكتسب صفة المتعاقد في عقد الإيجار، وأصبحت لديه حقوق والتزامات لا بإرادته وإنما بقوة القانون².

الفرع الثاني: بمقتضى القضاء الاستضافة، المساكنة، حق البقاء:

هل يمتدّ عقد الإيجار عن طريق المساكنة أو الاستضافة؟

1- الاستضافة أو الإيواء وهو مصطلح قانوني نجده في القضاء المصري وهو أن يقوم المستأجر بإيواء غيره معه في العين المؤجرة أو أن يقوم باستضافته معه وإقامته مع المستأجر الأصلي.

فهذا الإيواء أو الاستضافة لا يعطي لهذا الغير المقيم مع المستأجر أية حقوق يستطيع أن يطالب بها على العين المؤجرة، حيث أن إقامة الغير مع المستأجر في الانتفاع بالعين، ولكن إذا ترك المستأجر الأصلي العين المؤجرة للغير ممن كانوا يقيمون معه على سبيل الاستضافة أو الإيواء بشكل يوحى باستغناء المستأجر الأصلي عن العين، فيعتبر هذا نوع من التنازل عن الإيجار أو التأخير من الباطن، مما يعطي الحق للمؤجر طلب إخلاء العين المؤجرة. ووفق ما جاء في أحكام محكمة النقض (المقصود بمن الإيواء أو الاستضافة أن يستنزل المستأجر ضيوفا تربطه بهم قرابة أو صداقة متينة لمدة قصيرة أو طويلة، وذلك بصفة عارضة واستجابة لظروف طارئة شريطة أن يظل المستأجر محافظاً بالعين المؤجرة دون أن يتخلى عنها)، (طعن رقم 849 لسنة 46 ق جلسة 1981/12/1).

- إذا كما بين ما هي الاستضافة وشروطها، والآن ما المقصود بالمساكنة؟

2- المساكنة: هي حق المقيم والمساكن مع المستأجر الأصلي أو تركه للعين. ويشترط لثبوت المساكنة عدة شروط، ومن هذه الشروط، أن تحصل المساكنة منذ بدء الإجارة بين المستأجر الأصلي والمؤجر.

¹ نقض مدني مصري، جلسة 1984/01/19، سنة 35 ق، مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني، ص 234.

² أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، المرجع السابق، ص 283.

استمرار الشخص المساكن في العين منذ بدء الإجارة وحتى وفاة المستأجر الأصلي أو تركه العين المؤجرة بدون انقطاع. ومما قرّرتة محكمة النقض في هذا الشأن... "المساكنة التي تنشأ للمنتفعين بالعين المؤجرة حق في البقاء بها بعد وفاة المستأجر أو تركه لها، وجوب حصولها منذ بدء الإجارة واستمرارها دون انقطاع"، طعن رقم 2314 لسنة 69ق، جلسة 2000/11/29¹.

مما سبق يتبين لنا أن المساكنة تعد سبباً من أسباب امتداد عقد الايجار إذا توافرت شروطها². ولكن الإيواء أو الاستضافة لا يترتب عليها أحقية في امتداد عقد الايجار أو البقاء بالعين المؤجرة.

ونجد أن المادة 29 من القانون رقم 47 لسنة 1977، والمادة 21 من القانون رقم 52 لسنة 1969 أنهما أتيا بتجديد حصري للمستفيدين من الامتداد بعد وفاة المستأجر³.

3- موقف محكمة النقض من فكرة المساكنة:

لقد قضت محكمة النقض بأنّ تحديد المستفيدين من الامتداد على سبيل الحصر لا يحول دون استفادة غيرهم.

¹ الموقع الالكتروني، محاماة نت، mohamah.net/law.

² المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن المساكنة التي تنشئ للمنتفعين بالعين المؤجرة حقاً في البقاء فيها رغم ترك المستأجر الأصلي العين يستلزم حصولها منذ بدء الإجارة واستمرارها دون انقطاع

وقررت محكمة النقض في حكمها

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذي تلاه السيد المستشار المقرر والمرافعة وبعد المداولة.

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب ينعي الطاعن بالسبب الأول منها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون، وفي بيان ذلك يقول أنه تمسك أمام محكمة الموضوع ببطان صحيفة افتتاح الدعوى...

ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المساكنة التي تنشئ للمنتفعين بالعين المؤجرة حقاً في البقاء فيها رغم ترك المستأجر الأصلي العين يستلزم حصولها منذ بدء الإجارة واستمرارها دون انقطاع. ومن المقرر أن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو من إطلاقات

قاضي الموضوع، شريطة ألا يخرج بتلك الأقوال عما يؤدي إليه مدلولها، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلزام الطاعن بتحرير عقد إيجار للمطعون ضدها الأولى على ما أورده بمدوناته من أن "المحكمة تطمن لأقوال..... ومؤداها أن المستأنف عليها الأولى

المطعون ضدها الأولى" كانت تشارك المستأجر "الأصلي سكنى عين النزاع منذ بدء استنجاره لها ولأن دون انقطاع...." وإذ كان الثابت بالتحقيق الذي أجرته المحكمة في 1981/10/20 أن هذا الشاهد قد نفى علمه بتاريخ بدء العلاقة الإيجارية مقرأً فحسب أنه شاهد المطعون

ضدها الأولى تقيم بالشقة منذ عشرين سنة بما مفاده أن إقامتها بها بدأت في غضون سنة 1961 في حين أن الثابت بالأوراق أن - المستأجر

الأصلي "المطعون ضده الثاني" استأجر العين محل النزاع في 1953/3/1، وإذ استخلص الحكم المطعون فيه من أقوال الشاهد المذكور

مشاركة المطعون ضدها الأولى للمستأجر الأصلي سكنى شقة النزاع منذ بدء الإجارة في سنة 1953 فإنه يكون قد خرج بأقواله إلى ما لا يؤدي إليه مدلولها مما يعيبه ويوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن.

³ الموقع الالكتروني، محاماة نت، mohamah.net/law. المرجع السابق.

- فالمساكنة التي تنشئ للمنتفع بالعين المجردة حق البقاء فيها، بعد ترك المستأجر الأصلي للعين، أو وفاته، ولو لم يكن من الأقارب الذين عددهم المادة 29 من القانون رقم 49 لسنة 1977، ما دام لم تنقطع إقامته بها¹، شرطه وجوب حصولها منذ بدء الإجارة، واستمرار إقامته بها دون انقطاع حتى الوفاة أو الترك². والإقامة المعول عليها هي الإقامة المستقرة المعتادة³.

إذن، القضاء جعل الاستفادة من الامتداد القانوني حقا لمن أسماهم بالساكنين للمستأجر الأصلي منذ بدء الإجارة، ويقصد بالساكنين للمستأجر الأصلي أولئك المقيمين معه منذ بدء الإجارة وحتى وفاته، سواء أكانوا من الورثة أم من غيرهم.

4- تحليلات الفقه لفكرة المساكنة:

حاول بعض الفقه تأصيل فكرة المساكنة وردها لفكرة النيابة الضمنية، إلا أن محكمة النقض المصرية رفضت ذلك التأصيل صراحة.

أما المساكنة في القانون المصري لم تتقرر، وإنما كانت من صنع الاجتهاد القضائي.

فالمحكمة المصرية لم تعتبر السكن على سبيل الايواء والتسامح أثناء قيام العقد تنازلاً عن الايجار أو ايجارا من الباطن جاء في الطعن المدني بجلسة 1978/12/13، رقم 297، لتاريخ 45ق.

ويلاحظ في الفقه المصري أنهم لم يوافقوا على معيار المساكنة الذي أقرته محكمة النقض، وذهب البعض منهم إلى اعتبار المساكنة الباب الخلفي للتهرب من أحكام المحكمة الدستورية العليا، وتكون حجتهم هو إقرار القضاء لهذا المعيار الذي قد أنشأ حالة من حالات الامتداد القانوني لعقد الايجار ليس لها أي سند تشريعي.

¹ نقض مدني، جلسة 2001/2/18، في الطعن رقم 355، لتاريخ 69ق، ونقض مدني، جلسة 2000/4/30، في الطعن رقم 1147، لتاريخ 69ق، ونقض مدني، جلسة 1999/11/3، في الطعن رقم 1538، لتاريخ 68ق، أشار لتلك الأحكام عبد الوهاب عرفه، أسباب الإخلاء من العين المؤجرة، الطبعة الأولى، 2010، المركز القومي للإصدارات القانونية، ص 98.

² نقض مدني، جلسة 2000/11/23، في الطعن رقم 1712، لتاريخ 67ق، ونقض مدني، جلسة 2000/11/27، في الطعن رقم 14، لتاريخ 69ق، ونقض مدني، جلسة 1988/6/29، لتاريخ 39ق، مجموعة المكتب الفني، ج 2، ف 182، ص 1099.

³ نقض مدني، جلسة 2000/2/17، في الطعن رقم 3857، لتاريخ 69ق، عبد الوهاب عرفه، المرجع السابق، ص 98. و الموقع الالكتروني lawmorning.blogspot.com > 2010/08

أما في القانون الجزائري فنجده قد ذكر حق البقاء في الأمكنة المؤجرة، وهو الحق في السكن دور إمكانية طلب إخلائهم من طرف المؤجر صاحب المسكن أو من انتقلت إليه ملكية هذا المسكن بكل الطرق، سواء الميراث أو الشراء.

وذكر المشرع في القانون القديم المواد 514 و515 و516 رقم 05-07 والتي كانت تعطي الحق في البقاء وهم:

المستأجر حسن النية أي الذي يشغل المسكن بسند ايجار كتابي أو شفوي بمعنى باتفاق مع صاحب المسكن بطريقة قانونية وشرعية لا تحايل فيها.

المستأجر الفرعي هو الذي يشغل المسكن عن طريق الإيجار من الباطن بعلم وموافقة المؤجر صاحب المسكن كذلك هو تشرط فيه حسن المستأجر المتنازل له بعد انتهاء مدة العقد وهو كل مستأجر يشغل المسكن بعد انتهاء مدة ايجار المستأجر الأصلي ويدخل مكانه بموجب تنازل كذلك تشرط فيه حسن النية المستأجر الذي استأجر مسكن تابع للإرادة العامة إذا اثبت أنه دفع ثمن الإيجار خاصة إذا تم باقتطاع جزء من رتبته الشهري وورثة المستأجر المتوفى وهو الورثة الذين كانوا يعيشون معه وتحت نفقته لمدة لا تقل عن 06 أشهر ذكرتهم المادة 515 من القانون المدني.

الشخص المعنوي الذي يشغل محل سكني لمزاولة نشاطه ذكرته المادة 516.

5- القيود الواردة على هذا الحق:

حق البقاء المقرر للأشخاص المذكورين أعلاه والذي قلنا أنه لا يمكن المؤجر طرد هؤلاء من المحل السكني إلا أن القانون بالمادة 517 من القانون المدني المذكور أعلاه وضع بعض الاستثناءات على أو بعض القيود في ممارسة هذا الحق، بحيث لا يمكن للأشخاص المذكورين أدناه الاحتجاج بحق البقاء في الحالات التالية:

– الذين صدر بحقهم حكم نهائي بالإخلاء بمقتضى نصوص سابقة تعطي لصاحب المسكن

الحق في استرداد الحيابة.

- الذين لم يشغلوا المسكن بأنفسهم أو ورثة بعد وفاة المستأجر على أن يكون شغل المسكن قد استمرّ 08 أشهر من السنة الايجارية بمعنى إذا كان شغل المسكن أقل من هذه المدة ثم تمّ إخلاء المسكن ليس لهم الحق في التمسك بحق البقاء.
 - الذين لهم عدة مساكن أخرى.
 - الذين يشغلون مساكن محظور وفيه خطورة تستوجب الترميم.
 - الذين يشغلون مساكن تمّ شراؤها أو نزعها للمنفعة العامة.
 - الذين يشغلون مساكن بموجب علاقة العمل، وانتهت هذه العلاقة.
 - الذين لهم إمكانية الحصول على مسكن، يعني باحتياجاتهم.
- لكن بعد إلغاء هذه المواد أصبحت المادة التي تطبق فقط هي المادة 507 مكرر: "تبقى الإيجارات المبرمة في ظلّ التشريع السابق خاضعة لمدة عشر (10) سنوات، ابتداءً من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية.
- غير أنّ الأشخاص الطبيعيين البالغين ستين (60) سنة كاملة عند نشر هذا القانون، والذين لهم الحق في البقاء في الأمكنة المعدة للسكن، وفقاً للتشريع السابق، يبقون يتمتعون بهذا الحق إلى حين وفاتهم.
- لا يستفيد من هذا الحق الورثة ولا الأشخاص الذين يعيشون معهم.
- أي هناك نص صريح على إنهاء حق البقاء سوى المستأجر الأصلي، أو المذكورين أعلاه طبعاً بتوفر شرط السنّ 60 سنة، وانتهى الإشكال بصفة قطعية، وهو أن عقد الإيجار لا ينتقل للورثة، أي ليس لهم الحق في التمسك بالبقاء والمادة 12 من المرسوم 76-147 تنص صراحة على أنه في حالة وفاة المستأجر يستفيد أعضاء عائلته الذين كانوا يعيشون عادةً معه منذ أكثر من 06 أشهر بحق ذلك في الأمكنة.¹ فلا اجتهاد بوجود نص قانوني صريح.

¹ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا
الغرفة الاجتماعية

الفرع الثالث: عن طريق الاتفاق

-في بعض الأحيان يلجأ المتعاقدون لتغيير أحد أطراف العقد مع إبقاء آثار العقد كما هي وذلك لإنقاذ العقد، بحيث إذا تغيّر المدين يصبح الأمر حوالة دين، وإذا تغيّر الدائن نكون أمام حوالة حق. ولعلّ أوضح صورة لتطبيق تنفيذ الغير للعقد بتحوّله طرفاً عن طريق الاتفاق هو نظام حوالة الحق والدائن.¹

1- تعريف حوالة الحق: هي عقد مقتضاه ينقل شخص هو الدائن في الالتزام ويسمى المحيل حقه إلى شخص آخر هو الدائن الجديد لهذا الالتزام ويسمى المحال له قبل شخص ثالث هو المدين في هذا الالتزام ويسمى المحال عليه، وحوالة الحق تتم تحقيقاً لأغراض مختلفة، فقد يكون الغرض منها هو بيع الحق من المحيل إلى المحال عليه، وهنا تشري قواعد عقد الهبة، من وجوب توافر نية التبرع،

رقم القرار: 297658

تاريخ القرار: 2005/03/16.

قضية: فريق ن ضد ت س ومن معه.

موضوع القرار: حق البقاء - سكن - ديوان الترقية والتسيير العقاري.

المبدأ: لا ينتقل حق الإيجار في المساكن التابعة لديوان الترقية والتسيير العقاري، بعد وفاة المستأجر الأصلي إلى ورثته، ويستفيد هؤلاء بحق البقاء إذا ما توفرت فهم الشروط المنصوص عليها في المادة 12 من المرسوم رقم 76-147.

القرار: إن المحكمة العليا،

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا:

من حيث الشكل: قبول الطعن.

في الموضوع: نقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة في 22/01/2001، تحت رقم 598/2000، وإحالة القضية والأطراف على نفس الجهة القضائية مشكلاً من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقاً للقانون.

وحكمت على المدعى عليه بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلانية المنعقدة بتاريخ السادس عشر من شهر مارس سنة ألفين وخمسة من قبل المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية.

¹ فالحق والدائن وجهان متقابلان لكل التزام، يترتب عليهما إمكانية تغيير الطرف الإيجابي للالتزام، من خلال قيام الدائن بنقل صفة الدائنية إلى دائن آخر، وكذلك إمكانية تغيير الطرف السلبي للالتزام، من خلال خلافة مدين جديد للمدين الحالي، مع بقاء الالتزام دون تغيير. والخلافة في الحالتين يقتصر أثرها على تغيير في أشخاص الالتزام مع بقاء موضوعها كما هو دون تغيير. وفضلاً عن ذلك، فإن انتقال الالتزام في هاتين الحالتين يختلف عن بعض الحالات التي يتغيّر فيها الدائن أو المدين، ويؤدي هذا التغيير إلى انقضاء الالتزام، ونشأة التزام جديد محله، كما في حالة تجديد الالتزام، والإناية الكاملة، إذ أنّ هذه الحالات تعتبر من أسباب انقضاء الالتزام. (راجع تفصيل أكثر عن حوالة الحق والدائن، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام بوجه عام، "الأوصاف - الحوالة - الانقضاء"، الطبعة الأصلية الجديدة، ج3، 2000، منشورات الحلبي الحقوقية، بند 236، ص 413 وما بعدها. ود. عبد الودود يحي، النظرية العامة للالتزامات، "المصادر - الأحكام - الإثبات"، القسم الأول، مصادر الالتزام، بدون تحديد تاريخ النشر، دار النهضة العربية، فقرة 360، ص 597، والفقرة 373، ص 617.

وقد يكون الغرض من الحوالة هو رهن الحق المحال له، فتكون الحوالة عقد رهن يسري عليه قواعد الرهن وأهمها وجود دين للمحال له في ذمة المحيل يبرر إنشاء الرهن ضمانا له¹.

وقد يكون الغرض من الحوالة هو الوفاء بدين المحيل قبل المحال له، فيكون الحق المحال مقابل الوفاء بهذا الدين وأيا كان الغرض من الحوالة وأيا كانت صورة العقد الذي تتم به الحوالة تتعلق بأركان الحوالة وشروطها، وكذلك من حيث الأحكام التي تترتب عليها².

2- شروط حوالة الحق:

كما سبق ذكره، هي اتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حق المحيل إلى ذمة المحال عليه إلى المحال له، ولما كانت الحوالة اتفاقا بين المحيل والمحال له أي عقدا كانت أركانه وشروطه هما أركان العقد وشروطه بوجه عام، فلا بدّ من تراضٍ ومحلٍ وسببٍ ولا بدّ من توافر في أركان الشروط المعروفة³.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، طبعة 2004، هامش ص 498.

² عبد الودود يحيى، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 617.

³ 1- ففيما يتعلق بالتراضي، يشترط رضا المتعاقدين، وهما المحيل والمحال له، وهذان هما طرفا الحوالة وليس المدين المحال عليه طرفا في عقد الحوالة، ومن ثمّ فلا يشترط رضا المدين بالحوالة لانعقادها، المادة 362 مدني، ولا بدّ أن يكون الرضاء غير مشوب بعيبٍ من العيوب، وأن يكون كل من المتعاقدين أهلا للتعاقد.

2- ويشترط أن يكون للحوالة سبب مشروع.

3- وفيما يتعلق بمحل الحوالة فهو الحق المحال والقاعدة أن جميع الحقوق الشخصية تحوز حوالتها أيا كان محلها فيصح أن يكون مبلغا من النقود أو مجرد حق احتمالي أو مستقبل والحق الشخصي قابل للحوالة حتى ولو كان متنازعا فيه على أن هناك حالات ثلاث لا تجوز فيها حوالة الحق، وهذه الحالات قد أشارت إليها المادة 364 مدني، فتتنص المادة 362 مدني على أنه "يجوز للدائن أن يحول إلى غيره ماله من حق على مدينه إلا إذا حال دون ذلك نص في القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المحال عليه" ... وتنص المادة 364 مدني على أنه لا تجوز حوالة الحق إلا بقدر ما يكون منه قابلا للحجز.

1- فقد ينص القانون على منع الحوالة بعض الحقوق، كما هو الحال بالنسبة للحقوق التي لا يجوز الحجز عليها وفي حدود الجزء غير القابل للحجز، المادة 364 مدني، فديون النفقة ومرتببات الموظفين المتعاقدين وأجور العمال والصناع لا تجوز حوالتها إلا بمقدار ما يجوز الحجز عليه منها.

2- قد تمتنع الحوالة باتفاق المتعاقدين، كأن يشترط المؤجر على المستأجر عدم النزول عن الايجار لغيره، ومن ذلك ما جرت عليه شركات أو هيئات النقل العام من عدم جواز النزول إلى الغير عن تذكرة النقل.

3- وأخير قد تمتنع الحوالة بسبب طبيعة الحق وذلك في الحالات التي يكون فيها الحق متصلا اتصالا وثيقا بشخص الدائن أو روعيت فيه شخصيته وحق الشريك في شركات الأشخاص وحق الدائن في النفقة. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، حوالة الحق، رسالة ماجستير، جامعة بابل، سنة 2011، ص 56.

المطلب الثالث: دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد مع احتفاظه بصفة الغير

لقد أقرّ الفقه المدني أنه إذا دخل الغير في العقد يجب البحث عن إرادته، وهل ساهمت في هذا التحول، أو هذا التنازل كما سبق وأن ذكرناه، أو إنه شريك لا بطرف منفذ لكل الالتزامات وتنتفع بكل الحقوق التي أنشأها الطرف.

فعندما نقول أنّ إرادة الغير للدخول في العقد وأخذه مركز طرف مساهمة أي كان دخوله بموافقته، فإنما يتحمل مسؤولية إبرام العقد الذي في الأصل لم يكن مشاركا فيه، لكن الإشكال المطروح هو هل يبقى الغير محتفظ بصفته كغير رغم أنه ملزم بتنفيذ العقد أم يصبح طرفا؟

عندما تتم الموافقة من طرف الغير على تنفيذ العقد، ولكن يحتفظ بصفته غيرا ومثاله كأن يتعهد بتنفيذ عقد أصلي أو بعض الالتزامات الناشئة عنه وذلك بموجب اتفاق مع أحد الأطراف للعقد الأصلي، ويكون هذا الاتفاق متصل بالعقد، ويكون هذا الاتفاق مع الدائن أو المدين، ويوجد حالات يقوم الغير بتنفيذ العقد.

فقد يكون تدخله إلزاميا بموجب القانون أو بحكم قضائي أو عن طريق إدخاله بالاتفاق ويكون في هذه الحالات اكتسب صفة الطرف، وقد يكون تدخله في العقد لكن يبقى محتفظ بصفة الغير المتعاقد¹.

نقوم بدراسة هاتين الحالتين على التوالي:

حسب نصّ المادة 258 مدني جزائري: "يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص له مصلحة في الوفاء، وذلك مع مراعاة ما جاء في المادة 170.

كما يصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق، ممن ليست له مصلحة في الوفاء كما ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته، غير أنه يجوز للدائن رفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن بهذا الاعتراض".

¹ Delcart (I); de l'effet des actes Juridiques à l'égard de tiers, thèse, paris 1902. P189

فهذه المادة تقرر بصحة الوفاء من قبل غير المتعاقد الذي قد تكون له مصلحة شخصية وقد لا تكون له مصلحة شخصية في ذلك وفي هذه الحالة يكون الغير الموفي غير معني تمام بتحمل نتائج عجز المدين ولكن مع ذلك يقوم بالتنفيذ بناء على إرادة حرّة: إما لرغبة في التبرع للمدين بطريقة غير مباشرة بقيمة الدين الذي وقّاه عنه، وإما لأنه فضولي¹.

عندما نقول أنّ الغير تدخّل في تنفيذ العقد لكنه بقي محتفظ بصفته كغير يعني بأنه لم يخضع للقوة الملزم للعقد، ومع ذلك قد يكون الغير ملزم بتنفيذ العقد كما قد لا يكون غير ملزم بذلك، سنذكر حالات تدخل الغير في تنفيذ العقد حيث يوجد حالتين: قد ينفذ بإرادته أو بدون إرادته.

الفرع الأول: تنفيذ العقد من طرف الغير بإرادته:

تكون هذه الحالة عندما يوافق الغير على أن يقوم بتنفيذ التزامات الناشئة عن العقد كلها أو جزء منها ويكون ذلك باتفاق بينه وبين أحد أطراف العقد.

وهذا الاتفاق هو متصل بالعقد، يجعل الغير يتحمل مسؤولية التنفيذ وتكون هذه الحالة إمّا لمصلحة يبرجوها الغير، أو بدون مصلحة.

أولاً - وجود مصلحة:

حيث تتجلى حالات تدخل الغير في تنفيذه للعقد بوجود مصلحة شخصية له في الأمثلة الآتية:

1- الكفالة:

تعرف الكفالة حسب نص المادة 466 قانون مدني جزائري "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ الالتزام بأن يتعمد للدائن بأن يبقي بهذا الالتزام إذا لم يف له المدين نفسه"

فالكفالة هو التزام شخص يلتزم به الغير بأن يؤدي ما على عاتق المدين من التزامات اتجاه الدائن إذا عجز المدين عن الوفاء له، فهي طريقة قانونية تجعل من الغير يتدخل في العقد ولكن باحتفاظه بصفة الغير.

¹ عبد الرزاق أحمد الشعوري، الوسيط ج3، المرجع السابق، فقرة 371 ص 655، وعبد الحكم فودة، النبیه والغیرية في القانون المدني 1996، دار الفكر الجامعي، بند 135 ص 98. وأحمد بن علي بن الحميدي السعدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، المرجع السابق ص415.

وقد تكون الكفالة شخصية كما قد تكون عينية، لكن يرى بعض من القانونيين أنّ الكفالة الشخصية تقدم ضمانا أكثر على الكفالة العينية وذلك أن مركز الكفيل الشخصي، صحيح يتشابه مع مركز الكفيل العيني، من حيث أنّ كلاهما بصفته دين غيره، لكن يختلفان من حيث المسؤولية، مسؤولية الأول شخصية والآخر مسؤوليته عينية¹.

غير أنّ الكفيل العيني ليس محل ضمانة كافة أمواله مثل الكفيل الشخصي وإنما محل ضمانه مال معين من أمواله: بحيث لا تطال كفالته غير هذا الحال، في حالة امتناع المدين عن سداد الدين، وقد يكون الضمان العيني في صورة رهن رسمي، وهو الصورة الشائعة، كما قد يكون رهن حيازي في بعض الحالات². وتوصف مسؤولية الكفيل العيني بأنها مسؤولية تابعة، لأنها تتبع مسؤولية المدين، تربط بها لذلك تنفي مسؤوليته، وهو ما يشترك به مع الكفيل الشخصي، بحيث يعتبر الكفيل الشخصي ذلك الشخص الذي يتقدم ليكفل أو يضمن سداد دين المدين، فيضم ذمته إلى ذمة المدين، فيصبح للدائن حق الضمان العام: أي ليس على أموال مدينه فحسب بل على جميع أموال الكفيل أيضا، وبه سميت كفالة شخصية، لأنها أنشأت التزاما شخصيا ينفذ في جميع أموال الكفيل³.

وبالعودة لنص المادة 466⁴ مدني جزائري نجد أنّ المشرع قد ذكر التزام الكفيل شخصيا بوفاء الدين عند حلول أجله إذا لم يوفه المدين، بمعنى أن التزام الكفيل هو التزام تابع لالتزام المكفول وليس متضامن.

¹ حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون المدني، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، مصر 2009، ص 45-47.

² المستشار أنور العمروسي، التضامن والتضام والكفالة في القانون المدني ط 1، دار الفكر الجامعي 1999، ص 236 و: د. عبد الودود يحي، التأمينات الشخصية والعينية ط 1905 ص 15 و 16 و: د. محمد فوزي محمد عوجان، عقد الكفالة العينية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 2009 ص 2.

³ أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، المرجع السابق، ص 449.

⁴ تقابلها المادة 772 مدني مصري، الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الحرام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه والمادة 2015 مدني فرنسي يلزم الكفيل في مواجهة الدائن بالالتزام المدين الأصلي.

بمعنى آخر فإن المادة لم تحدد طبيعة العلاقة التي يقيمها عقد الكفالة بين الكفيل الذي يحمل صفة الغير والتزام المدين في مواجهة الدائن، أي هذه المادة تدل فقط على وجود علاقة قانونية بين الغير الكفيل للدائن¹.

ولعل من أهم آثار الكفالة هو معرفة العلاقة بين الغير والمدين والغير والدائن.

أ-العلاقة بين الكفيل والمدين

-الكفيل وهو ذلك الغير الذي يكفل دين المدين دون أن يكون له مصلحة في هذا الدين فإذا أوفى هذا الدين سمي موفيا، وكان له حق الرجوع على المدين، مع الاشتراط بأنه يكون قد وفى الدين حقا، لأن المدين قد أثري على حساب الكفيل إذ أن دينه قد قضي من قبل الغير، وأيضا أنّ الكفيل افتقر بسبب المدين لأنه وفى المال دين غيره، فيجوز للكفيل (الغير) أن يرجع على المدين طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب.

مع اشتراط إخبار المدين بأن يقوم بوفاء الدين، وإلا سيسقط حقه في الرجوع على المدين².

يعتبر رجوع الكفيل على المدين بما وفاه، يكسبه صفة المتعاقد الطرف أي لا يصبح غيرا فهو يحل محلّ الدائن في الرجوع على المدين بما وفاه: ويكون الرجوع إما بالدّعوى الشخصية أو بدعوى الحلول وذلك حسب نص " المادة 671 قانون مدني جزائري³.

¹ هناك من يرى أن التزام الكفيل يعد بمثابة انضمام الالتزام المدين، وأنه يصبح مدينا للدائن، بحيث يندمج الالتزام الكفيل مع التزام المدين، ويكون التزاما واحدا، يلتزم به مدينان، غير أنّ هذه الفكرة للتبعية لم تعد موجودة اليوم، حيث أصبح ينظر إلى التزام الكفيل بأنه مصدر لالتزام جديد والسبب في ذلك يرجع إلى أن نظرية سلطان الإرادة ساهمت في إحداث أمر ملزم لعقد الكفالة

David Arteil , op .cit n°237,p 185

² وهذا ما نصت عليه المادة 670 قانون مدني "يجب على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا يسقط حقه في الرجوع على المدين، إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه، فإذا لم يعارض المدين في الوفاء، يبقى للكفيل الحق في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه" تقابلها نص المادة 324 مدني مصري "إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه. ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنح رجوع الموفى لما وفاه عنه كلا أو بعض إذا أثبت له مصلحة في الاعتراض على الوفاء.

³ ما قضت به المادة 671 إذا وفى الكفيل الدين، كان له ن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا يوفى إلا بعض الدين، فلا يرجع لما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين"، تقابلها المادة 799 مدني مصري "إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين، ولكن إذا لم يوفى إلا بعض الدين، فلا يرجع لما وفاه إلا بعد أن يشهر بالدائن كل حقه من المدين"

ب-العلاقة بين الكفيل (الغير) والدائن

يكون بينهما التزام الكفيل بأن يفي بكل ما على المدين للدائن، إذا لم يفي هو شخصيا والتزام الكفيل ينفذ جبرا عليه بعد إنذاره، ويكون عن طريق، رفع دعوى والحصول على حكم في مواجهته والتنفيذ طبقا للحكم.

إن رجوع الدائن على الكفيل المطالبة بحقه مقترنة بشروط نذكرها:

- يجب أن يكون الرجوع أولا على المدين كأنه هو المطالب أساسا بالوفاء وهو الطرف في العقد.
- عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل قبل أن يجرد المدين من أمواله ويسمى بالدفع بالتجريد.
- لا يجوز للدائن إذا تعدد الكفلاء، أن يرجع على واحد منهم فقط بل يجب أن يرجع على كل واحد منهم بفك نصيبه في كفالاته للدين.

- لا يجب على الدائن الرجوع على كل من المدين والكفيل إلا بعد حلول أجل الدين¹.

2-التبرع أو الفضالة:

تعدّ الفضالة *la gestion d'affaire* أهم تطبيقات مبدأ الإثراء بلا سبب المنظمة أحكامها بمصادر الالتزام، حيث عرض القانون المدني الجزائري لتعريف الفضالة وأحكامها في المواد من (150 إلى 159)، أما في القانون المدني الفرنسي فإن الفضالة فيه هي أولى تطبيقات شبه العقد (*contrat-quasi*) بوصفها واقعة قانونية منشئة لالتزامات،

وخير تطبيق قضائي لذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية في أحد الأحكام الصادرة عنها، من أنه: "للمتبع عند وفاته بالتعويض للدائن المضرور، أن يرجع على التابع بإحدى دعويين: الأولى دعوى الحلول المنصوص عليها في المادة (799) من القانون المدني، والتي ليست إلا تطبيقا للقاعدة العامة في الحلول القانوني المنصوص عليها في المادة (326) من القانون المذكور، والتي تقضي بأن الموفي يحل محل الدائن الذي استوفى حقه، إذا كان الموفي ملزما بوفاء الدين عن المدين، والدعوى الثانية هي الدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة (324) من ذات القانون، التي تقضي بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه.

وليس للمتبع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذي وفاه عنه بالدعوى الشخصية التي قررها المشرع في المادة (800) من القانون المدني للكفيل قبل المدين، وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى، إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده، وضمان المتبع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده" (نقض مدني مصري، جلسة 1990/12/27، الطعن رقم 960، لتاريخ 58 ق، ونقض مدني مصري، جلسة 1995/1/5، الطعن رقم 3535، لتاريخ 58 ق، أحمد إبراهيم عطية، مجموعة التشريعات المصرية، المرجع السابق، ص.332.

¹ رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص.50.

وهذا التقسيم في مجال التصرفات القانونية إلى عقد وشبه عقد يجد مصدره التاريخي في القانون الروماني والفرنسي، أما في الفقه الإسلامي فإن مصطلح الفضالة غير مستخدم في المؤلفات الفقهية القديمة، وإنما يتحدثون عن تصرفات الفضولي بوصفها من تطبيقات العقد الموقوف.

وقد عرفت المادة (112) من مجلة الأحكام العدلية الفضولي بأنه "من يتصرف في حق الغير بدون إذن شرعي" غير أنّ الفضالة -سواء في القانون الوضعي أم في الشريعة الإسلامية - تلتقي عند نقطة واحدة هي أن التصرف الذي قام به الفضولي إنما كان من دون وكالة سابقة أو من دون إذن شرعي، وهذه الواقعة تمثل تدخلا بإرادة منفردة من الفضولي في شأن الغير، كمن يجري إصلاحات ضرورية في مسكن جاره الغائب المهدد بالسقوط، حيث تنشأ التزامات على عاتق كل من الفضولي (le gérant والمتفضل عليه (le maître d'affaire) ويطلق عليه في القانون المدني اسم رب العمل والمتفضل عليه، وبذلك تكون الفضالة مصدرا عاما للالتزامات.

إن الفضولي في الشريعة الإسلامية إنما يجري تصرفا شرعيا في حق الغير ليست له ولاية التصرف فيه لا شرعا ولا اتفاقا، والقانون المدني الفرنسي اكتفى في العمل الذي يقوم به الفضولي أن يكون نافعا للمتفضل عليه¹.

أ: مفهوم الفضالة:

يتحدد مفهوم الفضالة من خلال التعريفات القانونية من جهة، ومن خلال تمييزها مما يشابهها من النظم القانونية الأخرى كالوكالة والاشتراط لمصلحة الغير.

1-تعريف الفضالة: حسب المادة 150 من القانون المدني الجزائري - هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك ويمثل شراح القانون للفضالة بالحالة التي يقوم فيها جار بإصلاح جدار جاره الغائب المهدد بالسقوط دون أن يكون ملزما بذلك.

¹ زينة أحمد خريسات، التأسيس القانوني لبيع الفضولي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، جامعة الشرق الأوسط، الاردن 2014/2013، ص18.

ومعنى قول المشرع الجزائري (..دون أن يكون ملزما بذلك) أي أن الفضالة تعدّ تدخّلاً في شأن الغير دون وكالة منه، الأمر الذي يؤدي إلى إنشاء التزامات متبادلة على عاتق كل من الفضولي ورب العمل، وقد تمحورت تعاريف الفقه الفرنسي للفضالة بأنها قيام شخص يسمى الفضولي بتنفيذ عمل لحساب الغير ولمصلحته دون أن يكون ملتزماً أصلاً به، ودون أن يكون وكيلاً عنه.

وبحسب المادة (1372) من القانون المدني الفرنسي فإن الذي يقوم بالفضالة إنّما يعقد في الواقع عقداً ضمناً يلتزم فيه تجاه رب العمل بمتابعة العمل الذي بدأه وإتمامه إلى أن يتمكن المالك من متابعته بنفسه¹.

وعلى الفضولي أن يتحمل كل الالتزامات التي كانت ستنتج فيما لو كان بحوزته وكالة صريحة من المالك، ومعنى ذلك أن تصرف الفضولي يحظى باعتراف التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية مع اختلاف فيما بينها من حيث النطاق، وتعترف التشريعات كذلك بترتيب نتائج قانونية متبادلة تهدف إلى طمأننة الفضولي إلى أنه سيتمكن بقوة القانون من إلزام رب العمل بتعويضه عن النفقات التي يستلزمها تدخله، ويبرر هذا الالتزام بالتعويض بمبررات أخلاقية، فليس من العدل أن يحظى رب العمل بمنفعة مجانية من جراء تدخل الغير لحسابه الذي افتقرت ذمته².

¹ Marcel Planiol et Georges Ripert, Traité pratique de droit civil français, tome 12 suretés réelles, 1ere Partie, par Emile Becqué L.G.D.J. paris, 2eme édition, 1953.p662.

² هي صفة الاستعجال في الشأن الذي يتولاه الفضولي، لم يتكلم عنه المشرع الجزائري فنجد بعض التشريعات أنه لا تكون الفضالة إلا في شأن عاجل، أي في شأن يخشى من تأخيره ضرر، وليس في وسع صاحب الشأن القيام به في الوقت المناسب، وتقدر الضرورة في الوقت الذي حدث فيه التدخل لا بعد ذلك، ويجب لاعتبار العمل ضرورياً أن يكون المتفضل عليه في حالة لا تمكنه من القيام به بنفسه حتى بعد إخطاره بالأمر، فلا يكفي أن يكون العمل نافعا حتى تقوم الفضالة، بل لابد أن يكون ضرورياً، فلا يجوز مثلاً أن يقوم الفضولي بإبرام صفقة رابحة لمجرد أنها تحقق الفائدة لرب العمل، وإلى هذا المعنى أشارت محكمة النقض السورية مشيرة إلى أنه لا يكفي لتبرير الفضالة أن يكون ما تصدى له الفضولي نافعا أو مفيدا لرب العمل بل لا بد أن يكون أمراً عاجلاً وضرورياً (نقض مدني سوري قرار 12 أساس 485 تاريخ 1975/1/12).

فعدم توفر الأمر العاجل والضروري يفقد الفضالة ركنها جوهرياً من أركانها لا تقوم بتخلفه، في حين أنه في القانون المدني الفرنسي يكفي لقيام الفضالة أن يكون العمل نافعا، وندفع الفعل بحسب الفقه الفرنسي تهدف إلى إيجاد التوازن بين التعويض عن نفقات الفضولي وحماية مصالح رب العمل، غير أن القانون الفرنسي يشترط في العمل النافع أن يكون مناسباً، ومناسبة الفعل للفضالة مسألة يعود تقديرها إلى قاضي الموضوع، وفي هذا الصدد جاء اجتهاد محكمة النقض الفرنسية مشدداً على أن المادة (1375) من القانون المدني الفرنسي لا تمنح الفضولي إلا تعويض النفقات النافعة والضرورية دون أجر. cass.15 déc 1992.Bull.CN.IV N°415

ب أركانها:

ب1- الشأن الذي يباشره الفضولي:

يستوي في العمل الذي يباشره الفضولي أن يكون تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً، بخلاف الوكالة التي تقتصر على التصرفات القانونية، بمعنى أن تدخل الفضولي قد يكون إما بإبرام عقد لمصلحة رب العمل، وإما أنه يقوم هو بنفسه بعمل مادي لحساب رب العمل. المادة 150 من القانون المدني الجزائري (الفضالة هي ان يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون ان يكون ملزم بذلك).

ب2- التصرف القانوني:

-غالبا ما تكون التصرفات القانونية التي يقوم بها الفضولي لحساب رب العمل من أعمال الإدارة، ولكن من الممكن أن تكون من أعمال التصرف أيضا. وفي هذه الحالة من الممكن أن يجري الفضولي تصرفاً قانونياً بالتعاقد مع الغير باسمه الخاص، أي دون صفة تمثيلية بحيث لا يعلم الغير بحالة الفضالة، كما من الممكن أن يباشر الفضولي تصرفه القانوني بصفة تمثيلية، بمعنى أنه يخبر المتعاقد معه أنه يتصرف لحساب شخص آخر دون أن يكون هذا الآخر قد أعطاه موافقته، وتختلف آثار التصرف باختلاف الصفة التي يتعاقد بها الفضولي مع الغير، وقد تتحقق الفضالة ندما يكون الفضولي وكيلاً عن رب العمل، ويجاوز حدود وكالته، في فضولياً فيما جاوز فيه هذه الحدود. وكذلك إذا استمر بالتعاقد باسم الموكل بعد انتهاء الوكالة، فيعدّ فضولياً بالنسبة إلى ما قام به بعد انتهاء الوكالة، وقد لا يكون الفضولي وكيلاً في الأصل. ومع ذلك يقدم على القيام بتصرف قانوني لمصلحة رب العمل، كأن يقبل هبة صدرت من الواهب إلى رب العمل¹.

ب3- العمل المادي:

أما في حالة التدخل بأفعال مادية فإن ذلك يمكن أن يتمّ بأفعال مختلفة مثل المحافظة على الشيء محل تصرف الفضولي أو إدارته، وقد يكون العمل مادياً بالنسبة إلى رب العمل.

¹محمد جبر الألفي، الفضالة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قوانين بلدان الشرق الاوسط، دار النور للنشر، الاردن، 2000، ص114.

كما يمكن أن يكون عملا ماديا في ذاته، في الحقيقة يعدّ التصرف القانوني الذي يبرمه الفضولي لحساب الغير سواء باسمه الشخصي أم باسم رب العمل عملا ماديا بالنسبة إلى هذا الأخير، كأن يتعاقد الفضولي مع شخص لإصلاح جدار جاره المهدد بالسقوط، ويجوز لرب العمل إثبات ذلك التصرف بجميع وسائل الإثبات¹.

لأنه يعدّ عملا ماديا بالنسبة إليه، وقد يكون العمل ماديا في ذاته، كأن يطفئ شخص حريقا شب في منزل جاره، أو كمن يجني محصول جاره خوفا من التلف.

ومن الناحية العملية قد تدخل لحساب الغير دون القيام حالة الفضالة لعدم توافر شرط نية التفضل، ولكن بحسب المادة 151 مدني جزائري، فإنه من الممكن أن تقوم الفضالة حتى لو كلن الفضولي أثناء قيامه بشأن لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشأنين من ارتباط وثيق بحيث لا يمكن للفضولي معه أن يقوم بالشأن الذي يخصه إلا إذا تولى شأن غيره أيضا، ومثال ذلك أن يقوم الشريك على الشيوع بتأجير المال المشاع، فيعدّ فضوليا بالنسبة إلى شركائه، لأنه عمل لحسابهم، على الرغم من أنه عمل لمصلحة نفسه أيضا.

ج-الأثار:

ج1 الالتزامات المترتب على عاتق الفضولي:

بحسب المادة 153 من القانون المدني جزائري فإن على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه (أ)، وأن يخطر رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك (ب)، كما يتوجب عليه بحسب المادة 154 مدني جزائري - أن يبدل عناية الشخص المادي في العمل الذي يباشره (ج) وأخيرا يلتزم بتقديم حساب عن العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة (د).

-الالتزام الفضولي بمتابعة العمل الذي بدأه: على الفضولي أن يمضي في العمل الذي باشره إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه (المادة 153 مدني جزائري).

¹ زينة أحمد خريسات، التأصيل القانوني لبيع الفضولي، المرجع السابق، ص26.

لأن مصلحة رب العمل لا تتحقق من تدخل الفضولي في شؤونه إذا توقف هذا الأخير عن الاستمرار بالعمل بعد أن بدأه، بل إن دخلا متقطعا قد يكون أكثر ضررا من عدم التدخل، لذلك كان من المنطقي إلزام الفضولي بالمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمه، أو إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه¹. هذا إذا كان العمل الذي بدأه الفضولي عملا ماديا، أما إذا كان من نوع التصرفات القانونية، فإن على الفضولي أن يتخذ ما يلزم من الإجراءات لترتيب أثاره ونفاذه، وخاصة إذا كان الفضولي قد أجرى التصرف القانوني (عقد) باسمه الشخصي، فعليه المضي بتنفيذ جميع أثاره حتى لو أصبح بمقدور رب العمل المتابعة بنفسه، لأن إبرام العمل القانوني باسم الفضولي لا يجعل لرب العمل صفة فيه، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الفضولي ليس ملزما شخصيا -تجاه الغير الذين تعاقد معهم من أجل المتفضل عليه - بتنفيذ الالتزامات الناجمة عن هذا العقد إذا كان قد قدم نفسه للغير صراحة أو ضمنا على أنه يتصرف لحساب رب العمل، ما لم يكن هناك اشتراط مخالف².

وإذا توقف الفضولي عن المضي بالعمل الذي بدأه أو قبل أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، فإنه يعدّ مسؤولا عما لحق برب العمل من ضرر، فيلتزم بتعويضه على أساس المسؤولية التقصيرية، ما لم يكن توقفه راجعا إلى قوة قاهرة فلا يعدّ مسؤولا، وتبقى حالة الفضالة قائمة، وبالتالي يجب على رب العمل تعويضه، أما إذا لم يترتب على توقف الفضولي عن المضي في العمل ضرر بالنسبة إلى رب العمل، فلا يعدّ مسؤولا عن توقفه، وإذا طال غياب رب العمل، يحق الفضولي اللجوء إلى القضاء.

-يجب على الفضولي إخطار رب العمل بتدخله في أول فرصة تتاح له، حتى لو كان الفضولي مستعدا لإتمام ذلك العمل، المادة 153 مدني جزائري، والفضولي - برأي البعض - ليس مطالباً بأن يبذل جهدا غير معتاد لإخطار رب العمل بتدخله، بل هو مطالب بأن ينتهز فرصة معقولة تتاح له بحسب الظروف.

¹ طه غني حسون، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، جزء 01، مطبعة المعارف، بغداد، ص396.

² (Cass civ 1^{er} 14 janv 1959 D. 1959 106)

التي تحيط به للقيام بالإخطار، وإذا قصر الفضولي في إخطار رب العمل في أول فرصة تتاح له، فإنه يعدّ مخطئاً، وتثور بالتالي مسؤوليته عن الضرر الذي قد يلحق برب العمل من جراء ذلك¹.
وإذا كان الإخطار واجباً على الفضولي، فإنه يعدّ في الآن ذاته حقا له، لأن الإخطار يمكنه من الإسراع في وضع حدّ لالتزامه الأول المتمثل في المضي بالعمل، كما أنه يمكنه من إثبات تأخر رب العمل في تولى شؤونه بنفسه، الأمر الذي يؤثر في مدى مسؤولية الفضولي.

التزام الفضولي بأن يبذل عناية الشخص العادي في العمل الذي يباشره:

وهو التزام مترتب بموجب المادة 154 مدني جزائري، وبالتالي فإن التزام الفضولي بالقيام بالعمل لحساب رب العمل هو التزام ببذل عناية، وليس بتحقيق غاية، والعناية المطلوبة منه هي عناية الرجل العادي، وبالتالي فمعيار العناية هو معيار مادي أو موضوعي، وليس معياراً شخصياً، ويطلق على هذا المعيار في القانون الفرنسي معيار رب الأسرة الصالح، فبحسب المادة (1374) مدني فرنسي فإن على الفضولي أن يقدم عناية رب الأسرة الصالح في التزامه ما لم تكن الظروف التي قادته للتفضل تجيز للقضاة أن يخفضوا التعويضات عن الأضرار التي قد تنجم عن الأخطار أو عن إهمال الفضولي، ومعيار خطأ الفضولي هو معيار الخطأ العقدي ذاته عندما يكون التزام المتعاقد هو بدل عناية، ومعيار الخطأ التقصيري ذاته، عندما يكون واجب الإثبات، وبالتالي يجب ألا ينحرف الفضولي عند قيامه بالعمل لحساب رب العمل عن السلوك المألوف للرجل العادي، وإذا انحرف عن ذلك يعدّ مخطئاً، وبالتالي مسؤولاً، وهذا الخطأ هو مستقل عن الخطأ العقدي وعن الخطأ التقصيري، وهو خطأ في الفضالة، هذا الخطأ بخصوصية من الخطأ التقصيري، فبينما يكون التعويض عن الخطأ التقصيري كاملاً.

أجاز القانون للمقاضي ألا يحكم بتعويض كامل على الفضولي، أي أن ينقص التعويض المترتب عليه إذا كانت الظروف التي أحاطت بالفضالة تسمح بذلك وغالباً تسمح هذه الظروف بإنقاص التعويض، وبالتالي تخفيف مسؤولية الفضولي، نظراً لأنه متفضلاً بتدخله في شؤون رب العمل¹.

¹ العبيدي عبد الهادي الوجيز، الحقوق العينية، دار الثقافة، عمان، ص188. أيمن محمد حسين، بيع ملك الغير في القانون الوضعي و الفقه الاسلامي رسالة ماجستير، جامعة النجاح، العراق، ص56.

وبالتالي إذا ارتكب الفضولي خطأ تقصيرياً، مستقلاً خطأً في الفضالة، أضر برب العمل، فيكون مسؤولاً عن تعويض ذلك الضرر وفق قواعد المسؤولية التقصيرية، لا وفق قواعد الفضالة، وبالتالي يكون التعويض في مثل هذه الحال كاملاً، وهو حكم المادة (1374) مدني فرنسي ذاته وإذا عهد الفضولي القيام بأعمال الفضالة إلى شخص آخر نيابة عنه، المادة 2/154 مدني جزائري، فيكون نائب الفضولي بمنزلة نائب الوكيل إذا كان العمل تصرفاً قانونياً، وبمنزلة المقاول الثانوي إذا كان العمل مادياً، ويترتب على ذلك أن نائب الفضولي يكون مسؤولاً أمام الفضولي بالدرجة الأولى، ويحق في مثل هذه الحال لرب العمل الرجوع عليه بصفته دائناً للفضولي بموجب أحكام الدعوى غير المباشرة وبالمقابل فإن هذه المادة لم تعط هذا الحق لنائب الفضولي، لذا لا يكون رب العمل مسؤولاً مباشرة إلا أمام الفضولي نفسه. ويرى بعضهم أن مسؤولية الفضولي عن أعمال مندوبيه هي أقرب إلى مسؤولية المدين عن أعوانه منها إلى مسؤولية المتبوع التقصيرية عن فعل تابعه، تعدد الفضوليين في القيام بعمل واحد كانوا متضمنين في المسؤولية، وبالتالي يحق لرب العمل الرجوع على أي منهم بكامل التعويض، ويرجع الذي وفي على بقية الفضوليين، كل بقدر حصته².

-التزام الفضولي بتقديم حساب عن العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة:

نصت المادة 155 مدني جزائري على أنه يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل في رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وفي تقديم حساب عما قام به، ويتوجب عليه فوائد المبالغ التي استخدمها لحساب نفسه من وقت استخدامها، كما يجب عليه دفع فائدة ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت إعداره، ويترتب على ذلك أنه إذا قبض الفضولي في أثناء قيامه بشأن عاجل للغير - مالا لهذا الغير.

¹ السنهوري، الوسيط البيع و المقايضة، ج4، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 510.

Marchesseaux1. l'opposabilité du contrat aux tiers. ontaine et J.GHESTIN. les effets du contrat a l'égard des tiers. op cit. p2258.

² Stéphanie Porchy-Simon. Droit civil 2e année, les obligations 2020. dalloz. 12éditions. p145.

فلا يحق له أن يستعمل ذلك المال لحساب نفسه، فإن خالف ذلك تجب عليه فوائد ذلك المال بسعرها القانوني من تاريخ استخدامه المال لحساب نفسه¹.

أمّا إذا لم يستخدم المال لحساب نفسه، فلا تجب عليه فوائد إلا من تاريخ إعداره، كما أن على الفضولي تقديم حساب عن تدخله، ذلك لأن تقديم الحساب يسمح بتقدير العمل المبذول.

بقيت الإشارة إلى أنه -وبحسب الفقرة الأولى من المادة 156 مدني جزائري- إذا مات الفضولي فإن ورثته يلتزمون بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة 159 وبموجب تلك المادة فإنه على ورثة الوكيل -إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة - أن يبادروا بإخطار الموكل بموت مورثهم، وعليهم اتخاذ التدابير اللازمة لمصلحة الموكل، وبالتالي ينطبق الالتزام ذاته على ورثة الفضولي إذا توافرت فيهم الأهلية، وكانوا على علم بالفضالة، أما إذا مات رب العمل، فبحسب الفقرة الثانية من المادة 156 يبقى الفضولي ملتزماً تجاه الورثة بما كان ملتزماً به تجاه مورثهم، ويترتب على ذلك أن الفضالة لا تنتهي بموت رب العمل، وذلك بخلاف الوكالة التي تنتهي بموت الموكل أيضاً².

ج-3 الالتزامات المترتبة على عاتق رب العمل:

بحسب نص المادة 157 مدني جزائري يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها، وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته، وعلى ذلك يترتب على عاتق رب العمل نوعان من الالتزامات: التزام بالتنفيذ، والتزام بالتعويض.

¹ سليمان مرقس، الوافي، الاثراء على حساب الغير بالمرجع السابق، ص411.

² حسن محمد بودي، حقوق الغير في العقود المالية بالمرجع السابق، ص25. سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان الاردن، 2010، ص507.

ج4- الالتزام بالتنفيذ:

يلتزم رب العمل - ليس تجاه الفضولي بل تجاه من تعاقد معه الفضولي - بتنفيذ الالتزامات . بالنيابة عنه، حيث يعدّ الفضولي نائباً قانونياً عنه في حال توافر شرائط الفضالة.

ويتربط على ذلك أنه إذا أبرم الفضولي تصرفاً قانونياً باسم رب العمل، فإن آثار هذا التصرف تسري مباشرة بحق رب العمل لا بحق الفضولي،

فيلتزم المتفضل عليه قانوناً بإكمال التعهدات التي عقدها الفضولي باسمه، وإلى هذا المعنى أشارت بوضوح المادة (1373) من القانون المدني الفرنسي، وبالتالي يعدّ رب العمل في مثل هذه التصرفات هو الدائن بالحقوق والمدين بالالتزامات المترتبة عن التعهدات¹.

وتبقى مسؤولية رب العمل قائمة على نحو كامل، بحسب الفقرة الثانية من المادة 158 مدني جزائري، حتى لو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد، لأن مصدر التزامات رب العمل هو الفعل النافع، وليس إرادته إلا بالقدر الذي أثرى به، ما لم تكن مسؤوليته ناشئة من عمل غير مشروع.

ج5- الالتزام بالتعويض:

قد يقوم الفضولي - في أثناء توليه شأن الغير - بتصرف قانوني يعقده باسمه، بحيث تنشأ التزامات مباشرة في ذمة الفضولي، فإذا كانت شرائط الفضالة متوافرة، التزم قانوناً رب العمل بتعويض الفضولي عن هذه الالتزامات، وهو ما قرره محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه للفضولي بحكم القانون المطالبة بالتعويض، وأن التزام رب العمل في هذه الحالة مصدره قاعدة عدم جواز الإثراء على حساب الغير، فلا يتوقف الالتزام على إرادة رب العمل².

وإذا نفذ الفضولي التزاماته الناشئة من العقد، فيحق له أن يرجع بها على رب العمل مضافاً عليها الفوائد القانونية من يوم دفعها، ويكون مصدر التزام رب العمل بذلك هو الفعل النافع المكون للفضالة

¹ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénéde. Droit civil Les obligations.dalloz.p232.

² نقض مدني مصري، 12 شباط 1953، مجموعة أحكام النقض، السنة الرابعة، رقم 69، ص 476.

فلا يقتصر التزامه على الأقل من قيمتي الافتقار والإثراء، بل يشمل كل الافتقار وفوائده، أما محكمة النقض الفرنسية فقد عدت أنه بالتفسير الواسع للمادة (2001) مدني فرنسي المتعلقة بالدفعات التي يقدمها الوكيل¹.

فإن للفضولي الحق بفوائد الدفعات من اليوم الذي يتم إثباتها كما يلتزم رب العمل برد النفقات الضرورية والنافعة وفوائد هذه النفقات من يوم صرفها إلى الفضولي، ويلتزم رب العمل بدفع الفوائد بدءاً من تاريخ الإنفاق، استثناء من القواعد العامة التي تقرر أن الفوائد القانونية تستحق بدءاً من تاريخ المطالبة القضائية، وبالمقابل يجب ألا يفرض الفضول في هذه النفقات، وبالتالي عليه أن يقف عند حدّ معقول، وإذا كان العمل الذي قام به الفضولي لحساب رب العمل يدخل في أعمال مهنته، فإنه يستحق أجراً عن عمله إضافة إلى المصروفات التي أنفقها، أما إذا كان العمل لا يدخل ضمن نطاق أعمال مهنة الفضولي، فلا يحق له المطالبة بأجر عن ذلك العمل، والتعويض يشمل كذلك الضرر الذي لحق بالفضولي في أثناء قيامه بشأن عاجل للغير، فيلتزم به رب العمل إضافة إلى التزامه برد النفقات.

وإذا تعدد أرباب العمل فلا يقوم التضامن بينهم، وذلك لأن القانون لم ينص على ذلك، ولا يفترض التضامن في مثل هذه الحال، وبالمقابل فقد نص القانون على التضامن بين الفضوليين والموكلين والوكلاء في حال تعددهم، وإذا امتنع رب العمل عن تعويض الفضولي أو تنفيذ الالتزامات فلصاحب الحق المطالبة به بدعوى الفضالة ما لم تسقط بالتقادم².

وحسب المادة 159 تسقط بانقضاء 10 سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه أو 15 سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق.

ثانياً: بوجود مصلحة: أساسها المادة 258 مدني جزائري التي أقرت بصحة الوفاء من الغير الذي له مصلحة فنجد بعض الأشخاص من تربطهم مصلحة، مع المدين خارج نطاق العقد. وعجز المدين عن عدم التسديد يضر مصالحهم، فيكونون ملزومين بالتدخل لتنفيذ العقد وذلك لفائدة المدين وإبراء ذمته.

¹ (1er 12 Juin.1979.Bull.civ.I N°173 civ)

² سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، المرجع السابق، 495.

بل من أجل الحفاظ على مصالحهم وذلك أنهم قد يتأثرون من عجز المدين كحالة الغير الذي يحتجز عقارا محل الرهن وذلك أنه يؤدي دين المدين ليخلص العقار من الرهن الذي يعقله.

ويبتعد عن إجراءات تنفيذ الحجز على العقار تنفيذ الدين، ولعلّ من أهم الحالات التي تجعل من الغير ينفذ الدين عن المدين هي أن تدخله سيمكنه من ملاحقة المدين قبل أن يصبح معسرا وأنه يتحرّر أيضا من أعباء الملاحقة التي قد يلجأ إليها الدائن.

والحالات التي نجد فيها الغير الذي له مصلحة في الدخل في تنفيذ العقد عن المدين هو المدين المتضامن، المدين مع غيره في دين غير قابل لانقسام والكفيل الشخصي سواء كان متضامنا مع المدين أو مع الكفلاء الآخرين، أو غير متضامنا مع أحد¹.

سوف نتطرق لحالة المدين المتضامن كمثال لإظهار كيفية تنفيذ الغير للعقد ونقله محتفظ بصفة الغير.

1- المدين المتضامن:

تنص المادة 217 من القانون المدني الجزائري "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون"².

من هذه المادة يتبين أن التضامن نوعان إيجابي بين الدائنين والسلبي الذي يكون بين المدينين، سوف نعرف كل واحد منهما:

أ- التضامن الإيجابي:

وهو الذي يكون بن الدائنين، أي أن لكل من الدائنين الحق في المطالبة بالدين من المدين، ويكون المدين أن يوفي كل الدين لأحد الدائنين المتضامين، وتبرأ ذمته قبل جميع الدائنين، وعلى الدائن الذي استوفى الدين أن يقسم ما استوفاه بين الدائنين الآخرين، كل على حسب نسبة دينه¹.

¹ عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، فقرة 400 ص 661 و. عبد الرزاق السهوري، الوسيط ج3، المرجع السابق، الفقرة 371 ص 355 و. أنور العمروسي، التضامن والتضامم، المرجع السابق، ص 91.

² تقابلها المادة 280 من القانون المدني السوري، والمادة 279 من القانون المدني المصري "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون"، المادة 319، قانون المعاملات المدنية العماني "لا يكون التضامن بين المدينين باتفاق أو بنص القانون"

ب- التضامن السلبي:

ويعني التضامن بين المدينين أن كل مدين يعدّ مسؤولاً في مواجهة الدائنين بكل الدين، حيث يستطيع أي دائن أن يطالب أي مدين بالدين كله، ويجوز لأي مدين أن يفي بكل الدين لمن يطالبه من الدائنين، وتبرأ ذمة المدينين الآخرين ولعل الفائدة من تضامن المدينين تبدو جلية عند إعسار أحد المدينين فيكون المدينون الآخرون ضامنين دين شريكهم، فيحصل الدائن على حقه كله من المدينين الآخرين لذلك يقال إن تضامن المدينين يعدّ نوعاً من التأمينات التي تضمن الدين.²

والتضامن بين المدينين لا يكون إلا بالاتفاق فيما بينهم، أو بنص في القانون 217 ق م ج، فلا يفترض التضامن بين المدينين، بل يجب أن يكون صريحاً واضحاً، وقد رأى البعض من رجال القانون أن تضامن المدينين يحرص عليه الدائنون في كثير من الأحيان، لأنه يؤمن مصالحهم، بل يشترطه الدائنون عند تعدد المدينين، زد على ذلك أن القانون يقرر هذا التضامن في العديد من الحالات، من أهمها تضامن المسؤولين المتعددين في التعويض عما يترتب عليهم من الفعل الضار الذي يقع للغير، وكذلك تضامن الفضوليين في المسؤولية إذا قاموا بعمل واحد وحالات أخرى متفرقة نص عليها القانون المدني.

وأحكام التضامن السلبي تشمل علاقة المدينين المتضامنين بالدائن، كما تشمل علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم.³

ولما كان التضامن الاتفاقي يجعل من الضامن طرفاً في العقد مع احتفاظه بصفة الغير فإنّ دراستنا في هذا الصدد تقتصر فقط على التضامن السلبي دون الإيجابي، وذلك لأنّ المدين المتضامن في (السلبي) يمثل أحد أهم تطبيقات تدخّل غير المتعاقد في تنفيذ العقد مع الاحتفاظ بصفة الغير.

¹ سماعيل عبد النبي شاهين، أحكام مطالبات المدينين المتضامنين بالدين في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص. 17-19.

² سماعيل عبد النبي شاهين، أحكام مطالبات المدينين المتضامنين بالدين في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص. 20. سعيد جبر، االت ازم التضامني، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 69، القاهرة، 1999، ص. 10.

³ د. جلال علي العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، المرجع السابق، ص. 152.

كما أن التضامن السليبي قد يكون مصدره الاتفاق أو القانون حسب ما جاء في نص المادة 217 ق م جزائري.

ب1: مصادر التضامن السليبي

-الاتفاق:- يكون الاتفاق على التضامن صريحا أو ضمنيا في العقد، ونقصد بالضميني هو استخلاص من ظروف العقد وجود تضامن بين المدينين، ولكن بمجرد وجود شك فإن التضامن لا يقوم على حسب ما جاء في نص المادة 217 مدني جزائري بأنه لا يفترض¹.

- القانون:

-تكون هناك مواد مذكورة في القانون موضوعة لحماية الدائن، وتقضي بتضامن المدين، ومن حالات التضامن في فرنسا ما نصت عليه المادة 220 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 570 سنة 1965 في 1965/7/13 "لكل من الزوجين أن يبرم وحده العقود التي يكون الغرض منها الانفاق على منزل الزوجية، أو تربية الأولاد، وكل التزام مترتب على العقد من هذا القبيل يبرمه أحد الزوجين، يلتزم به الآخر على وجه التضامن بينهما"

-ويلاحظ في هذا النص أن المشرع الفرنسي يقرر صراحة أنّ الزوجين متضامنان في الالتزام بآثار العقود التي يبرمها أي منهما في نطاق تلك المادة، لكنه قد حدد من صرامة المادة، فنجد في الفقرة 2 و3 من نفس المادة على أنه لا تضامن في النفقات المغالية فيها².

- كما لا يتحقق التضامن أيضا متى كان الغير المتعاقد مع أحد الزوجين سيء النية، وكذلك لا تضامن في الالتزامات الناشئة عن عقود الشراء بالتقسيم ما لم يبرمها الزوجان معا³.

¹ إسماعيل غانم، أحكام الالتزام والإثبات، المرجع السابق، فقرة رقم 157 ص 312 و.د. أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، المرجع السابق، ص 440.

* مثال ذلك: اقتراض شخص مبلغ من المال لشخصين مناصفة، واشترط عليهما التضامن فيما بينهما للوفاء بهذا الدين، كما يصح أن يكون الاتفاق على التضامن في اتفاق لاحق مستقل عن العقد الأصلي الذي أنشأ الالتزام، د. عبد الرزاق السهوري الوسيط ج 3، المرجع السابق، الفقرة 170 ص 272 خ.

² David Arteil, op, cit N°229, p :179.

³ لقد طبق القضاء الفرنسي المادة 220 على واقعة حدثت في عهد الملك فاروق المصري خلال الفترة من 17 إلى 1952/7/1 تتلخص وقائعها في شراء الملكة ناريمان زوجة الملك ملابس من محلات جان ديسيه للأزياء في باريس ولم تسدد ثمنها، فانتهت المحكمة إلى إلزام الملك السابق

ومن الأمثلة التي جاءت في القانون المدني الجزائري:

المادة 126¹ قانون مدني "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عيّن القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

وذلك يعني إذا تعدد المسؤولون الذين ارتكبوا نفس الخطأ، فإنهم بالقانون هم متضامنين في التعويض عن الشخص المضروب، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، كمبدأ أو كاستثناء إذا تدخل القاضي بتعيين لكل واحد نصيب في التعويض².

ولكن نجد أن المشرع العماني، قد خرج على ما جاء به المشرع الجزائري بنصه في المادة 180 من قانون المعاملات المدنية "إذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار، كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه دون تضامن بينهم: مالم تقدر المحكمة خلاف ذلك"³.

ونصت المادة 667 مدني جزائري "يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائماً متضامنين" والمادة 668 من نفس القانون "إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم وفي أحدهم الدين عند حلوله، يجوز له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم". ويقصد في هذه المادة أنه في حالة تعدد الكفلاء وكانت الكفالة مصيرها القضاء أو القانون فإنهم كلهم يكونون متضامنين بحكم القانون في الوفاء للدائن.

وزوجته ناريمان بالتضامن بدفع ثمن المشتريات المتنازع عليها إلى الشركة المدعية، د. جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1954: الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1980، بند 89، ص 187-184.

¹ تقابلها المادة 169 مدني مصري "إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض".

² فطبقاً لنص المادة 126 إذا ساهم أكثر من شيء أو آلة ميكانيكية كالسيارات في حدوث الضرر، وتوافرت رابطة السببية فإن حازمها يكونان مسؤولين بالتضامن عن الضرر، وأيضاً تلتزم شركات التأمينات بتغطية المسؤولية المدنية، نقض مدني جلسة 2005/1/10 في الطعن رقم 6049 لتاريخ 45 ق وأحمد إبراهيم عطية، مجموعة التشريعات المصرية، المرجع السابق، ص 65.

³ وهذا النص يتطابق تمام مع المادة 795 قانون مدني مصري "في الكفالة القضائية أو القانونية، يكون الكفلاء دائماً متضامنين" والمادة 755 من قانون المعاملات المدنية العماني.

ويعتبر القضاء الكفيل المتضامن مدينا آخر، وبالتالي طرفا متعاقدا مع احتفاظه بصفة الغير.

ب2 الآثار المترتبة على التضامن السلبي:

- وحدة التزام أو وحدة المحل:

أما وحدة الالتزام أو وحدة المحل، فهي واحدة، وكل مدين ملزم بالدين كله من دون أن يلزم الدائن بقبول جزئي للدين يقتصر على حصته في الدين، ويترتب على وفاء الدين أن تبرأ ذمة جميع المدينين الآخرين قبل الدائن 222 قانون مدني جزائري.

ج- تعدد روابط المدينين:

-وتتعدد روابط المدينين المتضامنين بالدائن تتعدد الروابط القانونية بتعدددهم، فقد يكون التزام أحد المدينين منجزا في حين يكون التزام الآخر مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط، وللدائن أن يطالب من يشاء من المدينين بكل الدين فهو يتمتع بحرية الاختيار، على النحو الذي مر في بحث التضامن الإيجابي. ولعل أهم الآثار التي تترتب على تعدد الروابط بين المدينين المتضامنين والدائن هي أن انقضاء التزام أحد المدينين لا تنقضي معه التزامات المدينين الآخرين، بل تنقضي الرابطة بالنسبة لهذا الدائن فقط، ولا تتأثر بذلك رابطة غيره من المدينين إلا بنسبة حصته من الدين، وحالات الانقضاء التي ترجع إلى مدين دون آخر حددها القانون المدني في الحالات التالية: المقاصة، واتحاد الذمتين، والإبراء والتقدم وصدور حكم على أحد المدينين، فيما عدا الحكم الذي يصدر لمصلحة أحدهم فيستفيد منه الباقيون¹.

بيد أن لتجديد الدين أثرا هاما في ظل التضامن السلبي، حسب ما نصت عليه المادة 224 مدني جزائري فإذا اتفق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الدين ترتب على ذلك انقضاء الدين القديم.

¹ بلحاج العربي، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 470

وبراءة ذمة المدينين الباقين ويصبح ذلك المدين الذي اتفق على التجديد هو وحده الملتزم بالدين الجديد إلا إذا احتفظ الدائن في عقد التجديد بحقه تجاه المدينين الآخرين.¹

2- تنفيذ الغير للعقد بناء على غلط (الدفع الغير المستحق)

يعتبر الوفاء بالدين من قبل الغير المتعاقد لا يبرئ ذمة المدين إلا إذا انضمت إرادة الموفي إلى الوفاء بدين غيره، أما إذا ظن الموفي وقت الوفاء أنه يدفع ديناً على نفسه، فلا يعتبر هذا الوفاء، وفاء الدين على الغير وإنما وفاء لدين غير مستحق، يجبر الموفي المطالبة باسترداد ما وفاه على أساس قاعدة دفع غير مستحق.² لقد نصت المادة 143 قانون مدني جزائري "كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً وجب عليه رده، غير أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء بعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء".³

لقد تأثر المشرع الجزائري بما وصل إليه الفقه الحديث بشأن مصادر الالتزام حيث أورد المصادر الإرادية والمتمثلة في العقد والالتزام بالإرادة المنفردة. وكذا المصادر الغير الإرادية، والتي تتمثل في الفعل المستحق للتعويض والقانون كمصدر مباشر للالتزام، وشبه العقود غير أنه لم يوضح هذا التقسيم في تبويب لها، فقد أورد في الفصل الرابع من القانون المدني شبه العقود ضمن ثلاثة أقسام وهي الإثراء بلا سبب (المادة 141 إلى 142). قانون مدني .

¹ بن ددوش نضرة، انقضاء الائت ازم دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، د ارسه مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010-2011، ص.13

² نقض مدني، جلسة 1977/4/25 بتاريخ 28ق. مجموعة المكتب الفني، ص 1033 مشار إليه في مؤلف. د/ محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، المرجع السابق ص386

³ تقابلها المادة 181 مدني مصري "كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده. على أنه محل للرد إذا كان من قام بالوفاء بعلم أنه غير ملزم بما دفعه إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء. و المادة 203 من قانون المعاملات المدنية العماني. والتي تنص على "كل من قبض ما ليس مستحق له وجب عليه رده، إلى صاحبه مع ما جناه من مكاسب أو منافع.

لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء، يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، ما لم يكن ناقص لأهلية، أو مكرها على هذا الدفع" غير أن المشرع العماني استخدم مصطلح "قبض غير المستحق" وهو التعبير الأدق من وجهة نظر الفقه، كونه يوضح الصلة الوثيقة التي تربط ما بينه وبين الإثراء بلا سبب.

والدفع الغير المستحق من المادة 143 إلى 149 والفضالة من المادة 156 إلى 159 قانون مدني، وذلك دون أن يفصل بين قاعد الإثراء بلا سبب وتطبيقها.

فكما تم ذكره، أن المشرع الجزائري نظم الدفع الغير المستحق في المواد 143 إلى 149، وقيم من نص المادة 143 مدني أن الدفع الغير المستحق هو الوفاء بدين غير واجب على من وفاه.

ولكنه يعتقد أنه ملزم بالوفاء به ويترتب على ذلك التزام الموفي له برد ما دفع له دون وجه حق إلى الموفي لأنه لو احتفظ به يعد ذلك إثراء على حساب غيره.

وفيه يرى السنهوري أنّ الدفع الغير المستحق هو إثراء كان له سبب ثم انتهى ومعنى ذلك أنه يمكن للموفي أن يرجع على المدين الحقيقي بدعوى لإثراء بلا سبب في حالتها العادية أو يرجع على الموفي له. بدعوى استرداد غير المستحق، غير أنه وإن كان لهذا الإثراء سبب فهو الوفاء كتصرف قانوني فإنه لو زال سبب هذا التصرف لأي سبب كان، كما لو طعن الموفي بغير حق في هذا التصرف بعيوب الإرادة، أو يتمسك بشرط فاسخ، أو بإبطال العقد الذي أنشأ الدين، فإنّ هذا التصرف يصبح واقعة مادية لا تعدّ سببا لإثراء وأمكن طلب التعويض على أساس الإثراء بلا سبب أو يشمل التعويض هنا استرداد ما دفع بغير حق¹.

ولقيام الدفع الغير المستحق يجب توافر شروط:

• أن يكون هناك وفاء

• أن يتم الوفاء بدين غير مستحق، المادة 144.

• أن يعتقد الموفي بوجود قيامه بهذا الوفاء.

أ-سوف نذكر الحالات التي يكون فيها الوفاء بدين غير مستحق بالحالات الآتية:

1أ- إذا كان الدين غير موجود أصلا:

كما لو أن وارث ينفذ وصيته لمورثه، ويتضح فيما بعد أن الموصى قد عدل عن الوصية قبل موته، فيكون الدين في هذه الحالة منعدما بالنسبة للدافع وبالنسبة للمدفع له.

¹ السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص1105. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص161

كما لا يكون للدين وجود إذا كان ديناً وهمياً، أو ديناً طبيعياً، أو كان مصدره عقداً باطلاً، ومثال ذلك الدين الطبيعي، وهو دين غير واجب الأداء، فإذا أداه المدين عن غلط يستطيع استرداده أما إذا أداه اختياراً فليس له أن يسترده ما نصت عليه المادة 143 مدني جزائري (كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده .

غير أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء).

2- إذا كان الدين مؤجلاً الاستحقاق

-يكون الدين في هذه الحالة معلقاً على شرط واقف، أو مضافاً إلى أجل واقف، ويقوم المدين بالوفاء به قبل تحقق الشرط أو بعد تخلفه، فيجوز له استرداده قانوناً، وهذا ما نصت عليه المادة 145 ق.م.ج. أما إذا كان الدين معلقاً على شرط فاسخ أو كان مقترن بأجل فلا يمكن استردادهما إذا وفياً¹.

وفي ذلك نصت المادة 145 ق.م.ج على أنه "لا يمكن للدائن أن يطالب بحق مؤجل قبل حلول أجله أما إذا تم الوفاء معجلاً فلا يجوز استرداد ما دفع حتى ولو كان المدين يجهل الأجل، وفي هذه الحالة يجوز للمدين أن يطالب في حدود الضرر اللاحق به، برد مبلغ الإثراء الذي حصل عليه الدائن بسبب هذا الوفاء المعجل".

3- إذا وجد الدين ولكنه انقضى قبل الوفاء به بأحد أسباب الانقضاء

كأن ينقضي الدين بالمقاصة، أو التقادم أو باتحاد الذمة أو إذا زال سببه بأثر رجعي، كما في العقد الباطل، ومثال ذلك قيام المورث في حياته بالوفاء بالدين ولم يعثر الوارث على ما يثبت وفاء مورثه فيوفيه مرة أخرى، ويلاحظ أنه في حالة الوفاء بدين غير مستحق لا يتصور فيه غلط الموفى لأنه وفي.

¹ حماد رأفت محمد، الديب محمد عبد الرحيم، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، جزء 2، دار الجامعة الجديدة، مصر 1997، ص 248 وما بعدها.

وكان ملتزماً بذلك ومن ثم تقوم له قرينة على هذا الغلط تعفيه من عبء إقامة الدليل عليه جزائري المادة 146 مدني جزائري¹.

4-اعتقاد الموفي بوجوب قيامه بهذا الوفاء

-الأصل أن لا يوفي ديناً ما إلا إذا كان يعتقد بأنه مستحق وواجب الأداء، غير أنه في حالة دفع غير مستحق فإن الدافع يقع في غلط يجعله يعتقد وقت الدفع أنه ملزم بأداء الدين وقد جعل المشرع له قرينة قانونية، إذ أن غلظه مفترض لا يكلف بإثباته شريطة ألا يكون قد قصد بوفاته التبرع فيكفي أن يثبت أن لا وجود لدين مستحق وقت الدفع، كي تقوم هذه القرينة فضلاً على أنه يجوز له الطعن في التصرف بعيوب الإرادة، والمطالبة بالتعويض على أساس الإثراء بلا سبب.

أما المدفوع له فلا يشترط فيه الغلط، فسواء كان حسن أو سيء النية (mauvaise foi) فإنه ملزم برد ما دفع له دون وجه حق، غير أن المشرع مكنه من إثبات عكس القرينة الممنوحة للدافع، فيجوز له أن يثبت علم هذا الأخير وقت الدفع بعدم التزامه بذلك (المادة 143 ق.م.ج) إلا إذا كان ناقص الأهلية أو أكره على الوفاء، وبالتالي فكلما زال سبب الاستحقاق بطل الوفاء بالدين ومن ثم زال سبب نقله من ذمة إلى ذمة ومتى حصل ذلك كان إثراء، ووجب استرداده².

ب-أثار الدفع الغير المستحق من الغير:

ويقصد بذلك أن الغير قد وقع في غلط بحث وفي دين ليس بدينه، فهو في وقت الوفاء كان يعتقد بأنه يفي دين نفسه، هنا يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب وهذا الوفاء لا يبرأ ذمة المدين من الدين إلا في حالة ما إذا اتجهت إرادة الغير الموفي إلى إبراء ذمة هذا المدين، وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا رقم 50888 مؤرخ في 1987/10/21 وفي قرار آخر رقم 71015 مؤرخ في 1990/12/31.

¹ صدر في ذلك حكم في القضاء الفرنسي، نقض 1984/07/17 في موقع دالوز، أحكام سنة 1985 ص 298. وفيما يخص الاجتهاد الجزائري حكم محكمة باتنة الصادر بتاريخ 1996/11/26 في قضية رقم 93/1337 الملحق.
² راجع قرار المحكمة العليا بتاريخ 1990/12/31 رقم 71015 م ق عدد 2 ص 120.

"من المقرر قانون أن على كل تسلم أو حصل على سبيل الوفاء على منفعة ومغرم ليس لها ما يبررها وغير مستحقة له وجب عليه ردّها بقدر ما استفاد منها ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ معه إساءة في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المؤسسة المدعية عليه أجوره بصفة منتظمة وأن قضاء المجلس بقضائهم عليها بأن تدفع المدعى عليه أجرا مضاعفا أساء تطبيق القانون¹.

ويكون الغير الذي دفع دفعا غير مستحقا أن يرجع على المدين بدعوى استرداد غير المستحق وهي دعوى استرداد غير المستحق التي نشأ للدافع قبل المدفوع له لاسترداد ما دفعه بغير وجه حق.

-غير أن الأثر يختلف بحسب ما إذا كان المستلم لغير المستحق حسن النية أو سيء النية فضلا على أن هناك حالتان خاصتان نص عليها المشرع وهما حالة الوفاء بدين مؤجل قبل حلول أجله، وحالة الوفاء لناقص الأهلية وسنورده كل الحالات فيما يلي:

ب1- إذا كان الموفي له حسن النية:

حسب نص المادة 1/147 مدني جزائري (إذا كان من تسلم غير مستحق حسن النية فلا يلزم أن يرد الا ما تسلم).

وحسن النية مفترض في هذه الحالة، وإذا ادعى الموفي عكس ذلك فعليه أن يثبت بكافة طرق الإثبات، ويزول افتراض حسن النية إذا رفعت الدعوى، فإنه منذ تلك اللحظة يصير الموفي له سيء النية.

وإن تقدير حسن أو سوء النية يعود لقضاة الموضوع لأنها من مسائل الواقع ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم².

والمدفع له حسن النية لا يلتزم إلا برد ما تسلمه إذا كان ما دفع له نقودا أو أشياء مثلية – أغلالا أو أقطافا – فيرد مقدار النقود دون الاعتداء بتغير سعرها، ويرد القدر الذي أخذه من الأشياء المثلية¹.

¹ قرار المجلس الأعلى غ.م 1987/10/27 سبق ذكره.

² دنوني هجيرة، الشيخ الحسين، الموجز لمدخل في القانون، النظرية العامة للقانون والحق وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، البليدة ص.200

أما الثمار والفوائد فلا يلتزم بردها ما دام قد تملكها بالقبض وبحسن نية فالحائز حسن النية لا يلتزم برد الثمار أما إذا كان المدفوع عقارا أو منقولاً معين بالذات فإن الموفي له يلتزم برد العين إذا وجدت ما لم يكن قد تملكها بالحيازة أو بالتقادم المكسب (المادتين 828-835 ق.م) ، أما إذا هلكت العين أو تلفت أو ضاعت في يده، فلا يكون مسؤولاً إلا إذا وقع بخطأ منه، وعلى الدافع إثبات ذلك الخطأ (م.842 ق.م.ج).

أما إذا خرجت العين من يد من دفع له إلى يد أخرى، كأن تصرف فيها بالبيع فلا يلتزم إلا بدفع الثمن الذي تلقاه من المشتري إلى الموفي، على أنه يجب على الموفي إذا استرد العين أن يدفع للموفي له ما أنفقه من المصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها للمحافظة على العين (م 839 ق.م.ج).

وإذا كان الموفي له حسن النية فلا يلزم بتعويض مقابل ما انتفع به الشيء عند رده للموفي طبقاً للمادة (1/842 ق.م.ج) أما العلاقة بين الذي دفع والغير، فإنه طبقاً للقواعد العامة إذا تصرف المدفوع له لفائدة الغير، فإن تصرفه لا يحتج به قبل الموفي لأنه صدر من غير مالك، ويجوز للموفي أن يسترد العين من الغير بدعوى الاستحقاق (Action en revendication).

ب2- إذا كان الموفي له سيء النية:

ما جاءت به المادة 2/147 أما إذا كان سئ النية فانه يلزم أيضا برد الأرباح التي جناها ، أو التي قصر في جنبها من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء ، أو من اليوم الذي أصبح فيه سئ النية) -ويقصد بسوء النية ، أن يعلم من تسلم غير المستحق أنه تلقى ما ليس له فيه حق، وفي هذه الحالة يقع على الذي دفع له عبء إثبات سوء نيته، ويلتزم الموفي له سيء النية بالرد حسب طبيعة الشيء الذي تسلمه المدفوع له، فإذا كان نقوداً أو أشياء مثالية وجب عليه ردّ قيمتها وكذا الفوائد والأرباح التي جناها من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية² وهو ما نصت عليه المادة (2/147 ق.م.ج).

¹ السنهوري، الوسيط ج3 ، المرجع السابق، ص1320.

² ان الموفي له يعتبر سيء النية من تاريخ علمه بأن ما تسلمه غير مستحق له أو من تاريخ إعلامه بالطعن في الحكم أو القرار المشمول بالنفاذ المعمل والذي استوفى المال المطلوب استرداد نفاذاً له نقض مدني مصري في 1969/03/27، رمضان أبو السعود، المرجع السابق، نص481.

أما إذا كان المدفوع عبئا معيناً بالذات، فإن الموفى له سيء النية ملزم برد العين ما دامت قائمة ورد ثمارها المتولدة عنها من يوم الوفاء¹.

ولا يجوز له استرداد المصروفات التي أنفقها على العين إلا في حدود ما يجوز للحائز سيء النية من استرداد، كما أنه يكون مسؤولاً عن العين إذا هلكت أو تلفت أو ضاعت على يديه ولو حدث ذلك على إثر قوة قاهرة، إلا إذا أثبت أن العين هالكة حتى ولو بقيت تحت يد مستحقها (م 843 ق.م.ج).
وإذا حدث وأن تصرف الموفى له سيء النية في العين فإنه يكون ملزماً برد العين لصاحبها الموفى أو قيمتها إذا استحال ردها، ويمكن لهذا الأخير الرجوع عليه بدعوى الاستحقاق إلا إذا كسب المتصرف إليه العين بسبب آخر.

ج/حالتان خاصتان نص عليها المشرع في المادتين 145-148 ق.م.

وهاتان الحالتان هما: حالة الوفاء بدين مؤجل وحال الوفاء لناقص الأهلية.

ج1 حالة الوفاء بدين مؤجل:

نصت على هذه الحالة المادة 145 ق.م والقاعدة العامة في القانون المدني الجزائري "أنه إذا وفي المدين ديناً مؤجلاً مع علمه بقيام الأجل اعتبر ذلك نزولاً منه عن الأجل".

أما إذا كان المدين يجهل قيام الأجل، أو كان قد أكره على هذا الوفاء فله أن يرجع على الدائن بدعوى غير المستحق، وفضلاً عن هذا يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما

لحق المدين من ضرر، وبذلك تتحقق مصلحة الدائن من انقضاء إعسار مدينه دون إضرار بهذا الأخير².

فإذا كان الدين الذي تم الوفاء به نقوداً، وكان قبل حلول الأجل كان للدائن أن يرد فائدة ما وفي له السعر القانوني أو الاتفاقي بدلاً من رد ما استوفاه.

¹ طالبة انور، المطول في شرح القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، مصر، ص 265.

² المواد 103، 186، 95 ق.م.ج

وإن كان الدين الذي تمّ الوفاء به قبل حلول الأجل، مثلاً بناء التزام المقاول بتسليمه كان للدائن بدلاً من رد البناء أن يرد للمدين قيمة إيراد البناء خلال المدة المتبقية أو قيمة النفقات الإضافية التي تكبدها هذا الأخير في سبيل تسليم البناء في التاريخ الذي سلم له¹.

ج2 حالة الوفاء لناقص الأهلية:

لم يشترط المشرع الجزائري الأهلية في من يدفع غير المستحق، حتى أنه لو دفع وهو غير أهل لذلك فإنه يمكنه استرداد ما دفعه، أما المدفوع له لا تشترط فيه الأهلية أصلاً، ويقوم التزامه بالرد رغم نقص أهليته لأن التزامه بالرد لا يقوم على إرادته، بل ينشأ من واقعة تسلمه ما ليس مستحقاً له وتحكمه قاعدة الإثراء بلا سبب.

غير أن المشرع رغم هذا ورعاية منه لناقص الأهلية ولمصلحته فقد خرج عن هذه القاعدة وجعله يلتزم فقط بما عاد عليه من نفع فعلاً لا حكماً، إذ نصت المادة 148 من ق.م على أنه "إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملزماً إلا بالقدر الذي أثرى به".

وبناء عليه فإن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية، وتسلم عيناً بالذات فهلكت العين، أو تلفت أو ضاعت بغير خطئه، أو تبرع بها أو حدثت قوة قاهرة، فلا يكون ملزماً بأي شيء قبل الدافع حتى ولو كان سيئ النية، كما أن ما فقده دون أن ينتفع به لا يدخل في تقدير إثرائه وفقاً للمبدأ العام في قاعدة الإثراء بلا سبب، أما إذا كان التلف أو الهلاك أو الضياع راجع إلى خطئه فيسأل عنه مسؤولية تقصيرية طبقاً للمادة 125 ق.م². ويعد من أمثلة انتفاع المدفوع له ناقص الأهلية بالمدفوع، أن يوفي به ديناً عليه، أو ينفقه في ترميم عقاره... إلخ، وفي الإثبات إذا كان المدفوع له ناقص الأهلية فإن عبء الإثبات يقع على من دفع فيثبت مدى إثراء ناقص الأهلية بما دفع له.

¹ موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، ج3، المرجع السابق، ص 95. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص224.

² تم تعديل المادة 125 ق.م. بموجب القانون رقم 10/05 "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه، بفعله أو امتناعه، أو بإهمال منه، أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً".

الفرع الثاني: تنفيذ الغير للعقد عن طريق الإنابة:

تعتبر الإنابة وسيلة قانونية يقوم بها الغير الذي يكون منابا بالوفاء للمساعدة في تنفيذ عقد مبرم ما بين المنيب والمناب لديه، فهي أداة قانونية يتدخل الغير بها في العقد، سوف نتطرق إلى ما هي الإنابة؟ والآثار المترتبة على استعمالها كوسيلة تدخل.

أولا: الجدل الدائر حول الإنابة

لقد حصل جدل فقهي حول طبيعة الإنابة باعتبارها تعويضا للوفاء ونيابة تعاقدية ولكن وضع المشرع الجزائري نصا قانونيا نزع الضباب عنها في نص المادة 294¹ "تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين، ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير" على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا لها كون التعاريف من مهام الفقه، غير أنه تكلم عن طريقة انعقادها من أطراف وشروط في عملية قانونية ثلاثية الأطراف، بمقتضاها يحصل الطرف الأول وهو المنيب (المدين) على رضا الطرف الثاني، وهو الدائن (المناب لديه) بأن يلتزم طرف ثالث وهو شخص من الغير المناب بالوفاء بالدين في مكانه.

كما أن المشرع لم يشترط في الإنابة أن تكون هناك علاقة مديونية سابقة بين المدين والغير.

1 الذي أجمع عليه العديد من الفقهاء: "هي العملية القانونية التي بمقتضاها يلتزم شخص (يسمى المناب)، بناء على طلب (أو أمر صادر إليه) من شخص آخر (يسمى المنيب) في مواجهة شخص ثالث (يسمى المناب لديه)².

بالنسبة لهذه التعاريف فإننا نجد بأنها هي أيضا لا تختلف كثيرا عن التعاريف التي اقترحها الفقه العربي، ويبرز في هذه التعاريف الطابع التعاقدي الثلاثي الأطراف لهذه العملية دون الآثار القانونية الناتجة عنها.

¹ تقابلها المادة 1275 م القانون المدني الفرنسي، والذي بدوره لم يأت أيضا بتعريف وإنما اكتفى بذكر شروط قيامها وأطرافها: والمادة 359 من القانون المدني المصري "تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين".

² V. Pour une Définition identique, Planiol et Pipert , traité de droit civil français, t, VII, 2ed.L.G.D.J, 1954 par P.E.MEIN, J.RADOUANI et G.GABOLDE n°1271, p676. Boulanger, Encycl.Dalloz, rép, dr, 1^{er} ed ,V, délégation n°1.

نعطي بعض التعاريف بادئين أولا في الفقه العربي الجزائري:

3-تعريف الإنابة في الفقه العربي:

-عرف بعض من الفقهاء الجزائريين الإنابة في الوفاء بأنها: "عبارة عن تصرف بمقتضاه يحصل المنيب (المدين) على رضا المناب لديه (الدائن) بشخص ثالث هو المناب يلتزم بوفاء الدين مكان المدين".¹

-كما عرّف الإنابة في الوفاء بأنها: "عمل قانوني يفترض وجود ثلاثة أشخاص حيث تقوم إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يقوم بوفاء الدين مكان المدين، فالمدين ويطلق عليه (المنيب) قد أناب الأجنبي ويطلق عليه المناب.

4-تعريف الإنابة في الفقه الفرنسي:

نجد في الفقه الفرنسي عدد من الفقهاء الذين حاولوا تعريف الإنابة في الوفاء، من بينهم:

G/Ripert et planiol :

"الإنابة عملية قانونية يقوم فيها شخص (المنيب) بالحصول على قبول شخص آخر (المناب لديه)، بشخص ثالث كمدين (المناب) يرضى أن يلتزم نحوه".²

ثانيا : أنواع الإنابة

الإنابة في الوفاء نوعين، إنابة كاملة وإنابة ناقصة، فالأولى هي التي يتم فيها تبرئة ذمة المنيب "المدين" اتجاه الدائن، والناقصة هي التي يوق فيها الغير المناب إلى جانب المدين الأصلي بتبرئة الدين معا.

1-الإنابة الكاملة :

حسب ما جاءت به نص المادة 294 مدني جزائري "إذا اتفق المتعاقدون أن يستبدلوا التزاما سابق بالتزام جديد كانت هذه الإنابة تجديد الالتزام بتغيير المدين ويترتب عليها تبرئة ذمة المنيب قبل المناب لديه".

¹ محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، القسم الثاني، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، طبعة 2004، ص364.

² Traité de Droit Civil, d'après le traité de Planiol, t, II, Obligations, L.G.D.J. 1957 n° 1773. P 640-641.

من هذا النص يتضح أنّ الإنابة الكاملة هي عقد يكون فيه اتفاق على استبدال الدين الجديد بالدين القديم ويبرأ فيها الدائن ذمة مدينه، ويوافق على الغير المناب مدينا له، أي يكون هناك رضا كل من الأطراف الثلاثة.

بمعنى أن نص المادة 294 التي بطبيعة الإنابة الكاملة على أنها تجديد بتغيير المدين وقد تنطوي أيضا بتجديد بتغيير الدائن وذلك في حالة وجود مديونية سابقة بين المنيب والمناب، ومثال في حالة بيع العقار المملوك المدين وقام هذا الأخير بتكليف الغير وهو المشتري بدفع الثمن لدائنه انطوت الإنابة على تجديد بتغيير المدين¹.

2- الإنابة الناقصة: تعددت التعاريف الفقهية التي تناولت الإنابة الناقصة فعرفت:

أ- بأنها الإنابة التي لا تبرئ ذمة المنيب، وإنما تضم ذمته إلى ذمة المناب بحيث يقبل المناب كمدين آخر، فيكون للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد².

ب- كما عرفت أيضا بأنها: "هي الإنابة التي تتحقق عندما يلتزم مدينان بمقتضى رابطتين مختلفتين أمام الدائن بكل أو بجزء من الدين"³.

ج. وعرفت كذلك ب "قيام الالتزام الجديد إلى الالتزام القديم"⁴.

د -وهناك من عرفها على أنها: "الإنابة التي تقوم على تعداد المدينين الذي يرجع الدائن على أيهم شاء"⁵.

ونجد الفقه الفرنسي المقارن قد عرف الإنابة الناقصة بقوله:

"الإنابة الناقصة عكس نظيرتها التي تتضمن التجديد، تكون عندما يقوم المنيب بدعوى المناب ليلتزم

مباشرة نحو المناب لديه دون أن تكون العلاقات السابقة بين الأطراف سببا في هذه العملية"⁶.

¹ أنور السلطان، أحكام الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ص 115، عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، نظرية الالتزام بوجه عام ج3، المرجع السابق، الفقرة 514، ص859، و.د محمد حسين منصور، أحكام الالتزام المرجع السابق، ص456.

² عبد الرزاق السهوري، الوسيط، الجزء الثالث، القضاء الالتزام، مرجع سابق، ص1007.

³ سعد نبيل مرجع سابق، ص394.

⁴ براهيم عطا الله، أساسيات نظرية الالتزام، بدون طبعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر 1956، ص165.

⁵ قاسم محمد، الوجيز في نظرية الالتزام "المصادر - الأحكام"، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1994، ص251.

⁶ Ph, Simmeder, Délégation J.C. Avt 1271 à 1291, contrat et d'obligation fassé 1 de 2ed L.G.D.J 676

نجد أن جل التعاريف تدور حول فلك واحد وفكرتها أن الإنابة الناقصة تتحقق عندما يتم الاتفاق بين طرفيها "المناب والمنيب" على ضم ذمة المناب إلى المنيب لأداء الدين المناب لديه، فلا يكون هناك تجديد¹. فالإنابة الناقصة هي عقد رضائي يكون بين المنيب والمناب ويتم تنفيذ هذا العقد في مواجهة المناب لديه بقبوله، فقبوله ليس شرطاً للانعقاد، بل هو شرط للنفذ².

المبحث الثاني: حجية العقد والغير

- إذا توافرت أركان العقد المحددة قانوناً، وهي التراضي والمحل والسبب في العقود الرضائية، إضافة إلى ركن الشكلية في العقود الشكلية وركن التسليم في العقود العينية، وانعقد العقد صحيحاً، ترتبت عليه آثاره التي حددها القانون. فالقاعدة العامة في هذا الشأن، تتضمن انصراف هذا الأثر إلى المتعاقدين، بحيث لا يمكن أن يلتزم شخص بمقتضى عقد لم يكن طرفاً فيه، إلا أنه استثناء يجوز أن ينصرف إلى غير المتعاقدين، بحيث يمكن أن يكتسب شخص حقاً من عقد لم يكن هو طرفاً فيه، وهذه الحالة تسمى اصطلاحاً بالاشتراط لمصلحة الغير.

أما المقصود بالمتعاقدين، فإنه يمكن تفسيره بالمعنى الضيق وبالمعنى الواسع فالمعنى الضيق للكلمة ينصرف إلى طرفي العقد ذاتهما حصراً - أي من شملهما التعاقد حصراً دون أن يشمل ذلك أي طرف آخر - أما المعنى الواسع، فيشمل بالإضافة إلى طرفي العقد خلفهما العام والخاص.

¹ يقول الدكتور محمد شكري سرور في هذا الصدد: أن الإنابة الناقصة هي صورة من صور الالتزام التضامني الذي يتميز عن الالتزام التضامني بتعدد المصدر فيه وهذا إذا كان محل التزام كل من المدين الأصلي "المنيب" والمناب واحداً وكان من حق الدائن الرجوع على أي منهما، إلا، الالتزام كل مدين منهما مصدراً مستقلاً عن الالتزام الآخر، فالالتزام المدين الأصلي يجد مصدره في العلاقة الأصلية بينهما، أما مدر التزام المناب هو عقد الإنابة، وهذا على عكس الالتزام لتضامني التي يفترض وحدة مصدره الذي يتضامن المديونون جميعاً في وفاته الدائن"
² ما أكدته قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1959/02/12 بقولها: "...ليس من الضروري أن يكون المناب لديه طرفاً في الاتفاق الذي يتم المنيب والمناب، بل يكفي قبوله لنفذ الإنابة وليس لهذا القبول شكلاً خاصاً أو وقت معين، ولا يشترط لقيام الإنابة الناقصة وجود علاقة مديونية بين المنيب والمناب كما سبق توضيحه.

وعليه، فإن الإنابة الناقصة عقد ثنائي الأطراف ينعقد الاتفاق القائم بين المنيب والمناب، ووفقاً لهذا العقد يتم ضم ذمة المناب لذمة المنيب للالتزام نحو المناب لديه "الدائن" وينفذ هذا الاتفاق برضاء الأخير، ومحل التزام المناب وفقاً للإنابة الناقصة يكون في حدود التزام المنيب تجاه المناب لديه، أما سبب الإنابة الناقصة فقد يكون التبرع أو الوفاء بجين للمنيب أو القرض. وبالنسبة لشروط الإنابة الناقصة، فيشترط فيها كما هو الحال بصدد الإنابة الكاملة ضرورة توافر الاتفاق الثلاثي عليها من قبل أطرافها الثلاثة.

ولكن من حيث أن هذه الإنابة ليست تجديدية فلا يشترط لوجودها أن يكون هناك التزام قائم مسبقاً بين المنيب والمناب لديه ونظراً إلى التشابه القائم بين الإنابة الناقصة وغيرها من الأنظمة القانونية وجب التمييز بين هذا النوع من الإنابة وتلك الأنظمة.

-لكن بما ان العقد واقعة تمس بأثارها الكل فان الغير يمكن ان يتأثر بالضرر بصورة غير مباشرة فيصبح صاحب حق في عقد لم يكن طرفا فيه فيكون العقد في هذه الحالة حجة عليه (المطلب الأول) و له (المطلب الثاني)

المطلب الأول:العقد حجة للاطراف

-ان مبدأ القوة الملزمة للعقد تعد من أهم المبادئ المستنتجة من مبدأ سلطان الإرادة ، ومفاده أن أطراف العقد ملزمون بتنفيذ ما جاء فيه كما لو كان قانون لهم ، بشرط أن يصيغ بشكل صحيح ، فالإلزامية المقترنة بهذا العقد تستمر مع إرادة المتعاقدين، لذلك تميزت العلاقات التعاقدية بالثبات والاستقرار ، غير أن نطاق القوة الملزمة للعقد يخضع لفكرة نسبية أثار العقد سواء من حيث الموضوع أو من حيث الأشخاص .

فالعقد نسبي في أثره معنى ذلك أن قوته الملزمة لا تتعدى المتعاقدين أي أن أثاره لا تنتج الا في مواجهتهما. أما فيما يخص الغير فهو لا يتلقى حقوقا ولا يتحمل إلتزامات من عقد لم يكن طرفا فيه، فهو يظل بعيدا عن التأثير بالعقد، غير أن العقد يعتبر تصرفا قانونيا بالنسبة لأطرافه ويعتبر واقعة قانونية بالنسبة للغير الذي لا يمكن إنكارها أو تجاهلها فقد تغير من مركزه القانوني ، على هذا الأساس فإن أثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين كأصل عام وهذا تطبيق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن مصطلح المتعاقدين واسع فهو لا يقتصر على عاقيه الأصليين فحسب هذا من جهة ، ومن جهة أخرى نجد أن أثار العقد قد تنصرف إلى الغير وذلك إستثناءا عن مبدأ نسبية أثار العقد التي تقضي بأن أثار العقد تنصرف إلى أطرافه دون الغير.

فيجد الغير نفسه في عقد لم يكن طرفا فيه حتى اكثر من ذلك قد يصبح ملزما بعقد لم يكن احد اطرافه واكثر من ذلك يمكن ان يقيم الغير على الاطراف دعاوى تحميه وذلك عن طريق مبدا الاحتجاج والذي يكون قائما لاثبات حق وذلك بوجود خطأ قد يقيم مسؤوليته في حق المتعاقدين .

-لعل في موضوع الحجية ان جل التصرفات القانونية تعتبر حجة لصاحبها في مواجهة الغير من لحظة ابرامها ، و هذا ما يؤكد مبدأ الأمن التعاقدي والذي يقصد بها توقع المخاطر التعاقدية واتباع اجراءات محددة عند التعاقد ، خاصة فيما يتعلق بتنفيذ العقد وقيام المسؤولية العقدية ، وهو مستمد من القانون ولعل اهم اسس هذا المبدأ هو : القوة الملزمة للعقد ، الحق في تنفيذ الالتزام ، تنفيذ العقد بحسن النية امكانية تأثر القوة الملزمة للعقد تبعا لنظرية الظروف الطارئة ، واهمها احترام الاطراف للمراكز الناشئة عن العقد . و لعل اهم صورة للامن التعاقدي هو الامن القضائي فعلاقتها هي علاقة حاسمة ولعل اهم خاصية للامن القضائي هو اعطاء الاستفادة للمتقاضي بصفة خاصو والنظام القانوني بصفة عامة ومن اهم التجليات هذه الفائدة ذات الطابع الجماعي ، شيوع الثقة واستقرار المعاملات ، و الاطمئنان الى فعالية النصوص القانونية والوثوق بالقانون والقضاء في النهاية فالامن القانوني لاي طرف في العقد يتحقق من خلال مايعطيه القاضي لمظاهر انصافه وتقديراته وهو يبت فيما يثار امامه من منازعات تتعلق بمختلف العقود¹ .

-لكن في غياب قاعدة مكتوبة يتم الاعتماد على الاجتهاد القضائي لمواجهة وضعيات غير متوقعة قانونا ، ان الاجتهاد القضائي في جوهره تأويل للقاعدة القانونية المكتوبة ، و هو من هذه الناحية يدخل في باب ابتكار القاضي للقاعدة القانونية ، بما يثيره ذلك من نقاشات ، لا سيما ما يرتبط بمبدأ فصل السلطات بالنظر لدور المشرع الذي يمثله القاضي في هذه الحالة .

و عندما يتعلق الامر بمنازعات تعاقدية فان الامر يتعلق في العديد من الحالات بتأويل العقد ، وهو ما يجعل القاضي يحل محل ارادة الاطراف المتعاقدة ، مثلما قرره القضاء لما اعتبر ان العربون الذي يدفعه المشتري له طابع الحجة على ابرام العقد ، لا طابع عقابي نقدي لمن يخل بشروط العقد .

او انه يقع باطلا ودون اثر الشرط الجزائي الذي يمنح بمقتضاه للمقرض تعويض يومي عن كل يوم تأخير في الاداء مع تحديد سعر الفوائد .

¹ فتحية صباط، الغير والعقد، المرجع السابق، ص 220.

لأنه ينتج عن هذا الشرط منح الدائن فوائد التأخير يتجاوز الحد الأقصى لسعر الفوائد المسموح به قانوناً بدون تبرير ذلك بوجود خطأ أو ضرر ، بالإضافة الى ذلك فان للقاضي حرية التاويل وسلطة تقدير مطلقة مما يجعل اختلاف الحلول في احكام القضاة امراً مألوفاً في العمل القضائي غير ان ذلك لا يمنع من اتخاذ عدة اجراءات للحد من تضارب الاجتهادات القضائية ، و أنه يتبين ان مفهوم الأمن القضائي له ارتباط وثيق بالأمن التعاقدى اذ يبقى القضاء هو الاداة الفعالة لضمان تحقيق الامن التعاقدى.

-و يدخل في نطاق الأمن القانوني ، الامن التوثيقي والذي يأتي مكمل للأمن التعاقدى وهذا الاخير يمثل متطلبات التعاقد وآثاره مثل القوة الملزمة للعقد والحق في تنفيذ العقد بحسن نية ، بحيث ان الامن التوثيقي هو تلك الالية التي يفرضها المشرع لتوثيق العقد واثباته ، كشرط الرسمية في اجراء التصرفات العقارية وعدم الاعتراف بالمحررات العرفية في الميدان العقارى وذلك بهدف اعطاء حصانة للمعاملات العقارية بالضمانات¹.

-فالأمن القانوني للمتعاقدين يستوجب استبعاد الغير عن العقد وانحساره بين أطرافه الذين انشؤوه ، والعقد كما ذكرنا ليس فقط تصرف يخلق التزامات وحقوق لأطرافه بل هو حدث وواقعة اجتماعية توجد وضعيات جديدة تتجاوز الاطراف الى فئة الغير والذي يمكن ان ينتفع بها كما يمكن ان يتضرر بها فمفهوم مبدأ نسبية العقد الكلاسيكي قد زال واصبح العقد يستوجب حكاية للأطراف من الغير وللغير من الأطراف.

-و من المنطقي ان الغير يجب ان يحترم العقد ولا ينكر وجوده في مواجهته ، وعدم تنفيذ العقد من طرف الغير كما سبقت دراسته ، تجعل هذا الاخير مسؤولاً امام اطراف العقد بحيث تمنح الطرف حق الاحتجاج بالعقد ومنه سنقوم بالتطرق لمفهوم الاحتجاج في هذا المطلب من تعريف وصور وشروط.

¹ عبد المجيد غميحة ، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الامن القضائي ، الدار البيضاء ، 2008، ص 1-3.

الفرع الأول : تعريف الاحتجاج

-سعى المشرع الى حماية الاطراف بتدعيم قوة العقد الملزمة عبر قواعد محددة من اجل تحقيق هذه الغاية على حسب ارادة المتعاقدين عند انشائه ، وتعرض المشرع في نصوص قانونية الى سبب التعاقد الذي لا يخرج عن اطار تكوين العقد ، فضرورة وجود الشخص داخل المحيط الاجتماعي يفرض حقيقة ثابتة مفادها عدم استطاعة هذا الشخص وهو يعيش داخل هذا المحيط أن يقف موقف اللامبالاة تجاه ما يمكن أن يحدث فيه من وقائع وتصرفات قانونية¹ .

فالواقع الذي نراه اليوم بتعقيده وتداخلاته لم يكن مشابها لما كان عليه حال المجتمع فيما مضى، بل وحتى في وقت صدور القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804، وقت كانت حياة الأفراد غير مشتملة على علاقات وروابط قانونية متسمة بالتعقيد والتداخل، لذلك لم تكن هنالك مناسبة للمتعاقدين في الاحتجاج بعقدتهما تجاه الآخرين. وكان من نتائج التطور الذي أصاب كافة مجالات الحياة، أن تشابكت علاقات الأفراد وتداخلت فيما بينها ولم يعد بالإمكان ان يبقى تصرف يمكن أن يقوم به أي شخص من الأشخاص في المجتمع بمعزل تام عما يقع في المحيط الاجتماعي من وقائع قانونية² .

وهنا لم يقف المشرع يسنده الفقه والقضاء ، خصوصا في فرنسا ، موقف المتفرج ولم يحصر نفسه في حدود مبدأ نسبية اثر العقد ، بل سرعان ما أخذت تبلور مفاهيم قانونية جديدة تتخطى حدود مبدأ النسبية ، ليصل إلى إقرار مبدأ الحجية الكاملة للتصرف القانوني والذي يتميز بمضمونه عن النسبية. وقد تناول الفقهاء هذا المبدأ وحددوا مفهومه وبينوا أساسه ووضحوا أهميته واخذوا بتعميمه ليشمل تطبيقه كل العقود دون أن يقتصر على طائفة منها. ولعل هذا هو السبب وراء انتشار مبدأ الحجية وذيوعه رغم إن الدعوة إليه لم تتجاوز بدايات القرن العشرين،

¹ كريم بولعابي ، حسن النية في المادة التعاقدية ، مجمع الاطرش للكتاب المختص ، تونس ، ط 1 ، ص 69.

² فتحية صماط ، الغير والعقد، المرجع السابق ، ص 220 و. F.TERRE.PH SIMLER ET .Y. LEQUETTE.droit . civil . les obligations op.cit *A défaut d opposabilite le contrat resequerait d etre prive d efficacite puisque les tieres pourraient impunement meconnaitre la situation juridique qui en est issue*.

مما جعله وسيلة ناجعة وفعالة في الواقع انطلاقا من ماهيته ومحتواه التنظيمي، فالاحتجاج عرفه الفقه الفرنسي في اواخر القرن الماضي لتأكيد مبدأ القوة الملزمة للعقد، فهو تصرف قانوني او وضعية قانونية تنتج اثرا مباشرا لتمس بصفة غير مباشرة اشخاصا اجنبيين وتفرض عليهم احتراماً ، وهي بصفة اخص الامكانية للأطراف او الغير للتمتع بوضعية قانونية ارادوها ، فكان علينا دراسة العلاقة بين القوة الملزمة للعقد ومبدأ الحجية:

-إذا إنعقد العقد صحيحا فإن قوة ملزمة تنتج عنه فيصبح من خلالها المتعاقدان ملزمان بتنفيذ ما يشتمل عليه وبحسن نية، فالأصل أن المتعاقدان دون غيرهما من يقع عليهما تنفيذ العقد، وهذا ما يعبر عنه بنسبية آثار العقد من حيث الأشخاص ، فالأصل أن آثار العقد تنصرف إلى العاقدين بالذات ، فهما اللذان تعاقدوا وهما اللذان أرادا أن تنصرف آثار العقد إليهما ، كما أن اصطلاح المتعاقدين في لغة القانون لا يعني بالضرورة أطراف العقد دون سواهم ، لذلك يجب التوسع في فهم كلمة المتعاقدين خاصة في سياق الكلام عن الآثار التي تنتج عن العقد¹.

كما ان مبدأ الحجية عرف دوما بأنه اداة متممة لمبدأ القوة الملزمة للعقد، لكن الوضعية القانونية التي افرزها وجود هذا العقد تجعل الاحتجاج به واقعا قانونيا ، فكل لثر قانوني نتج عن العقد يكون حجة على الكل ، بمعنى يكون حجة على الغير لفائدة الاطراف والعكس صحيح.

-ومن هذا المنطلق اعتبار مبدأ الحجية هو صورة لمبدأ القوة الملزمة للعقد ينهي لاي اخضاع الغير للالتزام فرض عليه وجوده رغم كونه لم يكن طرفا فيه ، فالحجية تفرض على الغير الاعتراف بالوضعية القانونية الجديدة².

¹ محمد حسن منصور، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2000، ص276.

² AUBRY ET RAU.cours de droit civil francais tom9.6eme edition par Bartin.E.P360.

تبين ان العقد باعتباره واقعة مادية فمنطقيا يؤثر على الغير فالغير يثري نتيجة لهذا العقد رغم كونه غيرا عنه، و اثره الغير من العقد يوجد في عدة امثلة تبين كيف ان الغير يمكنه الاثراء من عقد لم يكن طرفا فيه.

-لقد طرحت المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي فكرة وهي ان العقد لا يمكنه ان يضر الغير، وفيها ظهر فريقان:الأول يؤيد مسألة استقلالية الغير عن العقد وان مطالبة الغير بعقد اثرى من خلاله يمكن ان يضره باعتبار الزامه بما لم يتعاقد به يعد مساسا بمبدأ استقلال الارادة وذلك ان الطرف لا يمكنه ان يحتج على شخص ليس طرفا معه في العقد ولا يجوز الزام الغير لم يوافق عليه حتى، والاثراء الذي مس الغير لم يكن له أي دور في ابرامه وبه لا يمكن للطرف ان يحتج به عليه او يلزمه به. و في نفس الرأي هناك من رأى انه يجب التفرقة بين الاثر الملزم للعقد وبين الاثر المادي، فالغير لا يمكن له ان يكون مسؤولا امام الطرف المتضرر عن طريق الاثراء بلا سبب¹.

اتي الاجتهاد القضائي موافقا لهذه الفكرة في القضية المشهورة MIRAN BOUDIER PATUREAU الصادر في سنة 1892².

بحيث تتمثل وقائعه كالآتي * كانت بان احد مالكي الاراضي الذي سوغ ارضه لاحد الفلاحين الذي اخل بالتزامه تجاهه ففسخ العقد، مع تنازل هذا الفلاح على جزء من المحصول الذي لم يحصد لفائدة مالك الارض للتخفيض من ديونه، وكان الفلاح قد تعاقد سابقا مع احد التجار الاسمدة للانتفاع بالكمية التي لم يسدد ثمنها، وبما ان هذه الاسمدة ساهمت في انتاج محصول وفير تعود خيراتاه الى مالك الارض الذي مالكا ايضا لهذا المحصول، فان بائع الاسمدة لجأ الى القضاء لمقاضاة المالك باعتباره اثرى بدون سبب لكن المحكمة الدرجة الاولى نقضت القرار باعتبار ان المالك اجنبي عن العقد المبرم بين الفلاح وبائع الاسمدة.

¹ WEILL A. LE PRINCIPE DE LA RELATIVITE DE CONVENTION EN DROIT PRIVE FRANÇAIS.THESE PARIS.1936.P652.

² REQ.15 juin1892.d.p.1892-1-59.note labbe.de la notification actes d un gerant d affaires D.S.1888.

ولا يمكن الاحتجاج بالعقد عليه تطبيقاً لمبدأ نسبية اثر العقد، لكن محكمة التعقيب ردت طلبه بتأكيد ها انه من البديهي ان الاتفاقات لا اثر لها الا بين اطرافها الاصليين ، وان القرار المطعون لم يخالف هذا المبدأ لأن هذا القرار لم يجري كما ادعى في الطعن به ، ان يلتزم المالك في مواجهة البائع بسبب توفيره الاسمدة ولكن بسبب ما حصل من فائدة مباشرة نتيجة استخدام هذه الاسمدة في أرضه¹ .

ومن هذا القرار ظهرت نتيجة فاجمع ال الذي اجمع بان الغير لا يتحمل التزام تعاقدي ولكنه يحتاج على قدر المنفعة المباشرة والشخصية التي لحقته من قبل هذا العقد ، فمالك الارض هو غير وليس طرفا فيه لكنه أثرى من خلال هذا العقد بواسطة الاسمدة التي حسنت محصوله² .

كما أن الفقيه savatier يرى بأن مالك الارض رغم انه غير عن عقد البيع الا أنه أصبح مدينا بموجب أثر العقد وهو ما يجعله ملزماً بهذا الاثر الا وهو خلاص الدين ، وعارض جانب من الفقه هذه الفكرة على رأسهم الفقيه weill معتبراً أن الزام الغير (المالك) تلزمه العدالة والقاعدة الخلقية وأن الغير يطالب في كل الأحوال بقدر ما أثرى ، كما أن الباحث في هذا الموضوع يجد ان القضاء الفرنسي يرفض في العديد من القضايا اعتبار الغير قد اثرى بدون سبب ، فنجد انه يتمسك بغيرية الشخص رغم محاولة طرف العقد ان يجعل منه مدينا ، فهو وان اقر بإمكانية الاحتجاج على اساس مبدأ الاثراء على حساب الغير ،

فانه لا يحمله على اطلاقه ، اذ بقي متشددا ورافضا في العديد من القرارات الحاق صفة الغير بالمتري بدون سبب ، لامكانية مطالبته بأثر عقد لم يساهم في انشائه .

-أما في القضاء الجزائري نجد القرار 179146 الذي نص على انه من المقرر قانونا ان كل المنشآت والاغراس ذات القيمة الحينية والتجهيزات التي انجزت منذ التأميم مكتسبة لاصحابها .

-و من المقرر قانونا ايضا ان كل من نال عن حسن نية من عمل الغير او من له شئ له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الاثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل.

¹Arret 15juin1892Mop cit.*la cour attendu que s il est de principe que les conventions n ont d effet

² François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénéde - Collection Précis. Droit civil - Les obligations. parution le 31/10/2018 (12eme édition).p1195.

-و لما ثبت في من قضية الحال ان تعويض المستفيد بقطعة اخرى مماثلة لا يمنعه من الحصول على تعويض عن المنشآت والتجهيزات التي اقامها عند تخليه لصالح المالكين الاصليين لقطعة الارض الاخرى ولما قضى قضاة المجلس بالزام المستفيد من الاثراء ان يعرض بقيمة ما اثرى به على اساس المادة 141 من القانون المدني ، فانهم يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما¹ .

-وفي قرار اخر :من المقرر قانونا ان كل من نال عن حسن نية من محل الغير او من أي شئ له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الاثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل او الشئ ومن المقرر ايضا انه اذا اقام اجنبي منشآت بمواد من عنده بعد الترخيص له من مالك الارض فلا يجوز لهذا الاخير ان يطلب ازالة المنشآت اذا لم يوجد اتفاق بشأنها وانما يخير بين ان يدفع قيمة المواد واجرة العمال او مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الارض ، و من المقرر كذلك ان كل قرار لم يجب على دفع الاطراف وما ابدي من طلبات يكون مشويا بالقصور في القصور في التعليل ، ومن ثم فان القضاة بخلاف هذه المبادئ يعد مخالفا للقانون وقصورا في التعليل .

-لما كان من الثابت في قضية الحال ان جهة الاستئناف ايدت الحكم المستأنف امامها القاضي على الطاعن بالتخلي عن قطعة الارض التي يحتلها بالرغم من عرضه لثلاثة حلول وفقا للمادتين 141-786 ، من القانون المدني اللتين لم يناقشها فانها بقضائها كما فعلت تكون قد خالفت القانون وشابت قرارها بالقصور في التعليل ،ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه² .

الفرع الثاني : صور الاحتجاج وشروطه

أولا : صور الاحتجاج في الحقوق ,فالغير ملزم باحترام عقد ابرم بين طرفين لا تربطهم علاقة به كما انه لا يمكن له ان ينكر وجود هذا العقد وهذا الوجود هو الذي يولد مسؤولية اتجاه هذا الغير اذا ما قام باضرار الاطراف من خلال امتداد العقد اليه وعدم تنفيذ هذا الالتزام .

¹ القاضي الطيب سعيد ، الاثراء بلا سبب ، احكامه وتطبيقاته في القانون المدني الجزائري ، مذكرة نهاية التبرص ، المدرسة العليا للقضاء الجزائر ، 2006/2005 ، ص 54.

² القاضي الطيب سعيد ، الاثراء بلا سبب ، احكامه وتطبيقاته في القانون المدني الجزائري ، نفس المرجع ، ص 55.

-سوف نحاول ضبط هذه المسألة باعطاء امثلة في العقود التي يمكن فيها الغير الاعتداء على الاطراف ، و سنستخدم عقد النشر كمثال على احتجاج الاطراف على الغير.

1-عقد النشر:

-ان عقد النشر يتميز عن سائر العقود من حيث ثراء احكامه وعدد مواده اذ يرى جانب من الفقه الفرنسي انه النموذج المهيمن للعقود الخاصة بحق المؤلف حيث تناولته القوانين بتفصيل دقيق وتجدر الملاحظة ان المشرع الجزائري قد اهتم بهذا العقد منذ صدور نص خاص بحق المؤلف والقوانين اللاحقة لا سيما الامر الساري المفعول 03-05 المؤرخ في 19-07-2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة فخصص له المشر 16 مادة من المادة 84 الى المادة 190.

-المادة 84 من نفس الامر عرفته بانه (العقد الذي يتنازل بموجبه المؤلف للناشر عن حق استنساخ نسخ عديدة من المصنف حسب الشروط المتفق عليها مقابل مكافأة للقيام بنشرها وتوزيعها على الجمهور ولحساب الناشر).

و فيما يخص المشرع الفرنسي في مادته 1/132 من قانون الملكية الفكرية التي نصت على ان عقد النشر هو (العقد الذي يتنازل بمقتضاه المؤلف او احد ورثته من بعده وفقا لشروط محددة الى شخص يسمى الناشر عن حق انتاج او عمل على انتاج عدد من النسخ للمصنف ، على ان يلتزم الاخير بالطبع والاعلان)¹.
-فتعريف المشرعين لعقد النشر يسمح بتحديد اهم الشروط عقد النشر فدقة هذا التعريف تستبعد كل محاولة لاضلال المؤلفين من طرف الناشرين ، وايضا هذا التعريف حدد طرفاه وموضوعه ، وينبغي ان يكون هذا العقد مكتوبا والا عد ملغى ، وذلك لحماية المؤلف من الناشر وايضا الالتزام بالسرية فيتطلب في عقد التأليف الكشف عن بعض المعلومات والعناصر للمؤلف وذلك اثناء المفاوضات أو بعد لاحق اثناء تنفيذ الالتزام .

¹ Loi n 57 .298.du 11mars 1957 relative a la propriete intellectuelle et artistique .j.o.r.f.du14 mars1957.p2723.

و هذه حماية أخرى للمؤلف من الناشر من خطر افشاء الاسرار للغير او يستطيع الناشر ان يستخدم هذه الاسرار لنفسه بعد انتهاء مدة العقد على نحو يشكل منافسة جديدة للناشر ، بحيث في حالة ما اذا تم افشاء سر المؤلف من قبل الناشر تقوم المسؤولية وهي مسؤولية جنائية موضوعها جريمة افشاء السر حسب المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري.

أما فيما يخص صورة اعتداء الغير على المؤلف فتكون في مضمون الالتزام بعدم الاعتداء على حقوق المؤلف، و ذلك باعتبار من الغير الجائز التصرف بالحقوق الادبية لكونها حقوق لصيقة بالشخصية و غير قابلة للسقوط والتقادم ، يعني عدم جواز الاعتداء عليها والمؤلف هو من له حق الاحتجاج بالعقد لحماية حقوقه وورثته من بعده ، اما القانون المالية فتكون من الجائز التصرف فيها للغير ، فواجب عدم الاعتداء على حقوق المؤلف ينحصر على الحقوق غير المتنازل عنها او غير المرخص بها للغير.

-ومن صور الاعتداء على حقوق الادبية ، هو قيام الغير بنشر المؤلف قبل ان يقرر المؤلف نشره ، و ان تتم عملية النشر بصورة تختلف عن تلك التي عينها المؤلف ووفقا لهذا الغرض يكون هناك اعتداء على حق الاستغلال المالي للمؤلف وايضا على حق تقرير طريقة النشر وايضا في حالة وفاة المؤلف.

وكان قد حدد تاريخا للنشر ، فلا يجوز لورثته، او المتنازل له عن حقوق الاستغلال المالي للمؤلف قبل انقضاء ذلك الموعد.

و في مسألة حق المؤلف في نسبة مؤلفه اليه فانه يمنع الغير بما فيهم الورثة والخلف الخاص الادعاء بنسبة المؤلف اليهم ، ويمتنع عن الغير المساس بهذا المؤلف باي طريقة من شأنها تسيئ سمعة المؤلف الفكرية او الابداعية ، و اذا ما تنازل المؤلف عن حقوق الاستغلال فانه يمتنع عن الناشر اجراء أي تعديل بالحذف او الاضافة في المؤلف الا اذا كان مصرحا له بذلك من قبل المؤلف¹.

¹ X.linant de bellefonds.droit d auteur et droit voisin.propriete litterale et artistique. Delmas ed .1997.p171.

و لقد خص المشرع الطرف في عقد النشر وهو المؤلف بثلاث انواع من الحماية القانونية ، و هي الاجراءات التحفظية وتكون قبل وقوع الضرر الحاصل من الغير ، و حماية مدنية وحماية جزائية.

الاجراءات التحفظية : نجد المواد من 144 الى 150 من الامر 03-05 قد تناولت صور الاجراءات التحفظية لمنع وقوع الاعتداء على حقوقه اولها :

1-طلب وقف نشر المؤلف وتداوله ويكون ذلك في حالة نشر المصنف بصورة غير مشروعة كعدم الحصول على موافقة او اذن صاحب الحق على المصنف ، او تجاوز مضمون الترخيص بالنشر ، فمن حق المؤلف او من الت اليه الحقوق تقديم طلب الى القضاء الاستعجالي بوقف نشر المصنف وتداوله كاجراء تحفظي الى حين الفصل في الدعوى المدنية .

2:طلب ادخال تعديل على المصنف : وذلك في حالة الاعتداء بتحريف او تعديل المصنف المطروح من دون وجه حق ولا موافقة صاحب المصنف ، فيرجع المؤلف في هذه الحالة على الناشر بدعوى التعويض ويستطيع اضافة لذلك ان يقوم باجراء تحفظي اخر وذلك بطلب اجراء تعديلات لارجاع المصنف الى الحالة التي كان عليها .

3:طلب ايقاع الحجز الاحتياطي : هو من اهم وسائل حماية المؤلف او من الت اليه حقوق الاستغلال المالي وفيه يشترط تقديم الطلب من صاحب المصلحة هو المؤلف او من انتقل اليه حق الاستغلال المالي او ورثته ، وذلك بعد اجراء وصف تفصيلي للمؤلف الذي نشر بوجه غير شرعي.

4: طلب اتلاف نسخ المؤلف المستنسخ بوجه غير مشروع في الاحوال التي يتم فيها استخراج نسخ من المصنف عن طريق الناشر او الغير بوجه غير مشروع أي من دون موافقة او ترخيص المؤلف ، فيكون للطرف أي المؤلف ان يطلب من القضاء اتلاف النسخ الذي نشرت بدون وجه حق¹.

¹ حسن جميعي، التقاضي وقضايا في مجال حق المؤلف والحقوق المجاورة ، مقال ، ندوة وطنية للمنظمة العالمية للملكية الفكرية ، البحرين ص4.

2- **الدعوى المدنية:** فالتعويض عن الضرر الحاصل للمؤلف الذي رتب المسؤولية المدنية عن المخطئ سواء كان الطرف الثاني للعقد الذي قد يكون الناشر وقد يكون الكاتب الملتزم بعقد نشر مع شخص الناشر بعدم اعادة بيع حقوق النشر لشخص اخر وهو ما يؤكد تنصله من التزاماته التعاقدية .

و قد يكون الخطأ صادر من الغير ، فطبيعة المسؤولية عقدية او تقصيرية يحددها من هو شخص المخطئ المرتكب للضرر ، فتكون مسؤولية عقدية اذا كان الاعتداء صادر من شخص تربطه بالمؤلف أو بمن آلت اليه حقوق الاستغلال المالي رابطة تعاقدية ، ويسأل بموجها المتعاقد عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالي الغش والخطأ الجسيم ، فحين تقوم المسؤولية التقصيرية اذا كان الاعتداء قد وقع من الغير ، ويسأل بموجها الشخص المسؤول عن الضرر المباشر المتوقع ، و نجد صور المساس بالحقوق التعاقدية في عقد الشغل وعقد التوزيع ايضا كماجلين خصبين في حماية الطرف من الغير وقيام المسؤولية¹.

3: **الدعوى الجنائية:** عقد النشر كعقد مكتوب يضمن للمؤلف الاستفادة من ثمرة عمله الفكري كما يسمح للناشر باستنساخ المصنف ووضعه للجمهور بمقابل ، لكن قد يقع اعتداء على هذه الحقوق من الغير لذي اقر المشرع حماية خاصة لهذا العقد من كل اعتداء . كما ان الحماية المدنية لعقد النشر بما فيها الاجراءات التحفظية من تعويض او اعادة الحال الى ماكان عليه لا تشكل ردعا كافيا من اعادة المعتدي لهذه الاضرار والاهتداءات فنجد ان المشرع الجزائري لم يكتف بالحماية المدنية بل وضع حماية جزائية وذلك بتجريم الافعال الاعتدائية على المصنف².

ولعل أهم جنحتين هي جنحة التقليد المتمثل في الاستنساخ الغير المشروع للمصنف المحمي بعقد النشر وثانها هي استيراد وتصدير النسخ المقلدة من المصنف ببيعها او تأجيرها ووضعها رهن التداول .

¹-أسامة نائل المحسين، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية" وفقا لأحكام التشريع الاتحادي الإماراتي مع الإشارة إلى بعض التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 2011، ص.200. بن خنوش مجيد، بلعباس ابراهيم، ، الحماية القانونية

لحقوق المؤلف في البيئة الرقمية، رسالة ماجستير جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، 2015 ص 63
² جيبيري نجمة، " الحماية الجنائية لحقوق الملكية الفكرية ضد التقليد"، مداخلة ملقاة في إطار فعاليات الملتقى الوطني حول الملكية الفكرية بين مقتضيات العولمة وتحديات التنمية، المنعقد يومي 28 و29 أبريل، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية،

ونجد أن المادة 75 من الامر 14/73 المتعلق بحق المؤلف الصادر بتاريخ 1973/04/04. والتي تحيل الى المواد من 390 الى 394. من قانون العقوبات بعنوان التعدي على الملكية الادبية ، ثم ظهر الامر 10/97 في 1997/03/06. المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الذي الغى الامر 14/73 المواد 394-390. من قانون العقوبات ويعد اول نص يتضمن تطبيق جزاءات على المساس بالحق الادبي للمؤلف بنص المشرع في المادة 149. ونجد ان المشرع الجزائري بموجب التعديل التي اتى به بموجب الامر 05/03 بتاريخ 19 جويلية 2003. لم يغير شيئاً الا فيما يخص باسم جنحة التقليد والتزوير الى جنحة التقليد فقط.

ثانياً: شروط الاحتجاج بالعقد

-يعتبر العقد حجية في مواجهة الغير الذي لم يساهم في ابرامه باعتباره واقعة مادية ، فهو ينفذ في حق الغير دون اعتبار لمسألة النسبية ، حيث في حياة العقد قد تسري عليه تطورات فيصبح الغير طرفاً منفذاً للعقد او يبقى محتفظاً بصفته كغير لكن يكون له دور التنفيذ. ما رتب عليه احترام كافة اثار العقد، فيما يخص مسألة حجية العقد في مواجهة الغير فالتصرفات القانونية تكسب حجية في مواجهة الغير منذ زمن ابرامها¹ .

إن الدائن المتضرر من عدم تنفيذ الالتزامات يمكنه ان يطالب الغير المتسبب في هذا الاخلال وقد اقر فقه القضاء مسؤولية الغير المتسبب في الاخلال بالعقد منذ القدم ، فنجد ان الفقيه hugueney في اطروحته ان فقه القضاء اكد على مسؤولية الشخص المتواطئ مع المدين بنية الاضرار بالدائن متجاوزاً بذلك الالتزامات التعاقدية .

و نجد أن فقه القضاء قد اسس مسؤولية الغير لذي تواطأ او الذي ارتكب فعل التعدي على حقوق الطرف في العقد على ان وجود العقد خارج دائرة المتعاقدين لامر لا بد من تقبله .

¹ الطاهر القضاوي، الوعد بالبيع، دراسة مركزة في العقار، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- الرباط، صفحة 152.

- فنجد أن الفقيه juille قال بأن صحيح أن الدائن في العقد هو في نظر العامة دائئا وأن المدين في نظرهم مدينا لكن الدائن في الحقيقة هو دائن المدين فقط والمدين هو مدين الدائن فقط ، لقد اقرت التعقيب في عدة قراراتها ان مبدأ النسبية لا يشكل عائقا لمحاسبة وتحميل الغير المسؤولية لعدم احترامه للعقد او عدم تنفيذه ، وذلك لان العقد هو واقعة مادية في مواجهة الغير ، ونفس الامر بالنسبة لرأي فقه القضاء، فالأخذ بمسألة حجية العقد في مواجهة الغير هو تفسير لمسؤولية هذا الأخير عن العقد ، وذلك نتيجة لعدم جواز الغير المساس بالحقوق التعاقدية ، ونجد ان مسألة الحجية رغم اهميتها فانها لم تسلم من النقد باعتبارها غير كافية لاثارة المسؤولية للغير ، ولقد ظهرت عدة اسس قانونية تفسر مسؤولية الغير ولكن كانت تحت مجهر الانتقاد¹.

سوف نتطرق اليها كالاتي ،

لما اسست مسؤولية الغير على اساس حجية العقد وتم انتقاد هذا الاساس فان الفقه وفقه القضاء حاول ايجاد اسس اخرى يمكن بواسطتها اثاره هذه المسؤولية ، وهي اساس فكرة تواطؤ الغير مع المدين لاثارة مسؤولية الغير: لكن في الواقع ليس كل حالات قيام مسؤولية الغير تكون بتواطئه مع المدين.

ومن الفقهاء الذين اكدوا امكانية تشبيه مسؤولية الغير بمسؤولية المدين هو الفقيه HUGUENEY وذلك لان كل من المدين والغير اللذان إعتديا على حق الدائن يخلفان ضرراً².

-و في أساس آخر الاشتراط لمصلحة الغير: فقد اكد الفقيه DEMOGUE ان العقد يجبر المتعاقد الذي ابرمه والغير الذي علم بوجوده بعدم اعاقه تنفيذه وشبه الامر بالاشتراط لمصلحة الغير الذي يولد حقوقا للمشترط والغير ، و يرى انصار هذه الفكرة ان العقد يولد التزامات للمدين والغير من يوم علم الغير بوجود العقد وهذا العلم يجعله مشتركا في تحمل الإلتزامات .

¹ فتحية صمات ، الغير والعقد ، المرجع السابق ، ص 225.

² REQ 8nov 1904 gaz.pal.1904.605*commetait une faute de nature a engager sa responsabilite. Le commercants l interdiction conventionnelle qui lie un individue vis-a-vis de son ancien associe.son concurrent associe neanmoins cet individu a son commerce aidant celui-ci a violer les engagements qu il a pris.

-و أكثر من ذلك يرى نفس الفقيه أن مسؤولية المدين تكون مرتبطة بمسؤولية الغير الذي يساعده في عدم تنفيذ التزاماته فتكون مسؤوليتهما تعاقدية .

النقد : هذه النظرية الحققت صفة المتعاقد للغير الاجنبي وفوق كل هذا فرضت عليه الالتزام بالعقد بمجرد علمه به وذلك لجعل رابطة توائضية بين الغير المعتدي والمدين المذنب¹.

-الاساس الثالث: نظرية التعسف في استعمال الحق

ظهرت في فرنسا في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ، جاء بها الفقيه Jossier ودافع عنها العديد من الفقهاء ، مفادها ان الحقوق الشخصية لها دور اجتماعي والتعسف في استعمالها من طرف صاحبها يحيد بها عن هذا الدور .

-النقد : يرى planiol ان الحق يتعطل عندما يبدأ التعسف في استعماله ، ولا يمكن الاخذ بهذا المبدأ لان نفس التصرف لا يمكنه ان يكون في نفس الوقت مطابقا للقانون ومخالفا له

-أما الفقيه ripert فقد جمع بين الرأيين ، بحيث أقر أن الحقوق مطلقة لكن ممارستها تكون خاضعة لالتزام اخلاقي ، ومن يتعدى على هذا الالتزام فانه يكون مسؤولا².

الفرع الثالث: حماية المدين من تعدي الغير على العقد.

نجد أن المشرع قد نص على أن المدين مسؤول عما يصدر من نائبه أو ممن إستعان بهم لتنفيذ الالتزام ، فهذا إقرار صريح على جواز رجوع المدين على الغير المرتكب للفعل الضار بعبارة المسؤول الأساسي عن الحاق الاذى بالدائن ، وهو الملزم اساسا بتعويض الخسارة ، واذا دفعه المدين تعويض للدائن من جراء مسؤولية الغير يمكن رجوع المدين على الغير لاسترجاع مبلغ التعويض واذا ماكانت هناك مشاركة في الفعل الضار بين المدين والغير أو تواطؤ ، فمبلغ التعويض يقسم بينهما .

¹ P.HUGUENERY.responsabilite civile du tiers complice de la violation d une obligation contractuelle.th.1910.p122 et s.

² M.FANTINE ET J.GHESTIN.les effets du contrat a l egard des tiers.comparaisons franco belges.L.G.D.J 1992.p87.

أولاً: شروط هذه الحماية على الغير

--ان الغير مطالب بعدم الاخلال بالعقد والاعتداء على هذه الحقوق ، و الا فانه تثبت مسؤوليته ، اذ لا يمكن للغير ان ينكر ثبوت الحق العيني للمتعاقد بمقتضى العقد، ذلك انه للمتعاقد ان يحتج بحق ملكيته المستمد من العقد في مواجهة الغير وما يرتب له من حقوق ، لكن بالنسبة للعقود الناقلة او المنشئة او المعدلة لحق عيني ، فانه لا يمكن اعتبارها الا اذا كانت وسيلة احتجاج باعتبار ان العقد هو عمل قانوني ينتج اثارا قانونية وهذه الاثار لا يمكن للغير انكارها باعتبار ان الاحتجاج تجاه الغير بحق او بعمل قانوني يتوقف على فعالية التامة اما بالنسبة للاحتجاج بالحق الشخصي على الغير ، فقديما لا يمكن للعقد ان يكون حجة على الغير وان الحق الشخصي الذي ينتجه يبقى مقتصرا على افراده اعتمادا على مبدأ النسبية العقدية ، وذهب الفقه التقليدي الى اعتبار ان الحق الشخصي هو وسيلة احتجاج على المدين فقط وان اثار العقد المنشئ للحق الشخصي لا يهم الا الشخص الذي ساهم في انتاجه ، ونتيجة لذلك لا يمكن الاحتجاج به على الغير ، اذ ان في ميدان الحقوق الشخصية يجب التفرقة بين موضوع والمحل وفي التصرف ، وبين الموضوع والغير ، وبين العلاقة بينهما¹.

فالعلاقة الداخلية هي علاقة الدائن والمدين ميدان النسبية العقدية ، والعلاقة الخارجية هي علاقة المتعاقدين بالغير ميدان الاحتجاج ، باعتبار ان الغير لا يمكنه انكار وجود الحق فمبدأ الاحتجاج يهم الكافة أي المتعاقدين والغير.

-كما نجد ان محكمة التعقيب اكدت في قرارها بأن أي شخص يساعد الغير في انتهاك الموجبات العقدية التي تقع على كاهله مع معرفته بها ، يرتكب الخطأ التقصيري ، اتجاه ضحيته المخالفة².

¹ GINOSSAR.la liberte contractuel.op .cit.civ n11 p24.

² COM.18 n237 .Daloz.1972.

-بظهور النظرية الموضوعية وتسليط الضوء على علاقة الدائن والغير باعتبار ان الدائن هو مالك الحق وهو الذي يعارض به الكافة فالدين هو وسيلة للاحتجاج امام الغير والحقوق الشخصية تختلف عن الحقوق الملكية العينية ، ذلك ان المحل هو الاصل في الحق الشخصي ، وهو القيمة المالية التي تعني الدائن ويسعى للحصول عليها ، اما المدين فهو الواسطة التي بواسطتها يتحصل الدائن على حقه ، وقد حاول الفقهاء ان يبينوا ان الحق الشخصي يوفر حماية لمكتسبه من كل تدخل للغير فهو يمنحه سلطات وميدان محدد له ويحجر على الغير التدخل فيه لكن مبدأ نسبية العقد لا يمنع العقد من ان يخلف اثارا على الغير ، ولا يمكن اثاره مسألة الاحتجاج لتفسير هذا الأثر باعتبار أن العقد بوصفه واقعة يمكنها فعلا أن تنتج أثارها ويمكن لهذه الأثار أن تمس الغير ، اذا من غير البديهي القول بأن هذا العقد القابل للاحتجاج به هو فقط من يخلف اثارا على الغير ، بل بالعكس ان الاحتجاج بالعقد هو الذي يخلف اثره¹ .

ثانيا: تفعيل الاحتجاج على الغير:

--يعتبر مبدأ الاحتجاج وسيلة لتحميل الغير مسؤولية اعتدائه على حقوق الاطراف في العقد ، لكن ليس من السهل القول مثل هكذا حكم بل يجب تقييد هذا المبدأ بشروط وذلك عن طريق اثبات العقد محل قيام المسؤولية فيوجد تصرفات قانونية لا تكون حجة على الغير بمجرد الابرام وهذا منطقي بل تستدعي ثبوت تاريخها وهناك من تستدعي تسجيلها واشهارها لكي تكون حجة على الغير .

1: ثبوت التاريخ:

ان الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل على واقعة قانونية بالطرق التي رسمها وحددها القانون فإثبات الحق هو إقامة الحجة عليه والحق بدون دليل هو والعدم سواء إذ لا فائدة من الادعاء أمام القضاء إذا كان المدعي لا يملك الحجة التي تجعله يصل إلى مبتغاه من الالتجاء إلى المحكمة ولما كانت الكتابة من أهم وسائل وطرق التعامل في العصر الحديث نظرا لما توفره للأطراف من ضمانات سواء من ناحية الاحتفاظ بها أو من إمكانية إعدادها مسبقا كدليل إثبات .

¹ مجدي سليمان ، نفاذ العقد ، جزء 2، المرجع السابق، ص235.

- فلقد اهتم المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة بتحديد الشروط الواجبة فيها وكذا تبيان حجيتها كدليل إثبات والطرق المقررة قانونا لدحض هذه الحجية¹.

لقد تناول المشرع الجزائري موضوع الكتابة كدليل إثبات في الباب السادس المتعلق بإثبات الالتزام من الكتاب الثاني المعنون بالالتزامات والعقود لك من المواد 323 إلى 332 من القانون المدني ولقد تناولها في

ثلاثة مواضيع رئيسية: - المحررات الرسمية 2- المحررات العرفية 3- المحررات الالكترونية

و لقد نص المشرع الجزائري على حجية العقد الرسمي في المواد 324 مكرر 5 إلى 324 مكرر 7 من القانون المدني ، إذ تنص المادة 324 مكرر 5 على أن : « يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطن .

2-حجية المحرر الرسمي

أ- فيما بين المتعاقدين :إن المحرر الرسمي يعتبر حجة ودليلا قاطعا على حصول التعاقد الثابت فيه ، ولا يستطيع ذوي الشأن أن ينكروا شيئا مما جاء به لا من حيث التوقيعات الموقعة عليه، ولا من حيث محتوياته ، ولا من حصوله أمام الموظف المحرر له إلا بالادعاء بحصول تزوير في البيانات التي تمت بمعرفة أو مشاهدة أو سماع الموثق شخصا ، أما فيما يتعلق ببطلان البيانات التي أثبتتها الموثق بناء على ما يقرره الخصوم له لكونه لا يمكن له التأكد منها شخصا وقت تحرير العقد وهي تخضع للقواعد المقررة في الإثبات دون الحاجة للطعن بالتزوير فيها ، وإثبات العكس يكون بالكتابة لأن إثبات ما يجاوز أو يخالف الثابت بالكتابة يكون بالكتابة بالنسبة للمتعاقدين طبقا لمبدأ توازي الأشكال

ب: حجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير

قد ينحصر الغير في كل من يضار أو يستفيد من المحرر ويعتبر المحرر الرسمي حجة عليه، بما دون فيه من أمور قام محررها في حدود مهمته ،

¹ فتحية صمات ، الغير والعقد ، المرجع السابق ، ص235 و VAN RYN ET LIMPENS.la responsabilite du tiers complice de la violation d une contrat REV civ.jur-belge 1951.p83.

أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا ، وهنا الغير هو الخلف العام أو الخلف الخاص الذي يتوجب عليه إذا ما ادعى عدم صحة ما ورد بتلك التصريحات ، أن يثبت ذلك بالطرق المقررة قانونا ، وقد يكون الغير الأجنبي ، وهو كل شخص من غير ذوي الشأن حجة عليهم ، وإذا أنكروا صحتها دون الحاجة إلى أن يثبتوا صحتها¹ .

وإذا رغب في إثبات عكس مضمونها فيكون بكافة طرق الإثبات ما عدا ما يذكر الموظف العام الرسمي أنه شاهده أو سمعه بنفسه عند تنظيم المحرر الرسمي، والتي لا يجوز إثبات عكسها إلا بالطعن بالتزوير فيها -أما فيما يخص حجية الكتابة العرفية ، وما أكثر هذا النوع من المعاملات التعاقدية الجاري العمل بها بين أفراد فهي الوسيلة السهلة والسريعة ونقص التكاليف والأعباء من رسوم وضرائب باهظة ، فالمشرع لا يتطلب توافر أي شكل في تحريرها ، والشرط الوحيد لصحتها أن تكون موقعة من أطراف العقد ، و أن يكون لها تاريخ ثابت حتى يمكن الاحتجاج بالنسبة للغير² .

3:حجية الورقة العرفية فيما بين أطرافه

أفصح المشرع الجزائري عن هذه الحجية في نص المادة 327 من القانون المدني الجزائري، والتي نصت في فقره الأولى على: « يعتبر العقد العرفي صادرًا ممن كتبه أو وقع أو وقع عليه بصمة إصبعه، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه » ، ويتضح من نص هذه المادة أن المحرر العرفي المكتوب أو الموقع أو من وضعت عليه بصمة الإصبع ممن هو منسوب إليه ، يحوز الحجية إذا اعترف صاحب التوقيع على المحرر العرفي بصدوره منه أو سكت ، ولم ينكر صدوره عنه صراحة كله أو بعضه ، ينفذ عندئذ التصرف الثابت في المحرر في حقه هو وخلفه العام والخاص .

¹ مقني بن عمار، الاحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطالان المحررات التوثيقية، دراسة في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر 2014، ص 251-258-محمدي سليمان، نفاذ العقد، المرجع السابق، ص 260.

² مقني بن عمار، الاحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطالان المحررات التوثيقية، دراسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 261.

و بالتالي عدم إنكار التوقيع ممن وقعه طبقا للقرار السالف الذكر هو إقرار ضمني بصدق جميع البيانات الواردة فيه ، بما في ذلك تاريخه باعتباره أحد البيانات الجوهرية والتوقيع المطلوب هو توقيع من تعتبر الورقة دليلا ضده.

أ-حجية الورقة العرفية من حيث التاريخ

-إن المحررات العرفية لها الحجية فيما تتضمنه من بيانات بين أطرافها أي على من صدرت منه وهو الشخص صاحب التوقيع ،فتؤخذ بمضمونها ،و تكون من حيث صدورها منه اذا اعترف بها بقوة الورقة الرسمية ، المادة 327 ق.م.ج، في حين لا يكون لها ذلك بالنسبة للغير إلا إذا كان لها تاريخ ثابت ، وعليه فاختلاف الحجية للمحرر العرفي بين الأطراف والغير نتناوله على النحو التالي:

1أ: حجية التاريخ بالنسبة لطرفي العقد إن التاريخ ليس إلا عنصر من المحرر العرفي ، وله الحجية على المتعاقدين شأنه في ذلك شأن باقي البيانات التي يتضمنها ، ولأي من أطرافه إقامة الدليل على عدم صحة ذلك التاريخ ، ويقع عليه عبء إثبات ذلك ، فبما أن المسألة هنا تتعلق بإثبات ما يخالف سنداً مكتوباً فإن الإثبات يكون بالكتابة ما لم يوجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

2أ- حجية التاريخ بالنسبة للغير ، إن المحرر العرفي لا يكون حجة على الغير إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ، فالتاريخ العادي الذي يدونه أطراف التصرف القانوني ليس له أثر على الغير ، ولا يحتج به عليه نظراً لأنه لم يشترك في تحرير المحرر ، ومن ثمة يستطيع الأطراف عن طريق تقديم التاريخ أو تأخيرته الإضرار بمصلحة الغير إذ أنه قد يصدر تصرف من شخص محجور عليه بسبب السفه ، ولكن يقدم تاريخه بحيث يبدو كما لو تم قبل قرار الحجر في مثال هذه الحالات لا يكون التاريخ المذكور في المحرر حجة على الغير ،¹ وأن التمسك بقاعدة ثبوت تاريخ المحرر العرفي ليست من النظام العام .

¹محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني للثبوت في المواد المدنية والتجارية ، دار الهدى ، الجزائر ، ط 2009 ، ص 72-73-76.

ومن ثم فإن القاضي لا يثيرها من تلقاء نفسه بل ينبغي التمسك من صاحب الشأن ، فإذا لم يتمسك الغير بتلك القاعدة كان التاريخ الثابت في المحرر العرفي حجة عليه ¹ .

-و على هذا الأساس لا بد من تحديد من هو الغير بالنسبة للمحرر العرفي . فلقد نصت المادة 328 من القانون المدني الجزائري على أنه : « لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ... » ، وعليه فهنا تحديد الغير لم يرد في نص القانون ولكنه يستفاد من اجتهاد الفقه وأحكام القضاء أنه لا يقصد به ذلك الشخص الأجنبي الذي يكون بعيدا عن التصرف موضوع المحرر العرفي وإنما يراد بهكل من يضار من الاعتداد بالتاريخ الثابت في المحرر العرفي ، وبداهة لا يعتبر من الغير المتعاقد نفسه ولو قام نائب بالتعاقد نيابة عنه ، وجاء فيما قاله الاستاذ صبري السعدي (المقصود بالغير في هذا الخصوص كل شخص لم يكن طرفا في المحرر العرفي ولا ممثلا فيه ، الممثل فيه هو الخلف العام والدائن العادي) يحتج عليه بهذا المحرر ويضار في حق ما تلقاه من أحد طرفي المحرر او بمقتضى القانون اذا ثبت صحة تاريخ المحرر العرفي في مواجهته وعلى ذلك يعتبر من الغير) ² .

ولهذا الخلف العام الذي مثله سلفه في المحرر والدائن الذي مثله مدينه هؤلاء ليسوا من الغير أطرافا في المحرر العرف أو كانوا ممثلين فيه بواسطة شخص آخر ، في حين يعتبر غيرا ويضار من تقديم التاريخ وتأخيرها في المحرر العرفي ، وبالتالي لا يسري في حقه إلا التاريخ الثابت فهو الشخص الذي تنصرف إليه تصرفات سلفه السابقة على تاريخ انتقال الحق إليه ، وهذا التعريف ينحصر في الخلف الخاص و الدائن الحاجز الذي يختص بعين معينة من ذمة مدينه ، ولهذا نتطرق إليهم على النحو التالي:

أ2: فالغير هنا هم

-الخلف الخاص: تسري في حقه تصرفات السلف إذا كانت سابقة على تاريخ اكتسابه لحقه ، أما إذا كانت هذه التصرفات لاحقة لذلك الاكتساب فلا تسري في حقه ، ونفس الشيء بالنسبة لمشتري العقار

¹ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني للاثبات في المواد المدنية والتجارية ، المرجع السابق ، ص 72-73-76-81.

² محمد صبري السعدي ، الاثبات ، المرجع السابق ، ص 81.

فيما يتعلق بعقود الايجار الصادرة من البائع على هذا العقار ، فلا تنفذ في مواجهة المشتري إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على البيع ، وكذا مشتري المنقول أيضا هو خلف البائع، فإذا قام البائع بإعادة بيع المنقول إلى مشتري آخر وتواطأ معه على تقديم تاريخ البيع إضرارا بالمشتري الأول فإن هذا البيع الثاني لا يحتج به على المشتري الأول إلا منذ ثبوت تاريخه ثبوتا قطعيا، وإلا يسري ذلك التصرف في مواجهة الغير .

- الدائن الحاجز: القانون يجيز للدائن اتخاذ بعض الإجراءات يترتب عليها أن يتعلق حقه بمال معين من أموال مدينه ، و حتى لا يضرار هذا الدائن من تصرفات مدينه الواردة على هذا المال فإنه يعتبر من الغير ، إذ لا تسري في حقه تلك التصرفات إلا إذا كانت ثابتة التاريخ وسابقة على الحجز ، ومثال ذلك إذا حجز الدائن على منقول مملوك لمدينه وتقدم شخص مدعيا أنه اشتراه لا يسري في حق الدائن الحاجز هذا الشراء إلا إذا كان ثابت التاريخ بشكل قطعي ، وكان تاريخه الثابت سابقا على تاريخ الحجز، أما إذا كان تاريخ الشراء غير ثابت أو كان لاحقا على الحجز فإنه لا يحتج به على الدائن الحاجز ، وبالتالي مواصلة إجراءات التنفيذ على الشيء المحجوز لبيعه واستيفاء حقه ، في حين نجد أن الدكتور أحمد أبو الوفاء له نظرة أخرى فيما يتعلق بحجية التاريخ بالنسبة للدائن الحاجز إذ يرى أحمد أبو الوفاء (أن الأصل في تصرفات المحجوز عليه غير ثابتة التاريخ قبل الحجز قد تمت بعد توقيع الحجز ، وهذا الفرض غير قابل لإثبات العكس حتى ولو كان المحرر يحمل تاريخا عرفيا سابقا على الحجز ، أما غير الحاجز من دائن المدين فإن تصرفه الذي يتم - ولو بعد الحجز - يسري وينفذ في حقهم .

الدائن المرتهن: إذا قام الدائن المرتهن على عقار المدين فلا تنفذ في حقه عقود الايجار العرفية التي ليست لها تاريخ ثابت قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية¹.

-الدائن الذي يرفع دعوى عدم نفاذ التصرفات: إذا رفع الدائن على مدينه دعوى بوليضية اضرار به، يعتبر من الغير بالنسبة لهذه الدعوى كون هذه الدعوى لايمكن رفعها الا اذا كان التصرف محل الدعوى لاحقا لنشوء حق الدائن .

¹ انور العمروسي ، العاوى التحفظية (تشريعا ، فقها ، وقضاء) دار محمود للنشر والتوزيع ، ص166.

ولما كان من المحتمل ان يقدم المدين تاريخ التصرف الى ما قبل نشوء الدين¹، فالمشرع حماية منه للدائن اعتبره من الغير فلا تنفذ في حقه التصرفات التي يجرها المدين الا اذا كان لها تاريخ ثابت على نشوء حق الدائن².

-و كملاحظة: يعتبر علم الغير وقت انتقال الحق اليه، او في حالة الدائن الحاجز من وقت توقيع الحجز بالتصرف المتعلق بالمال الذي انتقل اليه أو المال المحجوز عليه، هو سئ النية، و منه لا يستطيع ان يتمسك بعدم ثبوت تاريخه³.

ب:التسجيل والاشهار⁴.

-فالتسجيل يؤدي الى إعلام الغير بوجود الرهن على العقار لمصلحة المرتهن، مما يمكن المرتهن من مباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهة الغير.

ب-1 المحررات والعقود المتعلقة بالملكية العقارية:

-إن هذه التصرفات والعقود سواء كانت صادرة بإرادة منفردة كعقد الهبة أو باتفاق الطرفين كعقد البيع، وسواء تعلقت بأحد الحقوق العقارية المتفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع ومهما كان نوع التصرف ناقل للملكية أو منشئ أو مصرح أو معدل فلا بد من شهره بالمحافظة العقارية بهدف انتقال الملكية سواء كان ذلك بين الأطراف أو في مواجهة الغير طبقاً للمادة 16 من الأمر رقم 76/75، حيث ان نظام الشهر العيني له اثر من حيث نقل الملكية والحقوق العقارية (كحق الارتفاق والانتفاع وحق الاستعمال والسكنى).

¹ محمد صبري السعدي، الاثبات، المرجع السابق، ص 84.

² محمد صبري، نفس المرجع، ص 54.

³ قرار المحكمة العليا، 1992/03/25، ملف رقم 81688، اورده القاضي حمدي باشا، القضاء العقاري، في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة للطباعة والنشر، سنة 2003.

⁴ هو تسجيل: هو اجراء قانوني يفرضه القانون على كل التصرفات الرسمية الواردة على عقارات او على حقوق عينية عقارية، و يتمثل في دفع مصاريف مالية محددة، سلفاً موجب قوانين المالية والتسجيل، وتدفع لصالح الخزينة العمومية... والغرض من عملية التسجيل العقود الرسمية العقارية هو تمكين ادارة الضرائب من مراقبة ومتابعة جميع التحولات في الملكية الخاصة واعادة تقويمها وتحصيل الرسوم والضرائب المترتبة عليها... اعمار مقني، الاحكام القانونية، المرجع السابق، ص 170.

بين المتعاقدين وايضا في مواجهة الغير حسب المادة 793 م. جزائري. و هذا ما كرسه القضاء الجزائري ايضا¹.

ب2. كل القرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان موضوعه تأسيس البطاقات العقارية والخاضعة للإشهار العقاري:

-ويشترط أن تكون هذه الأحكام والقرارات صادرة عن جهات قضائية ومكرسة لحقوق عينية عقارية إما بتعديلها أو تغييرها أو بإزالتها ولا يمكن شهر هذه الأحكام إلا إذا كان هناك شهر مسبق لهذا العقار في البطاقات العقارية لتأسيس السجل العقاري، فالقانون ألزم كتاب الضبط بشهر هذه الأحكام والقرارات بالمحافظة العقارية، ولكن عمليا فإن عملية الشهر يقوم بها من صدرت الأحكام والقرارات لصالحه، حتى تكون سندا ناقلا للملكية. وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا .

المطلب الثاني : العقد حجة للغير

-لقد حدثت تطورات في مبدا نسبية اثر العقد ، فقد يجد الغير نفسه صاحب حق في عقد لم يكن طرفا فيه وحتى انه قد يجد نفسه ملزما بتنفيذ العقد الذي في الاصل لم يكن احد اطرافه ، كما انه قد يقيم دعوى على طرف العقد مطالبا اياه بالتعويض الذي لحقه من جراء تنفيذ العقد ، بحجة ان الغير ليس اجنبيا بالنسبة للاثر المادي الذي يخلفه العقد فيمكن أن يعارض الأطراف بتصرفهم معتمدا على مبدأ الاحتجاج ، لكن كان علينا قبل كل هذا تحديد من هو الغير الذي يمكن ان يتضرر في هاذ العقد ويحق له الإحتجاج به .

-إن الغير في نسبية أثر العقد ليس هو الغير في ثبوت التاريخ او التسجيل والشهر ، بحيث تعددت الفئات التي حولها المشرع امكانية الاحتجاج بالعقد واكسابهم حقا في العقد وهو ، الخلف الخاص ، الدائن المرتهن الشفيع ، الدائن العادي .

¹ قرار المحكمة العليا ، بتاريخ 1984/01/04. ملف رقم 31416. المجلة القضائية ، سنة 1989. العدد 01. ص 48.

الفرع الأول : فئة الغير في مسألة الاحتجاج بالعقد

أولاً : الخلف الخاص

-حجية العقد الثابت في سند رسمي من حيث التاريخ نصت المادة 324 مكرر 6 (يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم و ذوي الشأن).

و المادة 1319 من القانون م فرنسي على ان الورقة الرسمية تكون لها حجية بالنسبة للعاقدين وورثتهما وخلفهما كما نصت المادة 11 من قانون الاثبات المصري على ان المحررات الرسمية حجة على الناس كافة.

بما فيها بامور قام بها محررها في حدود مهمته ، والمادة 1/22 من قانون الاثبات العراقي فقد نصت على ان السندات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من امور قام بها موظف عام او شخص مكلف لخدمة عامة في حدود اختصاصه ، و يتبين ان لتاريخ العقد الثابت في سند رسمي حجة في مواجهة الخلف الخاص ولا يجوز له ان يطعن فيه الا بالتزوير ، ويجب ان يلاحظ ان الخلف الخاص في هذه الحالة لا يطعن بصحة العقد الثابت في السند الرسمي ولا ينكر صدوره من السلف ولكن هو يدعي ان الغير الذي تعاقد مع السلف قد قدم التاريخ حتى لا يكون نافذ في مواجهة الخلف الخاص فالعقد الثابت بسند رسمي يعتبر تاريخه حجة في حق الخلف الخاص الذي لا يجوز له ان يطعن به الا عن طريق التزوير¹.

-اذا كان السند العادي يحمل تاريخا معيناً فيفترض فيما بين الطرفين انه هو التاريخ الصحيح حتى يثبت العكس ، ولكن هل لهذا التاريخ ذات الحجية بالنسبة للخلف الخاص ؟ نصت المادة 1328 من القانون المدني الفرنسي ان المحررات العرفية لا يكون تاريخها حجة على الغير ، فالعقد يمكن ان يكون وسيلة اثبات عند حصول نزاع يمكن للغير اثارته لتعزيز حجته².

¹ عبدالامير جفات كروان موسى الشباني ، محاضرات منشورة في الموقع الالكتروني الرسمي لكلية الحقوق جامعة بابل العراق بتاريخ

2014/12/08 على الساعة 13:13:18. <http://uobabylon.edu.iq>

²² J.DUCLOS.opcit.lopposabilité permet uniquement d'exiger en justice du contrat pour puisse une information tandis que la force probante permet d'apprécier la valeur démonstrative de cette information.p56.

-و يجمع الفقه والقضاء في فرنسا ان الخلف الخاص مشمولاً بلفظ الغير الوارد في هذا النص بحيث لا يحتج عليه بالتاريخ العرفي الثابت بالورقة العرفية الامر الذي يترتب عليه عدم نفاذ اثر التصرف في حقه .
والحقيقة ان الخلف الخاص في ظل الق الم الفرنسي يعتبر من الغير على الرأي الراجح فلا ينصرف اليه اثر العقد الذي ابرمه سلفه الا بارادته الامر الذي يترتب عليه عدم وجود اهمية لشرط بثبوت التاريخ الا في الحالاتين :

1- اذا كان التصرف الذي يحتج به الغير على الخلف الخاص ، يتعارض مع الحق للخلف الخاص ذاته دون أي خدمته.

2- اذا كان التصرف الذي يحتج به الغير على الخلف الخاص ينصرف اثاره الى الأخير اذا كان ثابت التاريخ كما في الحق في الايجار المنصوص عليه في المادة 1743 مدني فرنسي¹.

-أما المشرع المصري المادة 15 من قانون الاثبات (لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها الا من ان يكون لها تاريخ ثابت).

-يذهب الفقه ويؤيده القضاء الى ان المشرع لم يشترط في انتقال اثر التصرف الى الخلف الخاص ان يكون لذلك التصرف تاريخ ثابت سابق على تلقي الخلف الخاص حقه على الشئ موضوع ذلك التصرف اكتفاء بثبوت علم الخلف الخاص بذلك التصرف وقت انتقال الشئ اليه أي ان اشتراطه هذا العلم جعله يستغني عن اشتراط ثبوت تاريخ التصرف الصادر من السلف ، ففي كل حالة يثبت فيها علم الخلف الخاص وقت تلقيه حقه بالتصرف الذي سبق صدوره من السلف بشأن موضوع هذا الحق ذاته يمتنع عليه التمسك بعدم ثبوت تاريخ ذلك التصرف بوجه رسمي².

فضرورة ثبوت تاريخ التصرف القانوني بوجه رسمي حمايه للخلف الخاص الذي يحتج عليه بهذا التصرف.

¹ F.TERRE.PH.SIMLER.droit civil.les obligations paris .daloz.7eme edition.1999.p1115.

² يوسف أحمد النواف، حجية المحررات الالكترونية في الإثبات، دار وائل للإشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2007، ص 20 و21.

بيد أن القضاء الفرنسي ذهب بخلاف ذلك بشأن نفاذ عقد الايجار في حق الخلف الخاص فقضى بعدم كفاية علم الخلف بهذا العقد ليكون له تاريخ ثابت وانما يجب ان يكون تاريخه رسمي بأحد الوسائل التي حددها القانون والتي جاء ذكرها على سبيل الحصر .

أما مسألة اثبات سوء نية الخلف الخاص او حسنها او بعبارة اخرى علمه او عدم علمه وقت تلقيه حقه بالتصرف من سلفه فلا يعدو ان يكون واقعة قانونية أي عمل مادي يجوز اثباته بكافة طرق الاثبات بما فيها البيئة والقرائن¹.

ثانيا: الدائن المرتهن

هو الذي يكتسب حقا عينيا وهو الرهن ،على العين التي تكون موضوع تصرف سري لا علم له به، سواء كان ذلك سابقا لتاريخ اكتساب الحق او لاحقا كأن يعيد البائع بيع عين كانت موضوع رهن سابق بواسطة عقد البيع الصوري فوضعية الدائن المرتهن بقطع النظر سواء كان عقده سابقا او لاحقا للعقد الصوري هي وضعية المشتري الثاني فيعد كالغير من وقت قيد الرهن بالنسبة لاحكام الشهر ،ويتمتع بالحماية القانونية ،فالدائن المرتهن هو غير بالنسبة للعقد الصوري الذي ابرمه معاقده مع شخص اخر وهي صفة تحميه من خطر الاحتجاج عليه بالاتفاق السري².

ثالثا: الشفيع

-الشفعة هي حلول الشريك محل المشتري في التملك بمبيع شريكه³، واذا اختلفت الاراء حول صفة الشفيع بالنسبة لعقد البيع المبرم، فان المشرع الجزائري في المادة 795 من ق م (يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الاحكام التي ينص عليها الامر المتعلق بالثورة الزراعية):

-مالك الرقبة اذا بيع الكل او البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

¹ J.GHESTIN.les obligations les effets du contrat .n314.opcit.p1213.

² عادل شمران حميد الشمري ،المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني،ص52. خليل أحمد حسن قداد، أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص وفقاً لأحكام القانون المدني المصري،رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق،1982،ص50.

³ أبركان، جهيدة، حق الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري،رسالة دكتوراه ، جامعة بجاية ،2015،ص5.

-الشريك في الشيوخ اذا بيع جزء من العقار المشاع الى اجنبي

-لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت الرقبة كلها او بعضها

-مالك الرقبة : اذا نزل المنتفع عن حقه لغير مالك الرقبة استطاع هذا المالك ان يكسب حق الانتفاع

بالشفعة ومن شروطها ان يكون هناك عقار مملوك لشخص قد رتب عليه حق الانتفاع الاخر فاذا باع

صاحب حق الانتفاع حقه كان لمالك العقار باعتباره مالكا للرقبة ان يشفع في حق الانتفاع المبيع

-الشريك في الشيوخ:فهو من فئة الغير وحتى يكون له الحق في المطالبة بالشفعة في بيع شريكه لابد من

توافر شروط ثلاثة: ان يكون البيع لاجنبي فان كان لشريك ثالث لم يجز اخذها منه بالشفعة

2-ان تكون ملكية العقار شائعة فاذا انتهت حالة الشيوخ بالقسمة لم يعد الشريك شريكا وانما اصبح

جارا فلا يكون له الحق في الشفعة الا عند طريق الجوار .

-ان يكون الشفيع شريكا في العقار الذي شئ منه فالشريك في حصة شائعة في جدار فاصل بين ملكه

والعقار المبيع لا يكون له الحق الاخذ بالشفعة لانه ليس شريكا ، على الشيوخ في ذات العقار المبيع¹ .

رابعا: صاحب حق الانتفاع :

يثبت الحق في الشفعة في المرتبة الثالثة لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت كل الرقبة المملوكة لهذا الحق او

بعضها فاذا كان العقار موزعا بين مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع وبيعت ملكية الرقبة او بعضها

فانه يكون لهذا الاخير ان يأخذ المبيع بالشفعة حتى يتجمع في يده عناصر الملكية ويصبح مالكا للعقار كله

او بعضه .

خامسا: الدائن العادي :

يعتبر من قبيل الدائنين الخلف الخاص ، فالدائن يعتبر من الغير باعتباره مهددا في حقوقه ، ولعل اكبر

مظهر من مظاهر اسناد صفة الغير للدائن العادي كان في اطار الصورية أي العقد السري .

¹ إسمهان فسيو . شروط الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري.مقال منشور في ،مجلة الشريعة والاقتصاد،العدد 3،ص 200.

إذ أن الدائن العادي الذي ليس له امتياز، فليس له سوى حق الضمان العام على مكاسب مدينه لذلك فهو لا يتأثر بالعقود التي يبرمها رغم انها يمكن ان تقلص من الذمة المالية لهذا الاخير.

فتقل حظوظه في استخلاص دينه، اما اذا كانت عقودا سرية فان الدائن العادي سيتضرر حتما اذا كان هدف العقد السري اخراج المكاسب المالية من ذمة المدين¹.

-وبالعودة لشروط احتجاج الغير بالعقد، فبالاضافة الى حسن نية الغير، يجب ان يكون هناك وجود للعقد.

-و لعل من شروط الاحتجاج ايضا هو عدم تنفيذ العقد، فصحيح ان الغير يتأثر بالعقد زمن التنفيذ فيكسبه حقوقا او يحمله التزامات وفي الجهة المقابلة فانه بعد تنفيذه يتأثر ايضا، وذلك انه بين مرحلة الابرام والتنفيذ يمكن ان تحدث مستجدات تنتهي بالعقد لعدم التنفيذ او الفسخ او الابطال وقد اكد المشرع على اهمية التنفيذ ذلك ان الغير غالبا لا يتأثر بعدم تنفيذ عقد لم يكن اساسا طرفا فيه.

-و بما ان وضعية الغير قد تطورت بالنسبة للعقد فالعلاقة بينهما اصبحت علاقة تأثر وتأثير، فالغير له مكانة في العقد وتنفيذه او عدم تنفيذه يؤثر في وضعيته القانونية.

فكما ان المتعاقدان ملزمان بتنفيذ العقد فيما بينهما، فانهما ايضا يقع على عاتقهما مسؤولية حماية حقوق الغير عند التنفيذ او عدم التنفيذ، وقد يكون عدم تنفيذ العقد كليا وعدم التنفيذ الجزئي ويكون للغير الاحتجاج بعدم تنفيذ العقد من قبل الاطراف بمطالبتهم بالتعويض جراء الاضرار التي تلحقه من وجود العقد والتي قد تكون قد مسته في شخصه او في ممتلكاته وذلك عن طريق قيام المسؤولية التقصيرية، فالمدين يحاسب على كل انتهاك مس سلامة الغير بسبب خطئه، أو في حالة انتهاك حقوق الغير الاقتصادية، الامر الذي يستدعي الاستعانة بخبراء لتحديد قيمة الضرر اللاحق بالغير، فمثلا استعانة الغير (المشتري الثاني) بخبير اقتصادي لتحديد قيمة الشئ المبوع فيشتريه الغير بالقيمة التي حددها الخبير.

¹ فتحية صماط، الغير والعقد، المرجع السابق، ص 340.

فظهر عيب او تبين ان قيمة الشئ المبيع لا تستدعي الثمن المحدد من الخبير فيقوم بالاستعانة بخبير ثاني والذي يقرر ان قيمة الشئ المبيع اقل بكثير من القيمة التي حددها الخبير الأول فالمتضرر يمكن له ان يرفع دعوة على الخبير الأول باعتباره ارتكب خطأ ويطلبه بالتعويض.

-يكون للغير ان يرجع على الطرف المعتدي المخطئ عن طريق المسؤولية التقصيرية للمطالبة بالتعويض او عن طريق دعوى الاخلال بالالتزامات التعاقدية التي تجاوزت شخص المتعاقدين لتلحق الضرر بالغير¹.

الفرع الثاني: صور حماية الغير في نظام الاحتجاج

-تتمثل هذه الصور في ، الفسخ والصورية والبطلان ، و التي ستدرس على التوالي:

أولا: نظام الفسخ

-يترتب على فسخ العقد زوال حقوق الغير كقاعدة عامة غير أنه تترتب استثناءات على هذه القاعدة العامة.

1-القاعدة العامة: زوال حقوق الغير

-القاعدة العامة التي تقضي بها نظرية الفسخ هي أن الأثر الذي يحدثه الفسخ لا يقتصر على المتعاقدين فقط وإنما يمتد ليشمل الغير أيضا إذ تتأثر حقوقه أيضا التي تكون قد انتقلت إليه من أحد المتعاقدين فتزول هي الأخرى كأثر لإعمال الفسخ، كذلك الحقوق التي رتبها المشتري للغير على الشيء المبيع .

فإذا اشترى شخص عين ثم باعها لآخر ورتب عليها رهن، ثم إن العقد الأول فسخ بعد ذلك، فهنا للبائع أن يسترد العين المباعة من المشتري الثاني خالية من الرهن أو من أية حقوق أخرى كحق الارتفاق، حق الانتفاع يكون المشتري قد رتبها على العين .

ويترتب على تطبيق هذه القاعدة العامة أنه لا يجوز للغير أن يحتج على الدائن بما رتبته العقد من التزامات تعاقدية، من قبل فسخه لأنه كما لا يجوز للغير وفقا للقواعد العامة إنكار ميلاد العقد لأول مرة.

¹ - يحيى بكوش . أدلة الإثبات في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي . المؤسسة الوطنية للكتاب . الطبعة الثانية . 1988 . ص . 122 بيل صقر ، مكار-ي نزيهة . الوسيط في القواعد الإجرائية و الموضوعية للإثبات في المواد المدنية . دارالهدى . الجزائر . 2009 . ص 85 . محمد حسن قاسم قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . لبنان، ص 188-189

فانه من جهة أخرى لا يجوز له إنكار انحلاله إذا ما تم وفقا لما يتطلبه القانون، بل يجب التسليم بهذا الانحلال ويكون بالتالي الفسخ حجة على الكافة غير أنه لكي تكون هذه القاعدة واجبة النفاذ وسارية المفعول من الناحية القانونية في مواجهة الغير في مجال الفسخ، يجب على المتعاقد الدائن الذي تقرر الفسخ لصالحه أن يبادر بمجر إيقاع الفسخ إلى تسجيل دعوى الفسخ، أو أن يؤشر بها وفقا لقواعد الشهر العقاري حتى لا يستطيع الغير أن يبدي في مواجهة حسن النية، ولا يعلم ما يتهدد العقد من أسباب الزوال¹.

2: الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة بالنسبة لحقوق الغير

إذا كانت القاعدة هي زوال العقد بأثر رجعي بالنسبة للغير فإن لهذه القاعدة استثناءات معينة، لأن هذه القاعدة لا يجب العمل بها بصفة مطلقة في مواجهة الغير، لأنه قد يكون من بين الغير من هو جدير بالحماية والرعاية من أثر فسخ العقد الخطير وخاصة عندما يكون من تعامل مع المتعاقد الذي فسخ العقد ضده حسن النية، ولا يعلم ما يتهدد العقد من أسباب الزوال وبناء على ذلك هناك حالات لا يتأثر الغير فيها بالفسخ الذي يقع بين الدائن والمدين ويمكن حصرها فيما يلي:

أ- حالة حيازة منقول بحسن نية:

يكون الغير في منأى من أثر الفسخ الذي يقع بين من تلقى منه هذا الحق على المنقول والمتعاقد معه شريطة أن يكون الغير حسن النية حتى تشمله حماية القانون، على أن قرينة حسن النية لا تعد وأن تكون قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها ولذلك كان يجب أن يكون الغير فعلا حسن النية حتى يمكن تطبيق القاعدة القانونية التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية، فهي قاعدة قانونية أساسية في هذا المجال واجبة لحماية الغير، وهو ما تقضي به المادة 385 من القانون المدني الجزائري والتي تنص: "من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان

¹ ضحى مثنى داود، فسخ العقد في القانون المدني، مقالة منشورة في مجلة كلية الراقدين، ص4، عبد المجيد الحكيم، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، مصادر الالتزام، ج2008، ص179-180... - أحمد أبو الوفاء، الاثبات في المواد المدنية والتجارية. الدار الجامعية للطباعة والنشر. سنة 1983 ص 93.

حسن النية وقت حيازه إذا كان حسن النية والسند الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتبار الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب ملكية الشيء خالية من هذه التكاليف والقيود العينية. والحياسة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقيم دليل على خلاف ذلك " طبقا لنص هذه المادة فإن حسن النية بالنسبة للغير إلى جانب السند الصحيح كاف لحمايته من أثر الفسخ، بصرف النظر عن فسخ سند التصرف. وعليه فمتى انتفى حسن النية انتفت الحماية القانونية للغير من أثر الفسخ، مثال ذلك:

أ أن يكون الغير يعلم بما يهدد العقد الذي يربط سلفه بمن تعاقد معه، فيكون في مثل هذه الحالة ليس فقط قد انتفت شرط حسن النية بالنسبة إليه يكون سئى النية، والقانون لا يحميه¹.
ب - حالة تقرر حق على عقار:

إن تطور الفكر القانوني وصل إلى حماية الغير الذي تقرر لصالحه حق على عقار من أثر فسخ العقد بأثر رجعي، ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ ونظمه في قانون إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري الجزائري الصادر بتاريخ 1975/11/12 في المادتين 15 و 16 منه بأن الشهر يعتبر وسيلة للاحتجاج بكل ما يتعلق بالحق من إنشاء أو نقل أو تعديل أو فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير وعليه وطبقا لهذه النصوص فإن الغير الذي تقرر له حق عيني على عقار، وكان حسن النية، وقام بشهر حقه طبقا لقواعد الشهر، لا يؤثر فسخ العقد على حقوقه، غير أن قرينة الشهر ما هي إلا قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها ، ومن ثم يمكن إثبات سوء نية الغير الذي قام بشهر حقه، كما لو قام به، وهو يعلم أن العقد الذي يربطه بمن قرر له هذا الحق يهدده الزوال عن طريق الفسخ.

وعليه فإن الغير الذي يقوم بشهر حقه وهو يعلم أن العقد يهدده الفسخ، أو قام بالشهر بعد تسجيل دعوى الفسخ، أو التأشير بها على هامش العقد،

¹ بسمة الجبالي، حماية الغير في العقد الباطل، رسالة ماجستير، كلية الحقوق تونس، 2003-2004، ص116.

لا ينجوا من أثر الفسخ وذلك لأن حسن النية يكون قد انتفى في جانبه، وبالتالي تنتفي الحكمة من حمايته المقررة قانوناً، إذ كان عليه أن يكون حريصاً على مصلحته بأن يرجع إلى ما هو مسجل أو مؤشر به في البطاقة العقارية¹.

ج- حالة ترتب رهن رسمي:

يحدث في الحياة العملية أن يرتب المشتري على العقار الذي اشتراه رهناً تأمينياً لدائن مرتين حسن النية يعتقد أن الملكية خاصة للراهن، غير مهددة بالزوال فإذا بالملكية تزول من سلفه لأن العقد الذي يربط المتصرف بالبائع قد فسخ، ففي مثل هذه الحالة لو أخذنا بالقاعدة العامة التي تقضي في مجال الفسخ بزوال العقد وما يرتبه من التزامات بالنسبة إلى المتعاقدين والغير معاً فان الدائن المرتهن، لن يكون له تأسيس على العقار.

ولذلك فإن التشريعات الحديثة نظمت حماية خاصة لهذا الدائن المرتهن، حتى يكون بمناجاة من أثر فسخ العقد الذي بين المتصرف والمتصرف إليه، وفي هذا الصدد نصت المادة 885 من ق.م.ج " يبقى صحيحاً لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته، أو فسخه، أو إلغاؤه أو زواله، لأي سبب آخر إذا ثبت أن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن ". وعليه وطبقاً لنص المادة 885 مدني جزائري، فإن الرهن الرسمي يبقى قائماً في حق الدائن المرتهن رغم فسخ العقد، ما دام أنه كان حسن النية وقام بتنفيذه قبل رفع دعوى الفسخ، إن حكم المادة 885 من ق.م.ج خاص بالرهن الرسمي وحده دون الرهن الحيازي الوارد في المادة 950 من ق.م.ج مما يجعل العقار الذي كان محلاً للرهن الحيازي العقاري يعود إلى صاحبه خالياً من تلك الحقوق بعد فسخ العقد، وهذا يؤدي إلى أن الحكم الوارد في شأن الرهن الرسمي بهذا الصدد حكم استثنائي لا يتوسع فيه.

¹ الهمامي رقية، المسؤولية المدنية الناجمة عن بطلان العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس، 2004، ص 42. بسملة الجبالي، حماية الغير في العقد الباطل، المرجع السابق، ص 120.

د- حالة الذي كسب حقا بموجب عقد من عقود الإدارة الحسنة:

-إن الغير الذي يتلقى حقا بموجب عقد من عقود الإدارة الحسنة لا يتأثر بفسخ العقد، فالقاعدة هي بقاء أعمال الإدارة الصادرة من المالك، الذي تقرر فسخ سند ملكية لصالح من تعامل معه بحسن نية، وذلك بهدف استقرار المعاملات بين الأفراد، فإذا كسب الغير حقا يتعلق بالشيء الذي ورد عليه العقد الذي فسخ وذلك بمقتضى عقد من عقود الإدارة، فإن حقه يبقى بالرغم من الفسخ، ولكن يجب أن يكون الغير حسن النية لا يعلم وقت التعاقد بها يهدد سند المتعاقد معه من أسباب الفسخ، فإذا كان المشتري الذي فسخ عقده قد أجر الشيء الذي اشتراه، فإن الإيجار يظل قائما لمصلحة المستأجر إذا كان حسن النية¹.

ه- حالة التملك بالتقادم:

قد يكتسب الغير حقا من الحقوق بموجب التقادم المكسب التي تقضي به المادتان 817 من ق.م.ج التي تنص " من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا، إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون إنقطاع "

والمادة 228 ق.م.ج التي تنص " إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشرة (10) سنوات ".

- ويترتب على التقادم المكسب أن فسخ العقد الذي قد يقع بين متصرف ومتصرف إليه لا يمس كإستثناء من القاعدة العامة حق الغير الذي اكتسب طبقا لقاعدة التقادم المكسب فإذا كانت قاعدة التقادم المكسب تحول دون سريان اثر الفسخ، فإن هذا لا يعني أن الدائن الذي حكم بالفسخ لصالحه بالفسخ

قد ضاع، لأن القانون حفظ له حقه، لما أجاز للقاضي أن يحكم له بالتعويض بناء على نص المادة 122 من ق.م.ج ذلك أن الاستحالة تشمل الاستحالة المادية والاستحالة القانونية .

¹ M.Dagot.la simulation en droit prive ;these ,preface de P.HEbroud.bibliotheque de droit privé ,tome 73paris ;L.G.D.J.N132.MOHAMED KAMEL CHAREFDDINE.les droits de tieres et les actes translatifs de propriété p328.op cit.

- غير أن هذه الاستثناءات السابقة البيان مهما تعددت فإنها لا تطغى على الأصل العام الذي وجدت من أجله نظرية فسخ العقد في القانون الحديث، وهو زوال العقد بعد فسخه بأثر رجعي، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير، وذلك حتى يبقى لهذه النظرية قوتها القانونية .

ثانيا: نظام الصورية

فاختصار فالاحتجاج بالعقد الصوري واقاراره من طرف المشرع هو جزاء للاطراف على تواطئهم ضد الغير ولعل افضل عقوبة لهما هو نفاذ العقد الصوري في حقهما وذلك بالاعتماد على نظرية الظاهر¹.

ثالثا: في نظام البطلان²

البطلان هو الجزاء على مخالفة شروط صحة وتكوين العقد فلا يرتب أي اثر قانوني فهو انعدام العقد بالنسبة للمتعاقدين والغير ، فيستفيد الغير من حماية المشرع له من قاعدة ارجاع الاطراف الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فكاستثناء مثلا في العقد الصوري الذي اصله باطلا لانعدام محله لكن يعتبر عقدا قائما بالنسبة للغير حسن النية.

¹ خليل جريج، نظرية الصورية، عدد 10، ص 23، ورد في كتاب نظرية العقد، لمحمد الزين، ومحمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، تونس 1980، ص 241-242.

² الفرق بين البطلان والفسخ البطلان، هو جزاء مدني يطال العقد بسبب تخلف ركن من أركانه (التراضي - المحل - السبب - الشكل في العقود الشكلية - التسليم في العقود العينية) أو اختلال شرط من شروطه (صدور الرضا من غير مميز - المحل والسبب غير ممكنين أو غير قابلين للتعيين أو غير مشروعين) الفسخ/ جزاء يطال عقد صحيح من الناحية القانونية (توفر الأركان والشروط) لكن تخلف أحد أطراف العقد عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

الفصل الثاني: الوسائل القانونية لتفعيل حماية الغير على ضوء بعض العقود و نظام المسؤولية

-إن الحماية القانونية للغير لا ترقى أن تكون قاعدة عامة في القانون المدني و إنما هي استثناء قد يقع على النظم ذات الأثر الرجعي كالبطالان و الفسخ و العقد الموقوف ، و قد يقع على بعض المبادئ المستقرة في القانون الوضعي كمبدأ سلطان الارادة و مبدأ اثار العقد و سريان التصرف القانوني ، وفضلا عن الطبيعة الاستثنائية للحماية فانها تركز على مفهوم محدد لحسن النية مما يجعلها متميزة¹.

-لقد ميز الفقه ، بين الغير و الطرف في مجال القانون المدني كما سبق التطرق اليه في الباب الأول من الرسالة ، حيث يعتبر الطرف في العقد هو من وقع العقد بارادته أما الغير فهو كل شخص أجنبي عن العقد لا تنصرف اليه الالتزامات المترتبة عنه ، ويمكن ان يكتسب حقوقا مع بقاء مصطلح الغير في حالة غموض ، نظرا لتعدد مواقعه في مجال المنازعات .

-ويستثنى منه كل من المساهمين في شركة المساهمة ، الى جانب حملة شهادات الاستثمار ، العمال باعتبارهم خاضعين لنظام قانوني اجتماعي خاص بهم ، الدائنين الشخصيين ، أيضا بسبب عدم امتلاكهم أي حق على أموال الشركة التي تعتبر الضمان العام لدائنها دون غيرهم .

-فيمكن حصر الغير الذي تكون له حماية في القانون التجاري بأنه كل متعامل مع الشركة التجارية و كل الأشخاص المذكورين انفا .

-غير أن مصطلح الغير في القانون التجاري مختلف كلياً عما هو في القانون المدني ، فله معنيين ، تعريف واسع و هو كل من تربطه علاقة قانونية أو تجارية بالشركة ، فيشمل الغير في هذه الحالة ، كل من الزبائن و الموردين و المقرضين و كل مؤجر أو مستأجر لعقارات أو منقولات ، كما يعتبر العمال من بين دائني الشركة التجارية ، بالاضافة لكل من حملة السندات و حملة شهادات الاستثمار .

¹سعودي حسن سرحان، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية ، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، المتحدة للطباعة، مصر، 1999، ص61.

-و في معناه الضيق، هو كل متعامل خارجي عن الشركة سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، يتمثل في كل زبون أو مقرض مورد، مؤجر أو مستأجر الى جانب حملة السندات، وكل دائن للشركة¹.

-لا تقتصر حماية الغير في القانون الخاص و انما تتعداه في نطاق القانون العام، ولكن بصورة مخالفة لما هي عليه في القانون الخاص، بسبب أن طبيعة القانون الخاص التي تمثل المجال الخصب التي تتشابه فيه العلاقات الفردية بعضها ببعض الاخر على نحو يؤدي بالقاضي ترجيح في بعض الاحيان مركز الغير مع مركز الطرف، على عكس القانون العام فان احتمال بروز التنازع في المراكز القانونية، بأقل بكثير مما هو عليه في القانون الخاص نظرا لاعتبار الدولة طرفا في العلاقات القانونية التي يحميها القانون العام، و على الرغم من ذلك فان فكرة حماية الغير حسن النية وجدت لها سبيلا في القانون العام و بالتحديد في القانون الاداري و في قانون العقوبات أي في مجال المسؤولية الجنائية².

و عليه سوف نقوم بالتطرق في هذا الفصل الى حماية الغير في بعض العقود والمتمثلة في العقد التجاري والعقد الاداري، و في المبحث الثاني الى حماية الغير في نظام المسؤولية بنوعها المدنية والجنائية .

¹ زكري ايمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2016.2017، ص6. و Farag. Hmoda, La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés ,thèse en vue de l'obtention du titre de doctorat en droit privé, université de franchecomté, France, 2013, P 17.

² حسان المجالي فارس المجالي، حماية الغير الحسن النية في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 30-31.

المبحث الأول: حماية الغير في العقود التجارية والادارية

-لقد سبق وان تطرقنا الى دراسة الغير في العقد المدني وذلك بتخصيص مكان كبير له في هذا البحث حيث انه ظهر في العقود والمنازعات المدنية كأساس ، لكن مع التطور الاجتماعي وجد الغير مكانا له في العقود التجارية (المطلب الأول) وفي العقد الاداري (المطلب الثاني)

-حيث يعد مصطلح الغير من اقدم المصطلحات القانونية ، فنجد الرومان قد استعملوه ووضعوه له اثار قانونية ، وما ان ظهر هذا المصطلح في جل القوانين فنجد في القانون الفرنسي القديم ثم اخذت به المجموعة القانونية الفرنسية ، ونجد ان المشرع الجزائري قد اخذ بما سار به التشريع الفرنسي ، كما اننا وجدناه في ميدان القضاء والذي ورد في عدة اجتهادات قضائية ، ولكن بقي هذا المصطلح يحمل غموضا في معناه ولم يضبط تعريفه ، خاصة انه وجد في جل الميادين وانواع العقود ، سوف نحاول في هذا المبحث توضيح معناه في العقود التجارية والعقود الادارية بحكم انه مجال خصب لحماية تعاملات الغير في هذه العقود ، و نزع فكرة دراسة الغير كفكرة عامة شاملة فحاولنا تحديد معنى الغير الدقيق في هاذين العقدين .

- إن نية الاشتراك هي الفاصل لتكييف العقد ، من هذه الفكرة كان للمجال القانوني دور في تحديد الحقوق ومحاولة اقامة التوازن بين مختلف المراكز القانونية الناشئة عن عقد الشركة خاصة حقوق الغير ، لذلك وضع المشرع حماية للغير في مجال المعاملات التجارية وذلك لاستقرارها وحماية النظام العام الاقتصادي ،

-وفيما يخص العقد الاداري فهو لا يختلف في مفهومه العام عن العقد المدني الذي يبرمه الافراد فيما بينهم فأساسه هو توافر الارادة والاركان من رضا ، محل ، وسبب ، وشكلية ، فالفارق بينهما هو نظام القانوني الذي يخضع له كل منهما ، باعتبار ان الارادة هي التي تبرم العقد لانها صاحبة السلطة العامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا تتوافر للمتعاقد معها.

-فهذا الاختلاف عن العقد المدني في صورته المبسطة انه يجعل مصالح الطرفين متساوية ومتوازية فوجب علينا اظهار حماية الغير كطرف ضعيف في العقد الاداري .

المطلب الأول : حماية الغير في القانون التجاري

-تصدر مواضع القانون التجاري العقد التجاري وهو من اشهرها عقد الشركة ، حيث ان هذا العقد في اول الامر كان فكرة جاءت منذ القدم كانت في صورة تعاونه مع افراد اسرته والعشائر مع بعضها ، ما يعني ان عقد الشركة هي نتاج تطور الفكر الانساني عبر التاريخ¹.

لقد اعطيت للشركة التجارية في العصر الحديث بأهمية كبيرة لدورها المميز في عملية النهوض الاقتصادي.

-بحيث بكثرة وجود الشركات التجارية كثر التعامل معها من طرف الغير ، وان الغير لا يتعامل مع الشركة مباشرة كونها شخص معنوي بل مع نائبا ، الامر الذي يقتضي من الغير ان يتأكد من انه يتعامل مع من يمثل الشركة ويملك سلطة التصرف نيابة عنها في الحقيقة والواقع .فاذا لم تكن ثمة نيابة اصلا او انقضت او جاوز ممثل الشركة حدود سلطته ، فان العمل الذي يقوم به من يتقدم للتعامل بهذه الصفة لا يكون نافذا في جانب الشركة .

-ليس من المعقول ان نطالب الغير المتعامل مع الشركة بان يطلع على السجل التجاري او من ان يطالع العقود المشهورة في كل مرة يتعاملون فيها مع ممثلها ، خاصة وان المعاملات التجارية معروفة بسرعتها لا تترك الوقت للتدبر والتحقق مع من يتعامل².

¹ اعتبرت الشركة كنظام قانوني منذ العصور الوسطى عندما زاد النشاط التجاري في الجمهوريات الايطالية . حيث ظهر ما يسمى بالشركات العامة بحكمها كقانون مستقل عن الشركاء ، يقوم على فكرة المصلحة المشتركة للشركاء التي يعتبر نواة فكرة الشخصية المعنوية التي تتمتع بها الشركات حاليا د ، نادية فوضيل ، احكام الشركة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية بن عكنون ، ط. 2002، ص192.

² علي حسن يونس ، الشركات التجارية ، دار المعرفة للنشر ، ط1 لسنة 1991، ص503.

فقد اجتمع الفقه والقضاء ، مع المشرع لوضع مبدأ لحماية الغير الحسن النية للمتعاملين مع الشركات اعتمادا على الوضع الظاهر ويعني ذلك اعمال اثر التصرفات التي اجراها ممثل الشركة سواء كان مدير الشركة او رئيسا لها او احد وكلائها او الموظفين بها .

والزام الشركة بها ولو كان من يمثل الشركة فيما لا يملك سلطة التصرف نيابة عنها او كان التصرف صادرا بالتجاوز لسلطه مصدره او لم تتبع بشأنه الاجراءات المقررة قانونا ، وذلك بإقرار قاعدة رعاية الغير المتعاملين مع الشركة الذين اطمأنوا الى الظاهر وكفالة الاستقرار اللازم¹ .

استوجب علينا التطرق الى من هو الغير بالنسبة لعقد الشركة في الفرع الأول وماهي مظاهر حمايته في فرع ثاني .

الفرع الأول: تحديد مفهوم الغير في القانون التجاري

- نجد ان اهتمام الفقه والقضاء والقانون حول مسألة الغير في العقد قد حظيت بدرجة كبيرة من الاهتمام لكن رغم هذا فان مفهوم الغير بقي غامضا وهذا بسبب الفراغ التشريعي حول تحديد مفهوم واضح له مما ادى الى حدوث اختلاف في تحديده² .

و بالعودة الى اصول الغير فنجد انه ظهر في قواعد القانون المدني الامر الذي تمت دراسته في الباب الأول من هذه الرسالة ، لكن المقصود هنا ليس الشخص الاجنبي عن التصرف او العقد ايا كان بل ان المقصود بالغير في هذا المقام هو ذلك الشخص الذي تعامل مع ممثل الشركة الظاهر أي هو الطرف في التصرف المبرم مع الشركة عن طريق ممثلها وهو وفقا لهذا المنطلق هو اجنبي عن التصرف او الواقعة التي خلقت او هيأت او ساهمت في خلق الوضع الظاهر³ .

¹ سعودي حسن ابراهيم سرحان، المصادر الارادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية المواريثي، مؤلف مشترك، مكتبة الجامعة، إثراء للنشر والتوزيع، الشارقة-عمان، 2011، ص2.

² زكري ايمان ، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة ابي بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، لسنة 2016/2017، ص4.

³ نعمان محمد خليل جمعة، اركان الظاهر كمصدر للحق ،، سنة 1977، ص171.

و هو في مفهومه الواسع: كل من تربطه علاقة قانونية او تجارية بالشركة ، فيشمل الغير في هذه الحالة كل الزبائن والموردين والمقرضين وكل مؤجر او مستأجر لعقارات او منقولات ، كما يعتبر العمال من بين دائني الشركة التجارية بالإضافة لكل من حملة السندات وحملة شهادات الاستثمار .

كما يمكن ان يكون من بين الاشخاص المنتمين لطائفة الغير حملة الاسهم في شركة المساهمة الذين تتشابه وضعيتهم مع الغير ¹.

-أما المعنى الضيق هو كل متعامل خارج عن الشركة سواء كان شخص طبيعي او معنوي أي كل زبون ومقرض ومورد ومؤجر او مستأجر الى جانب حملة السندات وكل دائن للشركة وهو كل متعامل مع الشركة التجارية وكل متعاقد الدائنين الشخصيين للشركة في حالة تمسكهم بحقهم على اموال مدينتهم الشريك في الشركة وذلك عن طريق رفع دعوى غير مباشرة ².

-ما يستثنى من كونهم غير في عقد الشركة: كل المساهمين في شركة المساهمة الى جانب حملة الاستثمار والعمال باعتبارهم خاضعين لنظام قانوني اجتماعي خاص بهم ، يجعل مركزهم القانوني بعيد كل البعد عن المركز القانوني لدائن الشركة .

الفرع الثاني : أساليب حماية الغير في العقد التجاري

-يعد مبدأ حماية الغير في المعاملات التجارية من المبادئ الأساسية ، و خصه المشرع بقواعد لضمان وتزويد واعلام الغير بالمعلومات التي تكفيه ، فليس للحقوق التي يتمتع بها الغير في الشركة أي قيمة اذا لم يكن الغير على بينة من امره ، وبوضع المشرع للقواعد الحامية للغير يكون هناك ضمان للاستقرار والنشاط التجاري وحماية النظام العام الاقتصادي.

¹ فبالرغم من كونهم شركاء الا انهم قد يجهلوا الكثير من امور الشركة خاصة المتعلقة بصحة اجراءات التأسيس في شركة المساهمة ، فقد يكون من بين الشركاء من لا يعرف عن الشركة الا اسمها ، زكري ايمان ، المرجع نفسه ، ص5.

² Le Lamy des societes commerciales.dalloz.france.2013.p737 و المرجع نفسه الصفحة نفسها

وإذا ما فرقنا بين الحماية التي وضعها المشرع للغير في القانون التجاري بالحماية التي يتمتع بها الغير في قواعد القانون المدني نجدها متعددة ومتنوعة، فهذه الامتيازات تساعد على زرع الثقة في التعاملات التجارية وبها يصبح تدفق الاموال وكثرة الحركة في الاسواق، لذا اصبح مبدا حماية الغير من الغايات والادوات الاستراتيجية لاستقرار المراكز القانونية .

ولعل انجح وسيلة هي تكريس فكرة الشفافية التي بها يستطيع الغير معرفة مع من يتعاقد فيكون في امان وايضا وسيلة الشهر التي تمس القواعد والتي من شأنها المحافظة على هذه الحقوق¹.

-ويكون توفير هذا الاعلام في اول مرحلة أي قبل التعاقد وهي مرحلة تكوين وتأسيس الشركة (اولا) ثم تليها مرحلة نشاط الحركة (ثانيا) ثم مرحلة انقضاء الشركة (ثالثا)

-أولا: حماية الغير اثناء تكوين الشركة

-لكي يعتبر عقد الشركة صحيح لا يكفي توافر الاركان الموضوعية العامة المتمثلة في الرضا المحل السبب والتي تجتمع فيها سائر العقود الاخرى وينبغي زيادة عن ذلك توافر الاركان الخاصة لعقد الشركة والتي تميزه عما قد يشتهر به من عقود، ما اكدته المادة 416 من القانون المدني الج الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين او اعتباريان او اكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل او مال او نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج او تحقيق اقتصاد او بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة) كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك .

نستنج من هذه المادة الاركان الخاصة والتي تتمثل في :

1- اشتماع شخصين طبيعيين او معنويين او اكثر

2- مساهمة كل منهما بحصة في رأس مال الشركة

¹ كمال بقدار، مظاهر حماية الغير للشركات التجارية وفق للقانون الجزائري، مجلة منشورة في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية السنة 7 المجلد 2، العدد 28، لسنة 2015، ص 158.

3- نية الاشتراك او نية التعاون عن طريق قبول اخطاء معينة وما يتبع ذلك من وجوب اقتسام الارباح الخسائر بين الشركاء بهذه الاركان يكون عقد الشركة قد انعقد صحيحا ورتب اثرا وهو الشركة التي تتمتع باستقلال ذاتي وشخصية قانونية متميزة .

-ان الغاية من انشاء شركة تجارية هو انجاز المشاريع الاقتصادية وهذا يتطلب توفر موارد مالية كافية لقيام هذه الشركة التجارية فلا يمكن ان نتصور قيامها الا بمساهمة كل الشركاء بتمويلها بالموارد المالية عن طريق تقديم حصص لها¹.

إذ لا يمكن للشركاء الإحتفاظ بكل الحقوق على اموالهم وانما يجب عليهم تخصيص بعض عناصر ذممهم المالية لاستغلال المشروع الاقتصادي الذي يحدده نظام الشركة التجارية ، وتقديم كل شريك لحصته التي التزم بها اتجاه الشركة يعتبر ضمان رئيسي لدائني الشركة حيث يمكن لهم مطالبة الشركاء مباشرة الشركاء مباشرة الوفاء بحصصهم او بما تبقى منها في حالة الوفاء الجزئي².

-بالإضافة إلى الأركان المذكورة سابقا نجد أن المشرع الجزائري قد اشترط في عقد الشركة ان تكون بكتابة رسمية واشترط وجوب شهر العقد وذلك حماية للغير بإعلامه وليكون على دراية كافية بهذا الشخص المعنوي طبقا للمواد 417 من ق م ج و 548-549 من ق ت ج .

-من هنا يتبين لنا ان المشرع قد وضع في مرحلة التكوين حمايتين ، الحماية المتمثلة في رأس مال الشركة (1) والحماية المتمثلة في ركن الشكلية (2) و الشهر (3) سنقوم بالتطرق اليها على التوالي .

1-حماية الغير من خلال رأس مال الشركة

-لقد ضبط المشرع عقد الشركة بقواعد قانونية امرة بهدف حماية الغير من تبعات المخاطر المالية خاصة في نطاق الشركات التي تقوم على قاعدة المسؤولية المحدودة ،فخص المشرع حماية الغير باحكام تشريعية فما يميز شركات الاشخاص عن شركات الاموال هو ان ذمة شركات الاشخاص كشركة التضامن

¹ سلام حمزة ،الشركات التجارية ، الجزء الأول ،دار هومة ،لسنة 2015،ص193-140.

² A. Archilla, La protection des tiers dans le droit des sociétés, revue trimestrielle du droit commerciale, , centre montpellierain du droit de l'entreprise page 44,

تكون مخصصة للوفاء بحقوق دائني الشركة الذي لم يقرر لهم حق خالص على اموالهم والذي يعطيهم الاولوية في استيفاء حقوقهم دون مزاحمة باقي دائني الشركاء الشخصيين ، غير ان دائني شركة التضامن التي هي من شركات الاشخاص يكون لهم زيادة على ذلك ضمان عام على اموال الشركاء الذين يسألون عن ديون الشركة والتزاماتها مسؤولية شخصية وتضامنية حسب ما نصت عليه المادة 551 ق ت ج¹ .

-بينما نجد ان رأس مال شركات الاموال كشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة يعتبر الضمان الوحيد لدائنها ، ويستثنى من ذلك الحصص بعمل التي لا يمكن ان تصلح كضمان لدائني الشركة لانها غير قابلة للتقويم ولا يمكن ان تكون محلا للتنفيذ الجبري ، والسبب يرجع الى ان صاحب هذه الحصص لم يتعهد بتقديم عمله للدائنين وانما تعهد بتقديمه للشركة ولباقي الشركاء فقط ولهذا يرى جانب من الفقه بأنه لا يمكن للشريك في شركات الاموال بصفة عامة ان يقدم سوى الحصص العينية والنقدية لكونها الضمان الوحيد لدائنها ، فلرأس مال الشركة التجارية اهمية كبرى فهو جوهرها وقلبها النابض ، فليس لها الحق في اقتراض كل الاموال التي تحتاجها لتحقيق الغرض الذي انشأت من اجله بل لابد من مساهمة كل الشركاء في تكوين رأسمالها عن طريق الزامهم بتقديم الحصص اليها².

-فيجب على الشركة دائما ان تحتفظ بموجوداتها لا تقل عن قيمة رأس مالها الذي بدأت ها حياتها ، فاذا كانت هذه الموجودات تعد بمثابه ضمان حقيقي لدائنها فان رأس مالها يظل الحد الادنى لهذا الضمان مما لا يجوز المساس به بأي حال من الأحوال.

-و نستنتج انه لا يجوز وفقا للقانون الجزائري ان يقل رأس مال شركة المساهمة عن خمسة ملايين دينار جزائري ، اذا لجأت الشركة علانية للادخار ومليون دينار في حالة ما اذا لجأت الى طريقة التأسيس المغلق وفقا للمادة 566 ق ت ج.

¹ فتات فوزي ، الضوابط القانونية للوفاء بالحصص والتصرف فيها في الشركات التجارية في القانون الجزائري لمرجع السابق ، الجزائر-ديوان المطبوعات الجامعية، 7200 ص104.

² عزيز العكيلي ، الوسيط في الشركات التجارية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2006، ص159.

لقد حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي في تحديد الحد الأدنى لرأس مال الشركة في شركات الاموال وهذا حماية للغير المتعامل معها .

-أما بالنسبة للحد الأقصى لرأس مال الشركة فلم يشترط المشرع حدا أقصى للشركة ذات المسؤولية المحدودة ، حتى لا تتألف شركة مبيرة في هذا الشكل الذي قصد المشرع قصره¹.

سوف نذكر الحمایات التي قررها المشرع للغير المتعامل مع مختلف انواع الشركات كالآتي :

-عدم جواز تقديم حصة العمل في شركات الاموال ، من ذلك ما نصت عليه المادة 567، ق ت ج المنظمة لأحكام شركة ذات المسؤولية المحدودة، ولعل السبب في المنع هو المحافظة على مصلحة الدائنين المتعلقة برأس مال الشركة والاكنتاب الكلي فيها ، اصف الى ذلك عدم قدرة الدائنين على تعقب هذه الحصة عن طريق التنفيذ العيني عليها ، الامر الذي يؤثر تأثيرا كبيرا وبالغا على الضمان العام الخاص بهم زيادة على صفة الشخصية لحصة العمل والتي تتعارض مع الاعتبار المالي².

-الوفاء بالأسهم العينية بكاملها عند تأسيس شركة المساهمة ، ذلك ما تقضي به المادة 596 ق ت ج ، ونفس الحكم التشريعي يتم الاعمال به كذلك في نطاق شركة التوصية بالاسهم وفقا لنص المادة 3/715 ق ت ج ، وايضا في شركة ذات المسؤولية المحدودة اذ نصت المادة 567 على انه (يجب ان يتم الاكنتاب بجميع الحصص من طرف الشركاء وان تدفع قيمتها كاملة سواء ان كنت الحصص عينية او نقدية ...)

-الوفاء بقيمة الربح على الاقل من قيمة الاسهم النقدية عند الاكنتاب على ان يتم الوفاء بالباقي دفعة واحدة او على دفعات في اجل لا يتعدى 5 سنوات اعتبارا من تاريخ قيد الشركة في السجل التجاري وفقا لاحكام المادة 596 ق ت ج ،

¹ محمد فريد العربي ، الشركات التجارية (المشروع التجاري الجامعي بين وحدة الاطار القانوني وتعدد الاشكال) دار الجامعة الجديدة ط2004، ص31.

² علي العريفي ، شرح القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، مصر ، ص 135.

مع الملاحظ ان المشرع في نص المادة 715 مكرر 52 من ق ت ج نص على قاعدة مفادها انه اذا كانت الاسهم النقدية غير مسددة القيمة كلية عند الاكتتاب اشترط ان تكون اسمية بهدف تمكين الشركة من معرفة المساهم الملزم بتسديد الجزء المتبقي¹.

-على خلاف شركة المسؤولية المحدودة ، حيث اشترطت المادة 576 ق ت ج ان تدفع قيمة الحصص العينية والنقدية كاملة بداية من تأسيس الشركة .

-إن الأسهم لا تكون قابلة للتداول الا بعد قيد الشركة في السجل التجاري وفقا لمحتوى نص المادة 715 مكرر 1/51 ق ت ج .

-فرض المشرع المسؤولية التضامنية بين المالك السابق والمالك الحالي عن الوفاء بالجزء المتبقي ذلك ما أشارت إليه المادة 15 مكرر 48 ق ت .

-تحديد الحد الأدنى لرأس المال الى درجة لا يجوز النزول عنه وفقا لأحكام المادتين 566 و594 ق ت .

-في حال خسارة الشركة ذات المسؤولية المحددة ثلاث ارباع من رأس المال الزمت المادة 2/589 ق ت ج اشهر القرار المتخذ من طرف الشركاء في هذا الشأن في صحيفة متعمدة لتلقي الاعلانات القانونية في الولاية التي يكون مركز الشركة تابعا لها ، وايداعه بكتابة ضبط المحكمة التي يكون هذا المركز تابعا لها وقيد بالسجل التجاري .

-أما بالنسبة لشركة المساهمة فان المادة 715 مكرر 20 ق ت الزمت مجلس الادارة أو مجلس المديرين باستدعاء الجمعية العامة غير العادية لاتخاذ القرار المناسب في هذا الشأن ، سواءا بالحل او بالتخفيض ، في كلتا الحالتين يجب ان تنشر اللائحة المصادق عليها من الجمعية العامة وفق لمقتضيات نص المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 438/95 المؤرخ في 12/23 . المتضمن تطبيق احكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات.

الزم المشرع ذكر هذا المبلغ على جميع المراسلات والفاترات في التعامل مع الغير¹.

¹ حلوش فاطمة امال ، حق المساهم في التصرف في اسهمه في شركة المساهمة ، رسالة دكتوراه ، جامعة بلعباس ، الجزائر ، ص 135.

- ايداع الاموال الناتجة عن تسديد قيمة الحصص لدى مكتب التوثيق وتسلم الى مدير الشركة بعد قيدها في السجل التجاري، وفقا لاحكام المادة 567 ق ت الخاصة بشركة ذات المسؤولية المحدودة، اما شركة المساهمة فأضاف المشرع وفق التعديل الحاصل على المادة 598 ق ت عبارة (او لدى مؤسسة مالية مؤهلة) علما ان هذه المادة كانت محررة في السابق (ان الاموال الناتجة عن الاكتتابات النقدية وقائمة المكتتبين مع ذكر المبالغ المدفوعة من كل واحد منهم تكون موضوع ايداع بمكتب التوثيق).

- تطبق قواعد المسؤولية التضامنية في حق الشركاء عن الفرق بين قيمة الحصة العينية المقررة والقيمة الحقيقية طيلة مدة 5 سنوات اتجاه الغير وذلك اثناء مرحلة التأسيس، استنادا على احكام المادة 2/568 ق ت، و اساس قواعد هذه المسؤولية في هذا الاطار هو النص القانوني الذي اوجب على الشركاء الالتزام بالضمان بقيمة رأس المال ومطابقته للحقيقة².

- أما بعد مزاولة النشاط التجاري، فان المادة 2/574 هي التي تولت اعطاء الحكم القانوني في ذلك ولعل السبب الذي دفع المشرع الى التنصيص على مثل هذا الضمان القانوني، هو ضعف الائتمان الذي تقوم عليه هذه الشركات، وذلك انطلاقا من مبدأ المسؤولية المحدودة، فضلا عن ضعف الحد الأدنى لرأسمال هذه الشركات، بهدف توليد الثقة والطمأنينة لدى الغير، من خلال سلامة رأسمالها.

- بل أكثر من ذلك لم يقف المشرع عند هذه الحماية فقط، بل فرض اجراءات موضوعية واخرى شكلية تخص مسألة الزيادة في رأس المال علما ان الزيادة في رأس مال شركة المساهمة من اختصاص الجمعية العامة غير العادية بناء على تقرير مجلس الادارة او مجلس المديرين وفقا لاحكام المادة 691 ق ت.

وخلصته أن الزيادة في رأس المال ما هي في الاساس الا صورة من صور التعديلات التي يمكن ان تدخل على عقد الشركة وتعد هذه المسألة تعديلا لاحد بنود الأساسية لا يسمح القانون بإجرائه الا وفق اجراءات.

¹ فتيحة يوسف عماري، السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية التقصيرية عن الأخطاء غير الحية في القانون المدني الجزائري، جامعة الجزائر 1، سنة 2005، ص 31.

² سميحة قليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة للنشر والتوزيع ط1 لسنة 2018، ص 417.

امرة تهدف بالدرجة الاولى الى حماية مصلحة الشركاء وحقوق الغير في ان واحد باعتباره ممثل سبب من اسباب تقوية الضمان العام¹.

2-الشكلية:-لقد نصت المادة 418 من القانون المدني (يجب ان يكون عقد الشركة مكتوبا والا كان باطلا كذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات اذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد)كما تنص المادة 1/545 ق ت (تثبت الشركة بعقد رسمي والا كانت باطلة).

و الغاية من الكتابة هي النتائج المستوحاة من هذا العقد باعتباره عقد يولد شخصا معنويا له علاقة مباشرة مع الغير الذي يجب عليه معرفة كل ما يتعلق بهذا الاخير حتى يمكن تحديد مركزه منها التعامل معها².

-و بناء على النصوص القانونية استقر الامر انه لا يجوز اثبات عقد الشركة بين الشركاء بغير الكتابة ، اما بالنسبة للغير فان التشريع الجزائري وغيره من التشريعات القانونية سادته قاعدة قانونية تقرر جواز اثبات وجود الدين وانقضائه في علاقة الشركة بالدائن بكافة طرق الاثبات والعللة من ذلك انه من غير المقبول ان يعاني الغير من تهاون واهمال الشركاء وعلى ذلك عدم توافر الكتابة لا يؤثر ذلك على حقوق الغير ، ذلك ما اشارت اليه المادة 2/545 و3 ق ت (لا يقبل أي دليل اثبات بين الشركاء فيما يتجاوز او يخالف ضد مضمون عقد الشركة ، يجوز ان يقبل من الغير اثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء).

-بل أكثر من ذلك فان المشرع في حالات يذهب الى تشديد اجراءات الاشهار لاعطاء صورة حقيقية وواضحة عن وضعية التاجر ، خاصة الجانب المالي لحماية الغير والاقتصاد الوطني في ذات الوقت³.

وما قضت به المادة 228 ق ت ج (تسجل الاحكام الصادرة بالتسوية القضائية أو بشهر الإفلاس في السجل التجاري ويجب اعلانها لمدة ثلاث اشهر بقاعة جلسات المحكمة،

¹نادية فوزيل ، شركات الاموال في القانون التجاري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص42.

²سميحة القلوبي ، الشركات التجارية ، المرجع السابق ، ص87.

³نادية فوزيل ، النظام القانوني للمحل التجاري ، الجزء الأول ، دار هومة ، الجزائر ، ص245.

أو ينشر ملخصها في النشرة الرسمية للاعلانات القانونية للمكان الذي يقع فيه مقر المحكمة ، ويتعين ان يجري النشر نفسه في الاماكن التي يكون فيها للمدين مؤسسات تجارية .

ويجري نشر البيانات التي تدرج بسجل التجارة ، طبقا للفقرة الاولى من هذه المادة في النشرة الرسمية للاعلانات القانونية التي نشر فيها الملخص المشار اليه في الفقرة الاولى وينشر النشر المذكور اعلاه تلقائيا من طرف كاتب الضبط .

3 الاشهار القانوني :

-يعتبر الاشهار القانوني ضمانا قانونية تعطي الحماية للغير ، حيث اوجب على الشركاء اعلام الغير بتكوين الشركة وبكل تعديل لاحق ، ذلك ما اشارت اليه المادة 548 ق ت بنصها (يجب ان تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية وتنشر حسب الاوضاع الخاصة بكل شكل من اشكال والا كانت باطلة).

-و نصت المادة 12 من قانون 04/08 المعدل والمتمم بالقانون 06/13 المتعلق بشروط ممارسة الانشطة التجارية على انه (يقصد بالاشهار القانوني بالنسبة للاشخاص الاعتباريين اطلاع الغير بمحتوى الاعمال التأسيسية للشركات والتحويلات والتعديلات وكذا العمليات التي تمس رأس مال الشركة ورهون الحيازة وبيع القاعدة التجارية وكذا الحسابات والاشعارات المالية ، كما تكون كل الاحكام وقرارات العدالة التي تتضمن تصفيات ودية او افلاس ، كذلك كل اجراء يتضمن منع او اسقاط الحق في ممارسة التجارة او شطب او سحب السجل التجاري موضوع اشهار قانوني على نفقة المعني).

و عليه فان الهدف من الاشهار هو اعلام الغير بالحالة القانونية للشركة حتى يتسنى لهذا الاخير التعامل معها على هذا الاساس¹.

¹ محمود مختار احمد بربري ، قانون المعاملات التجاري السعودي ، لسنة 1982 ، ص 207. ود كمال بقدر ، مظاهر حماية الغير في الشركات التجارية وفق للقانون التجاري الجزائري ، مقالة ، المرجع السابق ، ص 163.

-ومنه أن مبدأ الاحتجاج في مواجهة الغير يستند في أساسه على دعامتين أولهما يتمثل في قرينة عدم العلم والثانية ان عدم العلم لا يؤثر على صحة التصرف الغير الخاضع لاجراءات الاشهار ، وانما هو جزء مدني لحماية الغير على خلاف البطلان¹.

-و منه لا يعدد بتسجيل الشخص الاعتباري في السجل التجاري تجاه الغير الا بعد يوم كامل من تاريخ نشره القانونية ، ذلك ما صرحت به المادة 11 من القانون 08/04 المعدل والمتمم على ان الاشهار لا يقتصر على النشرة الرسمية للاعلانات القانونية فقط .

وانما تكون الاشهارات القانونية ايضا موضوع ادراج في الصحافة الوطنية المكتوبة . -نجد ان المشرع بالاضافة لهذه الحماية اعطى حماية اخرى للغير ذلك ما يستشف من نص المادة 549 ق ت التي رتببت حكم مفاده ان الشركة لا تتمتع بالشخصية القانونية الا من تاريخ قيدها في السجل التجاري ، هذا الاجراء القانوني يعتبر بمثابة ميلاد الاهلية القانونية التي تؤهل الشركة لابرام التصرفات والتعهدات القانونية ، غير انه قد يعتمد اعضاء الشركة قبل استيفاء هذه الشكليات الأمرة الى ابرام بعض التصرفات على خلاف الشركات المدنية ، اذ تتمتع بالشخصية المعنوية بمجرد التأسيس بيد انه يمكن للغير التمسك بشخصية الشركة رغم عدم شهرها اذا كانت له مصلحة في ذلك ، وفق لأحكام المادة 2/417 ق م ج (ومع ذلك اذا لم تقم الشركة بالاجراءات المنصوص عليها في القانون فانه يجوز للغير بأن يتمسك بتلك الشخصية)².

-ما ذهب بالمشرع الى وضع الحلول القانونية حتى يتمكن الغير من الحصول على ضمانات قانونية تحفظ له حقوقه من جهة ، وتدعم فكرة الائتمان من جهة اخرى ، هذا الحل يكمن في اقرار قاعدة المسؤولية التضامنية والغير محدودة في اموالهم عن كل التعهدات التي تعهدوا بها باسم الشركة ، ذلك ما اشارت اليه المادة 549 ق ت ج (لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية الا من تاريخ قيدها في السجل التجاري).

¹لحسن بيبي ، الشكلية في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي ، مكتبة دار السلام،، 2005 ،ص244.

²كمال بقداد ، مظاهر حماية الغير في الشركات التجارية وفق للقانون التجاري الجزائري ، المرجع السابق،ص164.

وقبل إتمام هذا الاجراء يكون الاشخاص الذين تعهدو باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد اموالهم الا اذا قبلت الشركة بعد تأسيسها ان تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة ، فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها) .

نفس الحكم نجده في نص المادة 799 مكرر قانون تجاري فيما يتعلق بالتجمعات بنصها (يتمتع التجمع بالشخصية المعنوية وبالاهلية التامة ابتداء من تاريخ تسجيله في السجل التجاري ، ويحدد العقد الخاضع للاشهار القانوني شروط التجمع وموضوعه)¹.

-لقد رتب المشرع على سوء استخدام الشخصية المعنوية حكم قانوني يتعلق بتمديد اجراءات الافلاس بهدف حماية الغير والاقتصاد الوطني معا حسب نص المادة 224 ق ت ج (في حالة التسوية القضائية لشخص او افلاسه ، يجوز اشهار ذلك شخصا على كل مدير قانوني او واقعي او باطني مأجور كتان ام لا :اذا كان ذلك المدير في ظل الشخص المعنوي اثناء قيامه بتصرفاته قد قام لمصلحته بأعمال تجارية او تصرف في اموال الشركة كما لو كانت امواله الخاصة ، او باشر تعسفا لمصلحته الخاصة باستغلال خاسر لا يمكن ان يؤدي الا الى توقف الشخص المعنوي عن الدفع...).

-أما فيما يخص اثار التنازل اتجاه الغير يبدأ من تاريخ شهره بالشكل المحدد قانونا ومن هنا يمكن القول ان الشريك المتنازل عن حصته يبقى مسؤولا عن ديون الشركة في مواجهة الغير طيلة فترة السابقة لشهر ذلك التنازل زمن باب اولي فان التنازل لا يسري مطلقا في مواجهة الغير².

ثانيا :حماية الغير اثناء نشاط الشركة

-لكل شركة مدير يقوم بأعمال الادارة وبالتصرفات التي تدخل في غرض الشركة فيبرم العقود مع الغير ويوقع عن الشركة ويمثلها امام القضاء والسلطات العامة ويدفع للشركاء انصبتهم من الارباح التي حققها، وتنشأ عن اعمال المدير نوعان من المسؤولية ،مسؤولية الشركة عن اعماله في مواجهة الغير ممن

¹ مؤيد معي الدين عبيدات ، المراقبة الحكومية على تأسيس الشركات ، دار حامد للنشر والتوزيع ،الاردن ،ص352.

² لجنس بيبي ، الشكلية في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي ، المرجع السابق ،ص58.

يتعاملون معها ، و مسؤولية المدير نفسه عن اعماله في مواجهة الشركة ونها تتجلى حماية الغير المتعامل مع الشركة اتجاه تصرفات المدير¹.

1- حماية الغير في حالة وجود مدير للشركة

-من المعلوم أن الشركات لا تستطيع ان تدير نفسها بنفسها بل لابد ان يعين عليها مديرون يتعاملون باسمها ويقومون بتمثيلها امام الغير والقضاء .

قد نصت المادة 553 ق ت ج (تعود ادارة الشركة لكافة الشركاء مالم يشترط في القانون الأساسي على خلاف ذلك ، ويجوز في القانون المشار اليه مدير او اكثر من الشركاء او غير الشركاء ، او ينص على هذا التعيين بموجب عقد لاحق).

-إذا لم يعين من يدير الشركة فالمفروض ان الشركاء قد جعلوا حق الادارة لكل واحد منهم فلكل ان ينفرد بالقيام باعمال الادارة واعمال التصرفات الداخلة في اغراض الشركة او الشركاء من جراء خطئه او مخالفته شروط عقد الشركة ، فقد يسأل كذلك مسؤولية جنائية في حالة ارتكابه لجرائم تمس بالشركة او الغير².

-ففي حالة تعيين المدير :ينص عقد الشركة في الغالب على سلطة المدير والاعمال التي يجوز له مباشرتها فاذا لم تحدد سلطة المدير في العقد او في الاتفاق اللاحق الذي تم به تعيين ، كان له ان يقوم بكافة الاعمال التي تدخل في غرض الشركة دون النظر لما اذا كانت هذه الاعمال من اعمال الادارة بمعنى الكلمة .
فله ان يستأجر الاماكن اللازمة لنشاط الشركة ، ويستخدم العمال ويفصلهم ، ويؤمن على اموال الشركة وله ان يشتري البضائع ويبيعها ،

¹ جان بير بيردا ، وظيفة ومسؤولية القائمين على ادارة شركات المساهمة ، باريس ، 1934.ص178.

² الأستاذ محمد بن ابراهيم الموسى ، تقديم فضيلة الشيخ مناع خليل القطان ، شركات الاشخاص بين الشريعة والقانون ، دار العاصمة للنشر والتوزيع المملكة العربية السعودية ، 1998، 2، ص249.

ويوقع على الاوراق التجارية ويظهرها ويقترض في الحدود اللازمة لتصريف شؤون الشركة، ويمثل الشركة امام القضاء ويطالب الشركاء بتقديم حصصهم في راس المال ويتصالح ويعقد تحكيما في المنازعات المتعلقة بالاعمال التي تدخل ضمن حدود سلطته .

-ليس للشركاء التدخل في ادارة الشركة او الاعتراض على اعمال المدير اذا كانت ضمن حدود سلطته وفقا للمادة 427 ق م ج (للشريك المنتدب للادارة بنص خاص في عقد الشركة ان يقوم بالرغم من معارضة الشركاء الاخرين بأعمال الادارة ، و بالتصرفات التي تدخل في نطاق نشاط الشركة الاعدي على شرط ان تكون اعمال الادارة والتصرفات خالية من الغش ، و لا يجوز عزل هذا الشريك من وظيف متصرف بدون مبرر مادامت الشركة قائمة ...).

وهذا تحقيقا للفائدة من تعيين مدير للشركة فضلا على ما رتبته المعارضة من تعطيل لسير الشركة ، على ان للشركاء حق الاشراف والرقابة على اعمال المدير عن طريق الاطلاع بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها ، ولا يجوز الاتفاق على تسليم هذا الحق طبقا للمادة 430 ق م ج (يمنع الشركاء الغير مديرين من الادارة ولكن يجوز لهم ان يطلعوا بأنفسهم على دفاتر ووثائق الشركة ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك)

-في حالة تعدد المديرين وقام احد المديرين بعمل من الاعمال الادارية او التصرف بغير اعتراض زملائه اصبحوا جميعا مسؤولين عن هذا العمل ، مع الاشارة مرة اخرى بأه لا اثار لمعارضة احد المديرين لأعمال مدير اخر بالنسبة للغير ما لم يثبت ان الغير كان يعلم بذلك وفقا لنص المادة 3/555 (لا اثار لمعارضة أحد المديرين لأعمال مدير اخر بالنسبة للغير ما لم يثبت انه كان عالما به...).

ومن المنطقي ان شروط العقد المتعلقة بسلطات المدير وحدودها وكيفية توزيع الاختصاص في حالة تعددهم ، لا يحتج بها على الغير ، ما جاءت به المادة 4/555 ومن هنا تتضح الحماية القانونية للغير المتعامل مع الشركة .

أ:مسؤولية الشركة امام الغير عن تصرفات المدير :

-تلتزم الشركة بالعقود والتصرفات التي يقوم بها المدير بشرطين ، ان يكون تعامل المدير باسم الشركة ولحسابها ، و ان تكون اعمال المدير وتصرفاته داخله في نطاق سلطاته المخولة له بموجب عقد الشركة اما اذا لم تحدد صلاحيات المدير في عقد الشركة فانه يتقيد بمصلحة الشركة وغرضها اذا كان الغير حسن النية¹.

-ونتيجة لذلك فان جميع تصرفاته التي يجريها باسم الشركة لتحقيق غرض الشركة وفي حدود سلطاته تنصب مباشرة في ذمتها ،فهي تسأل عن كافة الاثار التي تترتب على تصرفات المدير وهي المسؤولة عن تنفيذ تعهداته ،وبناء على ذلك اذا اساء المدير استخدام عنوان الشركة في التوقيع على صفقة خاصة به فان الشركة تظل مسؤولة عن هذا التصرف في مواجهة الغير حسن النية².

ويمكن للشركة في هذه الحالة الرجوع على المدير ومطالبته بما يترتب على تصرفاته من اضرار بالشركة ، وتلجأ الشركة في ذلك عن طريق مدير اخر يقوم برفع الدعوى ضده³.

-أما اذا كان الغير سئ النية أي يعلم بأن المدير يعمل لمصلحته الشخصية فلا تلزم الشركة بتعاquده وليس للغير في هذه الحالة الا أن يرجع على المدير ذاته ، فعلى الشركة اذا طالها الغير بالوفاء ان تثبت سوء نيته فان الشركة كشخص معنوي كانت فيما مضى لا تلزم بهذا التصرف وانما يلزم به المدير شخصيا ولو كان الغير الذي تعامل مع المدير حسن النية ،الا ان القانون الفرنسي لعام 1966 قد نص صراحة في المادة 14 على انه لا يجوز في علاقة الشركة مع الغير الاحتجاج بالشروط التي تضيق من سلطات المدير كما يحددها القانون⁴.

¹ .عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص303.

² .د.عبد الحميد الشواربي، الجرائم المالية والتجارية، مرجع سابق، ص253

³ .د.عبد الحميد الشواربي، الجرائم المالية والتجارية، مرجع سابق، ص254-255..

⁴ الأستاذ، عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، سنة 2009، ص239.

و- ذلك بغية حماية الغير واستقرار التعامل وعلى اعتبار ان المدير نائب قانوني عن الشركة في كل ما يقتضيه تحقيق الغرض الذي قامت الشركة من اجله وليس مجرد وكيل عن الشركاء ، وعليه فان القيود الواردة في عقد الشركة التأسيسي على سلطة المدير لا يجوز الاحتجاج بها على الغير.

حتى وان شهرت هذه القيود بالطرق القانونية ، وانما المدير يكون مسؤولاً عن الخطأ الذي ارتكبه قبل الشركة ولكن عمله يعتبر ناتجا في حق الشركة بالنسبة للغير، نجد ان المادة 4/555 ق ت ج قد نصت على انه لا يحتج على الغير بالشروط المحددة لسلطات المديرين كلما كان عمل المدير يندرج في تحقيق الغرض الذي قامت من اجله الشركة ، ونجد ان المشرع في هذه المادة لم يفرق بين علم الغير المتعامل مع الشركة او عدم علمه .

--و نجد ان مسؤولية الشركة في مواجهة الغير عن اعمال المدير قد تكون مسؤولية عقدية او تقصيرية

ب-:انواع المسؤولية

ب1- فنكون امام مسؤولية عقدية وذلك بوجوب توفر شرطين :-ان تكون هذه العقود باسم الشركة ولحسابها فاذا ابرم المدير عقدا لحساب الشركة ووقعه باسمه الخاص ، وليس بعنوان الشركة فالاصل عدم مسؤولية الشركة ويتم الزام المدير وحده ، لكن هذه قرينة بسيطة يمكن اثبات عكسها من طرف الغير وتصبح الشركة هي المسؤولة ، فالقاعدة العامة هي مسؤولية الشركة عن كافة العقود التي يبرمها مديرها، طالما ان التوقيع عليها قد تم بعنوانها ، ولا يتغير هذا الحكم حتى ولو كان المدير يعمل لحساب نفسه ، وانما يشترط ان يكون الغير الذي تعامل معه المدير حسن النية فان ثبت سوء نيته كان للشركة ان تتمسك في مواجهته باساءة استعمال العنوان وسوء النية لا يفترض وانما يقع عبء اثباته على عاتق الشركة¹.

¹ محمد فريد العربي ، الشركات التجارية : المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الاطار القانون وتعدد الاشكال ، الاسكندرية - دار الجامعة الجديدة للنشر، ص109.

-ويلاحظ أن الغير يستوفي حقوقه سواء أقيم الدليل على أن المدير تصرف لحسابه الخاص او لحساب الشركة ، ولعل هذه من اهم الوسائل المقررة لحماية الغير المتعامل مع الشركة .

-أما الشرط الثاني فيجب على أن تكون هذه العقود تدخل ضمن حدود السلطة التي رسمها عقد الشركة للمدير أو في الحدود التي تتنافى وغرضها ، فاذا جاوز المدير حدود سلطته فان الشركة لا تلزم كقاعدة عامة بتصرفاته ، ولا يكون للغير حتى ولو كان حسن النية ان يرجع عليها طالما ان حدود سلطة المدير قد نص عليها عقد الشركة الذي تم شهره وفقا للقانون والملاحظ ان المشرع لم يفرق بين علم وعدم علم الغير حسب المادة 4/555 ق ت ج .

ب2-المسؤولية التقصيرية: لا تقتصر مسؤولية الشركة على العقود والتصرفات التي يبرمها المدير لحسابها وبمعناها بل تمتد كذلك لتغطي الاخطاء التقصيرية التي تصدر منه وتضر الغير كما لو أنه ارتكب عملا من أعمال المنافسة الغير مشروعة ومسؤولية الشركة قبل الغير عن هذه الاخطاء هي تقصيرية، و يكون أساسها على مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه حسب المادة 1/136 و قد جاء في رأي اخر ان المدير لا يعتبر تابعا للشركة وانما هو جزء منها فيعتبر الخطا كانه صدر منها مباشرة حسب المادة 124 ق م ج .

-لكن ايا كان الامر حول اساس هذه المسؤولية فالجزاء الجنائي المترتب على خطأ المدير التقصيري لا يلحق إلا شخص المدير وحده حسب المادة 51 مكرر ق ع ج (باستثناء الدولة والجماعات المحلية والاشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام ، يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف اجهزته او ممثليه عندما ينص القانون على ذلك .

-ان المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل اصلي او كشريك في نفس الافعال ، إن تشدد المشرع في هذه الحالة هو دليل منه لحماية الغير المتعامل مع الشركة بصفتها شخص معنوي تحتاج إلى من يعبر عن ارادتها ويمثلها في تعاملاتها مع الغير¹ .

¹ محمد فريد العربي ، الشركات التجارية مرجع سابق ، ص 111-112.

2- حماية الغير في ادارة الشركات التجارية

سوف ندرس حمايته في مختلف انواع الشركات ، شركات الاشخاص وشركات الاموال.

أ:شركات الأشخاص-تقوم شركات الاشخاص في تكوينها على شخصية شركائها نظرا للتعرف القائم بينهم وللثقة التي تربط بعضهم ، ففي شركة التضامن يسأل الشركاء جميعا عن ديون الشركة مسؤولية شخصية تضامنية ومطلقة ، ولا يسأل الشريك فقط بقدر حصته في رأس مال الشركة وانما يسأل ايضا عن هذه الديون في امواله الخاصة¹.

-اما في شركة التوصية البسيطة فهي نوعين من الشركاء : الشركاء المتضامنين ويسأل كل واحد منهم عن ديون الشركة مسؤولية شخصية تضامنية ومطلقة كما هو الحال بالنسبة للشركاء جميعا في شركة التضامن والشركاء الموصون يسأل كل واحد منهم عن ديون الشركة بقدر حصته في رأس مالها، اما بالنسبة لشركة المحاصة فهي شركة معدومة الشخصية المعنوية وليس لها اسم خاص بها او موطن او جنسية كما ليس لها رأس مال فهي عقد لا ينشأ عنه شخص معنوي ويترتب عليه حقوق والتزامات فيما بين الشركاء دون ان تظهر الشركة كشخص معنوي².

أ 1:شركة التضامن :-يحق لكل شريك مباشرة أعمال إدارة الشركة دون الرجوع الى غيره ، غير أن هذا الحق مقيد بحق اخر خوله القانون للشركاء الاخرين والمتمثل في حق اعتراض كل شريك على أي عمل يريد انجازه شريك اخر ، و في هذه الحالة يعرض الامر على جميع الشركاء للفصل فيه وتكون للاغلبية حق هذا الاعتراض ، فاما ان تقبله وترفض الاعتراض واما ان تقبل الاعتراض وتحول دون تمام العمل وفقا للمادة 2/554، وهذا الاعتراض يحقق حماية للغير الذي يتعامل مع الشركة لانه من شأنه المحافظة على ذمة المالية للشركة باعتبارها الضمان العام لدائني الشركة³.

¹ عبد الحميد الشواربي ، الجرائم المالية والتجارية ، المرجع السابق ، ص 293-294.

² عبد العزيز العكيلى ، الشركات التجارية ، المرجع السابق ، ص 173.

³ محمد فريد العربي ، الشركات التجارية ، المرجع السابق ، ص 381، عبد العزيز العكيلى، نفس المرجع ، 120.

-غير ان لوقت الاعتراض دور هام حتى يحتج به في مواجهة الغير ، حيث كفل المشرع للغير حماية له تتعلق بعدم جواز الاحتجاج على الغير بهذا الاعتراض متى اكتسب هذا الغير من العملية حقا وكان حسن النية.

-2أ: شركة التوصية البسيطة حسب نص المادة 563 مكرر 1/2 ق ت ج يدير الشركة مدير اما ان يكون من الشركاء المتضامنين او من الغير ، ولا يجوز ان يشغل الموصي منصب المدير في الشركة بل واكثر من ذلك ليس له حق التدخل في الادارة والغرض من ذلك انه لما كان مركز هذا الشريك من حيث مسؤوليته عن ديون الشركة يتحدد ازاء الغير بقدر ما اسهم به في رأس المال .

ولا يتجاوز هذا القدر فان ورود بعنوان الشركة التي تدار ويتم التوقيع به على معاملتها سيحمل الغير على الاعتقاد بأنه شريك متضامن مسؤول عن ديون الشركة مسؤولية شخصية وتضامنية في حين ان الواقع غير ذلك .

ومن الحماية المقررة للغير الحظر على الشريك الموصي التدخل في ادارة الشركة فنصت المادة 563 مكرر 1/5 ق ت ج (لا يمكن للشريك الموصي ان يقوم بأي عمل تسيير خارجي ولو بمقتضى وكالة) -تنص هذه المادة على ان الشريك الموصي لا دخل له في ادارة الشركة ، فلا يجوز له ان يقوم بعمل من اعمال الادارة او ان يكون مديرا للشركة وانما يجب ان تؤول الادارة لاحد الشركاء المتضامنين او لشخص اجنبي على الشركة ، وفي حالة عدم تعيين مدير لها كانت الادارة للشركاء المتضامنين فقط.

-اما فيما يخص نطاق الحظر ، فلما كانت العلة من الحظر هي حماية الغير الذي يتعامل مع الشركة فمن الطبيعي ان يقتصر نطاقه على اعمال الادارة الخارجية المتعلقة بصلة الشركة بالغير كأن يعمل الشريك الموصي مديرا للشركة او احد فروعها ، ان يبيع ويشترى من الغير او ان يقترض ويقرض باسمها ولحسابها وليس له الحق في تمثيلها امام القضاء ، ولا يجوز للشريك الموصي ان يقوم بأي عمل من اعمال الادارة الخارجية ولو بناء على توكيل من المدير او الشركاء¹.

¹.مصطفى كمال طه ، مبادئ القانون التجاري رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة بنها ، ص120

أ3- شركة المحاصة: نظرا لانتفاء الشخصية المعنوية في شركة المحاصة فلا يوجد من يمثلها قانونا امام الغير أي لا يوجد مدير يعمل لحسابها وفي حالة ما اذا عمل كل شريك باسمه ولحسابه الخاص ويكون وحده مسؤولا امام الغير الذي يتعامل معه حتى ولو كشف عن اسماء باقي الشركاء هذا ما نصت عليه المادة 795 مكرر4 من ق ت ج (يتعاقد كل شريك مع الغير باسمه الشخصي ويكون ملزما وحده حتى في حالة كشفه عن اسماء الشركاء الاخرين ودون موافقتهم)¹.

و قد يتفق الشركاء على وجوب اشتراكهم في كل الاعمال التي تتم لحساب الشركة فيوقعون جميعا تعهدات ويلتزمون امام الغير ويكون التزامهم امام الغير في هذه الحالة على وجه التضامن².

-شركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية المعنوية: يترتب على صفة الاستتار والخفاء التي تتميز بها شركة المحاصة انعدام الشخصية المعنوية لهذه الشركة، وعدم وجودها القانوني في الحياة العملية.

ويترتب على انعدام الشخصية المعنوية لشركة المحاصة عدة نتائج منها:

-أنها ليست لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء فيها، فالذمة المالية تحتاج إلى شخصية تسكن فيها ولا وجود لهذه الشخصية. ويترتب على ذلك أن مجموع حصص فلا ذمة مالية مستقلة الشركاء في شركة المحاصة لا يكون رأس مال مستقل أو ذمة مالية مستقلة ومن ثم فلا وجود للضمان العام للدائنين في هذه الشركة ويقتصر ضمانهم على الذمة المالية للشريك المحاص الذي يتعامل معهم.

-ليس لها اسم تجارى يميزها عن غيرها من الشركات وتتعامل به مع الغير. فالشريك المحاص يتعاقد باسمه الخاص ويظهر أمام الغير وكأنه يتعاقد لحسابه، وذلك لعدم وجود شخص معنوى مستقل يتعاقد باسمه ولحسابه وتنصرف إليه آثار التصرف.

-ويترتب على ذلك عدم التزام باقي الشركاء بتصرفات الشريك المحاص في مواجهة الغير وإن كان للمدير المحاص الرجوع) عليهم بمقتضى عقد الشركة المبرم بينهم ،

¹ محمد فريد العربي، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص123-124.

² نادية فضيل، أحكام الشركة، المرجع السابق، ص152-153.

فهي ليست لها موطن مستقل عن موطن الشركاء. فالموطن الذي يعتد به عند تكوين شركة المحاصة هو موطن المدير المحاص (أو) لشريك الذي يتعاقد مع الغير.

ليست لها أهلية التقاضي، فلا يجوز أن تكون مدعية أو مدعى عليها. وإنما الشريك المحاص الذي تعامل مع الغير باسمه الخاص هو الذي يستطيع أن يتقاضى باسمه وترفع عليه الدعاوى عند حدوث نزاع بشأن التصرفات التي أبرمها مع الغير¹.

-حماية الغير في شركة المحاصة :-

يعتبر الغير في شركة المحاصة على علاقة مع المسير فقط، فادارة شركة المحاصة في وضعية كهه سهل وذلك بسبب غياب الشخصية القانونية لها، فلا يجد المسير أي عنوان يوقع به على المعاملات مع الغير ولا ذمة مالية تكون الأموال فيها ضمانا للدائنين، فالشريك فيها كأنه يعمل لحسابه ووقع باسمه وبالتالي هو فقط من يتحمل المسؤولية امام الغير².

-وهذا ما جاء به القضاء المصري³، و ايضا ما نصت عليه المادة 795 مكرر4 من القانون التجاري الجزائري (يتعاقد كل شريك مع الغير باسمه الشخصي ويكون ملزما وحده حتى في حالة كشفه عن اسماء الشركاء الاخرين دون موافقتهم)

¹ سلام حمزة، الشركات التجارية، المرجع السابق، 135 حتى 138.

² عبد الحميد الشواربي، موسوعة الشركات التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص328-329.

³ الاصل في شركات المحاصة ان الشركاء فيها ليسوا مسؤولين عن تعهدات اُحدهم ولو عقدها لمصلحة الشركة، لكن هذه القاعدة يرد عليها استثناءان: اتفاق الشركاء على خلاف ذلك أو اقرارهم ما تعاقد عليه واذن فاذا كان الحكم قد اثبت ان عقد الشركة ينص على ان يتمسك لها حسابات منتظمة فان امسك الدفاتر وقيد الحسابات بها يكون التزاما مفروضا على الشريكين معا فاذا كان احد الشريكين قد تعاقد مع شخص على ان يقوم بعملية امسك الدفاتر وقام بها هذا الشخص فعلا وكان الشريك الاخر يعلم بذلك ولم يعترض فهذا يعتبر انه امر، قد استخدم ذلك الشخص ويكون الحكم عبي صواب في اعتباره الاتفاق المعقود بين الشريك المتعاقد وبين المستخدم ساريا على الشريك الاخر. جلسة 1995/5/25، طعن رقم 159 سنة 18 قضائيا، من تهميش سلام حمزة، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص140.

-و في حكم اخر، قيام شركو المحاصة مستترة في صفقة ما لا يجعل الشركاء فيها مسؤولين فيما عن تعاقد الغير عليها مع احد الشركاء باسمه الخاص فلم يثبت ان الشركاء قد اتفقوا على خلاف ذلك او صدر منهم اقرار بالاشتراك في التعاقد، ولا يكفي لمساءلة الشركاء مباشرة قبل الغير القول المجرد الذي هو قد تصدر من احدهم بأنه شريك في الصفقة، اذا لم يقرن هذا القول بالاقرار بأنه طرف في التعاقد اذ ان اشتراك بعض الاشخاص في صفقة ما لا يفيد لزاما انهم طرف في العقد الذي ابرم عن هذه الصفقة مع الغير حتى يسألوا عنه جميعا قبله فاذا كان الحكم المطعون فيه قد استظهر من اوراق الدعوى ذلك وكان يحصله قاضي الموضوع في هذا الخصوص هو من قبيل فهم الواقع

-أما في حالة ما إذا منح الشركاء الى شخص ما حق تسيير الشركة يسمى مديرا في هذه الحالة ولكن يجدر الاشارة الى ان المدير هنا لا يعمل بوصفه نائبا عن الشركة لان الشركة كما سبق وان اشرنا هي منعقدة الشخصية ،فبالتالي فهو يتعامل مع الغير باسمه الخاص كأنه يعمل لحسابه ،لكن يجب عليه ان يتوخى الحذر في ادارته مصالح الشركة والشركاء. ولسنا هنا لدراسة علاقة المدير بالشركاء وانما دراسة العلاقة بينهم وبين الغير ،اذا يترتب على انعدام الرابطة بين الشركاء والغير ،الا يكون امام هذا الغير من مدين الا مدير المحاصة.

-و في حالة ما إذا قد اختار الشركاء جميعهم إدارة وتسيير الشركة فيجب ان يوقع كل الشركاء على المعاملات التي تجرى مع الغير ،و به يصبحون جميعا مسؤولين امام هذا الغير مسؤولية شخصي وبالتضامن اذا كانت شركة تجارية ومسؤولية جماعية متى كانت شركة مدنية¹.

-أما في حالة انكشاف الشركة للغير ،حيث قد يفصح الشركاء عند تعاملهم مع الغير عن صفاتهم وعن وجود الشركة ،عن طريق الافصاح الواقعي وهو لا يعدو ان يكون مجرد علم الغير بوجود الشركة ،فلا يترتب للغير اية حقوق مباشرة في مواجهة الشركاء ، طالما ان من يتعامل مع الغير لم يتعاقد باسم الشركة ،و انما باسمه الخاص ،غير ان ذلك لا يمنع في رأي الفقه والقضاء من تمكين الغير من رفع دعوى المسؤولية التقصيرية على الشركاء².

-نجد ان المشرع الفرنسي في المادة 1/1872 من قانونه المدني جاء صراحة بالقول انه للغير الحق في رفع دعوى ضد الشركاء في شركة المحاصة وذلك في ثلاث مواطن³.

في الدعوى وتقدير الدليل المقدم فيها فان الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون او شابه قصور) طعن رقم 407 لسنة 30 ق جلسة 1965/11/29 س 16016 ص 947، من هامش ،سلام حمزة ،نفس المرجع،ص 141.

¹ ابو زيد رضوان ،الشركات التجارية في القانون المصري والمقارن ،الجزء الأول (شركات الاشخاص والشركات ذات المسؤولية المحدودة) دار الفكر العربي ،القاهرة ،1980،ص 320.

² أكنم امين خولي ،الموجز في القانون التجاري ،جزء 1، مطبعة الجامعية ،دمشق ،1960،ص 518.و سلام حمزة ،الشركات التجارية المرجع السابق ،ص 143.

³ M.T.BELARIF.les societes commerciales a travers le decret legislatif portant modification du code de commerce .symposium.national de prospeco.conseil 7-8 juin1993.p752.

1- في حالة تدخل الشركاء في التسيير

2- في حالة استفادة الشركاء من العملية التي قام بها المدير ، حسب قاعدة من يستفيد يدفع.

3- و حالة تصرف الشركاء بهذه الصفة على مرأى ومسمع من الغير أي حالة الكشف

ب: شركات الاموال: تتميز شركات الاموال بانها لا تعتمد في تكوينها على الاعتبار الشخصي ، انما على الاعتبار المالي بمعنى ان الشركة قوامها يتمثل في تقديم الحصص المكونة لرأس مالها بصرف النظر عن شخصيتها او شخصية الشركاء .

1- شركة المساهمة : تتم مباشرة النشاط فيها بواسطة هيئات ادارية ورقابية متعددة والمشرع بمجرد التدخل بقواعد امرة بفرضه احكام خاصة بادارة وتسيير هذا النوع من الشركات وكيفية مراقبتها هو في ذاته حماية للغير المتعامل مع الشركة ، وتباشر الادارة في شركة المساهمة من قبل الاجهزة وهي: مجلس الادارة والجمعية العامة ومجلس المديرين ومجلس المراقبة .

-فتأكيدا على حماية الغير في هذا النوع من الشركات قرر المشرع ان يتمسك في مواجهة الشركة بأي تصرف يجريه احد موظفيها او وكلائها اذا قدمته الجمعية العامة او مجلس الادارة او من يفوضه من اعضائه على انه يملك سلطة التصرف نيابة عنها واعتمد الغير على ذلك في تعامله مع الشركة، وتكون الشركة ملزمة في علاقاتها مع الغير عن اعمال مجلس المديرين حتى واو كانت غير تابعة لموضوع الشركة ما لم يثبت ان الغير كان سئ النية أي كان يعلم ان العمل يتجاوز هذا الموضوع ، ولا يحتج على الغير بأحكام القانون الأساسي التي تحدد سلطات مجلس المديرين حسب المادة 623 ق ت ج¹.

2- شركة التوصية بالاسهم: نصت على احكامها المادة 1/715 ق ت ج ، ففي اطار علاقتنا مع الغير تلتزم الشركة حتى باعمال المسير التي لا تخضع لموضوع الشركة الا اذا توصلت الى اثبات ان الغير كان على علم بأن نشاط المسير بعيد عن موضوعها او لا يمكن تجاهله نظرا للظروف مع استثناء ان مجرد نشر القانون الأساسي يكفي لتأسيس هذه البيئة .

¹ محمد فريد العربي ود محمد السيد الفقي ، المرجع السابق ، ص 236-256.

ب-3 شركة المسؤولية المحدودة: نصت عليها المادة 576 ق ت ج ، اما فيما يخص علاقتها مع الغير يكون المدير صلاحيات اوسع للتصرف في جميع الظروف باسم الشركة من دون الاخلال بالسلطات التي منحها لها القانون ، ولا اتجاج اتجاه الغير بالشروط التي يتضمنها القانون الأساسي والمحددة لسلطات المديرين الناتجة عن هذه الماد ، و عند تعدد المديرين يتمتع كل واحد منهم منفردا بالسلطات المنصوص عليها في المادة 577 ق ت ج ولا أثر لمعارضة أحد المديرين لتصرفات مدير إتجاه الغير ما لم يقيم الدليل على أنهم كانوا على علم بها¹.

ثالثا: حماية الغير في حالة انقضاء الشركة:

-بانقضاء الشركة يتوقف نشاطها وتدخل مرحلة التصفية قصد تقسيم موجوداتها بين الشركاء وهذا بعد دفع ديونها للغير ،ويقصد بالتصفية انهاء جميع العمليات المتبقية قصد استفاء حقوقها كذلك دفع ديونها قبل الغير².

-وبعد الانتهاء من عمية التصفية وتحويل موجودات الشركة الى مبالغ نقدية تبدأ عملية القسمة بين الشركاء ، إذ أن أموال الشركة لا تقسم بين الشركاء الا بعد إستفاء الدائنين لحقوقهم وفقا للمادة 447 ق م د ، وامت كانت عمليات التصفية تقضي اجراء بعض التصرفات القانونية كامطالبة بحقوق الشركة قبل الغير او مطالبتها بالديون التي عليها فان التشريعات بصفة عامة تجيز استمرار الشخصية الاعتبارية للشركة حتى تنتهي اعمال التصفية³.

--على أن هذه التصفية لا تسري في حق الغير الا من تاريخ قيدها في السجل التجاري طبقا للمادة 3/766 ق ت ج ، واذا تجاوز المصفي سلطاته المخولة له والمحددة في المادة 446 ق م ج والمادة 788 ق ت ج .

¹ عمار عمورة ،الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري ،دار المعرفة ،الجزائر ،2000 ،ص319-320.

² عمار عمورة ،الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري ،المرجع السابق،ص88.

³ عباس حلي المنزلوي ،القانون التجاري ،الشركات التجارية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،ط1988،ص37/38.

و المادة 789 ق ت ج .، فتطبق عليه قواعد المسؤولية العامة ، ويترتب مع ذلك ان قيامه بعمل من الاعمال التي تخرج عن اختصاصه لا تلزم الشركة بها وانما يسأل شخصيا امام الغير¹.

-أما الصورة الثانية لحماية الغير اثناء انقضاء الشركة او بعد انقضائها وتم قسمة اموالها ، فلا تبرا ذمة الشركاء قبل دائني الشركة بل تظل مسؤولية الشركاء قائمة ، ويكون للدائنين الذين ام يستوفوا حقوقهم أن يطالبوا الشركاء بالوفاء بها حتى تتقادم هذه الحقوق بمضي المدة الخاصة لكل منهم ، ونصت المادة 777 ق ت ج (تتقادم كل الدعاوى ضد غير المصفين او ورثتهم او ذوي حقوقهم بمرور خمسة سنوات اعتبارا من نشر انحلال الشركة بالسجل التجاري).

-إن التقادم الخمسي رغم انه في الظاهر تقرر لحماية الشركاء قبل الغير الذين يطالبون بحقوقهم بعد انقضاء الشركة وتصفيتها ، الا انه ضمنيا منح للغير حماية عن طريق امهالهم مدة خمس سنوات لرفع دعاويهم ضد الشركاء للمطالبة باستيفاء حقوقهم².

رابعا: حماية الغير من نظام التمثيل

تلجأ الشركة الى تعيين من يمثلها بواسطة اجهزة التمثيل التي تجعل ممثلها يقوم بابرام تصرفات مع الغير هذا الامر قد يشكل عنصر عدم اطمئنان للغير المتعامل معها ، كون ان الغير يخشى التعامل مع مدير او مسير غير معين وفقا للقانون او ربما لم يحصل على السلطات اللازمة لابرام التصرف، فلا تكون الشركة أو اعضاؤها مسؤولي عن اخطائه.

فيذهب المشرع الى حماية الغير في هذه الحالة وذلك بفرض شروط على الشركاء اهمها الزامية شهر قرار تعيين المدير او المسير للشركة ، كي يعتد به قانونا³.

¹ المرجع نفسه ، ص 47.

² احمد محرز ، القانون التجاري الجزائري ، جزء 2، الشركات التجارية مطابع سجل العرب ، القاهرة ، ط 1980، ص 143.

³ MARTIN.la representation des societes commerciales par leur organe.these .nancy.1977.p215.

- نجد أن المشرع الجزائري في مادته 553 من القانون التجاري ، ماجاء في مضمونها ان المدير اما ان يعين في القانون الأساسي للشركة (المدير الاتفاقي) و الذي يلزم لتغييره تعديل عقد الشركة ويجب شهره حتى يتم الاحتجاج به على الغير ، او يتم تعيينه باتفاق مستقل عن القانون الأساسي للشركة (مدير غير اتفاقي) و اذا ماتم تغييره لا يتطل الامر اعادة تعديل القانون الأساسي ولا الشهر .

-مقارنة بالمشرع الفرنسي في التعليمات التوجيهية الاوروبية المشتركة الاولى هو قد وضع حماية اقوى للغير في هذا المجال ،

1- كل تعيين لممثل شرعي عن الشركة يكون صحيحا عندما يكون محلا للشهر طبقا لنص المادة 2/1846 من القانون المدني الفرنسي والمادة 9/210 من القانون التجاري الفرنسي ،

و الشهر الواجب هنا هو القيد في السجل التجاري بالاضافة الى الشهر في النشرة الرسومية للاعلانات المدنية والتجارية BODACC وهو اجراء او ميكانيزم سهل وفعال ، بحيث يكفي للغير ان يلجأ للسجل التجاري ليطمئن على صحة تعيين المدير او المسير الذي يتعامل معه.

2-للمسير كامل السلطات للتعهد باسم الشركة ، فالقيود العقدية والاتفاقية ليست سارية في مواجهة الغير ، هذه القاعدة من شأنها ان تضمن سرعة المعاملات كما تؤمن هذه المعاملات ، فالمتعاقد ليس بحاجة للرجوع للعقد او لأي وثيقة لمعرفة مدى سلطة من يتعاقد معه، و حتى القانون بفضل أحكامه الامرة يمنح الممثل سلطات واسعة للتصرف في جميع الظروف باسم الشخص المعنوي¹.

3-من اجل التطبيق الجيد لنظام التمثيل فان الالتزامات المبرمة من طرف الممثل تلزم الشركة ، فهي ملزمة بالتنفيذ حتى بعد توقف التمثيل عن السريان².

¹ سلام حمزة ، الشركات التجارية ، المرجع السابق ، ص 74-75.

² Com.21.mai.1983.soc.1983.800 note chartier.et
Civ19/2/1986.rev.trim.dr.civ.1987.761.note.j.mertre.op.cit .p1114.

الفرع الثالث: حماية الغير المتعامل مع مجمع الشركة التجارية

- نجد أن المشرع الجزائري في المادة 796 الى المادة 799 ذكر نظام التجمع ذو المنفعة الاقتصادية ، حيث نصت المادة 796 تجاري (يجوز لشخصين معنويين أو أكثر أن يؤسسوا فيما بينهم كتابيا و لفترة محدودة تجمعا لتطبيق كل الوسائل الملائمة لتسهيل النشاط الاقتصادي لأعضائها أو تطويرها و تحسين نتائج هذا النشاط و تنميته)¹.

- فمعظم الشركات لها علاقات متداخلة قد تصل الى سيطرة شركة على شركة أخرى ، بواسطة روابط قانونية ، مالية و شخصية ، حيث ظهرت الحاجة الى التجمع و التكتل بين الشركات لمواجهة المنافسة و تحقيق الانتشار ، و لعل أول نوع من الشركات التي ظهرت على شكل تجمع ، هي شركة المساهمة ، اذ أنها توسعت ماليا و جغرافيا ، فأصبح هيكلها ضخم ، من الصعب أن تسيطر عليه هيئة مسيرة واحدة ، فاتخذت التفريغ حلا لها لتحقيق الاستمرار ، اذ لم يكن بإمكانها أن تتطور الا بالتعدد².

- فقامت بانشاء شركات تابعة لها ، هذا ما نتج عنه انقسام الشركة الواحدة الى شركات متعددة خاضعة لادارة اقتصادية مشتركة.

- ويتمثل نظامها ، في أن تتخذ اللامركزية في تسيير الشركات التجارية ، فالشركات الأعضاء في التجمع ، تحوز على الأموال التي مصدرها يكون واحد و تهدف الى تحقيق مخطط اقتصادي مشترك.

يراقبها نفس الأشخاص ، وغالبا ما يكون لها نفس المسيرين ، ومع ذلك تبقى شركات تجارية مستقلة³.

و بتعامل الغير مع هذه الشركة يجعله عرضة للخطر ، فالغير فيما يخص هذا التجمع هو كل من ينتهي الى فئة المساهمين بالاقلية في شركات الأعضاء و دائني شركات الأعضاء ، سوف نقوم بدراسة حماية كل من الفئتين على التوالي ،

¹ المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 ابريل 1993 المعدل و المتمم بالقانون التجاري .جريدة رسمية عدد27 لسنة 1993.

²²FRANCISE .LE FEBVRE .groupes de societe memonto pratique .paris .editions francaise lefebvre .2009.p15.

³زايدي أمال ،النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية ،رسالة دكتوراه ،جامعة قسنطينة 1،2004،ص2.

أولا: حماية الغير المتمثل في المساهمين بالأقلية في شركات الأعضاء

-لعل أهم خطر قد يترتب على وجود المجموعة ،هو الاضرار بحقوق المساهمين ،بالنسبة للمساهمين بالأقلية هنا هم كل الأشخاص الذين تفرض عليهم قرارات الأغلبية ،و الأغلبية هم الشركاء الذين ليست لهم القدرة على فرض ارادتهم داخل الشركة¹.

-وتظهر حماية المشرع لهم في تقرير اجراءات وقائية المتمثلة في اجراءات الاعلام ،فحسب نص المادة 732 مكررا 1 (عندما تأخذ شركة ، خلال سنة مالية ، مساهمة في شركة يوجد مركزها بالجزائر ، أو تحصلت على أكثر من نصف رأس مال هذه الشركة ، يذكر ذلك في التقرير الذي يقدم للشركاء و المتعلق بالعمليات التي تم اجراؤها خلال السنة المالية ،وعند الاقتضاء في تقرير محافظي الحسابات .

-يشير مجلس الادارة أو مجلس المديرين أو المسير في تقريره الى نشاط الشركات التابعة حسب مجال النشاط كما يظهر النتائج المحصل عليها).

-فبإشتراط المشرع تعيين مراقبين للحسابات في نص المادة 732 مكررا 2، يكون قد حى الغير من أي إختلاس في الحسابات أو غلط ، بحيث وضع جزاء لعدم الاعلام حسب المادة 827 تجاري جزائري .

-أما الحماية الثانية ، فتظهر من خلال منحهم صلاحيات للتحري ، و هو الاجراء الذي يغني عن الاجراءات القضائية أي اجراء وقائي، وذلك باعطائهم حق الاطلاع على المستندات و توجيه الاسئلة ، حسب المادة 558 ت ج و المادة 585 و المواد 677.678.680.682 التي تخص شركة المساهمة ، و يدخل من باب التحري ، الاستعانة بخبير ، المادة 558 تخص شركة التضامن و المادة 585 تخص شركة ذات المسؤولية المحدودة.

-أما الحماية القضائية ، تظهر في وسائل الدفاع و هي في حالة وقوع الضرر تتمثل في :

-المطالبة بتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق و الدفع بالتعسف .

-اللجوء الى مقاضاة القائمين على ادارة الشركة بممارسة دعوى الشركة

¹ DOMINIQUE SCHMIDT.les droit de la minorite dans le spciete anonyme.paris librairie siry 1970.p4.

-رفع دعوى فردية خاصة بالمساهم في مواجهة الشركة¹.

ثانيا: الغير الممثل في دائني الشركات الأعضاء

-الأصل في نظام التجمع هو أنه لا يوجد استقلال قانوني، بحيث تبقى الشركة الأم بعيدة عن ديون كل شركة عضو، فدائن أحد الشركات لا يمكن أن يطالب الآخرين².

-لكن تتمثل حماية المشرع للدائنين بوضع استثناءات على قاعدة الاستقلال القانوني في حالات هي:

- 1- حالة الدائن المتعامل مع الشركة العضو، فقد يلحق به ضرر نظرا لعدم وضوح العلاقة بين شركات اعذاء، خاصة و أن الشركة المسيطرة هي المسير الفعلي للشركات التابعة، أو اذا ارتكب خطأ أضر به.
- 2- ان الأخذ بهذا المبدأ على اطلاقه، قد يضر بدائني الشركة العضو اذا وقعت في حالة عدم الدفع التي قد تفلس و تعقد وضعية دائنيها، رغم ان سبب افلاسها قد يكون من أجل التضحية لابقاء الشركة الأم³.

المطلب الثاني: تطبيقات حماية الغير في القانون الاداري

-اذا كان معنى الغير في عقود القانون الخاص هو الشخص الذي لم يكن طرفا في العقد، ولا خلفا عاما، أو دائنا عاديا، وذهب بعض الفقهاء الفرنسيين على رأسهم (دي لوبادير) الى ان معنى الغير في العقود الادارية⁴، هو المعنى نفسه المقرر في القانون الخاص، ذلك على اساس خضوع العقود الادارية لمبدأ نسبية اثر العقد⁵.

-ان معنى الغير في العقود الادارية يختلف نوعا ما عن الغير في مجال القانون الخاص، وذلك لتعدد الروابط وتشابكها، التي تنتجها العقود الادارية بالقياس على عقود القانون الخاص من جهة.

¹ زابدي أمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 260-269.

² شريف محمد غانم، الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات المتعددة الجنسيات، مسؤولية الشركة الأم الأجنبية عن ديون شركاتها الوليدة، دار الجامعة الجديدة، تونس، 2006، ص 27.

³ زابدي أمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 275.

⁴ العقد الاداري هو اتفاق يبرم بين طرفين أحدهما أو كلاهما شخص من أشخاص القانون العام، وذلك بهدف ادارة مرفق عام أو تنظيمه أو استغلاله، و تظهر في العقد نية تطبيق أحكام القانون العام، يتمثل ذلك في أن هذا الاتفاق يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في التعاقد الخاص، سواءا بتمتع الادارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد، أو بمنح المتعاقد مع الادارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع بها مع أي فرد من الأفراد. محمد عبد الشريف النعيمي، الالتزامات والحقوق التي يرتبها العقد الاداري تجاه الغير، المرجع السابق، ص 20.

⁵ سامي حسن نجم الحمداني، اثر العقد الاداري بالنسبة الى الغير، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط 1، لبنان، لسنة 2012، ص 37.

ولكن العقود الادارية لا تبرم لغاية في ذاتها بقدر ما تكون اسلوبا من اساليب التي تتبعها الادارة في تنظيم وتسيير المرافق العانة التي تقدم الخدمات للجمهور من جهة اخرى.

والباحث في هذا المجال يجد ان الغير في العقد الاداري يمكن ان يكون من اشخاص القانون الخاص ويستوي ان يكون من اشخاص القانون العام .

الفرع الأول: تحديد الغير في العقد الاداري

تعتبر الادارة العامة شخص يقوم بادارة المرافق العامة وذلك باستعمال عدة اساليب ما تسمى بأعمال الادارة العامة والتي قد تكون اعمالا مادية كبناء المنشآت العامة وتعبيد الطرق او اعمالا قانونية تهدف الى احداث تغيير في المراكز القانونية من حيث الانشاء او التعديل او الالغاء والاعمال القانونية التي تصدر عن الادارة تكون على نوعين ، اعمال قانونية تصدر بالارادة المنفردة للسلطة الادارية وهي القرارات الادارية واعمال قانونية تصدر باتفاق الادارة الودي مع الافراد وتتمثل هذه بالعقود الادارية،

وذلك بقصد ادارة المرفق العام او تسييره وتحقيق اغراض التي تستهدفها من خلال الوفاء بمتطلبات المرافق العامة واشباع حاجات الجمهور المتزايدة ، و العقود التي تبرمها الادارة لا تخضع لنظام قانوني واحد بل قد تخضع الى القانون الخاص وتسمى عقود الادارة الخاصة ، وهي عقود مدنية ، حيث تكون الادارة طرفا في هذا العقد كأى فرد من الافراد العادية ولا تملك تجاه المتعاقد معها بأي امتيازات أي تقف على قدم المساواة متجردة من السلطة العامة وامتيازاتها¹ .

وبالتالي فان المنازعات الناشئة عنها تخضع للقضاء العادي، و عقود التي تخضع للقانون العام وتسمى العقود الادارية وتكون الادارة في هذه العقود في مركز اعلى من مركز المتعاقد معها وتملك في مواجهته امتيازات السلطة العامة وتخضع المنازعات الناشئة منها لولاية القضاء الاداري² .

¹ محمد عبد الله الشريف النعيمي، الالتزامات والحقوق التي يربتها العقد الاداري اتجاه الغير، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2014، ص17.

² شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالالغاء في منازعات العقود الادارية، دار النهضة، مصر، ط2، ص02.

- فالغير كما توصلنا اليه سابقا يصعب وضع تعريف جامع مانع له وهذا بسبب عدم ثبات وصف الغير على طائفة معينة بل ان الوصف يتغير بتغير الحالة التي يوجد بها الاشخاص¹.

اما فيما يخص تحديد مفهوم الغير في القانون الاداري فذهب الفقيه دي لوبادير الى ان معنى الغير في العقود الادارية هو المعنى نفسه المقرر في القانون الخاص وذلك على اساس خضوع العقد الاداري الى مبدأ النسبية، لكن في حقيقة الامر معنى الغير يختلف في العقد الاداري نوعا ما عن الغير في مجال القانون الخاص وذلك لتعدد الروابط وتشابكها التي تنتجها العقود الادارية بالقياس على عقود القانون الخاص من جهة ولكن العقود الادارية لا تبرم لغاية في ذاتها بقدر ما تكون اسلوبا من الاساليب التي تتبعها الادارة في تنظيم وتسيير المرافق العامة التي تقدم الخدمات للجمهور من جهة اخرى².

-ان تحديد من هو الطرف ومن هو الغير في العلاقة الادارية له امر معقد وذلك الى تعدد فئة الغير وتمييزهم وفق لدرجة مصلحتهم الشخصية تجاه العقد وايضا ان الغير في المنازعات الادارية يلعب دور مهم وينقسم الى الفاعلين النشطين والفاعلين السلبيين³.

و يوجد ما يسمى بالغير المستفيد والي يعرفه البعض على انه (الذي قام بعلاقات قانونية سابقة مع الأطراف)، و يبقى التعريف الأكثر تفصيلا ذلك الذي يرى أنه عبارة عن شخص تدخل في موضوع العلاقات القانونية في وقت معين، أي خلال تكوين العلاقة العقدية أو اثناء تنفيذها، مع استثناء مرحلة المنازعات من ذلك . اذا فابغير الاصلي هو كل من لم يتدخل في العلاقة القانونية العقدية مطلقا⁴.

-و سوف نقوم بتعريف الغير الذي يكون من اشخاص القانون الخاص (اولا) والغير الذي يكون من اشخاص القانون العام (ثانيا)

¹ جاسم العبودي، الموقف القانوني من قاعدة عدم جواز انتفاع الغير بالعقد، بغداد، 1997، ص17

² محمود خلف حسين، العقود الادارية، جامعة الموصل، لسنة 1989، ص214.

³ بديري عي، الغير في القانون الاداري، اطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان

2018/2019، ص223.

⁴ ELIZABETH JURVILLEIRS-ZUCCARO.le tiers en droit administratif.op cit.p322.

أولاً: تعريف الغير كشخص من القانون الخاص

-قد يصعب على الإدارة أن تتعاقد مباشرة مع كل فرد لتقدم له خدمة ، فتعهد الى أحدهم ليقوم نيابة عنها بتقديم خدمات المرفق العام فينشأ من هذه العقود حقوقاً للأفراد وهم من الغير بالنسبة لها لتحديد الأشخاص الذين يعدون من الغير بالنسبة للعقود الادارية ينبغي لنا بيان مركز الافراد تجاه المرافق العامة حتى نستطيع معرفة اوصاف الغير ومراكزهم القانونية

وهم ثلاث انواع: الموظفين (1) المتعاقدين (2) المستفيدين من السلع والخدمات (3)

1-الموظفين : ويشمل العاملين في المرافق العامة ووصف الموظف العمومي يخضع لمركز قانوني تنظيمي تحكمهم القوانين واللوائح.
2-المتعاقدين :

-ويشمل الافراد الذين يساعدون في تنفيذ المرافق العامة والمشروعات العامة ويكون لهم حق امتياز عن طريق عقود الامتياز او عقد الاشغال العامة ، وكذلك النقاولون اللذين يعهد اليهم تشييد مباني ومنشآت للمرافق العامة بموجب عقود الاشغال العامة وايضا الموردين في عقود التوريد الادارية .ومركزهم هو مركز تعاقدى شخصي يحكمهم العقد المبرم بينهم وبين الجهة الادارية التي تتولى الاشراف على المرفق ، كما ان العمال المساعدين للمقاول هم ايضا من فئة الغير¹.

-كما انه بالنسبة لعقد الاشغال العامة فان اطرافه هي الادارة والمقاول وبالتالي يكون العاملون اللذين يستخدمهم المقاول في تنفيذ التزامه من الغير بالنسبة الى عقد الاشغال العامة والعلاقات القانونية التي تربطهم بالمقاول وهو عقد عمل يحكمه القانون الخاص والمنازعات الناشئة عنها تخضع للقضاء العادي.

-بالنسبة لعقد الشغل او المقاولة من الباطن هل يعد المقاول من الباطن من الغير ؟

¹ محمد فؤاد مهنا ، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة ، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة ، السنة الثانية ، سنة 1951 ، ص 180 و د فكري احمد سنجر ، المرافق العامة الكبرى ، مطبعة الاقليمية بمراكش ، المغرب ، سنة 1984 ، ص 151.

-القاعدة العامة في هذا المجال انه لا يمكن ابرام عقد مقاولة من الباطن في مجال الادارة لانه يكون الشخص المتعاقد مع الادارة محل اعتبار شخصي واذا وافقت الادارة تحريريا على الاجازة هنا يعتبر المقاول من الباطن غيرا.

3-المستفيدين من الخدمات

وفيها نوعين :

أ-المستفيدين من خدمات دون تحديد:المستفيدون لاتربطهم بالمرافق العامة او الجهات الادارية التي تدير هذه المرافق اية رابطة فلا يوجد عقد او اتفاق ،غالبا ما تكون مرافق ادارية بحتة كمرافق الدفاع والشرطة والصحة والتعليم فهذه المرافق عندما تقدم خدماتها للمستفيدين لا تستلزم ايجاد رابطة عقدية وبين المستفيدين ، والمركز القانوني الذي يحكم المستفيدين هو مركز قانوني تنظيمي وبناءا على ذلك تمتلك السلطة العامة الحرية المطلقة في تعديل وتغيير طريقة الانتفاع دون ان يكون للمستفيدين حق الاعتراض بخلاف المركز الشخصي التعاقدية الذي يمنح الحق للشخص في الاعتراض على كل تعديل¹.

ب:المستفيدين من خدمات بشكل محدد

كالمستفيدين من الكهرباء والاتصالات الخ،فمستخدم الانتفاع لم يرتبط بعقد مع الجهة الادارية للمرفق العام مركزه قانوني تنظيمي يحكمه قانون المرفق العام لا يستطيع بناءا على ذلك الاعتراض على أي تعديل او تغيير ،وفيه نوع اخر وهم الاشخاص اللذين انتفعوا فعلا من خدمات المرفق العام حيث يطلق عليهم مصطلح المنتفعين بحيث تنشأ عنه رابطة قانونية بينهم وبين المرفق وتتجسد هذه الرابطة في صورة عقد كتوقيع على وثيقة اشتراك ماء او غاز او شراء تذاكر سفر من مرافق النقل ،و يرى الفقه ان مركز المنتفعين يرتبطون مع المرفق برابطة تعاقدية تخضع لاحكام القانون الخاص².

¹فكري احمد سنجر ، المرافق العامة الكبرى،المرجع السابق، ص 154.

²حقوق الافراد ازاء المرافق العامة د.محمد فؤاد مهنا،مقالة،المرجع السابق،ص182.

ثانيا: تعريف الغير كونه من اشخاص القانون العام :

سوف نبدأ بطرح الاشكالية: هل تعد جميع الاشخاص المعنوية العامة غير المتعاقد من قبيل الغير سواء

ارتبطت ضمن وحدة ادارية او تسلسل اداري ام لم ترتبط؟

-ان القضاء التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي كان يعتبر من قبيل الغير ،فجاء في احد احكامه (...تعتبر

الوزارات الاخرى من قبيل الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها وزير معين فيما يتعلق بشؤون وزارته ...) ¹.

-الا انه بعد تطور فكرة التنظيم الاداري وضرورة تنسيق جميع الاعمال الحكومية ضمن سيادة الدولة

،اصبح لا يعتبر جهة ادارية من قبيل الغير بالنسبة الى عقد ابرمته جهة ادارية من قبيل الغير بالنسبة الى

عقد ابرمته جهة ادارية اخرى ².

فالوزارات لا تعتبر من الغير بالنسبة الى الدولة لان كل وزارة لا تعتبر شخصية معنوية مستقلة عن الدولة

في حين تكون المحافظات والاقضية والنواحي من الغير بالنسبة للدولة وللأشخاص المعنوية الاخرى

-ان الجهة الادارية المتمتعة بالشخصية المعنوية تجعل الاشخاص المعنوية العامة الاخرى اقليمية كانت او

مرفقية من قبيل الغير بالنسبة لتصرفاتها المادية والقانونية ومنها العقود الادارية ³.

الفرع الثاني: حماية الغير في العقد الاداري

-تعتبر الادارة الطرف القوي في العلاقة التعاقدية فأوجب على المشرع حماية الطرف الضعيف وذلك

بتوفير الحقوق له الذي يستمدتها من العقد ،فالتعاقد مع الادارة انما يساهم في تسيير المرفق العام ويهدف

في الوقت ذاته الى تحقيق المنفعة الذاتية والتي من الممكن ان تكون ذاتها الحقوق التي تنتقل الى الغير في

العقد الاداري وتتمثل حقوق الغير في العقد الاداري :

¹ حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 19 ايار 1965، قضية money dmontmart نقلا عن د. سليمان محمد الطماوي ، مبادئ

القانون الاداري ، الكتاب الثالث ، اموال الادارة العامة ، دار الفكر العربي ، 1973. ص 692.

² ماهر صالح الجبوري ، القانون الاداري ، جامعة الموصل ، لسنة 1989 ، ص ، 72.

³ محمود خلف الجبوري ، المرجع نفسه ، ص 230.

أولاً: المقابل النقدي

-من أهم الحقوق التي تدفع الغير الى التعاقد مع المتعاقد المباشر مع الادارة فالغير يتعاقد انما ينبغي من وراء تصرفه هذا تحقيق الربح المادي¹.

-هذا ويكون المقابل المالي مستحق الأداء بمجرد أداء الأعمال وإنجازها بالشكل المتفق عليه، بالعقد سواء بالنسبة للشخص الذي تعاقد مباشرة مع الادارة او بالنسبة للغير في العقد الاداري ويأخذ المقابل المالي هنا صورة الثمن بحسب طبيعة العقود الادارية.

ثانياً: حقوق الغير في مقاضاة الملتزم

يكون للغير الحق في مقاضاة الملتزم امام القضاء عند اخلال الاخير ببند العقد والشروط المتفق عليها والنقطة المهمة هنا هي لابد ان نميز بين الجهة التي يحق للغير الطعن امامها فيما اذا كانت جهة القضاء الاداري ام القضاء العادي².

فعند لجوء الغير الى القضاء الاداري، هي عدم امكان الغير الطعن بالالغاء بطريقة مباشرة امام القضاء الاداري ضد الملتزم عند اخلاله بشروط العقد.

وذا كان الغير هنا لا يستطيع ذلك بشكل فان بإمكانه الطعن بطريق غير مباشر وذلك من خلال قيامه بالجوء الى الادارة مانحة الامتياز³.

ثالثاً: حق الغير في مقاضاة الادارة لإخلالها بشروط العقد

لعل من الامور المسلم بها هي ان الادارة تملك سلطات واسعة في شان انشاء المرافق العامة ووظيفتها وتشغيلها لخدمة المنتفعين

¹ كما لو تعاقد مقاول مع الادارة على تعبيد طريق معين فقام الأول بتشغيل اشخاص خارجين عن العقد الأول الذي ابرمه المقاول مع الادارة لانجاز ذلك العمل، هنا الاشخاص الذين تعاقد معهم المقاول يعتبرون من الغير لأنهم لم يتعاقدوا مباشرة مع الادارة غير انهم يحصلون على المقابل النقدي لقاء انجازهم، سليمان الطماوي، الاسس العامة في العقود الادارية، المرجع السابق، ص 741.

² الشهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، معهد الدراسات العربية، ص 330.

³ عبدالحليم عبد المجيد، حدود الفراق اثر العقد، الاداري الى الغير، مقالة منشورة في مجلة العلوم القانونية والسياسية، ص 121.

فان ومما لا شك فيه ان الغير هنا يملكون حقا في مواجهة الادارة عند اخلائها بشروط العقد المبرم مع الملتزم رغم انهم ليسوا طرفا في هذا العقد غير ان تنفيذه يرتبط بثلاثة اشخاص هم : الادارة-الملتزم- الاشخاص المنتفعين من تنفيذ العقد¹.

فاذا سكتت الادارة او لم تتدخل باصدار القرار الاداري الذي يقضي بوجود الزام الملتزم على احترام شروط العقد جاز للغير اللجوء الى القضاء لغرض الطعن بالقرارات التي اصدرتها الادارة على اعتبارها قرارات مخالفة للشروط المنصوص عليها في العقد².

ولا تستطيع الادارة اتخاذ قرارات ادارية مخالفة لشروط العقد لأنها ان اتخذت ذلك جاز للغير ان يطعن بالالغاء لتلك القرارات امام قاضي الالغاء رغم انه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية .

ومن امثلة هذا الامر قرار مجلس الدولة الفرنسي في القضية المشهورة storch والتي تتخلص وقائعها في ان مدير مقاطعة السين قد اصدر قرارا اداريا يخول فيه شركة امتياز للنقل بالتزام حق استبدال العربات التي تسير تحت الارض بعربات اخرى هوائية تسير فوق الارض في منطقة باريس فطعن السيد storch في هذا القرار بصفته الدولة الفرنسي بقبوله شكلا ورفضه موضوعا ، فمن خلال القرار الذي اصدره مجلس الدولة الفرنسي بقبول الطعن شكلا وعلى الرغم من رفضه موضوعيا الا انه قد ارسى مبدأ يتمثل في ان للغير الحق في الطعن امام القضاء في القرارات التي تصدرها الادارة المخالفة لشروط العقد الاداري³.

-هذا ولا يقتصر حق الغير في الطعن بالقرارات الادارية التي تصدرها خلافا لشروط التعاقد أي القرارات الادارية الايجابية بل بإمكان الغير الطعن بالقرارات الادارية الايجابية بل بإمكان الغير الطعن بالقرارات الادارية المخالفة السلبية .

¹ فراس مؤيد احمد ، الغير في العقد الاداري ، مقال منشور في مجلة كلية الاداب ، العدد 97 ، العراق ، ص 639.

² عبد الحليم عبد المجيد ، ، حدود فراق اثر العقد الاداري الى الغير ، المرجع السابق ، ص 121.

³ فراس مؤيد احمد ، الغير في العقد الاداري ، مقالة ، المرجع السابق ، ص 641.

رابعاً: حق المساواة بين المنتفعين - ينبع هذا الحق من المبدأ العام القاضي بمساواة جميع الافراد امام المرافق العامة حيث يجب على الملتزم تقديم خدمات المرفق لكل من يطلبها من الجمهور بذات الشروط بحيث لا يكون هناك تمييز بسبب اللون والجنس او المركز الاجتماعي والاقتصادي¹.

-يتوجب على الملتزم المساواة بين المنتفعين الغير ومن هنا نضح مبدأ المساواة التامة بين المنتفعين من قبل الملتزم وعدم التفريق والتمييز بينهم من حيث العرق او اللون سواء اكان ذلك في خدمات او الاجور ولأي سبب كان².

-وكل تمييز لمصلحة احد العملاء يوجب على الملتزم ان يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب كل من التمييز من اخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة³.

-و من جهة اخرى يمكنهم اللجوء الى الادارة مانحة الامتياز للملتزم طالبين منها التدخل والزام الملتزم بوجود عدم التمييز والمساواة بين الغير المنتفعين من خدمات المرفق العام فاذا سكنت الادارة هنا او رفضت باصدارها قرارا يقضي بأن عدم المساواة مشروع جاز للغير هنا اللجوء الى القضاء الاداري لمقاضاة الادارة.

خامساً: منح المتعاقد ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة

-اذا كان الاصل والمسلم به هو ان الادارة وحدها صاحبة الصلاحية والمخولة بممارسة مظاهر السلطة العامة وهذا يعني ان الافراد لا يملكون حق ممارسة تلك السلطة، غير ان الادارة في بعض الاحيان ترى المصلحة العامة قد اقتضت تخويل بعض من مظاهر سلطتها الى الافراد يمارسونها نيابة عنها من اجل ضمان استمرار سير المرفق العام وتقديم الخدمات للافراد على اتم وجه.

¹ الشهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، الجزء 5، معهد الدراسات العربي، 1958، ص 316.

² محمد جمال مطلق الذنبيات، الوجيز في القانون الاداري، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، وسط البلد ساحة الجامع الحسيني، ط1، لسنة 2003، ص 158.

³ علي الخطار، عقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته، بحث منشور في المجلة مؤت ي للبحوث، ص 61.60.

1- نزع الملكية للمنفعة العامة

يمكن القول بان الادارة تحتاج في اشرافها وادارتها للمرفق جاز للادارة التعاقد وبصورة ودية مع الافراد من اجل الحصول عليها وفي هذه الحالة تخضع الادارة في تعاقدتها هذا الى قواعد القانون الخاص¹.

- بعض الاموال المملوكة للأفراد وخصوصا العقارية منها بصورة ودية من شأنه تعطيل سير المرفق العام وبالتالي التأثير سلبا على بقية الافراد جراء ذلك التعطيل عندئذ تلجأ الادارة ،اجاز المشرع في بعض الاحيان ممارسة هذه السلطة لبعض اشخاص القانون الخاص ومنها المشرع الفرنسي ومنه يمكن القول ان المتعاقد في ظل العقد الاداري وخصوصا في العقود الادارية المهمة (كعقد التزام المرفق العام وعقد الاشغال العامة) يمكن ممارسة سلطة نزع من قبل المتعاقد سيؤول الى الدولة عند انتهاء مدة العقد .

2- الاستيلاء المؤقت

- يقصد بالاستيلاء المؤقت الاجراء الذي تتخذه الادارة للسيطرة على اموال الافراد عقارية ام منقولة بدون رضاهم لغرض استعمالها في اشباع حاجات مستعجلة ووقوتية ذات مساس مباشر بالمصلحة العامة².

سادسا : امتيازات المتعاقد في العقد الاداري

- ان الالتزامات التي يتحملها الغير من العقد الاداري لا تتوقف عند حد مظهر السلطات التي تخولها الادارة معها بل تمتد الى اكثر من ذلك لتشمل ايضا الامتيازات الممنوحة له والتي تشكل في الوقت ذاته التزامات على الغير ومن هذه الالتزامات حق المتقاضي في تقاضي الرسوم ، و الرسم هو المال النقدي الذي يدفعه³.

¹ عبد الباقي نعمة عبد الله ، نزع الملكية امتياز مقرر للادارة بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد الثاني ، العدد الاول سنة 1987 ، ص 176 .

² عبد الحليم عبد المجيد ، حدود الفراق ، المرجع السابق ، ص 140 .

³ فراس مؤيد احمد ، الغير في العقد الاداري ، مقالة ، المرجع السابق ، ص 645 .

الفرع الثالث : حماية الغير في القانون الاداري الفرنسي :

العقد الاداري في القانون الفرنسي (convention faisant naitre une ou plusieurs obligations ou bien creant ou transferant un droit reel)¹

-فالعقد الاداري هو نتاج لعدة عمليات مركبة يكون اساسها القرار الاداري ، و عليه يمكن ان يحدث ضررا ولو بطريقة غير مباشرة بالأشخاص غير الأطراف .

-يقصد بالغير هنا ، الشخص الذي يلجأ الى القضاء من أجل حماية مصالحه ، متى كان هذا التوجه يتجاهل مصلحة الشخص العام والمتعاقد معه في حماية الرابطة العقدية التي تجمعهم

-تتمثل فئات الغير في القانون الفرنسي كالآتي :

-أعضاء المجالس التداولية :

-يحق للعضو في المجلس التداولي الفرنسي الذي تم منعه من المشاركة في تكوين العقد رفع دعوى الالغاء ضد كل قرار صادر عن مداولة من المداولات التي يقوم بها المجلس² .

-دافعوا الضرائب المحلية :

فالمكلف المحلي بالضريبة لا يتدخل في تكوين العقد ولا تنفيذه ، لكن يمكن له ان يرفع دعاوى قضائية الهدف منها الحفاظ على مالية جماعة المحلية التي ينتمي اليها³ .

-الجمعيات والتجمعات المهنية :يستطيع هذا التجمع ايضا ان يرفع دعوى الالغاء ضد القرارات الادارية المنفصلة عن عقد ، وذلك في حالة القرارات الادارية المنفصلة عن عقد اذا كانت تؤثر على المصلحة الجماعية لأعضائه .

¹ SERGE GUINCHAED.gabriel montagnier.raymond guillien.jean vincent.lexique des termes juridique .daloz.17eme ed.2010.p189.

² يجد هذا القول تفسيراً له في قرار martin لسنة 1905 حيث أن المدعي وهو عضو في هيئة تداولية (المجلس العام) طلب الغاء المداولات التي تم اتخاذها من قبل هذا المجلس ، فتم تفسير هذا القرار على أنه يوفر للغير طريق طعن في المادة التعاقدية (انه مقبول بشكل خاص بالنسبة للغير الذي لم يكن لهم القيام بمنازعات عقدية مقتصرة على أطراف العقد ، القيام بدعوى تجاوز السلطة ضد القرارات المنفصلة ، ولما كان ذلك فان أعضاء المجلس المحلي تعتبر مداولاتهم ضرورية من أجل الترخيص بإبرام عقد...) وحتى ولو لم يشارك المجلس التداولي في تكوين الرابطة العقدية اعتبر كله غيراً أصلياً . elisaneth jurvilliers-zuccaro.le tiers e, droit administratif.op cit .p321.

³ بديري يحيى الغير في القانون الاداري ، المرجع السابق ، ص 223.

و لعل افضل مثال لهذه الجمعيات المتعلقة بتنشيط في حماية البيئة الطعن في القرارات الادارية المنفصلة كتلك المتعلقة بالمصادقة على مداولة تتضمن ابرام عقد اداري له انعكاسات على البيئة¹.

-اما المشرع الجزائري في المادة 36 من القانون 03-10 المتعلق بالبيئة في اطار التنمية المستدامة، أعطى الحق للجمعيات أن تباشر دعاوى قضائية على كل فعل يمس بالبيئة ومنها دعوى الغاء القرار الاداري المنفصل الذي يتعلق بعقد معين كالطعن بالاغناء قد تكون لهذا العقد نشاطات تمس بالبيئة.

المبحث الثاني: حماية الغير في نظام المسؤولية

-إن الحديث عن المسؤولية يستدعي الحديث عن فكرة الخطأ والجزاء، فكلاهما من الفروض الأساسية لقيامها، ذلك أن المسؤولية تعني أن ثمة فعل ضار يوجب مؤاخذة فاعله.

وعموما تقسم المسؤولية إلى نوعين أدبية أو قانونية، هذه الأخيرة تقسم بدورها إلى جنائية ومدنية والمسؤولية المدنية تتفرع هي الأخرى إلى عقدية وتقصيرية.

-يراد بالمسؤولية لغة بوجه عام " حال أو صفة من يسأل عن شيء تقع عليه تبعته"².

أما اصطلاحا³ فقد تم تعريفها بعدة تعاريف اخترنا التعريف الراجح وهو تعريف الاستاذ السنهوري

1 في قضية les amis de la terre سنة 1985 والتي تلخص وقائعها بقيام الوزير المكلف بحماية البيئة بتوقيع عقد مع احدى الجمعيات بغية العمل على انقاص درجة التلوث، طعننت احدى الجمعيات في القرار الخاص بالتوقيع على العقد وتم قبول طعنها. عادل الطبطاياتي، الطعن لتجاوز السلطة في العقود الادارية، المرجع السابق، ص 57. و ديري يحيى نفس المرجع، ص 225.

² معنى المسؤولية في قاموس المعجم الوسيط، اللغة العربية المعاصرة، الرائد، لسان العرب، القاموس المحيط. قاموس عربي عربي

³ اعرفها الفقه الغربي: لأستاذ كابتان "Capitant" فيعرف المسؤولية (بأنها الالتزام بإصلاح ضرر أحدثناه لشخص عن طريق الخطأ) و يعاب على هذا التعريف رغم بساطته ووضوحه، جعله المسؤولية شكلا من أشكال التأمين و إغفاله لجانبها المتمثل في كونها الالتزام النهائي الذي يتحمله المتسبب في إحداث الضرر، و ما ينتج عنه من الناحية العملية بالنسبة للشخص المضروب وحقه في رفع الدعوى على التابع أو المتبوع أو عليهما معا، و بهذا الشكل تأخذ المسؤولية عن فعل الغير معناها الحقيقي.

أما جوسران "Gosserand" فلم يعرف المسؤولية بل عرف المسؤول بأنه ذلك الشخص الذي نلقي على عاتقه نهائيا عبء الضرر الذي وقع، و على هذا الأساس يعتبر الشخص مسؤولا حتى لو كان هو نفس الشخص الذي وقع عليه الضرر. بمثل هذا التعريف يكون جوسران قد وسع من مفهوم المسؤولية المدنية ليشمل المسؤولية الأدبية و الأخلاقية نتيجة لقبوله مسؤولية الشخص في مواجهة نفسه الأمر الذي يتعارض مع فكرة ازدواجية المسؤول و المضروب ويعيب التعريف رغم أنه قد أصاب في إبرازه لفكرة الالتزام النهائي بالتعويض كشرط لانعقاد المسؤولية بالمعنى

الديق. أخيرا يمكن أن نستخلص أن من التعريفات السابقة التي قال بها كل من فيدال، كبيتان وجوسران بسيطة و واضحة، و هذا أمر إيجابي في أي تعريف لكنها ليست جامعة ولا مانعة حيث أنها لا تستوعب كافة فروض المسؤولية و لا تحيط بكل جوانبها. سعاد الشرقاوي المرجع السابق ص 100.

(أن المسؤولية هي تعويض الضرر الناشئ عن عمل غير مشروع وقد يكون هذا العمل غير المشروع، هو الإخلال بعقد أبرم، وهذه هي المسؤولية التعاقدية وقد يكون إضرار بالغير عن عمد أو غير عمد وهذه هي المسؤولية التقصيرية)¹.

ورغم وضوح هذا التعريف ودقته إلا أنه أهمل جانبا غاية في الأهمية حيث لم يحدد الشخص الذي يقع عليه العبء النهائي للتعويض عن الضرر ولم يشير إلى الازدواجية في شخص المسؤول والمضرور عندما تناول الضرر الناشئ عن الإخلال بالعقد وهذا لا يتحقق إلا بين شخصين على الأقل في إطار المسؤولية التعاقدية، وكذلك في المسؤولية التقصيرية عندما يتكلم عن الإضرار بالغير، وفي هذا استثناء لأضرار الشخص بنفسه مما يندرج تحت المسؤولية الأدبية.

وفي تعريف آخر يرى السنهوري أن المسؤولية هي مؤاخذة المرء باعتباره مسؤولا عما ارتكبه من أفعال، وتتراوح هذه المؤاخذة بين استهجان المجتمع لتصرفه، وبين الجزاء الذي يقرره القانون، والنوع الأول لا يعدو استهجان الناس لتصرفه ولا يترتب عنه أي جزاء قانوني ويسمى المسؤولية الأدبية أو الأخلاقية². أما الأستاذ سليمان مرقس فقد اختصر تعريفه للمسؤولية في كونها حالة الشخص الذي ارتكب أمرا يوجب المؤاخذة³.

- ورغم ما يتسم به هذا التعريف من سهولة واختصار وهذا أمر إيجابي، لكنه في نفس الوقت عام وغير محدد ولا يقع تحت ضابط، فهل أن كل أمر يوجب اللوم أو المؤاخذة يقع تحت طائلة المسؤولية؟ إن مثل هذا القول أمر شديد التعميم، فقد يقع فعل ما تحت خانة المؤاخذة رغم أنه لا يرتب أية مسؤولية مما يدخل مثلا في باب العادات والمجاملات.

أما الأستاذة سعاد الشرقاوي فقد اقتربت في تعريفها للمسؤولية بشكل أكبر من الفقه الغربي، ونظرت إليها من وجهة نظر فلسفة القانون،

¹ عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، طبعة 1946 ص، 311

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، 1946، القاهرة، ص 842

³ سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام، سنة 1971، ص 1.

حيث عرفتها بأنها>> وسيلة قانونية تتكون أساسا من تدخل إرادي ينقل بمقتضاه عبء الضرر الذي وقع مباشر على شخص، بفعل قوانين الطبيعة أو البيولوجيا أو السيكلوجيا أو القوانين الاجتماعية إلى شخص آخر ينظر إليه على أنه هو الشخص الذي يجب أن يتحمل هذا العبء¹.

سوف نتطرق الى الحماية القانونية التي خصها المشرع للغير في كلى من المسؤوليتين المدنية (المطلب الاول) والجنائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حماية الغير في المسؤولية المدنية

وجب علينا في هذا المطلب دراسة مركز الغير في نظام المسؤولية المدنية وايضا الاساس القانوني لحماية الغير في المسؤولية المدنية (مركز الغير في نظام المسؤولية المدنية, الفرع الأول) واعطاء امثلة عن حمايته مدنيا في الفرع الثاني تحت عنوان (تطبيقات حماية الغير في المسؤولية المدنية).

الفرع الأول : مركز الغير في نظام المسؤولية المدنية

-تنص المادة 1165 مدني فرنسي على أن العقد لا ينفع ولا يضر الغير ، كما نجد ان المشرع الجزائري في مادته 107 م بما جاء في معناه تنصرف اثار العقد الى المتعاقدين وخلفهما العام دون الاخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، وذلك ان اثار العقد لا تنصرف الى الغير ومن هذه المادة نستنتج ايضا ان فئة المتعاقدين ومن بعدهما الخلف يخضعان الى نظام المسؤولية العقدية وان فئة الغير لم تشملها المسؤولية العقدية اذا تخضع لنظام المسؤولية التقصيرية².

-في بادئ الامر كان الغير ليس له أي علاقة بالعقد فلا يحتج بالعقد ولا يحتج عليه ، فكان معيار تحديد المسؤولية يتم على اساس شخصي أي الفرد هو المسؤول وليس المبدأ ذاته في تحديد نطاق الاثر العقدي ومنه نطاق المسؤولية العقدية بمعنى ان العقد لا يعد موجودا في مواجهة الغير ،

¹ سعاد الشراوي المسؤولية الإدارية، الطبعة الثانية، 1972 دار المعارف، مصر. ص. 99

² WEILLE ;le principe de la relativite de convention e, droit privee francais .these.paris .p32.

فتحديد نوع المسؤولية يتحدد من وصف الشخص الذي يتخذه فالمتعاقد في العقد ينطبق عليه احكام المسؤولية العقدية والغير تنطبق عليه احكام المسؤولية التقصيرية¹.

-ولعل افضل تطبيق لهذه الفكرة هو ما جاء في القضاء الفرنسي (يأن أحد التجار كان على علاقة عمل مع عضو في احدى الشركات ولأن مدينه عضو الشركة افلس اقام دعوى مباشرة على الشركة مدعيا ان له الحق في الحصول على مقابل ما استفادت به الشركة وهو مجمل ما جهز به العضو الذي تعامل معه وقد قضت محكمة الموضوع لصالحه ولكن الشركة طعنت في القرار استنادا الى انها لم تكن طرفا في العقد الذي ابرم مع العضو فيها².

ومن ثم هي غير عن العقد وأن الزامها بقيمة ما أل اليه من فائدة من خلال تجهيز ذلك العضو لها ببعض البضائع يعد خرقا لمبدأ نسبية اثر العقد الذي يستلزم ألا يكون للعقد وجود في مواجهتها، فلا تتعرض للمسؤولية بموجبه، وقد اخذت محكمة النقض لفرنسية بهذا الطعن ونقضت قرار محكمة الموضوع قائلة (ان معرفة الشركة بأن أحد أعضائها وضع البضائع بين العناصر الايجابية لذمتها لا يعني وجود أي عقد ولا شبه عقد او علاقة يمكن ان تلزم بموجها تجاه شخص الذي حصلت منه على البضائع، حيث ان الفائدة التي حصلت عليها لا يمكن ان تنشأ عنها دعوى لمصلحة البائع الاصيلي الذي يتعامل معها وحيث ان العقود لا اثر لها الا بين، المتعاقدين، فان المتعاقد لا دعوى له الا في مواجهة من تعاقد معه وليس ضد الغير وان كان يستفيد من نتائج العقد الذي لم يكن طرفا فيه) ويبدو ان هذا المضمون واضح والمعيار الذي استنبطه محدد ايضا³.

-ما ان تغير مفهوم او موقف الفقه والقضاء بالنسبة لمعيار مبدأ نسبية العقد في ما يخص نظام المسؤولية، و بدأ مبدأ النسبية في التطور فتحول على حسب رأي الفقه من التفريد الى التجريد .

¹ صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في نظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص58-60.

²2-Cass civ .12mars 1850.cit par weill.these precite .p6.

-2Cass civ .12mars 1850.cit par weill.these precite .p6

نقلا عن، صبري حمد خاطر، فكة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، دار الكتب القانونية، مصري مجلة كلية الحقوق للجامعة

بمعنى انه لم يعد معيارا يرتبط بوصف الفرد او الشخص وانما بنظام ذو مضمون عام فالغير يمكن ان يتأثر ماديا بالعقد، و يمكن ان يحتج المتعاقد به تجاه الغير .

-لقد اتى الفقيه HUGUUNY المختص في القانون الجنائي بفكرة جديدة وهي ان المدين الذي يخل بالتزاماته عن قصد يرتكب جريمة مدنية، فاذا ساعد الغير المدين على ذلك فانه يعد شريكا له و من ثم يتحمل المسؤولية القانونية عن الاخلال بالعقد واعطى خاصيتين لهذه المسؤولية :

-الغير لا يمكن ان يخل بالعقد بمفرده لأن العلاقة تمل رابطة شخصية بين المتعاقدين لا يمكن ان يصبح طرفا فيها كي يستطيع ان يخل بها مباشرة، لذلك يستمد المسؤولية من مسؤولية المتعاقد نتيجة المشاركة في الاخلال بالعقد¹.

-تتميز مسؤولية الغير بأنها مسؤولية تقصيرية لأنه يستعيرها من المتعاقد، فالمتعاقد اذا ارتكب جريمة مدنية يسأل مسؤولية تقصيرية لأن كل اخلال تدليسي يرتكبه المدين يرتب عليه هذا النوع من المسؤولية فالتدليس على خلاف الخطأ العقدي، لا يقع في نطاق العقد ومن ثم يكون خطأ تقصيري .

-أن هذا الفهم الجديد لنص المادة 1111 مدني فرنسي القديمة، يقود الى تحديد نسبة اثر العقد بالنسبة لطرفيه بالاثر، الملزم للعقد، ويكشف عن حجية اثر العقد بالنسبة للغير. فقد أجمع الفقه الفرنسي الحديث على أن القاعدة يفيد« و «يضر» الواردة في المادة 1111 مدني تتعلق بالآثر الملزم للعقد، ولا تتعلق إلا به، وأن لكلمتي معنى قانونيا دقيق يختلف كلية عن المعنى الدارج لهما في اللغة : يضر بمعنى إنشاء التزام في ذمة الغير، ويفيد معناها ترتيب حق له، ويكون معنى القاعدة :أن العقد لا ينشئ علاقة التزام الا بين الطرفين اللذين تراضيا على إنشاء هذه العلاقة، فلا ينشئ في ذمة الغيرالتزاما ولا يكسبه حقا².

¹ Demoge (R.), Traite des obligations en general, T. 8, Paris, 1933, p 600.

² Demoge (R.), Traite des obligations en general, T. 8, Paris, 1933, p 600.

ولا تعنى القاعدة شيئاً غير ذلك، ولا تمنع، على الخصوص، نفاذ العقد في مواجهة الغير. فالعقد بما أنشأه من حقوق التزامات بين طرفيه، واقعة اجتماعية ليس في الوسع تجاهلها، فليس في وسع الغير أن يتجاهل نشوء هذه الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد، وليس في وسع أي من طرفي العقد أن ينكر في مواجهة الغير أن هذه الحقوق والالتزامات قد نشأت فيما بينهما. ويعبر عن ذلك بالقول إن القاعدة هي أن العقد بما أنشأه من حقوق والالتزامات بين طرفيه، يحتج به بالنسبة للكافة، فللغير أن يحتج به، ويحتج به عليه، فهناك إذا مبدآن أساسيان كشف عنهما التفسير الجديد لنص المادة 1111 مدني فرنسي قديم، مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، ومبدأ الاحتجاج المطلق بالعقد.

وقد واكب القضاء الفرنسي الفقه في تطوره هذا، أن لم يكن قد سبقه في بعض جوانب هذا التطور، فقد قضت الغرفة المدنية في محكمة النقض استناداً لأحكام المادة 711 مدني أن " :العقود التي تصلح سنداً للملكية هي العقود التي تبرم بين البائع ومن تلقى هذه الملكية. وأن حق الملكية سيتصدع بصورة دائمة إذا لم تكن للعقود التي تنقلها قيمة الا في مواجهة أطرافه)¹.

وأن مبدأ نسبية اثر العقد الذي اشارت اليه المادة 1111 مدني لا ينطبق على " التصرفات التي بها تكتسب أو تنتقل الملكية. فهذه التصرفات فيما يتعلق بذلك هي حجة على الغير .

-ان القضاء الفرنسي اشترط قيام تواطؤ بين المتعاقد والغير لكي يحكم بمسؤولية الغير، وذلك تأسيساً على ان الغير حر في التعاقد ولا يسأل الا اذا كانت له نية الاضرار².

-وبعدها اشترط القضاء ان يكون الغير سئ النية دون حاجة للتواطؤ مع المتعاقد، ثم انتهى الى الحكم بمسؤولية الغير مكتفياً بعلمه ان العقد الذي يبرمه يتناقض مع عقد سابق ابرمه الطرف الذي يتعاقد

معه³.

¹ نبراس زاهر جبر الزيايدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن اخلال الغير بالعقد (دراسة مقارنة) مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية عدد 01، 2017، ص 411.

² نبراس زاهر جبر الزيايدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن اخلال الغير بالعقد، المرجع السابق، ص 411.

³ A. Weill, La relativité des contrats en droit privé François, these, Strasbourg, 1939, no 17 ets.

لأن الغير وان كان حسن النية الا ان علمه بوجود عقد سابق يفرض عليه ان يبادر الى الامتناع عن التعاقد¹.

- نجد ان القضاء الفرنسي اجاز للغير ان يستند الى العقد في تحديد المسؤولية، ومنه بدأ النظر الى العقد انه واقعة مادية يمكن ان تكون للغير علاقة بها من وجهتين، بأن يتدخل فعله في اطارها فيلحق ضررا بالمتعاقدين مما يؤدي الى المسؤولية التقصيرية².

- والثانية ان الواقعة المادية قد تنشئ اثرا ماديا يلزم الغير، ومنه مجد ان مبدأ نسبية العقد قد اخذ مجرى اخر نحو التطور في ميدان المسؤولية حيث اصبح للعقد اثر مزدوج، اثر داخلي واثر مادي للعقد يؤدي الى انتفائها، فلكي يسأل الشخص مسؤولية عقدية لابد ان يخل بالتزام انصرفت ارادته الى التعهد بتنفيذه اتجاه من يتعاقد معه³.

- و بالنسبة للأثر المادي فكان القضاء لا يميز الى وقت قريب بين مبدأ نسبية اثر العقد وحجيته، فعلى سبيل المثال (الاتفاقات لا تكون حجة على أي شخص لا يكون طرفا في العقد) ومن هنا كا المبدأ السائد ان العقد لا حجة له في مواجهة الغير⁴.

¹ في قضية التزم بائع محل تجاري بعدم المنافسة، الا ان الغير رغم علمه بهذا الالتزام تعاقد مع البائع على النحو الذي حمله على الاخلال بالتزامه فاصدر القضاء قراره بالحكم على الباشع والغير على الوجه التضامم بتعويض المشتري عن الضرر الذي اصابه جراء المنافسة cass.com.13mars1979.D.S.1980.-1.n.SERRA..

وفي قضية اخرى تنازل مالك براءة الاختراع عن البراءة التي يملكها الا انه تعاقد مع الغير على الاستمرار باستغلال البراءة فقضى القضاء بمسؤولية المالك والغير على وجه التضامم عن تعويض المتنازل له عما اصابه من ضرر جراء الاخلال بالالتزام بعقد التنازل -1.cass civ .1964-1-n.63.29 jan 1963.bul –civ

-و في حكم اخر، حيث استأجرت شركة عقار وبالرغم من ان عقد الايجار اشتمل على شرط يلزم الشركة بعدم التنازل عن الايجار للغير الا ان هذه الشركة اخلت بهذا الشرط وتنازلت عن الايجار، فصدر القرار بمسؤوليتها بالتضامم مع الغير الذي تنازلت له عن التعويض المؤجر عما اصابه من ضرر. cass.com.25novem.1986.BULL civ -1-n-219.

² J. FLOUR et J.-L. AUBERT, Obligations, 6 vol, 5ème edition, Paris, 1994, no 443.

³ Huguency, Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, Dijon, 1910, p. 214 et s.

⁴ Huet, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, these, Paris II, 1978 (dactyle), no 702.

فالعقد له اطار خارجي، لكن ليس بوصفه ارادة تنشأ بموجبها التزامات على عاتق طرفيه والاثار لا تؤدي الى انشاء مسؤولية عقدية لأنها خالية من الارادة وانما الى مسؤولية تقصيرية التي تختص بالوقائع المادية بحيث لا تعد علاقة الغير بهذه الصورة انتهاكا لمبدأ نسبية اثر العقد، و في المقابل يمكن للغير ان يحتج بالعقد بوصفه واقعة مادية ايضا في مواجهة الغير¹.

-فالغير اذا قد يستفيد من العقد بوصفه واقعة مادية أي ان العقد بوصفه تصرف قانوني لا يجعل منه لا دائئا ولا مدينا للمطالبة بتنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد وانما للمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية .

-لقد بدأت فكرة إلحاق الضرر بالغير نتيجة عدم تنفيذ العقد او نتيجة تنفيذه تدخل ميدان المسؤولية فمفهوم الغير بدأ يتلاشى تبعا لضعف المفاهيم الفردية امام ضغط الحاجات الاجتماعية بحيث اصبح تقليديا اليوم أن الغير يمكن أن يتمسك بالعقد باعتباره واقعة مادية .

و منه فمفهوم الغير لم يعد يعني ذلك الاجنبي الذي لا علاقة له بالعقد، فحجية العقد يمكن ان تكون مصدرا للمسؤولية دون ان تتعلق بالاثار الملزم للعقد، وذلك أن العقد يمكن ان يحدث عند تنفيذه ضررا يلحق الغير ومن ثم يمكن أن يتمسك بالعقد لتعويض ما لحقه من ضرر وذلك بسبب تطور مفهوم المسؤولية التقصيرية وثانيا فكرة ضرورة حماية ضحية الضرر بصورة عادلة ايا كانت الوصف، فكما بينا ان تنفيذ العقد قد يسبب ضررا للعقد وهذا الضرر يستوجب التعويض، ولكن هذه الفكرة مقيدة بالتساؤل الاتي: من هم الغير اللذين يحق لهم اللجوء الى القضاء للمطالبة بالتعويض ؟

لقد ظهر رأيين، الأول ان القضاء لم يجز للغير اللجوء الى القضاء للمطالبة بالعقد باستناده لعقد لم يكن طرفا فيه فكل قرارات القضاء الفرنسي في بادئ الامر تفيد ان الغير الاجنبي عن الضرر الذي لحقه من العقد، فلا يجوز له ان يستند الى العقد للمطالبة بالتعويض .

¹ وفي قضية صدر قرار من محكمة النقض الفرنسية ان الفعل الواحد قد يكون في الوقت ذاته اخلايا بالتزام ينشئ بين طرفي العقد وخطأ تقصيري في مواجهة الغير عن العقد . 1971 . civ . 264.R.T.D. Gas pal 1970.2.16avril1970. cass civ .

لم يستقر القضاء الفرنسي على رأيه الأول وسرعان ما اتى برأي آخر وذلك بالتمييز بين الخطأ التقصيري والخطأ العقدي، فلاحظ القضاء أن الإخلال بالعقد قد يرتب معه خطأ تقصيري، حيث أصبحت اجنية على الغير بالنسبة للأثر المادي وهو الضرر محل شك للمتعاقد قد يرتكب خطأ عقدي في مواجهة المتعاقد الآخر ولكن نفس الخطأ قد يعتبر تقصيري في مواجهة الغير، ان الغير لا يطالب بتصحيح الخطأ العقدي وانما يطالب بتصحيح الضرر التقصيري فالغير لا يتمسك بالعقد على اساس انه دائن وانما يتمسك به على اساس انه واقعة مادية لا سبيل لانكار وجودها، فالغير اذا كان اجنبيا تماما على العقد. فهو ليس كذلك بالنسبة للضرر الذي يلحقه، وفيه يرى weill ان البعض كان يزعم وجود نزاع بين المادة 1165 م ف التي تقرر مبدأ نسبية اثر العقد وبين المادة 1382 من ق م ف التي تقرر مبدأ المسؤولية التقصيرية في حين ان هذا النزاع لا يمكن ان يوجد الا عند المؤلفين الذين يفسرون مبدأ نسبية اثر العقد بمعنى خاطئ¹. فمسؤولية المتعاقد عن الضرر الذي يصيب الغير لا يصطدم الا ظاهريا بمبدأ نسبية اثر العقد، لأن الدعوى التي يقيمها الغير على المتعاقد تقصيرية وليست عقدية².

من جانب آخر يشير PERRAU الى ان العقد اذا اشتمل على شرط الاعفاء من المسؤولية او على شرط مقيد لها، فان هذا الشرط لا ينفذ في مواجهة الغير فيما لو ادى تنفيذ العقد الى الحاق الضرر به وذلك لان الغير لا يقيم عن هذا الضرر دعوى عقدية وانما تقصيرية، بل الغير يمكن ان يسأل المتعاقد عن الخطأ الذي ارتكبه وان لم يسأل عنه في مواجهة المتعاقد الآخر، فشرط الاعفاء من المسؤولية او تخفيفها لا اثر له في مواجهة الغير الذي يقيم الدعوى على اساس المسؤولية التقصيرية.

الفرع الثاني : تطبيقات حماية الغير في المسؤولية المدنية

لعل من أهم العقود التي كثرت فيها منازعات الغير في العقود هي عقد البيع وعقد الوكالة، سوف نتطرق لكل منهما على التوالي :

¹ Hugueney, Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, op cit.p215.

² Cass. Com. 11 octobre 1971, Bull. civ. IV, no 237, p. 221; Dalloz 1972, p. 120.

أولاً: حماية الغير في عقد البيع

-قبل كل شيء كان علينا تحديد من هو الغير في عقد البيع بالنسبة للضرر والذي يتمثل في وجود عيب خفي في الشيء المبيع ؟

من المعروف ان الغير لا يستفيد من ضمان العيوب الخفية ويقع على عاتقه اثبات خطأ البائع والضرر الذي ترتب عليه والعلاقة السببية بينهما¹.

-و يزاح عن دائرة الغير في هذا الميدان الخلف بنوعيه العام والخاص ، فالغير هنا هو كل شخص تضرر نتيجة عيب خفي في الشيء الذي يباع من قبل بائع سيئ النية .

ان الغير هو كل مستعمل ومستغل مثاله انفجار بطارية سيارة بسبب خلل في تركيبها وأصاب أحد ركاب هذه السيارة دون صاحبها، أو انفجار حاسوب آلي فأصاب أحد الزبائن داخل محل للانترنت، المقتنين والمستعملين لهذه المنتجات سواء كان المتضرر محترفاً أو غير محترفاً، وتشمل المسؤولية هنا أيضاً الغير الذي أصابهم الضرر من جراء هذه العيوب الموجودة في المنتجات².

ومتى توافرت شروط كل من الدعويين، العقدية والتقصيرية، فيكون للمتضرر³ الحق في أحدهما وفق ما كان سائداً في التقنين الفرنسي السابق الذي يعتمد على مبدأ عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين

la.résponsabilités des cumul-non de règle

أو يختار أحدهما ولا شيء يمنع المتضرر من ذلك لكن هذه التفرقة السابقة لم تدم طويلا بسبب النصوص الحديثة التي ألزمت المنتج بأن يكون مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في المنتج، سواء كان يربطه بالمتضرر عقد أم لا.

¹ زروقي حنين، التعويض عن الاضرار الناجمة عن ضمان العيوب الخفية للمبيع، شهادة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة ابن باديس مستغانم، 2017/2018، ص8. محمد شلتوت، المسؤولية المدنية والجناحية في الشريعة الاسلامية، طبع بجامعة الانهار، ص2.

² حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الاجتماعية، الاسكندرية، 1979، ص402.

³ يعرف المتضرر بأنه: "كل شخص تضرر من المنتج المعيب المطروح للتداول، أو المتضرر من (5) أضرار المنتجات المعيبة . " ويستوي في ذلك المشتري المستهلك، المتعاقد مع المنتج أو غير المتعاقد CALAIS.Auloy*j*.Ne melangeons plus conformite et securite .op cit.p130.

-ان القضاء الفرنسي لايعتبر الغير اجنبيا عن الضرر الحادث لمناسبة عقد البيع ويسأل ايضا المنتج في مواجهة الغير عن عقد البيع الانتاج ، اما لانه لم يتبع الشروط الملزمة له في انتاج الشيء واما انه وضع الشيء المعيب في التداول ، والغير الذي يرجع في هذه الحالة على البائع او المنتج انما يستند الى العقد الذي يبرم بين البائع والمشتري لتحديد المسؤولية¹.

فأساس الضرر هنا هو عدم تنفيذ المنتج لالتزامه بصورة صحيحة وذلك متى نجم عن هذا التنفيذ وضع الشيء الضار في التداول بأن القانون الصادر في 25 ماي 1985 الخاص بالتوجيه الأوربي للمسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة جاء متميزاً بوصفه يتضمن أحكام تتعلق باتساع نطاق الحماية التي يوفرها للمتضرر من المنتجات الصناعية المعيبة بالتأكيد على قابلية المنتج بأن يكون معيباً وتأثيره على سلامة الأشخاص والأموال، وهذا ما يبتغيه المستهلك ويرغب في الحصول عليه.

لقد اتجه القضاء الفرنسي الى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية، الواردة في المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي . وهي مسؤولية تقوم على وجود الخطأ الواجب الإثبات، وهذا ما يكلف المتضرر عناء إثبات أن الضرر الذي أصابه كان نتيجة خطأ المنتج أو البائع ، وهذا ليس بالأمر الهين القيام بتحقيقه . لذا بحث القضاء عن وسيلة لتعويض الضحايا، وذلك بإقامة مسؤولية الصانع عن فعل الأشياء المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 1384 ، باعتبار أن هذه المسؤولية مفترضة لوجود هذه الأشياء (المنتجات) خطرة وتسبب أضراراً وأخطاراً على مستعملها. ولايجوز له الإعفاء منها إلا بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة.

¹ وتعرف المسؤولية المدنية بأنها: "هي الالتزام بتعويض ما يلحق الغير من ضرر بسبب إخلال المدين بالتزامه وقد تكون عقدية أو تقصيرية، فتكون عقدية إذا نشأ الضرر بسبب إخلال المدين بالتزام عقدي يختلف بحسب ما أشتمل عليه العقد من التزامات، وتكون تقصيرية إذا نشأ الضرر) بسبب الإخلال بالتزام قانوني عام الذي مضمونه عدم الإضرار بالغير. حساني علي، الاطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات.رسالة دكتوراه ، جامعة تلمسان ، 2011/2012.ص187.

فهناك منتجات لا يمكن تفادي أخطارها بسبب التعقيد في تركيبها أو تصنيعها، وعدم تبين الخلل الموجود فيها، لذا فقد تسبب أخطاراً وشيكة على مستهلكيها مثل الآلات الإلكترونية والأجهزة الكهرومترية، والسيارات ذات الجودة والتقنية العالية وغيرها¹.

2-موقف المشرع الجزائري :

-نجد ان المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: " يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية ". كما نصت المادة 1-67 من قانون التجارة المصري على أنه: " يسأل منتج السلعة وموزعها قبل كل من يلحقه ضرر بدني يحدثه المنتج إذا أثبت هذا الشخص أن الضرر نشأ بسبب عيب في المنتج "

-متى توافرت شروط كل من الدعويين، العقدية والتقصيرية، فيكون للمتضرر الحق في أحدهما وفق ما كان سائداً في التقنين الفرنسي السابق الذي يعتمد على مبدأ عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين *La règle de non-cumul des responsabilités*، أو يختار أحدهما ولا شيء يمنع المتضرر من ذلك².

لكن هذه التفرقة السابقة لم تدم طويلاً بسبب النصوص الحديثة التي ألزمت المنتج بأن يكون مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في المنتج، سواء كان يربطه بالمتضرر عقد أم لا. إذا كان المتضرر المتعاقد بإمكانه الرجوع على المنتج مباشرة باعتباره بائعاً على أساس ضمان العيوب الخفية إن توفرت شروطها، وبالتالي يمكنه إبطال العقد، أو الإبقاء عليه مع إنقاص الثمن.

¹ عبد القادر أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة، دار الفكر الجامعي، ط2010، ص143.

² بشاشة زهية، المسؤولية المدنية للكمنتج عن الأضرار التي تسببها المنتجات، جامعة جيجل، ص2.

كما له طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به. أما وإن لم يكن هناك عقد يجمع بين المتضرر اما اذا كان الغير والمنتج فيتمكن من المطالبة بحقه للحصول على تعويض الأضرار التي لحقت به بناءً على أحكام وقواعد المسؤولية التقصيرية¹.

3-اساس المسؤولية

لذا كان الفقه الحديث ينظر إلى هذه المسؤولية بأنها مسؤولية خاصة موضوعية تقوم على أساس تحمل التبعة، مهما كانت صفة المتضرر، محترفاً أو مستهلكاً أو من الغير وأنها مسؤولية تقوم مهما كانت طبيعة الأضرار الماسة بسلامة الأشخاص أو الأموال، ماعدا الأضرار الناتجة عن العيوب والأخطار التي يسببها المنتج نفسه، وهذا يدخل في نطاق الضمان الخاص المنصوص عليه في المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 . لكن المادة الثانية من القانون 02/89 نصت على وجوب توفر كل منتج مهما كانت طبيعته على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك و/أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية، وكأنها في هذا السياق تبين حكم خلو هذه المنتوجات من شرط توفر ضمان المخاطر، وفي ذلك تحديد لمسؤولية المتدخل في حالة وجود مخاطر في بمنتجاته تسبب ضرراً للمستهلك².

إذاً فالضمان هنا ضمان خاص تتأسس فيه مسؤولية المنتج باعتبارها مسؤولية موضوعية تقوم على أساس تحمل تبعة الخطر أو الضرر- دون الخطأ- الذي تسببت فيه هذه المنتوجات من جراء خلوها من هذه الضمانات³.

كما أضاف القانون 03-90 قواعد خاصة لتحديد مسؤولية المتدخل عن طريق إلزامه باحترام سلامة المواد الغذائية والسهر بأن لاتضر بصحة المستهلك، وذلك بتطبيق أحكام وقائية .

كما أكد المشرع الجزائري في القانون السابق الذكر، على وجوب توفر المنتوجات الموضوعة للاستهلاك على ضمانات وعلى الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها.

¹ نبراس ظاهر جبر، حقوق الغير المقترنة بالعقد، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة كبرياء، ص25.

² محمد بودالي، المرجع السابق، ص482. précité. Civ.2 e , 20 juil.1981,

³ حساني علي، الاطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات، المرجع السابق، ص193.

وأن لاتلحق ضرراً بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين

مانستنتج من خلال ماسبق، أن المشرع الجزائري أراد من خلال النصوص التشريعية المنظمة للاستهلاك بالجزائر، أن يقدم حماية فعالة للمستهلك، فأكد على وجوب توفر المنتج على ضمانات من كل المخاطر التي تسبب ضرراً بصحة المستهلك وأمنه أو بمصالحه المادية. وبالتالي ينشأ عن مخالفة هذا المبدأ مسؤولية خاصة تراعي فيها الضرر الحاصل دون إثبات الخطأ، بغض النظر عن وجود علاقة تعاقدية أم لا تربط المتدخل بالمستهلك.

ثانيا : حماية الغير في عقد الوكالة

-بالرجوع لنص المادة 585 من ق م ج (تطبق المواد من 74 الى 77 الخاصة بالنيابة في علاقات الموكل والوكيل بالغير الذي يتعامل مع الوكيل) فالمشرع احال النص الى المواد 74 حتى 77 من نفس القانون فيما يخص تنظيم العلاقة بين الموكل بالغير والوكيل بالغير وهذه المواد خاصة بالنيابة وبدراسة المواد هذه نجدتها تفرق بين موقفين ، ان يتصرف الوكيل باسم الموكل وهنا نكون اما اعتبار الوكيل نائبا عن موكله وان يتصرف الوكيل مع الغير باسمه الشخصي دون اعلامه بصفته فلا يكون نائبا أي وكالة غير نيابية ستتم دراسة هته الحالاتين على التوالي :

1-حماية الغير من تصرفات الوكيل باعتباره نائبا

-عندما يبرم الوكيل تصرفا باسم موكله يكون نائبا عنه مهما كان مصدر النيابة ، فان اثر التصرف ينصرف الى الاصيل الموكل .حسب نص المادة 74 من ق م ج (اذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الاصيل ، فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الاصيل ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون .

¹قرار رقم 59293 بتاريخ 1990/06/27 . قضية (رش) ضد (ب.ع) من المقرر قانونا ان النائب اذا ابرم في حدود نيابته عقدا باسم الاصيل ، فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الاصيل ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون .

-فاذا أعلن الوكيل عند ابرامه التصرف انه لا يتعاقد لحساب نفسه وانما لحساب موكله ، او كان الغير الذي تعامل معه على علم بصفته فان اثار التصرف ، تنتقل الى الموكل ، وهذا الاخير يعتبر طرفا في العقد ومنه يصبح الموكل هو الدائن او المدين ¹ .

-ولا يكون الوكيل مسؤولا اذا كان التصرف الذي عقده مع الغير باطلا او قابل للابطال وذلك ما لم يثبت في جانبه خطأ شخصي ، فاذا وفي الغير مبالغ للوكيل وجاز ابطال هذا الوفاء بسبب الموكل لم يكن الوكيل مسؤولا ، ولا ترفع دعوى البطلان او الابطال الا على الموكل فقط ² .

-كما انه للموكل ان يرجع مباشرة على الغير الذي تعاقد معه الوكيل في كل التعاقدات التي تنشأ عن عقد وكيله نيابة عنه ، كذلك يرجع الغير مباشرة على الموكل بجميع الحقوق التي تنشأ له من هذا التعاقد ، تقوم مسؤولية الوكيل قبل الغير في حالة عمل الوكيل باسم الموكل الا اذا ارتكب خطأ يستوجب مسؤوليته ، واذا ما ارتكب الوكيل خطأ يكون مسؤولا امام الغير الذي تعاقد معه .

- كما لو دلس الوكيل على الغير وتعاقد معه او اكرهه على ذلك جاز للغير ابطال العقد ، و ترفع دعوى الابطال على الوكيل الا ان الغير له ان يرجع بالتعويض على الوكيل لما ارتكبه من تدليس او اكراه ، وذلك على اساس المسؤولية التقصيرية حيث يلتزم النائب بتعويض الغير على اساس الخطأ الذي وقع فيه باخفائه عن المتعاقد معه حقيقة اتساع نيابته ³ .

-لما كان الثابت ، في قضية الحال ، ان قضاة الموضوع لما قضوا بابطال عقد البيع بالرغم من كون المدعى عليه في الطعن ارتكب خطأ قانونيا عندما قاضى الوكيلين دون الأصيل ، يكونوا بقضائهم كما فعلوا اخطأوا في سير الأجراءات الجوهرية وفي تطبيق القانون .
-ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .

¹ عبد الله البرازي، تجاوز الوكيل حدود وكالته في القانون المدني الكويتي ، مذكرة ماجستير ، جامعة الكويت ، 2005، ص48

² أسعد فاطمة ، تجاوز الوكيل حدود الوكالة في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي وبعض التشريعات المدنية ، مجلة الاكاديمية ، كلية الحقوق ، جامعة بجاية ، عدد 01، لسنة 2011، ص140.

³ Malaurie et (L.) Aynes :- cours de droit civil , les obligations , 3e .ed 1992. P362

-أما في حالة ما إذا خرج الوكيل عن حدود نيابته فتقوم مسؤوليته وإذا لم يقر الموكل التصرف الذي ابرمه وكيله متجاوزا فيه حدود الوكالة فلا ينصرف اثره اليه وليس للغير ان يرجع عليه الا بمقدار ما استفاد في حدود قواعد الفضالة ، او قواعد الاثراء بلا سبب¹ .

-الا ان الغير يستطيع ان يرجع على الوكيل بالتعويض عن الضرر الذي اصابه من جراء عدم انصراف اثر العقد الى الموكل لأنه قد تسبب بمجاوزته حدود الوكالة في ضرر لهذا الغير يلتزم بتعويضه² .

2-حماية الغير في الوكالة بالتسخير

-إذا وكل الشخص شخصا اخر في ابرام تصرف ما ، و لم يذكر اسمه في التصرف ، فوض فيه الوكيل واشترط الموكل ان يعمل الوكيل باسمه الشخصي وسخر الموكل الوكيل في ذلك مستعيرا اسمه ، فان الوكالة هنا تكون وكالة بالتسخير غير نيابية ، او بعقد الاسم المستعار ، هذه الوكالة هي وكالة مستترة تتجرد عن النيابة وتفرض على الوكيل ان يعمل باسمه الشخصي ، وهي تختلف عن الوكالة المكشوفة او النيابة³ .

¹ عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - ج 2 - أحكام الالتزام - بغداد - 1980 - ص 122

² جاك غستان - المطول في القانون المدني - مفاعيل العقد أو آثاره - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - لبنان - 1420 هـ - 2000 م. ص 635 .

³ الطعن رقم 0237 لسنة 26 مكتب فني 12 صفحة رقم 713

بتاريخ 1961-11-23

الموضوع : عقد الوكالة

الموضوع الفرعي : الوكالة المستترة

فقرة رقم : 2

ليس من يعبر إسمه إلا وكيلا عمن أعاره فيمتنع عليه قانونا أن يستأثر لنفسه بشيء وكل في أن يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه في الظاهر مع أنه في الواقع شأن الموكل . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن المطعون عليها لم تكن في إبرامها عقد الشراء مع آخر إلا إسما مستعارا لزوجها الطاعن فإن مقتضى ذلك اعتبار أن الصفقة فيما بين الزوجين قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا تكسب المطعون عليها منها شيء ويكون كل ما دفع بإسمها من الثمن ورسوم التسجيل قد دفع من الطاعن - إلا أن يثبت أنها قد دفعته له من مالها الخاص فيحق لها استرداده منه طبقا لاحكام الوكالة باعتباره من النفقات المعقولة التي أنفقتها في تنفيذ الوكالة.

الطعن رقم 0055 لسنة 16 مجموعة عمر 5 صفحة رقم 445

بتاريخ 1947-05-22

الموضوع : عقد الوكالة

إن الاسم المسخر أو المستعار يكون عادة في الحالات التي يحرص فيها الموكل على عدم الظهور في التعامل مع الغير لسبب مشروع أو لسبب غير مشروع، فيظهر الوكيل المسخر وكأنه الأصلي .

تجدر الإشارة الى ان الوكيل المسخر يختلف عن الوكيل العادي في ان الأول يجب ان تتوافر فيه اهلية التصرف الذي سخر فيه بخلاف الوكيل العادي اذ يكفي فيه ان يكون مميزاً¹.

*-مسؤولية الوكيل المسخر تجاه الغير الذي تعاقد معه في القانون المدني: تنص المادة 75 ق م ج بأن الوكيل اذا لم يعلن وقت ابرام التصرف انه يتعاقد بصفته نائباً، فان هذا التصرف تضاف اليه شخصياً دائماً او مديناً، ولا تنصرف هذه الاثار الى الموكل تطبيقاً للقواعد الخاصة بالاسم المستعار، فتكون جميع الحقوق التي تنشأ في التعاقد مع الغير للوكيل المسخر ويكون هو الدائن بها للغير وجميع الالتزامات الناشئة عن هذا التعاقد على الوكيل المسخر أي يكون مديناً بها للغير .

-متى تنصرف اثار تعاقد الوكيل المسخر الى الموكل ؟

-يكون الانصراف في حالتين :

1-اذا كان الغير يعلم او كان من المفروض حتما ان يعلم بأن الوكيل المسخر انما يتعاقد لحساب الموكل ويعلم انه وكيل ويقصد التعاقد مع الموكل لا الوكيل، فان اثار العقد من حقوق والتزامات تضاف الى الموكل لا الوكيل المسخر .

و تسري احكام الوكالة النيابة ولا يكون الوكيل المسخر مسؤولاً قبل الغير عن أي من الحقوق والالتزامات ناشئة عن التعاقد لأن الوكيل منا يتعامل باسمه الشخصي .

الموضوع الفرعي: الوكالة المستترة

فقرة رقم: 4

إن من يعبر إسمه ليس إلا وكيلاً عمّن أعاره، وحكمه هو حكم كل وكيل من حيث ما يجب عليه من رعاية حق موكله وحفظه، ومن حيث مسؤوليته إذا أخل بالتزامه وغصب هذا الحق أو إفتات عليه، ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة فكان الشأن شأنه في الظاهر مع كونه في الواقع شأن الموكل، أما غيره من الوكلاء فوكالته سافرة الشأن فيها للموكل ظاهراً وباطناً. الطعن رقم 55 و74 لسنة 16 ق، جلسة 22/5/1947، حسين فهى عاصى المحامى، مجموعات قرارات القضاء المصري، دار الفكر، 2005، ص20.

¹ . عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - ج2 - أحكام الالتزام - بغداد - 1980 - ص122.

أما الغير فإنه يتعامل لحساب الاصيل ، اما اذا كان الغير يعلم انه يتعاقد مع الوكيل ، ويقصد التعامل معه ، فان اثار العقد من حقوق والتزامات تضاف الى الوكيل لا الاصيل لانه يستطيع الغير ان يرجع على الموكل مباشرة كما لا يرجع الموكل على الغير .

2- اذا كان يستوي عند الغير ان يتعامل مع الوكيل المسخر او مع الموكل ، فاذا كشف الموكل عن نفسه كان للغير ان يرجع عليه لا على الوكيل المسخر الموكل ايضا حق الرجوع على الغير ، ويستطيع الغير ان يطالب الوكيل شخصيا بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بينهما ، كما يستطيع الوكيل المسخر ان يطالب الغير بتنفيذ التزاماته¹ .

أما فيما يخص مسؤولية الوكيل المسخر تجاه الغير الاخرين ، بحيث قد تنشأ علاقة بين الوكيل المسخر واغيار اخرين وهو بصدد التصرف الموكل فيه ، بخلاف الغير الذي سخر للتعاقد معه ، فالوكيل المسخر يعتبر صاحب حق او المالك كما لو سخر لشراء منزل معين فيصبح هو المالك للمنزل ومنه اذا كان اغيار اخرون قد انفقوا على المنزل مصاريف ضرورية او نافعة جاز لهم ان يرجعوا على الوكيل المسخر بهذه المصاريف باعتباره مالكا² .

المطلب الثاني : حماية الغير في المسؤولية الجنائية

-بوجه عام المسؤولية تفترض وقوع الخطأ ، و تقوم على اساس وجود ضرر لحق بشخص ، هذا الضرر الذي قد يصيب الفرد بحد ذاته ، فنكون امام مسؤولية مدنية لكن ان اصاب هذا الضرر المجتمع ايضا بالاضافة الى الغير هنا تقوم المسؤولية الجنائية التي جزاؤها العقوبة ويبقى ذلك من اختصاص النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع .

¹ أحمد مرزوق - نظرية الصورية في التشريع المصري - القاهرة - مصر - 1957م - ص 236، عبد الحميد الشواربي وعز الدين الدناصوري - الصورية في ضوء الفقه والقضاء - 2003م ، ص 48.. انور سلطان - النظرية العامة للالتزام - ج 2 - أحكام الالتزام - دار المعارف - مصر - 1962 - ص 76.. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - مج 1 - نظرية العقد والإرادة والمنفردة - مطبعة السلام - مصر - 1987 - ص 240.

² السنهوري - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - منشأة المعارف - الإسكندرية - 2004م - ص 986.

وقد تقوم المسؤولية المدنية والجنائية التي جزاؤها العقوبة ويبقى ذلك من اختصاص النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع ، و قد تقوم المسؤولية المدنية والجنائية في وقت واحد او احدى المسؤوليةين دون الاخرى .

-سوف نقوم بمعالجة موضوع حماية الغير في اطار نظام المسؤولية الجنائية في بعض من المواقع التي يكون هناك تعدي على حق الغير ، و سنحصر دراستنا في فرعين الفرع الأول (حماية الغير من الاضرار الناتجة من العملية الاستهلاكية) و الفرع الثاني (حماية الغير من جريمة التعدي على الملكية).

الفرع الأول: حماية الغير في عقد العمل

-إن قانون العمل من القوانين الحديثة ، بحيث ظهر في منتصف القرن 19 حتى القرن 20 ، و ارتبط ظهوره بمجموعة من العوامل أولها الثورة الفرنسية والتي جاءت بمبادئ اهمها ، الحرية والمساواة والحقوق الطبيعية ، بحيث ان هذه المبادئ نمت سريعا في ميدان العمل واصبح اهم مبدأ فيه ه وحرية العمل ، المرتكز اساسا على مبدأ سلطان الارادة وحرية التعاقد في التصرفات القانونية¹.

و من بين المسائل التي اهتمت بتنظيمها مختلف التشريعات موضوع التجريم والعقاب في مجال العمل والذي اطلق عليه اسم القانون الجنائي للعمل ، باعتباره أحد فروع القانون الجنائي الحديثة.

-ان الهدف في هذه الدراسة ليس حماية العمل وانما تشديد العقاب على مرتكب الجريمة أي المستخدم وبالتالي استحدث هذا الفرع الجديد من فروع القانون الجنائي ، و نجد ان المشرع الجزائري هو الاخر بدوره اهتم بمسألة التجريم والعقاب في اطار علاقات العمل ، فتطور القانون الجنائي للعمل ،

¹ فكرة علاقة العمل ظهرت لأول مرة في الفقه الألماني ، للمناداة باحلال أساس التنظيم التشريعي واللائحي لعلاقات العمل على حساب حرية التعاقد والحد من مبدأ سلطان الارادة ، و تحقيق أكبر قدر ممكن من الحماية للعامل ، باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة ، و يتم ذلك عن طريق توسيع دائرة التشريعات العمالية وشمولها بالتنظيم للعديد من مجالات العمل ، كما هو الشأن بالنسبة لممارسة الحق النقابي والحق في الاضراب والاستفادة من الضمان الاجتماعي (جلال مصطفى القريشي ، شرح قانون العمل الجزائري ، ج 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1984. ص 89.

-يجب علينا اولا تحديد من هو الغير في المسؤولية الجنائية في مجال العمل ،فهو كل شخص ليست له علاقة بعقد العمل ،أي ليس طرفا فيه ولكنه تضرر بفعل أحد أطراف العقد وبسببه ،و لعل من اهم صور الجرائم التي تمس الغير في عقد العمل هي :

-اولا:جريمة افشاء الأسرار :يقتضي الشرف المهني من العامل الاحتفاظ بالسر وعدم اعلانه وافشائه الى الغير ،فافشاء السر من جرائم الاعتداء على الاعتبار والشرف ،سواء كان ذلك كتابة او قولاً او اشارة وهو من الجرائم العمدية والتي تكون ايجابية واحيانا اخرى سلبية ،و افشاء السر يعبر عن واقعة لها صفة السر ممن علم بها بمقتضى مهنة أو وظيفة وحتى صنعة¹ .

المشرع الجزائري أراد حماية ارادة صاحب السر في أن تظل بعض الوقائع محلا للكتمان ،لذلك ألزم العامل من خلال المادة 10/04 من قانون العمل بواجب عدم افشاء المعلومات المهنية الخاصة بتقنيات وأساليب الصنع ،وألا يكشفوا عن الوثائق الخاصة بكل متعامل لشخص اخر ويعتبر من قبيل الغير المتعاملين مع المستخدم أو العامل ،بحيث يعتبر الركن الشرعي لهذه الجريمة هي المواد 301و302و303 من قانون العقوبات المعدل والمتمم والمادة 137 ،فتكليفها هي جنحة يعاقب عليها بالحبس والغرامة المالية التي تتجاوز 20 ألف د.ج.² .

-أما الركن المادي فهو فعل الافشاء للسر ولا يشترط به تحقق النتيجة الاجرامية ،و يتحقق فعل الافشاء ولو كان في جزء من السر فقط ولو كان غير علني .

اما الركن المعنوي هو مجرد افشاء السر مع العلم بموضوعه يكون ذلك كاف لتوافر عنصر القصد في هذه الجريمة ويتطلب العلم والارادة دون تطلب القصد الخاص³ .

¹ مرخوص فاطمة ،المسؤولية الجزائية في اطار علاقات العمل ،رسالة دكتوراه ،جامعة تلمسان ،2016/2017،ص154.

² المادة 303 من قانون العقوبات الجزائري *كل من يفض أو يتلف رسائل أو مراسلات موجهة وذلك عن سوء نية في غير الحالات المنصوص عليها في المادة 139 ،يعاقب بالحبس من شهر الى سنة وغرامة من 25 ألف الى 100 ألف د ج أو باحدى العقوبتين فقط*.

³ عبد الواحد العلمي ،شرح القانون الجنائي المغربي ،دار النجاح الجديدة،الدار البيضاء ،المغرب ،ط2،2009،ص200.

ثانيا: جريمة الاعتداء غير الارادي على حياة وسلامة جسم الانسان: فالعامل هنا محمي من كل اعتداء من طرف الغير، لكن في الجهة المقابلة نجد أن الغير أيضا محمي من اعتداءات العمال الحاصلة في المؤسسة، حيث تناول المشرع الجزائري تجريم سلوك الاعتداء غير الارادي على حياة وسلامة جسم الانسان في العديد من النصوص، حسب نص المادة 288 و 289 من قانون العقوبات. و بمفهوم المخالفة انه اذا كان الخطأ الذي وقع غير ملائم لاحداث الضرر، فان ذلك ينفي المسؤولية الجنائية في حق من ارتكبه، هذا ما يجعل المستخدم غير مسؤول جنائيا عما يلحق الغير من أضرار أو اصابات بسبب عدم اتخاذه للاحتياطات الواقية للنفس الا اذا كان العمل جاريا تحت ملاحظة واشرافه، واذا قام بتفويض صلاحيات عمله الى شخص اخر مؤهل لذلك، فان المسؤولية الجنائية تقع على عاتق المفوض اليه فقط على أن يكون هذا التفويض سليما وصحيحا ما لم يثبت عكس ذلك¹.

نص المشرع الجزائري في ما يخص تجريم هذا الفعل المادة 288 و 289 من قانون العقوبات فهو جنحة يعاقب عليها بالحبس والغرامة المالية التي تتعدى قيمتها 20 ألف د ج.

ثالثا: جريمة تعريض الغير للخطر: بداية نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الجريمة في علاقات العمل بل حصرها في فئة الاطفال والعاجزين فقط الامر الذي نجده تقصيرا من جهته على عكس المشرع الفرنسي الذي استحدثها في قانون العقوبات في المادة 01/223 والتي نصت (ان جريمة تعريض الغير للخطر هو الفعل الذي يعرض الغير مباشرة لخطر حال بالموت أو بالجروح التي تؤدي الى قطع عضو أو عاهة مستديمة عن طريق انتهاك ارادي واضع الالتزام خاص بالأمن أو الحيطة بواسطة القانون والتنظيمات، يعاقب عليها بالحبس لمدة سنة وبغرامة 100 ألف فرنك)².

رابعا: جريمة التمييز: دعم المشرع الجزائري مؤخرا المنظومة القانونية بأحكام ونصوص تجسد وتفعيل ذلك، تكريسا لما جاء به دستور 1996، الذي أقر المساواة بين المواطنين أمام القانون.

¹ مرخوص فاطمة، المسؤولية الجزائية في اطار علاقات العمل، المرجع السابق، ص161.

² ALAIN COEURT ET ELIZABETH FORTIS.OP CIT.P327.

وتجل ذلك في تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 14-01 الذي كرس الحماية الجنائية لضحايا هذه الافعال بتتيميم قانون العقوبات وتدعيمه وذلك في المادة 295 مكرر 01 و 295 مكرر 2.

الفرع الثاني : حماية الغير من الاضرار الناتجة عن العملية الاستهلاكية

-ان قيام المسؤولية الجنائية هدفه حماية المستهلك من المخاطر التي قد تصيبه من جراء اقتناء واستعمال هذه المنتوجات او الخدمات والتي قد تلحق به اضرار جسمانية او معنوية ،من الناحية التشريعية فالمسؤولية الجنائية للمستهلك تعد موضوعا حديثا نسبيا ،و يرجع ذلك الى غياب الاختصاص القانوني لهذا الموضوع وكانت تنظم وتسير هذه المسؤولية مجموعة من التشريعات المتنوعة والمتفرقة والتي تتوزع عبر مختلف القوانين .

-ان المسؤولية الجزائية المترتبة عن الاخلال بالضمان ،تتحقق في وجود جريمة ارتكها المتدخل اثناء العملية الاستهلاكية والجريمة عامة هي (فعل صادر عن ارادة جنائية يقرر له القانون جزاء لأنطوائه على المساس بالحق او مصلحة جديرة بالحماية)¹.

-وتعرف ايضا (فعل غير مشروع صادر عن ارادة جنائية يقرر له القانون عقوبة او تديير احترازيا)
فالجريمة عامة تتكون من ركنين هما الركن المادي والمعنوي ، كما ان طبيعة المسؤولية الجنائية شخصية بمعنى انه لا يسأل عنها الا من ارتكب الفعل الاجرامي وعلى حسب قول الاستاذ حساني علي ان (المشرع في مجال حماية المستهلك قد خرج على الاحكام العامة لقانون العقوبات في هذا المجال ،اذ قرر مسؤولية بعض الاشخاص عن جرائم لم يساهموا فيها ،كما قرر مسؤولية الاشخاص المعنوية ايضا .
والمقصود بهذه المسؤولية هو ما اقره قانون العقوبات وغيره من القوانين الجنائية المتعلقة بالاستهلاك لضمان حماية فعالة للمستهلك من جميع الافعال غير مشروعة التي تتسبب في وجود خطر على صحته وامنه وسلامته من جراء اخلال الملتزم بالصمان لعيوب منتوجاته)².

¹ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية، المرجع السابق، ف 55 ، ص 411.

² حساني علي، المرجع السابق، ص 357.

-و نجد ان المشرع الفرنسي في هذا المجال اراد ان يثقل كاهل المتدخل بكل ما من شأنه ان يكفل صحة وسلامة وامن المستهلك ومصالحه المادية ويعد ذلك ضمانا له في حالة حصول اذى او ضرر ينطوي على أي منتج او خدمة¹.

سوف ندرس حماية المستهلك في اطار المسؤولية الجنائية عبر التطرق لجريمة الخداع.

أولا: جريمة الخداع

- بالرجوع لنص المادة 429 من قانون العقوبات نجد أن المشرع أشار إلى العناصر التي تنصب عليها جريمة الخداع فهو لم يعطي تعريف للخداع ، ويعرف ب أنه قيام بأعمال أو أكاذيب من شأنها إظهار الشيء على غير حقيقته ، أو إلباسه مظهرا يخالف ما هو عليه في الحقيقة والواقع².

تنص المادة 429 من قانون العقوبات على أنه "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من.20.000 دج إلى 100.000 أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من يخدع أو يحاول خدع المتعاقد سواء في الطبيعة ، أو في الصفات الجوهرية في أو ، التركيب ، أو في نسبة المقومات اللازمة لكل هذه السلع - سواء في نوعها أو مصدرها

- سواء في كمية الأشياء المسلمة أو هويتها.

وفي جميع الحالات فإن على مرتكب المخالفة إعادة الأرباح التي حصل عليها بدون حق". وفي حالة اقتران هذه الجريمة بظروف مشددة فإنه ترفع العقوبة طبقا للمادة 430 إلى 5 سنوات حبس والغرامة إلى 500.000 دج إذا ارتكب المحاولة أو الجريمة بظروف مشددة وذلك حسب نصها الآتي: ترفع مدة الحبس إلى الخمس 5 سنوات والغرامة إلى 500000. دج إذا كانت الجريمة أو الشروع فيها المنصوص عليهما أعلاه قد ارتكبا سواء بواسطة الوزن أو الكيل ، أو بأدوات أخرى خاطئة ، أو غير مطابقة.

¹MERLE (R) et VITU (A), Traité de droit criminel, droit pénal spécial, T1, 5éd, paris 1984, p118.

²محمد بودالي ، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية ، دار الفجر للنشر والتوزيع ، ط1 ، الجزائر ، 2005 ، ص9.

سواء بواسطة طرق احتيالية ، أو وسائل ترمي إلى تغليط عمليات التحليل ، أو المقدار ، أو الوزن، أو الكيل ، أو التغيير عن طريق الغش في تركيب ، أو وزن ، أو كيل ، أو التغيير عن طريق الغش في تركيب ، أو وزن ، أو حجم السلع ، أو المنتجات، ولو قبل البدء في هذه العمليات.

- سواء بواسطة بيانات كاذبة ترمي إلى الاعتقاد بوجود عملية سابقة وصحيحة ، أو إلى مراقبة رسمية لم توجد، ومن خلال نص المادتين 429 و430 من قانون العقوبات نجد أن المشرع قد ساير في تجريمه للخداع معظم التشريعات في القانون المقارن حيث نص القانون الاستهلاك الفرنسي على جريمة الخداع¹ كما أحالت المادة 68 من قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش العقاب إلى قانون العقوبات بنصها "عاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 429 من قانون العقوبات، كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك بأية وسيلة أو طريقة كانت حول:

كمية المنتوجات المسلمة؛

- تسليم المنتوجات غير تلك المعنية مسبقا؛

-قابلية استعمال المنتج؛

-تاريخ أو مدد صلاحية المنتج؛

¹ نصت المادة 1-213 من القانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 26 جويلية 1993 على أنه:

=(Sera puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 250000 f ou d'ces dux peines seulement quiconue, qu'il coit ou non partie au au contrat,aura trompé au tenté de tromper le contractant par qulque mooyen en / ou procede que ce coit , meme par l'intermédiaire d'un tiers :

1- soit sur la nature, l'espèce, l'origine, lesqualités substantielles, la comositionou lateneur en principes utiles de toutes marchandises.

2- Soit sur la quantité des chose livrées ou sur leur identite par la livraison d »une marchndisse autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ;

3- Soit sur l'ptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les controles effectués, les modes d'emploi ou les précaution à prendre).

-النتائج المنتظرة من المنتج؛

-طرق الاستعمال أو الاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتج

الركن المادي للجريمة :

:جريمة الخداع: تنص المادة 429 من قانون العقوبات على عقاب "...كل من يخدع أو يحاول خدع ا

المتعاقد..."

-سواء في الطبيعة ، أو في الصفات الجوهرية ، أو في التركيب أ ، وفي نسبة المقومات اللازمة لكل هذه

السلع.

-سواء في نوعها أو مصدرها.

- سواء في كمية الأشياء المسلمة أو في هويتها" ..

يتضح من خلال هذا النص ما يلي:

. 1لم يحدد المشرع الأفعال والوسائل التي يشترط على الجاني القيام بها لخداع المتعاقد ، وبالتالي يكون

الخداع بأي وسيلة تدليسية

يتخذها الجاني سبيلا لمغالطة المتعاقد بشرط أن تكون حول ما حددته فقرات المادة المذكورة أنفا،

باستثناء الوسائل والطرق التيحدد ا المادة 430 من قانون العقوبات والتي تتعلق بظروف التشديد في

الجريمة. جاء تحديد المشرع لصور الخداع في المادة 429 من قانون العقوبات على سبيل الحصر محددًا

بذلك نطاق الخداع ، أو محالة والخداع بأحد الصور المذكورة حصرا، وبالتالي لا يمكن التوسع فيه¹.

ومع هذا يمكن القول أن هذا التعداد الذي أورده المشرع يكاد يغطي جميع فرضيات الخداع المعروفة

عمليا، ويحدث الخداع حسب نص المادة 429 من قانون العقوبات على ما سنبينه على

النحو الآتي:

¹ محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن ، دار الكتاب الحديث ، ط2006، الجزائر ، ص312.

1. الخداع في الطبيعة: المادة 68 مع القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بتسليم المنتوجات غير تلك المعينة مسبقا.

- الخداع في الصفات الجوهرية: فتعتبر الدافع إلى التعاقد .

- الخداع في التركيب أو نسبة المقاومات

- الخداع في النوع أو المصدر: يكون الخداع في النوع وذلك بقيام المتدخل بإنساب بضاعته ، أو السلعة إلى غير نوعها رغبة في تصريفها للزبون مستغلا في ذلك جهله .

- الخداع في كمية الأشياء المسلمة: تكون عملية الوزن ، أو حجم وعدد السلع ، أو الكيل ، أو القياس .

- الخداع في هوية الأشياء: مثال ذلك تسليمه طاقم ذهب من عيار 24 على أنه من عيار 18 .

الركن المعنوي: تعتبر جريمة الخداع من الجرائم العمدية التي يستلزم لتوافر أركانها ثبوت القصد الجنائي للمتهم وهذا يعني انتفاء الجريمة بانتقائه ويتحقق القصد الجنائي للمتهم بتوافر عنصري العلم والإرادة وذلك بقيامه عن علم وإرادة بأن الطرق التضليلية والوسائل الصادرة منه تنطوي على خداع ، أو وجود غش في طبيعة السلع ، أو مصدرها ، أو أي أمر من الأمور التي حددتها المادة 68 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

- نستنتج أن المشرع الجزائري لا يعاقب على الخداع الذي يقع بطريقة مشروعة ، كما لا يعاقب على الجهل أو الغلط الذي يقع فيه المتدخل سواء البائع أو التاجر إزاء المتعاقد الآخر ، لأن الخداع زائد جريمة عمدية وأن حسن النية فيها ينفي نية الخداع ، إلا أنه الغلط الذي ينفي القصد الجنائي لدى المتهم هو الغلط في الواقعة وليس الغلط في القانون ، لأن العلم بالوقائع ليس مفترض ، في حين أن العلم بالقانون مفترض ، فإذا كان القانون ينص على التزام المحترف بفحص ومراقبة السلعة قبل بيعها، فإن مخالفة هذا الالتزام نتيجة اعتقاد المتدخل أن هذا الالتزام غير مجرم بنص القانون فإن هذا لا ينفي المسؤولية الجزائية عنه.

ثانيا: العقوبات المقررة في الجرائم المستهلك:

نص المشرع الجزائري على العقوبات المقررة للجرائم الواقعة على المستهلك المختلفة ، سواء تلك المقررة للشخص الطبيعي ، أو العقوبات المطبقة على الشخص المعنوي ، حيث أنه لا معنى لتجريم الفعل إذا لم يكن هناك جزاء رادع عند إتيانه، وهو ما قرره المادة 1/4 من قانون العقوبات بنصها على أنه " يكون جزاء الجرائم بتطبيق العقوبات". وكذلك تعرف بأنها الجزاء الذي يقرره القانون لمصلحة المجتمع على كل من ارتكب فعلا ، أو امتناعا يعده القانون جريمة. ونجد أن المشرع ميز بين العقوبات المقررة للشخص الطبيعي والم ، طبقة على الشخص المعنوي لذلك سنتناول العقوبات المقررة للشخص الطبيعي في والعقوبات المطبقة على الشخص المعنوي .

1: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي

نص المشرع الجزائري على الجزاءات المقررة في الشخص الطبيعي نتيجة ارتكابه لإحدى جرائم الغش والتدليس منها الجزاءات الأصلية المتمثلة في العقوبات السالبة للحرية ، والمالية التي نتناولها في الفرع الأول، أما الفرع الثاني سنخصصه لمعالجة العقوبات التكميلية.

أ:العقوبات الأصلية

العقوبات الأصلية هي العقوبات التي قررها المشرع باعتبارها الجزاء الأساسي المباشر للجريمة.

وقد عرفت المادة 14 الفقرة الثانية من قانون العقوبات بأنها تلك العقوبات التي يجوز الحكم ا دون أن تقترن بها أية عقوبة أخرى ولذلك فإن العقوبات الأصلية تتمثل في الإعدام والعقوبات السالبة للحرية ، والعقوبات المالية المتمثلة في الغرامة ، غير أن المشرع كان ينص على الإعدام كعقوبة للجرائم الغش ، إلا أنه بعد تعديله للقانون العقوبات بالقانون رقم 06-23 ألغى هذه العقوبة.

وسنبين في هذا الفرع العقوبات السالبة للحرية أولا والعقوبات المالية ثانيا.

أ1:العقوبات السالبة للحرية

نص المشرع على هذه العقوبات بالنسبة لجرائم الغش والتدليس ، سواء كانت هذه الأخيرة جنحا ، أو كانت جنائية لاقترانها بإحدى ظروف التشديد المنصوص عليها.

والعقوبات السالبة للحرية هي تلك العقوبات التي يتحقق قيامها عن طريق حرمان المحكوم عليه من حقه في التمتع بحريته ، إذ تسلبه العقوبة هذا الحق ، إما نهائيا أو لأجل غير معلوم يحدده حكم القضاء¹.

ويمكن أن تكون هذه العقوبة السالبة للحرية، السجن سواء المؤقت، *temps a réclusion* أو المؤبد .

-أ السجن:

تكون عقوبة السجن مقررة عندما تشكل الجريمة جنائية، وقد يكون هذا السجن مؤقتا من 5 إلى 20 سنة، أو سجنامؤبدا مدة حياة المحكوم عليه حيث قرر المشرع عقوبة السجن المؤبد لجريمة تغش حينما نص على ظروف التشديد المقترن بها نص المادة 432 من قانون العقوبات. إما عقوبة السجن المؤقت فهي مقررة لمرتكب الغش ، وكذا الذي عرض ، أو وضع للبيع.

ب - الحبس:

الحبس من العقوبات المؤقتة التي يستغرق تنفيذها مدة محددة ، سواء طالت هذه المدة أو قصرت، أي متى تحدد لها أجل في حكم الإدانة².

وبما أن جرائم الغش والتدليس وصفها القانون جنحا ، فإن مدة الحبس فيها تتراوح بين شهرين و5 خمس سنوات ، إلا في اقتران جرائم الغش والتدليس بالظروف المشددة التي نصت عليها المادة 432 من قانون العقوبات التي وصفها المشرع بجنائية معاقب عليها بالسجن المؤقت ، والسجن المؤبد . وقد نص المشرع في جميع جرائم الغش والتدليس على عقوبة الحبس، بحيث يعاقب على جريمة الخداع من شهرين إلى ثلاث سنوات ، وتشدد العقوبة في حالة اقتران الجريمة بطرق الاحتيال ، أو يكون الخداع بواسطة الكيل ، أو الوزن ، أو بأدوات أخرى خاطئة ، أو غير مطابقة ، أو وسائل ترمي إلى تغييط عمليات التحليل ،

¹ فتوح عبد الله الشادلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، ط 1997، مصر، ص 205.

² فتوح عبد الله الشادلي، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 256.

أو المقدار أو الوزن ، أو الكيل ، أو الإنقاص في العناصر الداخلة في التركيب أو حجم المنتجات ولو قبل البدء في هذه الأفعال باستخدام معلومات خاطئة، ترمي إلى تغليط المستهلك بوجود عملية سابقة وصحيحة، أو إلى مراقبة رسمية، تم تقرير عقوبة من سنتين إلى خمس سنوات بالنسبة للجريمة الغش .

ب: العقوبات المالية

تتمثل العقوبات المالية في الغرامة أو المصادرة ، بحيث لا تعتبر هاته الثانية من العقوبات الأصلية ، بل جعلها القانون طبقا للنص المادة 09 من قانون العقوبات من العقوبات التكميلية وعليه سنتناول الغرامة كأحد العقوبات الأصلية المنصوص عليها في المادة 5 من قانون العقوبات.

تعرف الغرامة في أنها إلزام المتهم المحكوم عليه بدفع مبلغ مالي من النقود للخرينة العمومية ، يقدره القاضي وفق القواعد المقررة تطبيقاً لمبدأ الشرعية¹.

حيث أن المشرع حاول استغلال أهمية هذه العقوبات كرادع لمرتكبي الجرائم من خلال رفع الغرامة للحد الأقصى بعد التعديل لقانون العقوبات بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 ولقد أحسن المشرع ما فعل لأنه بذلك يكون قد حاول توفير حماية جزائية فعالة للمستهلك ، وكذلك الحيلولة دون تحقيق الجاني لهدفه في غش المستهلك المتمثل في الربح غير المشروع. وتقتزن عقوبة الغرامة بالحبس بصفة وجوبية أو جواز ، بحيث ما يفرضه القانون ، وعليه فإن القاضي ملزم بالحكم في الغرامة في جريمة الغش وجريمة الحيازة دون سبب مشروع إلى جانب عقوبة الحبس ما دام قد نصت على وجوبية ذلك المادة 431 والمادة 433 من ق ع ، وبالنسبة لجريمة الخداع فإن يجوز الحكم بالغرامة ، بالإضافة إلى عقوبة الحبس حيث ت نكو السلطة التقديرية للقاضي للحكم بمبلغ الغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج والحبس معا .

أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط طبقا لنص المادة 429 من قانون العقوبات ، أما بالنسبة لجرائم التي تأخذ وصف جنائية ، فإن المادة 5 مكرر نصت على أن عقوبة السجن لا تمنع الحكم بعقوبة الغرامة" وعلى

¹ عبد الله اوهابيه ، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ؛ التحري والتحقيق ، ص 374.

ذلك نصت المادة 432 على عقوبة الغرامة في جناية الغش إذا تسببت هذه الجريمة في مرض غير قابل للشفاء، أو في فقد استعمال عضو، أو في عاهة مستديمة حيث أن مقدار الغرامة يقدر من 100.000 دج إلى 2000.000 دج.

العقوبات التكميلية

-العقوبة التكميلية عقوبة إضافية تتمثل في حرمان المحكوم عليه من بعض الحقوق تلحق بعقوبة أصلية جنائية أو جنحة¹.

حيث تنص المادة 3/4 من قانون العقوبات، على أن العقوبات التكميلية هي تلك العقوبات التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية، فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة وهي إما اجبارية أو اختيارية، ولقد حددت المادة 09 من قانون العقوبات التكميلية على سبيل الحصر بنصها على أن "العقوبات التكميلية هي:

- 1 الحجز القانوني.
- 2 الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية.
- 3 تحديد الإقامة.
- 4 المنع من الإقامة.
- 5 المصادر الجزائية للأموال.
- 6 المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط.
- 7 إغلاق المؤسسة.
- 8 الإقصاء من الصفقات العمومية.
- 9 الحضر من إصدار الشيكات و/ أو استعمال بطاقات الدفع.
- 10 تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة.

¹ عبد الله اوهايبية، المرجع السابق، ص 376.375

- 11 سحب جواز السفر.

- 12 نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.

وبما أن المشرع في جرائم الغش والتدليس لم ينص على العقوبات التكميلية السابقة الذكر، حيث نصت المواد المتعلقة على العقوبات الأصلية فقط، وبما أن المادة 3/4 من قانون العقوبات قد نصت على أن العقوبات التكميلية يمكن أن تكون جوازية أو وجوبية، وعليه فإن قاضي الموضوع ملزم بالحكم بالعقوبات التكميلية إذا تعلق الأمر بجرائم تشكل جنایات¹.

وفي هذا الشأن تعتبر جريمة الغش جنایة إذا تسببت المادة المغشوشة، أو الفاسدة في مرض غير قابل للشفاء، أو في فقد استعمال عضو، أو في عاهة مستديمة، أو تسببت المادة في موت إنسان. وبذلك يجب الحكم بالعقوبات التكميلية الوجوبية إضافة إلى العقوبات الأصلية بالسجن، وتتمثل هذه العقوبات التكميلية الوجوبية هي:

أولاً: الحجر القانوني

يتمثل الحجر القانوني في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المدنية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية، ويكون الحكم بالحجر وجوبياً في الجنایات، وعليه في حالة ما إذا تسببت المادة المغشوشة أو الفاسدة في مرض غير قابل للشفاء، أو في فقد استعمال عضو أو في عاهة مستديمة أو تسببت المادة في موت إنسان فإنه يجب الحكم بالحجر، جر ويسقط الحجر عند انقضاء العقوبة الأصلية المقررة للجاني لأن مدة الحجر مرتبطة بمدة العقوبة الأصلية فإذا انتهت العقوبة رفع الحجر عن المحكوم عليه.

ثانياً: الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية.

تتمثل هذه العقوبة التكميلية في حرمان المحكوم عليه بجنایة من التمتع ببعض الحقوق التي تؤثر على مركزه الأدبي والاقتصادي حيث أن المادة 09 مكرر 1 و15 مكرر 1 من قانون العقوبات ألزمت القاضي الجزائي

¹ المواد 9 مكرر و9 مكرر 1 و15 مكرر 1 من قانون العقوبات الصادر بمقتضى الأمر رقم 168/66، المؤرخ في 08 جوان 1966 المعدل والمتمم

بتطبيق هذه العقوبة التكميلية إضافة إلى العقوبة أصلية في الجنايات ، وذلك من خلال حرمان المحكوم عليه من حق أو أكثر من الحقوق التالية:

- 1 - العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة.
 - 2 - الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح ومن حمل أي وسام.
 - 3 - عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا أو خبيرا، أو شاهدا على أي عقد، أو شاهدا أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال.
 - 4 - الحرمان من الحق في حمل الأسلحة، وفي التدريس، وفي إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا أو مدرسا، أو مراقبا.
 - 5 - عدم الأهلية لكي يكون وصيا أو قيما.
 - 6 - سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها
- وقد جاء هذا التعداد على سبيل الحصر للعقوبات المذكورة من طرف المشرع بحيث يجب على القاضي أن يحكم بالإضافة إلى عقوبة السجن المؤقت أو المؤبد في جناية الغش بحرمان مرتكبها من أحد الحقوق المذكورة سابقا ، أو أكثر كعقوبة تكميلية، مع عدم تجاوز مدة هذا الحرمان 10 سنوات ابتداء من يوم انقضاء العقوبة الأصلية.

ثالثا: المصادرة

- 1 يقصد بالمصادرة بأنها نزع ملكية مال أو أكثر من مالكه، وإضافته إلى ملك الدولة بغير مقابل وعرفت المادة 1/15 من قانون العقوبات بأنها "الأيلولة النهائية للدولة لمال أو مجموعة أموال معينة، أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء كما عتبرت نفس المادة أنه لا يجوز أن تقع المصادرة على:
- 1 - محل السكن اللازم لإيواء الزوج والأصول والفرع من الدرجة الأولى للمحكوم عليه إذا كان يشغلونه فعلا عند معاينة الجريمة وعلى شرط أن يكون هذا المحل مكتسبا عن طريق غير مشروع.
- 2- الأموال المذكورة في الفقرات رقم 2، 3، 4، 5، 6، 7، 8، من المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية.

3- المداخيل الضرورية لمعيشة زوج ، وأولاد المحكوم عليه وكذلك الأصول الذين يعيشون تحت كفالته¹.
 وخلافاً للإلزامية الحكم بالمصادرة في حالة ارتكاب جنائية، يشترط المشرع في صورة الإدانة من أجل جنحة ،
 أو مخالفة أن ينص القانون الذي يعاقب على تلك الجنحة أو المخالفة على الأمر بعقوبة المصادرة
 صراحة.

ولذلك لا يجوز للقاضي أن يحكم بالمصادرة في مواد الجنح والمخالفات إلا بناءً على نص صريح يجيز ذلك
 العقوبات المطبقة على الشخص المعنوي نص قانون العقوبات في المواد المتضمنة بالبواب الأول مكرر منه
 على العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية والتي تتفق مع طبيعة هذه الأخيرة وذلك بالمادة 18 مكرر
 من قانون العقوبات التي نصت على أن "العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنائيات
 والجنح هي:

- 1 الغرامة التي تكون من (1) مرة إلى (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في
 القانون الذي يعاقب على الجريمة.-وحدة أو أكثر من العقوبات الآتية:
 -حل الشخص المعنوي.

-غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 5 سنوات

-الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز (5) (خمس سنوات).

-المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر آثيا أو لمدة لا
 تتجاوز (5) (خمس سنوات).

-مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.

-نشر وتعليق الحكم بالإدانة.

-الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز (5) (خمس سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة
 النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبةه.

¹ المادة 15 مكرر 1/2 من قانون العقوبات، مرجع سابق

الفرع الثالث: حماية الغير من التعدي على املاكه

-التعدي على الملكية العقارية تناولها قانون العقوبات الجزائري في مادة واحدة هي المادة 386 منه، ومع ذلك فإنها تثير العديد من الاختلافات والتساؤلات بين رجال القانون بسبب اختلاف قراءة النص باللغة العربية عنه باللغة الفرنسية أن المشرع قد تناول حماية الملكية العقارية من خلال نصوص المواد 369 إلى 373 من قانون العقوبات تحت عنوان انتهاك حرمة ملك الغير، فجزم فعل دخول عقار في حيازة الغير بقصد منع حيازته بالقوة، وبدراسة تلك النصوص)، و هكذا يتضح أن فكرة حماية حق الملكية بالمعنى

الناجم عن صياغة نص المادة 386 من قانون العقوبات الجزائري باللغة العربية

لا تجد لها سندا في التشريعين الفرنسي والمصري، وهو ما يزيك الرأي القائل بأن المشرع يقصد حماية الحيازة. أركان جنحة التعدي على الملكية العقارية لقيام جنحة التعدي على الملكية العقارية وإدانة مرتكبها ومعاقبته طبقا للقانون يجب توافر الأركان الثلاثة المعروفة وهي : الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي كما هو الشأن بالنسبة لمختلف الجرائم.

أولا : الركن الشرعي : هو نص المادة 386 من قانون العقوبات (معدلة بالقانون رقم 82-04 المؤرخ في 13-02-1982) : « يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج كل من انتزع عقارا مملوكا للغير وذلك خلسة أو بطرق التدليس. وإذا كان انتزاع الملكية قد وقع ليلا بالتهديد أو العنف أو بطريقة التسلق أو الكسر من عدة أشخاص أو مع حمل سلاح ظاهر أو مخبأ بواسطة واحد أو أكثر من الجناة فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات والغرامة من 20.001 دج إلى 100.000 دج». وكان تحريرها السابق في ظل الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 كما يلي: « يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 2.000 دينار كل من انتزع عقارا مملوكا للغير وذلك خلسة أو بطرق التدليس. وإذا كان انتزاع الملكية قد وقع ليلا بالتهديد أو العنف أو بطريق التسلق أو الكسر من عدة أشخاص أو مع حمل سلاح ظاهر أو مخبأ بواسطة واحد أو

أكثر من الجناة فتكون العقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات والغرامة من 500 دج إلى 3.000 دينار.» والنص باللغة الفرنسية - Est puni d'un emprisonnement d'un (1) an à cinq (5) ans et d'une amende de deux mille (2.000) à vingt mille (20.000) DA quiconque, par surprise ou fraude, dépossède autrui d'un bien immeuble. Si la dépossession a eu lieu, soit la nuit, soit avec menaces ou violences, soit à l'aide d'escalade ou d'effraction, soit par plusieurs personnes, soit avec un port d'arme apparente ou cachée par l'un ou plusieurs des auteurs, l'emprisonnement est de deux (2) ans à dix (10) ans et l'amende de dix mille (10.000) DA à trente mille (30.000) DA. Rédigé en vertu de l'ordonnance n° 66-156 du 8 juin 1966 comme suit : «- Est puni d'un emprisonnement de deux (2) à six (6) mois et d'une amende de 500 à 2.000 DA quiconque, par surprise ou fraude, dépossède autrui d'une propriété immobilière. Si la dépossession a eu lieu soit la nuit, soit avec menaces ou violences, soit à l'aide d'escalade ou d'effraction, soit par plusieurs personnes, soit avec port d'arme apparente ou cachée par l'un ou plusieurs des auteurs l'emprisonnement est de trois (3) mois à trois (3) ans et l'amende de 500 à 3.000 DA.»

النصين نلاحظ أن هناك اختلافا عميقا ترتب عليه نتائج هامة جدا حسب قراءة النص بإحدى اللغتين : العربية أو الفرنسية. وقد ظهر ذلك الاختلاف في قرارات المحكمة العليا وانعكس بطبيعة الحال على العمل الميداني في المحاكم والمجالس القضائية¹.

والجملة التي تختلف بين النصين هي لبّ المادة وهي : " كل من انتزع عقارا مملوكا للغير " ويقابلها بالفرنسية : " كل من انتزع من الغير عقارا " ، والفرق شاسع بين النصين فالأول يقتضي توفر شرط ملكية الشاكي، في حين أن الثاني لا يتطلب إلا الحيازة ... فهل تشترط ملكية المعتدى عليه أم حيازته فقط ؟ أي ما هي

¹القرار رقم 42266، قضية (ب.أ) ضد (ع.س) و النيابة العامة، بتاريخ القرار، 1984/12/02، المجلة القضائية عدد 3، 1989، ص 292. القرار رقم 36742، قضية (ض.م) ضد (ص.م). (ن.ع). بتاريخ 1986/01/21، المجلى القضائية 1989، عدد 4، ص 310. القرار رقم 5271، قضية (ت.م) ضد (ن.ع)، بتاريخ 1989/01/17، المجلة القضائية، عدد 3، 1991، ص 236. قرار رقم 2010/10/07، قضية النيابة العامة ضد (ك.أ)، بتاريخ 010/10/07، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 01، ص 331.

الحماية التي يقصدها المشرع : حماية المالك أو الحائز ؟ ويترتب على ذلك أيضا التساؤل حول صاحب الصفة لتقديم الشكاية ، فالنص باللغة العربية في غاية الوضوح بحيث ينص على حماية العقار المملوك للغير، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها الذي جاء فيه : " تقتضي جنحة التعدي على الملكية العقارية للغير أن يكون العقار مملوكا للغير ومن ثم فإن قضاة الموضوع الذين أدانوا الطاعنين بهذه الجنحة دون أن يكون الشاكي مالكا حقيقيا للعقار يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون"

في حين أن النص بالفرنسية ينص على تجريم نزع عقار من الغير بحيث ينصرف إلى الحائز أصلا سواء كان مالكا أو غير مالك، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار آخر جاء فيه : « إن المشرع لا يقصد بعبارة "المملوك للغير" الملكية الحقيقية للعقار فحسب وإنما يقصد بها أيضا الملكية الفعلية ولذا ينبغي أن تؤخذ هذه العبارة بمفهومها الواسع الذي لا يقتصر على الملكية حسب تعريفها في القانون المدني بل يتعداها ليشمل أيضا الحيازة القانونية » والراجح منطقياً أن المعنى الثاني هو الأصح فالمشرع يرمي إلى حماية الوضع الظاهر وهو حماية الحائز باعتبار أن الحيازة مبدئياً هي المظهر الخارجي للملكية،

وأن على من يدعي خلاف الظاهر أن يلجأ إلى القضاء لإثبات مزاعمه والحصول على حقوقه المحتملة عن طريق السلطة العامة. فالحماية تتعلق بالحيازة بكل وضوح، فلا يتطرق القاضي أصلاً إلى الملكية، ولا يقبل من المشتكى منه أن يتمسك أو يدفع بملكيته للعقار أصلاً لأن لنزاع يتعلق بالحيازة. وعلى هذا النحو يمكن أن يتقدم الحائز القانوني بشكوى على أساس التعدي ضد المالك الذي انتزع منه العقار خلسة مثلاً، وعندئذ يتمسك الشاكي بأن العقار نزع منه خلسة، ولا يقبل من المشتكى منه أن يدفع بأنه مالك العقار¹.

¹ ونجد ما ذكر أعلاه مجسداً في قرار المحكمة العليا رقم 203501 الصادر بتاريخ 2000-07-26 فقد جاء في حيثياته : « حيث أن هذا النعي هو وجيه لأن قضاة الموضوع قد استبعدوا جرم التعدي على الملكية العقارية المنسوبة إلى المتهمين طبقاً لنص المادة 386 من قانون العقوبات ، وذلك بحجة أن هؤلاء قد قدموا عقد ملكية وأن النزاع ذو طابع مدني ، والحال أن هذه التهمة تقوم بمجرد عملية انتزاع العقار خلسة أو بطريق التدليس وذلك بغض النظر عن أمر ثبوت الملكية من عدمه الذي يرجع الفصل فيه إلى الجهات القضائية المختصة . حيث أن الاجتهاد الذي استقرت عليه المحكمة العليا في هذا الشأن هو أن الحيازة الهادئة في حد ذاتها تمنح حقوقاً مكتسبة للطرف المتواجد على الأرض محل النزاع ، وبالتالي فإنه يتعين على الطرف الآخر الذي يدعي ملكيته لها أن يسعى للحصول على حكم نهائي لصالحه يقضي بالطردها وأن يقوم بتنفيذه طبقاً للقانون ، وإلا كان هو المعتدي إذا حاول استرجاع هذه الأرض بناء فقط على وثائق بحوزته كما هو الشأن في قضية الحال...

هل يحق للقاضي الجزائي بحث شروط صحة الحيازة مثل الهدوء والاستقرار والعلنية قبل بسط الحماية الجزائية على الحائز؟ إن من المقرر قانونا (المواد 330 و331 من قانون الإجراءات الجزائية) أن على القاضي الجزائي الفصل في جميع الدفوع التي يثيرها المتهم للدفاع عن نفسه، وأما المسائل الفرعية Questions préjudicielles فيتعين منح المتهم مهلة لطرحها على القضاء المختص¹.

من أمثلة ذلك الدفع الذي يتقدم به الشاكي أو النيابة بأن الوثيقة التي استظهر بها المتهم مزورة فيتعين على الجهة النازرة في دعوى التعدي على الملكية العقارية أن ترجئ الفصل حتى يتم الفصل في هذه المسألة الفرعية وذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 203501².

و هنا تطرح علينا حالة استظهار المعتدي بسند ما لتبرير أنه صاحب حيازة شرعية، أي أن تواجهه في العقار ليس تصرفا ماديا فقط بل هو عمل له غطاء من المشروعية في نظر صاحبه، وعندئذ يبرز اجتهاد المحكمة العليا القاضي بوجوب أن يكون في هذه الحالة حكم مدني نهائي حَسَمَ هذه المسألة وحدد صاحب الحق وتمّ تنفيذه بالطرق القانونية، وبعدها إذا عاد المطرود إلى العقار يُعتبر معتديا ويطبّق عليه نص المادة 386 من قانون العقوبات.

¹ وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 93309 بتاريخ 10-10-1995 الذي جاء فيه: «عن الوجه المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون والمؤدي لولده إلى النقص: بدعوى أن القرار المطعون فيه صادق على الحكم الابتدائي القاضي بالبراءة على أساس تصريحات المتهمة وكون القضية مدنية وغير محددة. وان الوثائق الموجودة بالملف تؤكد كلها على وجود تعد صريح صرح ومن بين هذه الوثائق محضر معاينة شرطة العمران مؤرخ في 1987/11/11 وكذا شكوى السيد رئيس البلدية مؤرخة في 1989/06/07 وكذا الإنذار الموجه إلى المتهمة والمؤرخ في 1987/12/05 وبالتالي كان على المجلس الأخذ بهذه الوثائق وإلا الأمر بخبرة. حيث أنه بالفعل لم يناقش قضية الموضوع أية وثيقة من تلك المستشار المشار إليها في الوجه المثار أنفا مكتفين بتصريحات المتهمة فقط وإنكارها. وحيث أنه في حالة إثارة دفع بخصوص الحدود فكان يجب إثارته كدفع أولي قبل أي دفاع في الموضوع. كما انه تجب الملاحظة أن القاضي الجزائي مختص بالفعل في جميع الدفوع التي يبديها الأطراف وذلك عملا بنص المادتين 330 و331 من قانون الإجراءات الجزائية. وبمخالفتهم هذه الأحكام فإن قضية الموضوع قد طبقوا القانون تطبيقا خاطئ وعرضوا قرارهم للنقض. وعليه فإن الوجه المثار مؤسس ومبرر ويتعين معه القضاء بنقض وإبطال القرار المطعون فيه وإحالة القضية والأطراف أمام نفس المجلس مشكلا تشكيلا آخر ليفصل فيها حسب القانون».

² المشار إليه أعلاه إذ جاء في حيثياته: «... بالإضافة إلى أن النيابة العامة ومعها الطرف المدني والى ولاية تلمسان قد دفعت بعدم صحة هذه الوثائق وطلبت صراحة من هيئة المجلس إرجاء الفصل في القضية إلى حين النظر في دعوى التزوير التي هي بصدد التحقيق فيها، إلا أن هذا الدفع لم يجد صدى عند قضاة الاستئناف لأن القول بأنه لا يوجد بالملف ما يفيد أن الولاية رفعت دعوى في هذا الشأن ضد المتهمين ليس جوابا مقنعا ولا ينطبق إلا على طرف واحد مما يعرض قرارهم إلى البطلان وذلك من دون حاجة إلى التطرق إلى طعن الطرف المدني.»

وهكذا يمكن القول أن اشتراط وجود الحكم المدني الذي تمّ تنفيذه ليست شرطا في كل حالات جنحة التعدي على الملكية العقارية بل هو شرط إذا أثرت المسألة الفرعية المتعلقة بمشروعية تواجد المشتكى منه في العقار فقط، وبهذا التفسير يزول التساؤل الذي يطرحه العديد من رجال القانون عما إذا كان اشتراط وجود حكم مدني سَبَق تنفيذه أمرٌ ضروري في كل الحالات حسبما يتبادر إلى الذهن من خلال قرارات المحكمة العليا، فالجواب إذن أن النص القانوني لا يشير إلى وجوب عرض النزاع مسبقا على القاضي المدني وبالتالي فإن هذا الشرط لا يثور إلا في حالة الدفع المعتمد على مبررات تصلح أساسا لما يدعيه المتهم كما جاء في نص المادة 331-2 من قانون الإجراءات الجزائية¹. مثل الحالة التي أشار إليها قرار المحكمة العليا رقم 188480 بتاريخ 23-06-1999.

¹ قرار المحكمة العليا رقم 188475 بتاريخ 23-06-1999 الذي سبّب قضاءه على النحو التالي: « حيث أن تطبيق المادة 386 من قانون العقوبات تشترط لتطبيقها الفصل في النزاع القائم بين الورثة من طرف القاضي المدني وأن يصبح الحكم بإخلاء الأماكن نهائيا. حيث أن في قضية الحال أركان المادة 386 من قانون العقوبات غير متوفرة لأنه يوجد نزاع جديّ حول الملكية ولم يفصل فيه قاضي الموضوع، وأن الطاعنين لم يستعملوا التهديد أو العنف ولم يزعوا العقار خلسة أو بطريق التديليس، وبالتالي القرار المطعون فيه غير معلل تعليلا كافيا وأخطأ في تطبيق المادة 386 من قانون العقوبات، مما يجعل الوجه المثار سديدا ويؤدي لنقض القرار المطعون فيه.». والملاحظة الأخرى بشأن مقارنة النصين: هي أنه إذا وضعنا الفواصل في الفقرة الثانية من النص العربي مثلما هو الأمر في النص الفرنسي فيكون المعنى أوضح وتكون الصياغة كالتالي: وإذا كان انتزاع الملكية قد وقع إما ليلا، إما بالتهديد أو العنف، إما بطريقة التسلق أو الكسر، إما من عدة أشخاص، إما مع حمل سلاح ظاهر أو مخبأ بواسطة واحد أو أكثر من الجناة، فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات والغرامة من ... دج إلى ... دج. أي أن ظروف التشديد هي: 1. الليل. 2. التهديد أو العنف. 3. التسلق أو الكسر. 4. تعدد الأشخاص. 5. حمل سلاح ظاهر أو مخبأ. والملاحظة الأخيرة هي أن المحاولة في هذه الجنحة غير معاقب عليها لعدم النص على ذلك، والمبدأ أن المحاولة في الجنح لا يعاقب عليها إلا بناء على نص صريح في القانون عملا بأحكام المادة 31 من قانون العقوبات. ثانيا - الركن المادي: والركن المادي هو المظهر الخارجي الملموس أو المشاهد للفعل أو الامتناع الذي يُجرّمه المشرع من خلال النص القانوني، مثل إصابة جسم الضحية بسلاح في جرائم الضرب والجرح، أو الاستيلاء على مال منقول للغير في جرائم السرقة، وأيضا الامتناع عن دفع المبالغ المستحقة خلال فترة محددة بالنسبة لجنحة عدم دفع النفقة... ويتمثل الركن المادي لجنحة التعدي على الملكية العقارية طبقا لنص المادة 386 من قانون العقوبات في انتزاع عقار من واضع اليد عليه دون موافقته، أي أنه هو العمل المادي الإيجابي الذي يجعل المعتدي يسيطر فعليا على العقار بحيث يصبح تحت يده وسيطرته الفعلية، كشلغ المسكن أو إدخال السيارة في المستودع أو حرث الأرض مثلا. فإذا كان الدخول بموافقة مالك العقار انتفى التعدي² الذي جاء في حيثياته: « حيث أن هذا التعليل غير كافي لإدانة المتهم الذي لم يشغل القطعة المتنازعة خلسة أو بالاعتداء عليها بل بموافقة صاحبة الملكية وهي البلدية وأن رغم إلغاء الرخصة الممنوحة للطاعن لم يدخل ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة 386 من قانون العقوبات لأنه لم يوجد بالملف ولم يشر القرار لأي حكم نهائي قضى على الطاعن بإخلاء الأرض المتنازعة بعد إلغاء الرخصة الممنوحة له وبالتالي فإن أركان المادة 386 من قانون العقوبات غير متوفرة والوجهين المثارين سديدين ويؤديان لنقض القرار المطعون فيه.». وقد تسأل البعض هل المقصود هو العقار بطبيعته أم العقار بالتخصيص؟ على أساس أن المشرع جرّم فعل السرقة وفي ذلك حماية للمنقول، وأن العقار بطبيعته لا يمكن سرقة لكونه غير قابل للتحويل من مكانه، وبقي العقار بالتخصيص وهو ذلك المنقول الذي رُصد لخدمة عقار فاعتقد البعض أن جنحة التعدي على الملكية العقارية قد وضعها المشرع لحمايته (العقار بالتخصيص)، ولكن أمام وضوح النص لا داعي للخوض في النقاش المتعلق بالتمييز بين العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص، ويتعين صرف حماية المشرع إلى العقار بطبيعته حسب ظاهر

وفي الجانب العملي يظهر احتمال مفاده أن يتابع المعتدي ويدان ويعاقب من أجل التعدي على الملكية العقارية مع بقاء العقار موضوع النزاع تحت يده، ويتساءل البعض هل يمكن للضحية أن يطلب من القاضي الجزائري في باب الدعوى المدنية أن يلزم المتهم بإخلاء العقار، وهو نفس المثال الذي يمكن طرحه بمناسبة جنحة انتهاك حرمة منزل لتشابه الوضع، وبطبيعة الحال فإن القاضي الجزائري حين فصله في الدعوى المدنية لا يمكنه الفصل إلا في طلبات التعويض عن الضرر الناجم عن الجرم كما هو واضح من نص المادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية، وأما إلزام المتهم بإخلاء العقار.

فهو موضوع لا يُطرح في باب الدعوى المدنية بل إنه من صميم الدعوى العمومية باعتبار أن وجود العقار تحت يد المتهم هو استمرار للجريمة وعلى النيابة أن تقوم بصلاحياتها وواجباتها لوضع حد لمخالفة القانون بما لديها من قوة عمومية¹.

حالة أخرى تتمثل في كون فعل التعدي على الملكية العقارية يشكل في الوقت ذاته جرماً آخر مثل الحرث أو قطع وغرس الأشجار في أرض غابية، ففي هذه الحالة أشارت المحكمة العليا إلى تطبيق مبدأ: الخاص يقيد العام، وهو ما جاء في قرارها المذكور سابقاً رقم 300285².

فضلاً عن الخلط الملحوظ فإنه لا ينبغي مساءلة متهم بالقانون العام على وقائع ينظمها ويضبطها القانون الخاص عملاً بمبدأ الخاص يقيد العام. ذلك أنه إذا كانت المادة 386 من قانون العقوبات تنص على حماية الملكية العقارية وتضع من أجل ذلك شروطاً ينبغي توفرها وهي من القانون العام. فإن المادة الأولى من القانون رقم 12/84 المتعلق بالنظام العام للغابات.

النص، وأما العقار بالتخصيص فإن حمايته مكفولة من خلال أحكام قانون العقوبات المتعلقة بالسرقة، وفي هذا الاتجاه سارت المحكمة العليا

¹ Gaston stefani .Geoges levasseur et Bernard.droit penal general.15eme edition.Dalloz.1995.

² إذ جاء في حيثياته: « هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الظاهر من الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع أخلطوا في قضائهم بين جريمة التعدي على الملكية العقارية المنصوص عليها بالمادة 386 من قانون العقوبات التي هي من القانون العام، وبين جريمة قطع الأشجار وغرس الأشجار المنصوص عليها بالمادتين 78، 79 من القانون رقم 12/84 المتضمن النظام العام للغابات، فمن جهة لم يناقشوا كل فعل على حدى مما يوصف بالقانون العام أو مما يوصف بالقانون الخاص كما هو مجسد في حيثية التالية من القرار المطعون فيه: (حيث أن الجرم الملاحق به المتهم ثابت والمعاقب عليه بنص المادة 386 من قانون العقوبات، و78 و79 من قانون الغابات، والمحكمة لما قضت بإدانته أصابت مبدئياً)

تهدف إلى حماية الأملاك الغابية بنصوص خاصة وتعاقب على ذلك بالمادتين 78 و 79¹ من ذات القانون كما هو الشأن في قضية الحال، وهذا وحده يعتبر كافيا لحماية الأملاك الغابية من المعتدين عليها وتكون متابعتهم بهذا القانون الخاص دون حاجة إلى متابعتهم بقانون عام، كما هو عليه الوضع في هذه الدعوى . وبإهمال قضاة الموضوع التعرض لمناقشة المسائل المشار إليها أعلاه وإثباتها وفقا للقانون فإنهم يكونون قد أخلوا بواجب التأسيس القانوني لقضائهم كما أخلوا بواجب تسببه طبقا لمقتضيات المادة 379 من قانون الإجراءات الجزائية .»

ثالثا - الركن المعنوي : الركن المعنوي أو القصد الجنائي هو الجانب الإرادي لدى مرتكب الجرم، فينبغي أن يكون الفاعل قد أراد ارتكاب الفعل أو الامتناع باعتباره مغيرا في ذلك، علما بأن تصرفه غير مشروع، والعلم مفترض على أساس أنه لا يعذر أحد بجهل القانون حسب المبدأ الدستوري² .

وهذا يقتضي سلامة العقل وحرية التصرف بطبيعة الحال، دون مراعاة للباعث الذي دفع الفاعل إلى ذلك باعتبار أن الباعث أمر باطني لا يؤثر على قيام الجرم إلا في حالات استثنائية قليلة حددها المشرع ونصّ على وجوب توافر باعث محدد لدى مقترفها حتى يتحقق الجرم مثل نية التقليل من شأن الأحكام القضائية في الجنحة المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 147-2 من قانون العقوبات،

وأما في معظم الجرائم كالسرقة والتزوير وترك الأسرة ... فإن الباعث أو الغاية التي كانت مقصودة في ذهن الجاني لا تأثير لها في قيام الجرم وإن كان لها تأثير في نفسية القاضي عند تقديره لخطورة الجاني وتقدير العقوبة المستحقة بالنسبة له (فَمَنْ يسرق لإطعام أطفاله ليس كمن يختلس أموالا عمومية لإشباع نزواته مثلا لأن الباعث والغاية من ارتكاب الفعل تختلف في الحاليتين). وفي بعض الأحيان يتطلب القانون إلى جانب القصد العام المذكور أعلاه أن يتوفر لدى الجاني قصد خاص وهو إرادة الوصول إلى نتيجة بعينها، ولمعرفة ذلك .

¹ المستشار نجيب جمال ، جنحة التعدي على الملكية العقارية على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ، الجزائر ، 2009، ص
² https://www.cours-droit.com/2011/05/blog-post_8647.html الموقع الرسمي ،

فإن الأفعال الخارجية لا تكفي لإبراز هذا القصد بل يجب البحث في الأفكار التي تدور في خلد الجاني حين عَزَمَ على ارتكاب الفعل المجرم، أي البحث في نية الفاعل (و إنما الأعمال بالنيات)، والمثل على ذلك البحث عن نية إزهاق الروح لدى من يقوم بضرب آخر للقول بقيام جناية القتل، فإن لم تتوافر هذه النية كناً أمام جناية الضرب والجرح العمد المفضي إلى الوفاة دون قصد، ونية تملك الشيء المسروق في جرم السرقة إذ في غيابه لا يشكل فعل أخذ الشيء المملوك للضحية سرقة¹.

وبالنسبة لجنحة التعدي على الملكية العقارية طبقاً لنص المادة 386 من قانون العقوبات يتعين توافر القصدين العام والخاص، ويتمثل القصد العام في إرادة فعل انتزاع العقار من يد حائزه والعلم بأن ذلك ممنوع قانوناً، والقصد الخاص أن تكون للمعتدي نية السيطرة والاستحواذ على العقار وحرمان المعتدى عليه منه².

¹ JEAN SALVAIRE .reflexions sur la responsabilite penale du fait d autrui.dalloz.p308.

² أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات الطبعة 3- 2001 الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر - ص 158

خاتمة الباب الثاني :

-أصبح موضوع حماية الغير يحتل سيطر كبيراً في الساحة القانونية ،ليست في المنازعات فحسب و انما حتى في مرحلة ابرام العقود ،و نجد أن هذا الموضوع قد احتل مكانة مهمة في القانون التجاري ، حيث نجد أن المشرع قد خصه بالعديد من الأحكام و المواد القانونية التي تعتبر حماية له ، حيث مارس المشرع بهذه الحماية تحقيقاً للاستقرار في المعاملات التجارية للشركة داخليا و خارجيا مع من يتعاملون معها .

-كما أنه فيما يخص المجال الاداري ، فيمكن القول أن القضاء الاداري ساهم و بشكل كبير في ابراز فكرة الغير حسن النية في نطاق القانون الاداري ، ذلك كون أن القضاء الاداري الفرنسي قد كرس نظرية الظاهر (كان أول وجود لها في القانون المدني) في نطاق القانون الاداري ، حيث ظهر الغير في عدة مراكز و بالتالي بمفاهيم مختلفة عما هو في مجال القانون الخاص .

-كما أن الغير تجاوز ظهوره في العقود سواء في القانون الخاص أو العام و ظهر في القانون الجنائي فيما يخص مجال المسؤولية و يرجع سبب ذلك الى أن البعض قد يفضل (الغير الضحية) اللجوء إلى القضاء الجزائري لما يمتاز به من سرعة في الفصل في القضايا مقارنة بالقضاء المدني ، فيحاولون حل المنازعات العقارية عن طريق " تكييف" النزاع على أنه تعدي على الملكية العقارية (غالبا أراضي فلاحية) مستغلين في غالب الأحيان عدم وجود المستندات والوثائق المثبتة للملكية أو الحيابة بصفة قانونية في كثير من مناطق القطر .

وفي المقابل هناك بعض المحتالين الذين يستغلون الظروف الناجمة عن حادثة عهد الاستقلال وبعض النقائص والثغرات الموجودة في ميدان إثبات الملكية العقارية (مسح عقاري، تأميم بمناسبة الثورة الزراعية ثم استرجاع، أراضي عرش، تركت و يضعون أيديهم على عقارات لا حقّ لهم فيها مطمئنين بأنّ خصومهم قد لا يستطيعون تقديم الإثبات المطلوب أمام العدالة ، إلى جانب وتيرة الفصل البطيئة للقضايا العقارية. ومن بين الحلول لهذا الوضع هو ضبط النصوص القانونية قدر المستطاع مما يسهل

عمل مصالح القضاء ويحقق قدرًا من الاطمئنان لدى المتعاملين مع العقار، كما يحقق قدرًا من الردع في مواجهة المتلاعبين، وفي هذا الإطار أتقدم بهذا الاقتراح لتعديل نص المادة 386 من قانون العقوبات على ضوء المناقشة السابقة ليكون على النحو التالي : «يعاقب بالحبس من عام إلى خمس سنوات وبغرامة كل من ينتزع عن طريق الخلسة أو بالطرق التدليسية عقارا يحوزه الغير، أو أن يدخله بموافقة الحائز ثم يرفض أن يغادره رغم مطالبته بذلك.

الخاتمة

الخاتمة:

-أشارت مقدمة البحث على ان الهدف الرئيسي من هذه الدراسة هو الوقوف على مسألة وجود الضمان لحماية الغير وصون حقوقه من خلال محاولة معرفة مدى ملاءمة النصوص القانونية وقواعد النظرية العامة للعقد، و لقد قمنا بالاجابة على اشكالية البحث بتعرضنا الى محاور شتى بداية بتوضيح مفهوم الغير واعطائه معنى يتناسب مع مجال الدراسة وذلك بالاحاطة بجوانبه الفقهية والقانونية ووجوده في مجالات عدة من القانون .

-هذا ما اقتضى دراسة تأصيله القانوني من تعريفه والتطرق الى فئاته وذلك من خلال وجوده في العقد بدراسة مبدأ نسبية العقد وظهوره بظهور مبدأ النفاذ .

-ثم تعمقنا قليلا وذلك بدراسة امتداد العقد اليه بمدى تطور مكانة الغير بالنسبة للعقد وبهذا التطور اصبح للغير مكانة في العقد ما جعلنا نذكر تطبيقاته في العديد من المجالات ،العقود المدنية منها والتجارية وحتى الادارية ، و ايضا ما تطلب دراسة حمايته القانونية في مجال العقود وحتى المسؤولية وذكرنا شروط توفر الحماية واساسها القانوني ، واستكمالا لما تطلبه موضوع حماية الغير في العقود على الوجه المطلوب ، تعرضنا في البحث الى دراسة الجانب الجزائي المترتب عن حمايته في المسؤولية الجنائية .

-ومن ثم لقد سمحت هذه الدراسة وفقا للأسلوب التأصيلي التاريخي من اكتشاف مفهوم الغير في القانون المدني وتطبيقات حمايته ، وذلك في العقود وحتى اننا تطرقنا الى حمايته في مجال المسؤولية المدنية وايضا اننا تطرقنا الى وجوده في القانون التجاري والقانون الاداري، اللذين ظهرا انهما يمثلان مجالان خصبان لوجود الغير فيه وحمايته ،ففي مجال العقود وهو محل هذه الدراسة تم التطرق الى الجانب المفاهيمي للغير ومعرفة فئاته وكيفية تطور مكانته ومضمون هذه الحماية التي خصها المشرع والقضاء والفقه له .

-رغم تكريس المشرع لمبدأ حماية الغير بجميع فئاته ،الاجنبي تماما عن العقد أو الغير المتحول ، وذلك بعدة وسائل قانونية السابق ذكرها ،فانه رغم أهميتها ،الا انا بقيت قاصرة على تحقيق الحماية التامة و الفعالة ضد كل التصرفات الضارة به .

-مثالها ،دعوى الضمان العام رغم فعاليتها الا أنها ناقصة ،و دعوى البوليانية ،فدرولاها حماية مصلحة الدائن ،لكنها تبقى محدودة باعتبار أن أثرها يناله فقط دون غيره من الدائنين و أيضا بالاشتراط على الدائن أن يثبت سوء نية المدين ،لهو أمر صعب الاثبات .

-وبالنسبة لدعوى الصورية ،ف نجد أن المشرع أكد على مسألة حسن النية ،حتى يتمكن الغير من الانتفاع من أثرها، مع الاشتراط عليه أن يثبت حسن النية ،أما اذا لم يستطع اثباتها فانه يخشى أن يعارض بالعقد السري بما في ذلك بضائع من حقوق اكتسبها من العقد الصوري .

-وفيما يخص مسألة تدعيم البعد الأخلاقي و مبادئ العدالة من محاربة الغش و التواطؤ ،فقد أقر المشرع حماية خاصة للغير ،في التصرفات التي يجريها المريض مرض الموت و تواطؤ السلف .

-ففي بيع المريض مرض الموت حتى المشرع الغير ،بعدم سريان هذا البيع في حقهم تأكيدا على البعد الحمائي لهم ،باعتباره فعل غير أخلاقي ،لكن الحماية هذه تقتصر على الخلف العام الذين اكتسبوا صفة الغير لامكانية احتجاجهم بهذا العقد ،وذلك في حدود حقوقهم .

-أما الاشكالية الثانية ،فنجدها في تمسك كل من الغير بالعقد الصوري ،و تمسك غيرا أخربالعقد الظاهر ،فرغم هذا التشابك الا أن المشرع قد سكت عن تقديم حل لها ،ما يؤكد محدودية فعاليتها .

-أما فيما يخص بيع ملك الغير ،فقد أقر المشرع كجزاء له هو الابطال في المادة 397 م ج ،و مراده في ذلك تأكيد على حق الغير و رغبة في حمايته ،و اعتبره المشرع بيعا موقوفا على اجازة المالك ،فاذا اجازه فانه يكون صحيحا منتجا لأثاره المادة 398 م ج .

-حيث أن اقرار المشرع بعد نفاذ البيعفي حق المشتري و امكانية القيام ضده بدعوى الاستحقاق ،كلها تدل و تؤكد قصور الحماية في هذه الحالة ،و أن حقوق المشتري ترتبط باجازة المالك ،أي اما يجيز البيع أو رفضه.

تلك هي الصور التي تبين محدودية الحماية التي أقرها المشرع للغير ،وذلك لاحتوائها على العديد من النواقص التي تجعلها قاصرة عن حماية الغير بصفة حقيقية وواقعية ،فكانت من الضروري البحث ووضع حماية أكثر جدوى.

-ما أخذ بالمشرع الى ايجاد طرق أنفع و أكثر جدوى تتمثل في نظرية البطلان ،حيث أن الأثر الرجعي للبطلان يمكن أن يأخذ المنحى الاستثنائي في ما يخص حق الغير ،حيث نجده في المادة 103 مدني جزائري ،يقر صراحة باعادة الأطراف الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ،ولكن كاستثناء من هذه القاعدة ،فهو يستثني الغير الحسن النية الذي اكتسب حقوقا ،و كان حسن النية و ذلك في عقود التصرف ،و هي عقود العقارات و المنقولات و عقود أعمال الادارة الحسنة كعقد الايجار ،فيبقى عقد الايجار ساريا في حق الغير رغم أن الملكية انتقلت لمالك جديد حسب المادة 469 مدرر3.

بعد الانتهاء من دراسة حماية الغير في العقود ،خلصنا الى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات ونعرض اهمها كالآتي :

-اولا:الاستنتاجات

1-حاول فقهاء القانون تجاوز القاعدة الاصولية التي مناصها ان العقد مقتصر على اطرافه بمنح الغير دور في العقد ،و ذلك سواء بتأثر العقد به او بتأثيره عليه ،و به اصبح الغير صاحب حق في العقد الذي لم يكن طرفا فيه اساسا ،و به اصبح يطالب بتنفيذه او العكس يطالب بابطاله والحصول على تعويض لجبر الضرر اللاحق به بسبب العقد ، واعطى له المشرع حماية قانونية وذلك بتمكينه بكل وسائل الدفاع التي تمكنه من الاحتجاج على الاطراف ومعارضتهم بالعقد نفسه .

2- ان التقيد بمبدأ نسبية العقد والذي كان يستبعد الاعتداد بالعقد خارج دائرة المتعاقدين والملتزمين به امر غير مقبول خاصة بالتطور الذي لوحظ في الساحة التجارية او العقود المدنية على حد سواء فالعقد اصبح له وجود خارجي الى جانب الوجود الداخلي ، فكان وجوباً فرض احترام العقد ووجد في مبدأ النفاذ مجالاً خصباً في ذلك والذي اعطى للوجود الخارجي اهمية على العلاقة الداخلية وهذا امر مرفوض ايضاً فكان وجوباً الاخذ بالمبدأين بصفة مكملة لبعضهما.

-تبين ان الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير في قانوننا والانظمة القانونية المقارنة محل الدراسة انهما اول نظامين أظهرتا حقيقة وجود الغير وتأثره بالعقد .

3- اصبح للغير الحق في الاحتجاج بالعقد .

4- بمجرد اخلال المتعاقد بالالتزام العقدي ، و حصول ضرر للغير ، اقر المشرع قيام مسؤولية المتعاقد وبمجرد قيام المسؤولية يولد خطأ تقصيري تجاه الغير ، و الغير يكفيه ان يثبت اخلال المتعاقد بالتزامه حتى يتمكن من معارضته والاحتجاج عليه دون ان يضطر لاثبات ارتكاب هذا الاخير لخطأ ، فالاخلال بالالتزام هو وسيلة للاحتجاج قائمة بنفسها ، و هذا تطور لفقهاء القضاء نحو افراد الغير بمكانة في العقد تجعله كما يعارض بالعقد يعارض به هو ايضاً.

5- لا بد من تحديد مجال نفاذ العقد وذلك بانه مكمل لمبدأ نسبية العقد وايضاً بأنه مستقل عنه في نفس الوقت وذلك للابتعاد تماماً عن الصراع الذي كان يهتم بمبدأ النسبية دون النفاذ .

6- يعتبر دور الارادة هو ابقاء اثار العقد بين اطرافه وهذا ما يعرف بمبدأ نسبية اثر العقد ولكن هذه الاخيرة لم تقف عائقاً امام امكانية سريان العقد الى غير المتعاقدين ، بل سمحت لهم من الاستفادة من بعض اثاره ، و ان كان القانون قد عد ان هذه الاثار لا تضر ولا تفيد سوى الطرفين المتعاقدين فانه احياناً يرتب لغيرهما حقوقاً ناشئة منه ، و تبعاً لذلك فقد نجد ان المشرع الجزائري كغيره من التشريعات اخذ ببعض المبادئ والنظم القانونية للقول بامكانية انصراف اثر العقد الى الغير ، و يكون ذلك اما من خلال الحفاظ على استقرار المعاملات وحماية الثقة المشروعة ، وهذه هي نظرية الوضع الظاهر .

7- تبين ان الدعوى المباشرة تتحقق بالاخلال بقاعدة النسبية، و بما ان الدائن مباشر هذه الدعوى يستأثر بالحق الذي في ذمة المدين وذلك لتأكيد حقه لكن في نفس الوقت تعتبر حماية للغير وهو الدائن في هذه الحالة وحماية له من مزاحمة باقي دائني المدين الاصلي، ولكن لا تجعل الدائن في حكم الطرف في العلاقة القانونية التي هو في الاصل اجنبي عنها، وهذا يعني ان الدعوى المباشرة تشكل استثناء على قاعدة نسبية اثر العقود من الناحية الايجابية فقط من دون الناحية السلبية .

8- اذا كان رجوع الدائن على المدين استنادا للعقد، فاننا نكون خارج نطاق الدعوى المباشرة، وهذا هو الحال بالنسبة الى رجوع المنتفع على المتعهد في الاشتراط لمصلحة الغير، فالمنتفع يرجع على المتعهد بحق مباشر استمده من الاشتراط وليس استنادا الى الدعوى المباشرة .

9- اذا كان من الثابت وفقا للقواعد العامة ان الاخلال بالعقد يثير المسؤولية العقدية لكن لو حصل الاخلال بالعقد من الغير، فهنا تكون المسؤولية تقصيرية وليست عقدية، فليس كل اخلال بالعقد يثير المسؤولية العقدية، بل يجب النظر في الوقت نفسه الى الشخص الذي صدر منه الاخلال.

10- لقد برزت في اوساط الفقه والقضاء في مجال القانون المدني حالات يقوم فيها الغير فعليا بالاخلال بوجود العقد، و تبعا لذلك ظهرت الحاجة الى نظام قانوني يعالج مسؤولية الغير عن هذا الاخلال في مواجهة المتعاقدين المضور، انطلاقا من هذا حاول الفقه تأسيس هذه المسؤولية بطرح عدة نظريات تطرقنا لها من خلال دراستنا هذه التي انتهينا فيها الى ان مسؤولية الغير عند اخلاله بالعقد مسؤولية تقصيرية وليست عقدية .

11- يعتبر مبدأ حرية التعاقد الذي يقضي بعدم تقييد حرية الغير في التعاقد تحت طائلة المسؤولية وايضا مبدأ شخصية العلاقة التعاقدية الذي يقصد به حصر هذه العلاقة بين المتعاقدين فهذين مبدأين لا يمكن الاخلال بهما من طرف اطراف العقد واللذين لا يعتبران عائقا امام تقرير مسؤولية الغير .

12- ان الغير بوجود العقد يفرض عليه واجبا يتمثل باحترامه لهذا العقد، فان اخل به ترتبت مسؤوليته، وتترتب مسؤوليته الا في حالة ما كان العقد مستوفيا لأركانه وكذلك شروط نفاذه، وبالتالي فلا تقوم

مسؤولية الغير في الاحوال التي يفقد فيها العقد لركن من اركان انعقاده او لشرط من شروط نفاذه فتندعم المسؤولية المدنية عند الاخلال بالعقد الباطل .

13- ليس صحيحا ان نقف عند حد اعتبار العدالة او اعتبار استقرار التعامل وحدهما كأسس للقول بنظرية الوضع الظاهر ، فهذه المحاولات لا تعدو كونها محاولات لتبرير نظرية الوضع الظاهر أكثر منها محاولة لتأصيلها ، لأن العدالة اذا كانت تقضي الاعتداد بالمظهر لحماية حسن النية فهي نفسها تفرض في بعض الاحيان الاعتداد بالحقيقة ، فمصلحة الغير حسن النية توازنها في الجانب الاخر مصلحة صاحب الصفة الحقيقي كالدائن الظاهر شخصا سئ النية اساء استغلال المظهر ، الأمر الذي لا يستقيم هنا اهدارا مصلحة الدائن الحقيقي حسن النية وتبعاً لذلك لا يمكن القول غير انها تجد اساسها في ارادة المشرع ، فهذا الاخير هو الذي يقرر بنفاذ العقد في حق شخص لم يكن طرفا فيه وهو يعتد بذلك اخذا لاعتبارات العدالة واستقرار التعامل.

14- لقد هياً المشرع للشخص الغير عن العقد وسيلة تجعل من العقد الذي لم يكن طرفا فيه نافذا في حقه ، وتمثل هذه الوسيلة بالاذن والاجازة ، وان كان لهما اثر واحد ، وهو نفاذ العقد في حق الغير ، الا انهما يختلفان من حيث وقت صدورهما ، فالإذن يصدر قبل ابرام العقد المقترن حقه به ، اما الاجازة فهي تصدر بعده ، ولا محل للترفة بين الاجازة والاقرار بالقول ان الاولى تصدر عن احد اطراف العقد والثاني يصدر عن خارج اطراف العقد لأن مثل هذه التفرقة انما ينحصر نطاق تطبيقها في العقد القابل للابطال وحده وليس بينه وبين العقد الموقوف ، فالاجازة في العقد الأول تصدر عن المشتري وهو تنفيذه ويحتج باخلالاته فكما هو معلوم شرعت العقود تلبية لحاجيات الناس و رفع المشقة والحرج عنهم ، فالعقود وان كان منشؤها ارادة المتعاقدين الا ان الشارع جعلها تفضي الى اثارها بذواتها ، فاذا انعقد العقد صحيحا مستوفيا لاركانه وشروطه فانه ينتج اثاره بذواتها و هذه الاثار عبارة عن التزامات تنشأ في ذمة كل من المتعاقدين يلتزم بتنفيذها لمصلحة الاخر ، و هي اثار تقتصر عليهما وهي ما عبر عنه بنسبية اثر العقد ، أي ان اثره سواء كان ايجابا او سلبا ينصرف الى المتعاقدين ولا ينصرف الى الغير وينصرف اثر العقد الى

المتعاقدين سواء كان تعاقدهما مباشرة او بطريقة النيابة كالوكالة مثلا ويمكن ان يتعدى شخص المتعاقدين ليطال خلفهما سواء كان خلفا عاما او خاصا .

وقد وقف مبدأ النسبية هذا عائقا امام مبدأ نفاذ العقد لمدة طويلة اذ كان حاجزا امام انصراف هذا الاثر الى الغير ومبدأ النسبية هذا يعني ان يكسبه حقا لعدم الالتزام ها هو جوهر مبدأ النسبية العقدية لكن العقد هو واقعة لا ينبغي ان يظل معزولا عن مجتمعه محصورا في اطرافه اذ يجب ان يكون له وجود خارجي يضمن فعالية اثاره كلما تعرض الغير للحق محل العقد ، بل وحتى عندما يتزاحم حق الغير مع الحق المترتب عن العقد فلضمان تنفيذ العقد ونفاذه يجب ان يفرق بين الاثر الملزم الخاص بالاطراف ، و ان يستقل الكيان الخارجي لهذا العقد عن هذا الاثر الملزم لتعم المصلحة الطرف اولا وتشمل الغير ثانيا ، فيكون الاحتجاج في مواجهة الغير باعتبار ان العقد وحق هذا الغير ، كما يمكن لهذا الاخير الالتجاء اليه في مسألة الاثبات او لاقامة مسؤولية المتعاقد في الاخلال بالالتزامات من خلال اثبات واقعة العقد باعتبار ان له اثر الاقوى ، فالغير يمكن ان يبدأ غيرا لينقلب في حكم الطرف في العقد بمقتضى القانون اذ لا يمكن تقبل فكرة الزام الخلف الخاص بالالتزامات في حين انه غير عن العقد .

15- اذ كلما صار الغير ملزما بالالتزامات التعاقدية كلما غادر مركز الغير والتحق بمركز الطرف ، باعتبار ان مركز الغير في الحقيقة يتحدد باستبعاده عن مركز الطرف ، وهذا الغير يختلف لاختلاف موقعه .

-قد تاكد ان تدخل الغير في العقد يخدم مفهوما اقتصاديا يتمثل في تحقيق الامن القانوني الذي يسعى المشرع نفسه لتحصيله من ذلك مواجهة العقبات التي تقف ضد تنفيذ العقد باعتبار ان هذا العقد وجد لينفذ ، فالمدين يستعين بالغير للتنفيذ تحقيقا لمصالح الاطراف المتعددة نظرا للتطور الذي شهده ميدان المعاملات والاعمال مما جعلها مرتبطة اساسا بوجود الغير في عملية التنفيذ وما عقود المقاولات لهي خير دليل.

و انطلاقا من هذا الطرح كان على المشرع ان يتدخل بثقله لحماية هذا الغير الذي تداخل في العقد بحيث اصبح وجوده مقترنا بوجود اطرافه. فان كان العقد يحمي الاطراف فان القانون يحمي الغير من تواطئهم وتديس ومحالوة الاضرار من خلال الوسائل التي خص بها المشرع الغير لحمايته من الاطراف .

16- في العقد الباطل الذي لا تترتب عليه اثار وبما يقوده من نتائج اقتصادية غير مرغوب يتدخل المشرع اذا كان ضرره لاحقا بالغير ليقره استثناءات تجنب هذه الاثار من خلال تحاشي بطلان العقد الذي اكتسب الغير حس النية من ورائه حقوقا حتى لا يقود ذلك الى اثار سلبية .

17- تظهر اهمية حماية المشرع للوضع الظاهر ودور حسن النية في اكتساب الحق بالنسبة للغير مراعاة لاستقرار المعاملات، بامكان التمسك بالعقد السري للغير اذا كان العقد الصوري يضر بمصالحهم كل ذلك يوضح رأي المشرع الواضح في اكساء الغير بحماية في العقد على درجة السواء بينه وبين الاطراف لكنها تبقى دون المأمول رغم انه كان عليه ان يتدخل معتمدا على اهمية الاحتجاج لارساء منظومة متكاملة يحاول من خلالها المراوحة بين اساس العقد وهو مبدأ القوة الملزمة واهمية القوة الملزمة واهمية الاحتجاج وهو اساس تدخل الغير لتفعيل لقاعد التأثير والتأثير .

18- لم يعد الغير ذلك الشخص المستبعد بل بالعكس أصبح له وجود قانوني في العقد حيث يساهم في تنفيذه و يحتج باخلالاته، حيث أن الغير يمكن أن يبدأ غيرا ليتحول الى مركز الطرف في العقد بمقتضى القانون.

ولقد ظهر ان تدخل الغير في العقد له أهمية كبرى في المجال الاقتصادي و يتمثل ذلك في تحقيق الأمن القانوني الذي يسعى المشرع نفسه لتحقيقه ، و ذلك لاستبعاد أي عقبة قد تواجه تنفيذ العقد ، فيصايف أن يستعين المدين بالغير لتنفيذ العقد و ذلك تحقيقا لمصالح الاطراف نظرا للتطور الذي مس ميدان المعاملات و الأعمال ، الامر الذي جعلها مرتبطة أساسا بوجود الغير في عملية التنفيذ

19- يُمكن انتقال الالتزام لدى الغير، سواء عن طريق الوفاة أو التعاقد من الباطن، أو الانتقال عن طريق إبرام تصرفات قانونية. لكن، لكي يصبح على الانتقال والتنفيذ من طرف الغير يجب أن تتوفّر في هذا

الأخير نفس الشروط الشخصية التي كانت تتوفّر في المدين. وهذه الصفات تعتبر بمثابة الضمان لحسن تنفيذ العقد.

20- إنّ من أهمّ آثار العقد هو ترتيب الحقوق والالتزامات في ذمة المتعاقدين، لكن قد تحدث ظروف يصبح المدين غير قادر على القيام بتلك الالتزامات، أو أنه قام بتصرفات أخرى خارجة عن العقد جعلته غير قادر على الاحتفاظ بمركزه كطرف، وهو ما يسمى بالتنازل عن العقد.

21- إنّ الهدف من إبرام عقد هو إنشاء رابطة قانونية بين طرفيه، لإثبات حقوق والتزامات كل من الطرفين، وعلى كلّ من الطرفين تنفيذ التزامه، طبقاً لما تمّ الاتفاق عليه، لكن قد تحدث ظروف استثنائية قد تجعل الأجنبي عن العقد (الغير) هو من يتدخل لكي يتمّ تنفيذ ذلك العقد، كما سبق ذكره ولكن يوجد حالات تجعل من الغير الأجنبي عن العقد عند تدخله في العقد يأخذ صفة الطرف ويكون هذا وفق حالات ينص عليها القانون أو الاتفاق الذي وضعه الأطراف أو القضاء.

22- حيث تبين لنا أن بمحاولة إثبات أن تدخل الغير في تنفيذ العقد يحقق أو يكفل توفير استقرار حقيقي وقانوني لمركز الدائن عن طريق الحوالة، يكون عن طريق التطرق إلى التطبيق القانوني الذي أتت به المادة 469 مكرر 3: "إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إرادياً أو جبرياً يكون الإيجار نافذاً في حق من انتقلت إليه الملكية."

23- عندما نقول أنّ الغير تدخل في تنفيذ العقد لكنه بقي محتفظ بصفته كغير يعني بأنه لم يخضع للقوة الملزم للعقد، ومع ذلك قد يكون الغير ملزم بتنفيذ العقد كما قد لا يكون غير ملزم بذلك بحيث تبين أن تنفيذ العقد من طرف الغير يكون في حالتين:

وهي بعدم وجود مصلحة و يكون عن طريق الكفالة و ايضاً عن طريق التبرع و الفضالة أو بوجود مصلحة يتمثل في نص المادة 217 ق م ج. و التي مناصها التضامن أو عن طريق الدفع الغير المستحق أو عن طريق الانابة .

24- بما ان العقد واقعة تمس بأثارها الكل فان الغير يمكن ان يتأثر بالضرر بصورة غير مباشرة

فيصبح صاحب حق في عقد لم يكن طرفا فيه فيكون العقد في هذه الحالة حجة عليه و له

الغير ملزم باحترام عقد ابرم بين طرفين لا تربطهم علاقة به كما انه لا يمكن له ان ينكر وجود هذا العقد وهذا الوجود هو الذي يولد مسؤولية اتجاه هذا الغير اذا ما قام باضرار الاطراف من خلال امتداد العقد اليه وعدم تنفيذ هذا الالتزام.

25- يعتبر العقد حجية في مواجهة الغير الذي لم يساهم في ابرامه باعتباره واقعة مادية ، فهو ينفذ في حق

الغير دون اعتبار لمسألة النسبية ، حيث في حياة العقد قد تسري عليه تطورات فيصبح الغير طرفا منفذا للعقد او يبقى محتفظا بصفته كغير لكن يكون له دور التنفيذ. ما رتب عليه احترام كافة اثار العقد ،

فيما يخص مسألة حجية العقد في مواجهة الغير فالتصرفات القانونية تكسب حجية في مواجهة الغير منذ زمن ابرامها.

26- ان الدائن المتضرر من عدم تنفيذ الالتزامات يمكنه ان يطالب الغير المتسبب في هذا الاخلال وقد اقر

فقه القضاء مسؤولية الغير المتسبب في الاخلال بالعقد منذ القدم.

27- ان الغير مطالب بعدم الاخلال بالعقد والاعتداء على هذه الحقوق ، و الا فانه تثبت مسؤوليته ، اذ لا

يمكن للغير ان ينكر ثبوت الحق العيني للمتعاقد بمقتضى العقد، ذلك انه للمتعاقد ان يحتج بحق ملكيته

المستمد من العقد في مواجهة الغير وما يرتب له من حقوق ، لكن بالنسبة للعقود الناقلة او المنشئة او

المعدلة لحق عيني ، فانه لا يمكن اعتبارها الا اذا كانت وسيلة احتجاج باعتبار ان العقد هو عمل قانوني

ينتج اثارا قانونية وهذه الاثار لا يمكن للغير انكارها باعتبار ان الاحتجاج تجاه الغير بحق او بعمل قانوني

يتوقف على فعالية التامة.

29- قد ينحصر الغير في كل من يضار أو يستفيد من المحرر ويعتبر المحرر الرسمي حجة عليه، بما دون

فيه من أمور قام محررها في حدود مهمته ، أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها

بالطرق المقررة قانونا ، وهنا الغير هو الخلف العام أو الخلف الخاص الذي يتوجب عليه إذا ما ادعى عدم

صحة ما ورد بتلك التصريحات ، أن يثبت ذلك بالطرق المقررة قانونا ، وقد يكون الغير الأجنبي ، وهو كل شخص من غير ذوي الشأن حجة عليهم ، وإذا أنكروا صحتها دون الحاجة إلى أن يثبتوا صحتها 30- ان التطورات التي حدثت على مبدأ نسبية اثر العقد ، فقد يجد الغير نفسه صاحب حق في عقد لم يكن طرفا فيه وحتى انه قد يجد نفسه ملزما بتنفيذ العقد الذي في الاصل لم يكن احد اطرافه ، كما انه قد يقيم دعوى على طرف العقد مطالبا اياه بالتعويض الذي لحقه من جراء تنفيذ العقد ، بحجة ان الغير ليس اجنبيا بالنسبة للأثر المادي الذي يخلفه العقد فيمكن ان يعارض الاطراف بتصرفهم معتمدا على مبدأ الاحتجاج .

31- لا ترقى الحماية القانونية للغير أن تكون قاعدة عامة في القانون المدني و انما هي استثناء قد يقع على النظم ذات الأثر الرجعي كالإبطال و الفسخ و العقد الموقوف ، و قد يقع على بعض المبادئ المستقرة في القانون الوضعي كمبدأ سلطان الإرادة و مبدأ اثار العقد و سريان التصرف القانوني ، وفضلا عن الطبيعة الاستثنائية للحماية فانها تركز على مفهوم محدد لحسن النية مما يجعلها متميزة ان القاعدة العامة التي تقضي بها نظرية الفسخ هي أن الأثر الذي يحدثه الفسخ لا يقتصر على المتعاقدين فقط وإنما يمتد ليشمل الغير أيضا إذ تتأثر حقوقه أيضا التي تكون قد انتقلت إليه من أحد المتعاقدين فتزول هي الأخرى كأثر لإعمال الفسخ ، كتلك الحقوق التي رتبها المشتري للغير على الشيء المبيع أنه لا يجوز للغير أن يحتج على الدائن بما رتبه العقد من التزامات تعاقدية ، من قبل فسخه لأنه كما لا يجوز للغير وفقا للقواعد العامة إنكار ميلاد العقد لأول مرة ، فانه من جهة أخرى لا يجوز له إنكار انحلاله إذا ما تم وفقا لما يتطلبه القانون ، بل يجب التسليم بهذا الانحلال ويكون بالتالي الفسخ حجة على الكافة غير أنه لكي تكون هذه القاعدة واجبة النفاذ وسارية المفعول من الناحية القانونية في مواجهة الغير في مجال الفسخ ، يجب على المتعاقد الدائن الذي تقرر الفسخ لصالحه أن يبادر بمجر إيقاع الفسخ إلى تسجيل دعوى الفسخ.

32- أن مصطلح الغير في القانون التجاري مختلف كلياً عما هو في القانون المدني، فله معنيين، تعريف واسع وهو كل من تربطه علاقة قانونية أو تجارية بالشركة، فيشمل الغير في هذه الحالة، كل من الزبائن و الموردين و المقرضين و كل مؤجر أو مستأجر لعقارات أو منقولات، كما يعتبر العمال من بين دائني الشركة التجارية، بالإضافة لكل من حملة السندات و حملة شهادات الاستثمار.

-و في معناه الضيق، هو كل متعامل خارجي عن الشركة سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، يتمثل في كل زبون أو مقرض مورد، مؤجر أو مستأجر الى جانب حملة السندات، وكل دائن للشركة فنظرية حماية الغير المتعامل مع الشركات التجارية تحتل مكانة مهمة في القانون التجاري، حيث كرس لها المشرع العديد من الاحكام و المبادئ القانونية التي تساهم في استقرار المعاملات التجارية للشركة التجارية من جهة، والتي تدعم الثقة في معاملات الشركة مع محيطها الخارجي من جهة أخرى، وذلك نظراً للدور الذي يؤديه الغير في تطوير و ازدهار الشركة وتشجيع المتعاملين للاستثمار في هذا القطاع الاقتصادي المهم.

33- عمل المشرع على إرساء نظام حماية للغير المتعامل مع الشركات التجارية، من خلال نصوص قانونية نجحت في الكثير من الحالات في بلوغ هدفها، وبقيت بعض المسائل بحاجة لتدخل المشرع من اجل تنظيمها والتصدي لها تجنباً لإشكالات تطبيق النصوص، خاصة في ظل افتقار موضوع الحماية القانونية للغير في الشركات التجارية للاجتهاد القضائي، فقد قام المشرع بخطوات مهمة جعل من خلالها الغير يتدخل في حياة الشركة ونشاطها وذلك تخفيفاً لآثار اعتباره عضواً خارجياً لا علم له بما يجري داخل الشركة. لكن تبني المشرع لأنظمة قانونية من اجل حماية الغير لا يعني بلوغ النصوص هدفها التي قررت من أجله،

34- تعتبر شركة المحاصة استثناء في ميدان الشركات الذي يتجلى فيه الدور المهيمن للشكلية على حساب مبدأ سلطان الإرادة، و يؤكد هذا الأمر ان هذه الشركة بمجرد اتخاذها اجراءات الكتابة والشهر تتحول الى شركة من الشركات المتمتعة بالشخصية المعنوية ولا تبقى شركة محاصة طالما دخل فيها

الشكل، وحماية الغير الذي يتعامل مع هذا النوع من الشركات وهو جاهل انها محاصة فجعل القانون له حق رفع دعاوى على من تعامل معه تخضع للقواعد العامة وليس للتقادم الخمسي المطبق على باقي انواع الشركات التي تتمتع بالشخصية المعنوية.

35- كما تبين ان معنى الغير في العقود الادارية يختلف نوعا ما عن الغير في مجال القانون الخاص، وذلك لتعدد الروابط وتشابكها، التي تنتجها العقود الادارية بالقياس على عقود القانون الخاص من جهة.

36- ظهر أن الغير في بعض الحالات يلجأ الى نظام المسؤولية الجزائية كدرع له لتوفير الحماية له على أن نظام المسؤولية المدنية و ذلك لطبيعة القضاء الجنائي السريع على عكس المدني التي يتميز بطول اجراءاته.

ثانيا: التوصيات

- يجب على المشرع اضافة نصين في القانون المدني احدهما خاص بانتقال التركة المدينة الى الورثة والثاني متعلق بحماية الدائنين، فيصبح حقهم متعلقا بالتركة حتى لايشكل انتقال التركة المدينة الى الورثة ضررا بحقوق الدائنين.

- وجدنا ان المشرع قد اشترط لنفاد الحق الشخصي احيانا ثبوت التاريخ اذ المفروض ان الحق السابق لا يضار من تصرف لاحق معارض له واستبعده في حالات اخرى تطبيقا لمبدأ المساواة بين الدائنين ،

- واشترط المشرع ايضا في بعض الحقوق الشخصية ضرورة شهرها واذا كان الشهر يعد وسيلة ناجحة لنفادها يمكن تعميمها على جميع الحقوق الشخصية ويجب التقيد ايضا بمفهوم دقيق للنفاد، اما اذا كان شهر هذه الحقوق الشخصية يؤدي الى جعل الغير ملزم بالتزام شخصي ايجابي او سلبي محدد فهذا لن يكون تطبيقا للنفاد .

-كان على المشرع الا يعتد ويتقيد بحسن نية المتصرف إليه وبالغش والتواطؤ فقط كما في الصورية والإفلاس ،بل كان عليه ان تعميم الأمر على جميع الحالات التي يكون صاحب الحق المشهر عالم بالحق الشخصي المعارض وتواطؤ مع المدين اضارارا بصاحب الحق .

-كان على المشرع اقتداءا بالتعليلة التوجيهية الاوروبية الصادرة بتاريخ 9مارس 1968 والمادة 1846 مدني فرنسي والمادة 9/210 تجاري فرنسي ان يعزز حماية الغير من ممثل الشركة والذي تم تعيينه باتفاق مستقل عن القانون الأساسي للشركة ان يتم شهر هذه الاتفاقية خاصة وانه في حالة تغييره لا تتم ذكره في الاتفاقية محل القانون الأساسي أي لا يتم تعديلها بذكر من هو المدير الجديد وقد يقع الغير هنا بالتعامل مع ممثل ظاهري .فكان عليه إضافة تعديل على المادة 553 تجاري .

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

-المراجع و المصادر باللغة العربية :

أولاً:المصادر

— -القرآن الكريم

— -الحديث النبوي الشريف مسند الامام احمد بن حنبل 1/313 ط ،المكتب الاسلامي

— -القواميس

— -محمد بن يعقوب الفيروزآبادي القاموس المحيط للفيروز آبادي، ج 4 الناشر : الهيئة الحصرية

العامة للكتاب تأريخ الاصدار : 1400هـ-1980م.

— أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي ،أبو العباس المصباح المنير ،الناشر ،المكتبة العلمية بيروت.

— لسان العرب لابن منظور، طبعة بيروت، المجلد الثامن، 1955

-مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الطبعة الخامسة عام 2011، المعجم الوسيط، ج 2.

— -ثانياً:المراجع

— 1المراجع العامة :

جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر. 1991.

— عبد المنعم البدر اوي ، مصادر الالتزام ، ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995

— علي حسن يونس ، الشركات التجارية ، دار المعرفة للنشر ، ط 1 لسنة 1991

— يوسف أحمد النواف ، حجية المحررات الالكترونية في الإثبات، دار الوائل للنشر والتوزيع،

الطبعة الأولى،الأردن، 2007.

- عبد الأمير جفات كروان موسى الشباني ، محاضرات منشورة في الموقع الالكتروني الرسمي لكلية الحقوق جامعة بابل العراق بتاريخ 2014/12/08 على الساعة
http://uobabylon.edu.iq,18:13:13
- انور العمروسي ، الدعاوى التحفظية (تشريعا ، فقها ، وقضاء) دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة 2010.
- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني للاثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار الهدى الجزائر ، ط 2009.
- أسامة نائل المحسين ، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية" وفقا لأحكام التشريع الاتحادي الإماراتي مع الإشارة إلى بعض التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية" ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، د.ب.ن ، 2011
- https://www.cours-droit.com/2011/05/blog-post_8647.html الموقع الرسمي
- أحسن بوسقيعة ، قانون العقوبات الطبعة 3- 2001 الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر
- أحمد حسين منصور ونيل ابراهيم ، مبادئ القانون (المدخل الى القانون، نظرية التزامات) ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت سنة 1995.
- احمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط نظرية الالتزام مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان مج 1 ، ط 3، لسنة 2000.
- احمد محرز ، القانون التجاري الجزائري ، جزء 2، الشركات التجارية مطابع سجل العرب ، القاهرة ط 2، 1980.
- احمد محمد الشريف : مصادر الالتزام في القانون المدني ط 1 عمان. مكتبة دار النشر والتوزيع سنة 1999.

- أحمد مرزوق ، نظرية الصورية في التشريع المصري - القاهرة - مصر - 1957م.
- الاستاذ ، عمار عمورة ، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري ، دار المعرفة ، سنة 2009.
- الاستاذ محمد بن ابراهيم موسى ، تقديم فضيلة الشيخ مناع خليل القطان ، شركات الاشخاص بين الشريعة والقانون ، دار العاصمة للنشر والتوزيع المملكة العربية السعودية ، 2، 1998.
- اسماعيل عبد النبي شاهين ، أحكام مطالبات المدينين المتضامنين بالدين في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006.
- اسماعيل عبد النبي شاهين ، مدى مسؤولية الوكيل في عقد الوكالة ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2013.
- إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، 1968.
- امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، مصر 2009.
- أمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، مكتبة الوفاء القانونية ، اسكندرية لسنة 2009.
- الان بيانت ، القانون المدني ، الموجبات ، ترجمة منصور القاضي ، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع لبنان ، لسنة 2004.
- الان بينابت ، القانون المدني ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ط1 ، لسنة 2004.
- أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام - ج2 - أحكام الالتزام - دار المعارف - مصر - 1962.
- انور سلطان (المبادئ القانونية العامة) دار النهضة العربية للنشر ، بيروت لبنان ، ط4 ، سنة 1973.

- ابراهيم عطا الله، أساسيات نظرية الالتزام ، بدون طبعة ، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر 1956.
- بشار عدنان ملكاوي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، نظرية العقد، دار وائل للنشر، والتوزيع، الأردن، 2004.
- توفيق حسن فرج، البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1979.
- توفيق حسن فرج أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان»، الإسكندرية المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر 1968.
- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، في مصادر الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون سنة.
- توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية 1979.
- جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع لبنان ، 2008، ط2.
- جاك غستان بالتعاون مع كريستوف جامان ومارك بيو ، المطول في القانون المدني مفاعيل العقد واثاره، ترجمة منصور القاضي ،مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ط2 1429 هـ، 2008م
- جان بير بيردا، وظيفة ومسؤولية القائمين على ادارة شركات المساهمة ، باريس، 1934
- جلال العدوي ، مبادئ الاثبات في المسائل المدنية والتجارية ، منشأة المعارف 1996
- جلال مصطفى القرشي ، شرح قانون العمل الجزائري ، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1984.

- عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - ج 2 - أحكام الالتزام - بغداد - 1980.
- جمال خليل، تصرف الشريك في المال وأثره على حقوق الشركاء: (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999
- جميل الشرفاوي النظرية العامة للالتزام. مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية، ط 1995
- حسام عبد الواحد كاظم، الجنين واحكامه في الفقه الاسلامي والقانون ، المكتبة التوفيقية القاهرة بلا سنة نشر.
- حسن البراوي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية لسنة 2002
- حسن الفكهماني ، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ، الجزء الثامن ، الدار العربية للموسوعات القاهرة ، لسنة 1988 ،
- حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، مؤسسة الثقافة الاجتماعية ، الاسكندرية ، 1979
- حسني محمود عبد الدايم ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق ، مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون المدني دار الفكر الجامعي الاسكندرية ، مصر 2009
- حلمي بهجت بدوي ، اصول الالتزامات الكتاب الأول ، نظرية العقد ، مطبعة نوري ، القاهرة ، سنة 1984.
- حماد رأفت محمد ، الديق محمد عبد الرحيم ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، احكام الالتزام جزء 2، دار الجامعة الجديدة ، مصر 1997
- حمدي عبد الرحمان شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية والشريعة الاسلامية ، مطبعة دار المعارف بمصر ، 1916.
- خالد العامري ، كيف تجري المفاوضات الناجحة ، دار الفاروق للنشر ، الأردن ، 2000

- خليل جريج، نظرية الصورية، عدد 10 ورد في كتاب نظرية العقد، لمحمد الزين، ومحمد المالقي محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، تونس 1980.
- دنوني هجيرة، الشيخ الحسين، الموجز لمدخل في القانون، النظرية العامة للقانون والحق وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، البليدة.
- رمضان ابو السعود، احكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية سنة 1994
- رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، 2007
- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، الاسكندرية - دار الجامعة الجديدة للنشر 2005
- ابي العلي الرحمن، تحفة الاحوزي، بشرح جامع الترميذي، دار الكتب العلمية، بيروت ط2،، 1410.
- سامي عبد الله : نظرية الصورية في القانون المدني، بيروت لسنة 2004
- سعودي حسن ابراهيم سرحان، المصادر الارادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية المواراتي، مؤلف مشترك، مكتبة الجامعة، إثراء للنشر والتوزيع، الشارقة-عمان، 2011.
- سعيد جبر، االت ازم التضامني، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 69، القاهرة، 1999
- سلام حمزة، الشركات التجارية، الجزء الأول، دار هومة، لسنة 2015.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والارادة المنفردة، النهضة، مصر ط4، 1987.
- سليمان مرقس، شرح القانون المدني الجزء الثاني مصادر الالتزام واثاره واوصافه وانقضائه النظرية العامة للاثبات، المطبعة العالمية، مصر لسنة 1964
- سليمان مرقس، العقود المسماة، ج 1، عقد البيع، دار أم الكتب، 1980

- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة للنشر والتوزيع ط1 لسنة 2018
- السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء 5، معهد الدراسات العربية 1958.
- سوار وحيد، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية) دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999
- سوار، محمد وحيد الدين، (1995)، الإتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، مطبعة دار الثقافة عمان.
- سوار، محمد وحيد الدين، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة النشر.
- شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالالغاء في منازعات العقود الادارية، دار النهضة، مصر ط2.
- شفيق الجراح، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة عقد البيع المطبعة التعاونية، دمشق 1986.
- شيخ نسيم، احكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع.
- شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، دار دجلة، عمان، الأردن، 2008.
- طلبة انور، المطول في شرح القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، مصر.
- عادل شمران حميد الشمري، المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني،
- عباس حلمي المنزلاوي، القانون التجاري، الشركات التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية ط2، 1988.

- عبد الباسط جمعي، نظرية الأوضاح الظاهرة، مصر ط 1957.
- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دارالمطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004
- عبد الحميد الشواربي، موسوعة الشركات التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003.
- عبد الحميد الشواربي وعز الدين الدناصوري - الصورية في ضوء الفقه والقضاء- 2003م
- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، وفقا للقانون الكويتي، الجزء الأول، مصادر الالتزام المجلد الثاني، جامعة الكويت، 1972
- عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الاثبات اثار الالتزام الجزء 2 ط 3 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2009
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، طبعة 2004
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة ط 3، 7 ج، 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد 1، جزء 1، الالتزامات بوجه عام، مصادر الالتزام منشورات الحلبي، بيروت، 2000.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، جزء 4، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1960.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، منشورات الحلبي للنشر والتوزيع، المجلد 1، ج 1
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام نمصادر الالتزام المجلد الأول، الجزء الأول منشورات الحلبي، سنة 2009

- عبد السلام الذهني: الحيل المحظور منها والمشروع، القاهرة لسنة 1946.
- عبد الصافي ، القانون المدني ، الجزء الأول ، المصدر الارادي للالتزامات ، العقد ، الكتاب الثاني ، آثار العقد ، 2007.
- عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي سنة 1984
- عبد القادر أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة، دار الفكر الجامعي، ط1، 2010.
- عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد في مبادئها القانونية ومظاهرها التطبيقية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، طبعة 1995
- عبد الله اوهابيه ، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ؛ التحري والتحقيق. دار هومة الجزائر.
- عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - ج 2 - أحكام الالتزام - بغداد - 1980.
- عبد المجيد الحكيم ، احكام الالتزام ، بغداد ، ط3، سنة 1977.
- عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج 1.
- عبد المجيد غميحة ، مبدأ الامن القانوني وضرورة الامن القضائي ، الدار البيضاء ، 2008.
- عبد المنعم البدر اوي، عقد البيع، دار النهضة العربية، 1990، ص330، سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف الاسكندرية، 1983.
- عبد المنعم فرج الصده ، مصادر الالتزام ، ط1 ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر 1995.
- عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود منشورات ، زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006

- عبد الودود يحيى، نظرية الحق ومبادئ العقد، دار الجامعة الجديدة، 1985.
- عبد الودود يحيى، النظرية العامة للالتزامات، "المصادر - الأحكام - الإثبات"، القسم الأول، مصادر الالتزام، بدون تحديد تاريخ النشر، دار النهضة العربية، 1996.
- عز الدين عبد الله، حماية خاصة بالدائنين المرتهنين، في القانون المدني المصري، بلا مكان طبع 1942.
- عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
- علي العريفي، شرح القانون التجاري، دار النهضة العربية، مصر 2000.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 6 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، ط 3، الجزائر، 2013.
- عياد-عبد الرحمان، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر القاهرة
- فتوح عبد الله الشادلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، ط 1997، مصر.
- فتيحة قرّة، أحكام الوضع الظاهر، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1990.
- فتيحة يوسف عماري، السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية التقصيرية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، جامعة الجزائر 1، سنة 2005.
- فكري احمد سنجر، المرافق العامة الكبرى، مطبعة الاقليمية بمراكش، المغرب، سنة 1984.
- فيصل زكي عبد الواحد، اثر عدم اعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد، وفقا للقانون الكويتي والمصري، لجنة التأليف والتعريب جامعة الكويت، سنة 1997.

- قاسم محمد، الوجيز في نظرية الالتزام "المصادر - الأحكام"، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1994.
- كريم بولعابي، حسن النية في المادة التعاقدية، مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس، ط1
- لحسن بيبي، الشكلية في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي، مكتبة دار السلام، 2005
- محفوظ لعشب، دراسات في القانون الاقتصادي، ط4، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، 2007
- محمد (حسن قاسم)، الوجيز في نظرية الالتزامات، المصادر-الأحكام، الجامعة الجديدة، (د.ط)، الإسكندرية
- حمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر 2006.
- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، ط2006، الجزائر
- محمد بودالي، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية، دار الفجر للنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، 2005
- محمد جمال مطلق الذنبيات، الوجيز في القانون الاداري، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، وسط البلد ساحة الجامع الحسيني، ط1، لسنة 2003
- محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد المكيبة المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- محمد حسن منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الدار العربية للنشر والتوزيع مصر
- محمد حسن منصور، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر الاسكندرية، 2000
- محمد شلتوت، المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الاسلامية، طبع بجامعة الانبار

- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- محمد طه البشير، عبد الباقي البكري، عبد المجيد الحكيم، القانون المدني واحكام الالتزام، الجزء الثاني، الجمهورية العراقية وزارة التعليم و البحث العلمي، سنة 2016
- محمد علي الأمين، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني، دار مقارنة، منشورات حلي الحقوقية، لبنان.
- محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الاسلامي و أصوله، مؤسسة الرسالة، جزء 2، بيروت 1994.
- محمد فريد العريبي، الشركات التجارية (المشروع التجاري الجامعي بين وحدة الاطار القانوني وتعدد الاشكال دار الجامعة الجديدة ط2004
- محمد كمال الدين أمام، الوصية والوقف في الإسلام، مقاصد وقواعد، منشأة المعارف، الإسكندرية 1999.
- محمد كمال عيد العزيز، القانون المدني في ضوء الفقه والقضاء، ج 1، بلا مكان ولا سنة طبع
- محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995
- محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 1/293، دار الفكر دمشق 1427هـ 2006م.
- محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2.
- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني السوري، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة الحياة، دمشق، ط2 لسنة 1976

- محمود جمال الدين زكي، النظرية العامة للالتزامات، دار المعرفة للنشر و التوزيع، ط1978
- المستشار أنور العمروسي، التضامن والتضام والكفالة في القانون المدني ط1، دار الفكر الجامعي 1999
- المستشار نجيمي جمال ،جنحة التعدي على الملكية العقارية على ضوء اجتهاد المحكمة العليا الجزائر، 2009
- مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة 1، المصادر (العقد والإرادة المنفردة)، مطبعة دار الحياة، دمشق، ط4، سنة 1964.
- مصطفى عبد الحميد عدوي - الإخلال المدني -المسؤولية التفصيلية في القانون الأمريكي 1996 ؛ ومفهوم الشرط الضمني في القانون الإنجليزي 1998.
- مصطفى عبد الحميد عدوي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ط2، 1992.
- مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد ، دار المعارف ، مصر ، 2001.
- مصطفى مجدي هرجة ،العقد المدني ،اركانه ،اثاره ،بطلانه ، دار محمود للنشر والتوزيع،مصر لسنة 2002.
- منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، بغداد 1991.
- منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني ، الجزء 2، احكام الالتزام ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان 1998.
- منظمة أوكسفام ، من برنامج لصالح التجمع العالمي للحماية بتمويل أ إ وروبية للمساعدات النسائية والحماية المفوضية أحوال المدنية. ECHO ، كتيب الحماية القانونية لسنة 2017
- الموقع الالكتروني ، محاماة نت.، mohamah.net/law

- مؤيد معي الدين عبيدات ، الرقابة الحكومية على تأسيس الشركات ، دار حامد للنشر والتوزيع الاردن.
- نادية فوضيل ، النظام القانوني للمحل التجاري ، الجزء الأول ، دار هومة ، الجزائر.
- نادية فوضيل ، شركات الاموال في القانون التجاري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر.
- محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ، احكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، 2006
- نبيل ابراهيم سعد النظرية العامة للالتزام ، احكام الالتزام ، دار الجديدة للنشر ، 2000
- نبيل عمر ، التنفيذ الجبري قواعد واجاءته ، الطبعة 1112 ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية
- نزيه محمد الصادق المهدي ، الالتزام قبل التعاقد بالاداء بالبيانات الشخصية المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود ، دراسة فقهية قضائية مقارنة ، دار النهضة العربية ، 1982
- نعمان محمد خليل جمعة ، اركان الظاهر كمصدر للحق ، ، سنة 1977
- همام محمد محمود زهران ، الأصول العامة للالتزام ، نظرية العقد ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2004
- عبد الحكيم فودة ، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة ، دار الفكر و القانون ، ط2 ، 1999
- وهبة الوحيلى ، الفقه الاسلامي وادلته ، الجزء الرابع ، دار الفكر ، دمشق ، ط2 ، 1985
- ويس فتحي ، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة ، دار هومة ، الجزائر ، 2014
- ياسين أحمد القضاة ، الدعوى المباشرة في القانون المدني : دراسة مقارنة ، عمان- دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2014

2-المراجع الخاصة :

أ-الكتب :

- أحمد حسين عبد العال ،مسؤولية المتعاقد اتجاه الغير في اطار المجموعة العقدية ،دار النهضة العربية القاهرة ،2006.
- أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، سنة 2016،
- اسماعيل عبد النبي شاهين ،مدى مسؤولية الوكيل في عقد الوكالة ،دار الفكر الجامعي الاسكندرية2013.
- بيرك فارس حسين الجبوري ،الخلف العام وحمايته المدنية ، دار الجامعة الجديدة ، ط1، لسنة2013
- توفيق حسن فرج أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان»، الإسكندرية المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر 1968.
- جاسم العبودي ،الموقف القانوني من قاعدة عدم جواز انتفاع الغير بالعقد ،بغداد ،1997
- جان بير بيردا ،وظيفة ومسؤولية القائمين على ادارة شركات المساهمة ،باريس ،1934
- جلال العدوي ،مبادئ الاثبات في المسائل المدنية والتجارية ،منشأة المعارف 1996
- جمال خليل، تصرف الشريك في المال وأثره على حقوق الشركاء: (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999
- حسن محمد محمد البودي ،حقوق الغير في العقود المالية ،دار الكتب القانونية ،دار شتات للنشر والبرمجيات ،مصر.

- حسني محمود عبد الدايم ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق ، مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون المدني دار الفكر الجامعي الاسكندرية ، مصر 2009
- خاطر صبري ، الغير عن العقد ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ط ، 2001
- خالد العامري ، كيف تجري المفاوضات الناجحة ، دار الفاروق للنشر ، الأردن ، 2000
- خليل جريج ، نظرية الصورية ، عدد 10 ورد في كتاب نظرية العقد ، لمحمد الزين ، ومحمد المالقي محاضرات في شرح القانون المدني التونسي ، تونس 1980
- الدكتور فارس الجوري (الخلف العام و حمايته المدنية) ، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية ، ط 1 ، لسنة 2013
- رمضان جمال كمال ، احكام بيع ملك الغير ، ط 2 ، بدون ناشر ، 1995
- سامي حسن نجم الحمداني ، اثر العقد الاداري بالنسبة الى الغير ، المؤسسة الحديثة للكتاب ط 1 ، لبنان لسنة 2012
- سامي عبد الله : نظرية الصورية في القانون المدني ، بيروت لسنة 2004
- شعبان أحمد رمضان ، مدى جواز الطعن بالالغاء في منازعات العقود الادارية ، دار النهضة ، مصر ط 2.
- شيخ نسيم ، احكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع.
- شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في إبرام العقود ، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية ، الطبعة الأولى ، دار دجلة ، عمان ، الأردن ، 2008
- صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، الدار العلمية الدولية ، ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، مصر ، ط 1 ، لسنة 2001.

- عادل شميران حميد الشمري، المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني،
- عباس حسن الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1985.
- عباس حلمي المنزلاوي، القانون التجاري، الشركات التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية ط2، 1988.
- عبد الباسط جميعي، نظرية الأوضاع الظاهرة، مصر ط 1957.
- عبد الحلیم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دارالمطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004
- عبد الحميد الشواربي، موسوعة الشركات التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003
- عبد الحميد الشواربي وعز الدين الدناصوري - الصورية في ضوء الفقه والقضاء- 2003م
- عبد المجيد غميحة، مبدأ الامن القانوني وضرورة الامن القضائي، الدار البيضاء، 2008
- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود منشورات، زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006
- عز الدين عبد الله، حماية خاصة بالدائنين المرتهنين، في القانون المدني المصري، بلا مكان طبع 1942
- عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006
- علي العريفي، شرح القانون التجاري، دار النهضة العربية، مصر 2000.
- عياد-عبد الرحمان، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر القاهرة
- فتوح عبد الله الشادلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، ط 1997، مصر.
- فتيحة قره، أحكام الوضع الظاهر، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1990.

- فتيحة يوسف عماري ، السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية التقصيرية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، جامعة الجزائر 1، سنة 2005.
- فكري احمد سنجر ، المرافق العامة الكبرى ، مطبعة الاقليمية بمراكش ، المغرب ، سنة 1984.
- فيصل زكي عبد الواحد، اثر عدم اعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد ، وفقا للقانون الكويتي والمصري ، لجنة التأليف والتعريب جامعة الكويت ، سنة 1997.
- فيصل زكي عبد الواحد، المسؤولية المدنية في اطار الاسرة العقدية، مصر : مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1992.
- كريم بولعابي ، حسن النية في المادة التعاقدية ، مجمع الاطرش للكتاب المختص ، تونس ، ط.1.
- لحسن بيبي ، الشكلية في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي ، مكتبة دار السلام،، 2005
- محسن عبد الحميد البنية ، نظرية الوارث الظاهر ، دراسة تحليلية مقارنة ، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة ، 1993.
- زكي عبد الواحد، المسؤولية المدنية في اطار الاسرة العقدية ، دار النهضة للنشر، مصر لسنة 1996
- أحمد حسين الحاج علي، تقديم القاضي مروان كركبي، مبدأ المفعول النسبي في اطار مجموعة العقود، بيروت، 2011.
- محمد حسين عبد العال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير في اطار المجموعة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- محمد عبد الله الشريف النعيمي ، الالتزامات والحقوق التي يترتبها العقد الاداري اتجاه الغير ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2014.
- محمود عبد الرحيم الديب ، مدى لزام الغير بم لم يلتزم ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2008.

- نبيل ابراهيم سعد ،التنازل عن العقد ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الاسكندرية ،2004
- نزيه المهدي ، نظرات في الاستخلاف الخاص ،مذكرات مطبوعة على الالة الكاتبة ،جامعة القاهرة

2:الرسائل باللغة العربية

- محمد فوزي محمد عوجان، عقد الكفالة العينية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 2009

- مصطفى كمال طه ،مبادئ القانون التجاري رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة بنها.
- ابراهيم سرحان، الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد.

- أبركان، جهيدة، حق الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري،رسالة دكتوراه ،جامعة بجاية 2015.

- أحمد يسري، تحول التصرفات القانونية، رسالة من جامعة هايد لبرج بألمانيا (الترجمة العربية، القاهرة، 1958.

- بدر عبد الله البرازي، تجاوز الوكيل حدود وكالته في القانون المدني الكويتي، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 2005.

- بديري يحي،الغير في القانون الاداري ،اطروحة في القانون الاداري ،اطروحة دكتوراه في القانون العام جامعة تلمسان ،2019/2018.

- براحلية زوبير،القرض العقاري و الرهن الرسمي في التشريع الجزائري ،رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق جامعة باتنة 2017./2016.01

- بسام حسين محمد حسين ،مفهوم الغير في اطار الروابط القانونية ،رسالة دكتوراه ،جامعة عين شمس كلية الحقوق ،القاهرة 2010.

- بسمة الجبالي ، حماية الغير في العقد الباطل ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق تونس ، 2003-2004.
- بشاطة زهية ، المسؤولية المدنية للمنتج عن الأضرار التي تسببها المنتجات ، جامعة جيجل.
- بن خنوش مجيد ، بلعباس ابراهيم ، الحماية القانونية لحقوق المؤلف في البيئة الرقمية ، رسالة ماجستير جامعة عبد الرحمان ميرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، بجاية ، 2015.
- بن ددوش نضرة ، انقضاء الالت ازم دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقہ الاسلامي ، دراسة مقارنة ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، 2010-2011.
- جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1953.
- جوزيف جوبير : الآثار القانونية لحسن النية ، رسالة لجامعة باريس 1899.
- حبار محمد ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و الفقہ الاسلامي ، رسالة دكتوراه جامعة الجزائري كلية الحقوق بن عكنون ، 1988.
- الحراشة ، محمد ، فكرة عدم سرعان التصرف القانوني ، رسالة ماجستير ، مقدمة إلى جامعة بابل.
- حسان مجلي فارس المجالي ، حماية الغير حسن النية في القانون المدني الاردني ، رسالة ماجستير ، لسنة 2003.
- حساني علي ، الاطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات. رسالة دكتوراه ، جامعة تلمسان 2012/2011.
- حلوش فاطمة امال ، حق المساهم في التصرف في اسهمه في شركة المساهمة ، رسالة دكتوراه جامعة بلعباس ، الجزائر.

- حليبي ربيعة ، الغير في العقد ، دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة ، اطروحة دكتوراه جامعة الجزائر ، 2016-2017.
- خليل أحمد حسن قدارة، أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص وفقاً لأحكام القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 1982.
- زروقي حنين ، التعويض عن الاضرار الناجمة عن ضمان العيوب الخفية للمبيع ، شهادة دكتوراه كلية الحقوق جامعة ابن باديس مستغانم ، 2017/2018.
- زكري ايمان ، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر ، لسنة 2016/2017.
- زواوي فريدة ، مبدأ نسبية العقد ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر 01 ، لسنة 1992.
- محمدي سليمان ، نفاذ العقد ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر 01 ، لسنة 2003/2004.
- السيد بدوي ، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة لسنة 1998.
- شفيق شحاتة ، النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية ، الجزء الأول ، أطرف الالتزام رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، لسنة 1936.
- الطاهر القضاوي ، الوعد بالبيع ، دراسة مركزة في العقار ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- الرباط
- عاطف فخري محم كامل ، الغير في القانون المدني المصري ، رسالة دكتوراه ، كاية الحقوق الاسكندرية لسنة 1976.
- عبد الله البرازي ، تجاوز الوكيل حدود وكالته في القانون المدني الكويتي ، مذكرة ماجستير ، جامعة الكويت 2005.

- عجيبي سامية ،الدعوى المنحرفة ،رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1996.
- فاطمة احمد الرزار ،نظرية الاستخلاف الخاص ،دراسة مقارنة ،رسالة لنيل دكتوراه في الحقوق جامعة القاهرة ،1997.
- فتحية صماط، الغير والعقد، رسالة دكتوراه، جامعة تونس، المنار، كلية الحقوق، سنة 2015-2016.
- فقير فايزة ،واجب الاستثمار ملكية الاراضي الفلاحية الخاصة في ظل قانون التوجيه العقاري رقم 25-90 ،رسالة ماجستير ،جامعة الجزائر 1، لسنة 2004-2005.
- القاضي الطيب سعيد ،الاثراء بلا سبب ،احكامه وتطبيقاته في القانون المدني الجزائري ،مذكرة نهاية التريبص ،المدرسة العليا للقضاء ،الجزائر ،2006/2005.
- عدنان ابراهيم السرحان، الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتهما في القانون العراقي المقارن، رسالة ماجستير جامعة بغداد، 1986.
- وردة لعميري ، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، المغرب.
- ماهر صالح الجبوري ،القانون الاداري ،رسالة دكتوراه ،القانون العام ،جامعة الموصل ،لسنة 1989.
- محمد بونبات ،الكراء تحت اليد او التاجر من الباطن ،رسالة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص جامعة محمد الخامس اكدال الرباط ،1984-1985.
- محمد عبد المالك محسن الحبشي النظام القانوني لفسخ العقد في اطار المجموعة العقدية ،رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ،كلية الحقوق ،سنة 2006

- محمود خلف حسين ، العقود الادارية ، رسالة ماجستير ، جامعة الموصل ، لسنة 1989.
- مرخوص فاطمة ، المسؤولية الجزائية في اطار علاقات العمل ، رسالة دكتوراه ، جامعة تلمسان 2017/2016.
- مروان كركبي ، مبدأ المفعول النسبي في اطار مجموعة العقود رسالة (دبلوم).الجامعة اللبنانية. كلية الحقوق والعلوم السياسية والاداريةبيروت ، 2001.
- هاريوان سعيد احمد ، حماية الغير في قانون المرافعات ، رسالة ماجستير ، جامعة الدول العربية مصر القاهرة ، 2013.

3:مقالات باللغة العربية

- نصير صبار لفته الجبوري ، تأصيل نظرية العقد ، دراسة في القانون المدني ، مقالة منشورة في مجلة الكوفه للعلوم القانونية والسياسية العراق ، حزيران ، 2017.
- أحمد حسنين ، التعويض الإتفاقي ، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الحكومة في الدولة ، القاهرة ، 1993.
- إسعد فاطمة ، " تجاوز الوكيل حدود الوكالة في القانون المدني الجزائري : دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض التشريعات المدنية الأخرى ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، مجلة محكمة سداسية ، عدد 2011/01 ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية.
- بدري جمال ، الخلف العام بين القانون المدني وقانون الاسرة المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية ، العدد 1 ، سنة 2001.
- نزيه المهدي الالتزام قبل التعاقد بالأعلام ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني ، السنة الخامسة.

- أسعد فاطمة ، تجاوز الوكيل حدود الوكالة في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي وبعض التشريعات المدنية ، مجلة الاكاديمية ، كلية الحقوق ، جامعة بجاية عدد 01، لسنة 2011.
- إسمهان فسيو . شروط الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري. مقال منشور في ، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 3.
- جبيري نجمة، " الحماية الجنائية لحقوق الملكية الفكرية ضد التقليد"، مداخلة لمقابلة في إطار فعاليات الملتقى الوطني حول الملكية الفكرية بين مقتضيات العولمة وتحديات التنمية، المنعقد يومي 28 و29 أبريل، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، 2013.
- حسن جميعي، التقاضي وقضايا في مجال حق المؤلف والحقوق المجاورة ، مقال ، ندوة وطنية للمنظمة العالمية للملكية الفكرية ، البحرين.
- محمدي سليمان : ضرورة إعادة النظر في مركز الخلف العام ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية لسنة 2001. م.
- خليل ايمان ، الخلف بين الطرفية والغيرية ، مقالة منشورة في مجلة المنار الدولية للبحوث والدراسات القانونية والسياسية ، العدد 3. ديسمبر 2017.
- زواوي فريدة . مدى تعارض انتقال التركة المدبنة إلى الورثة مع قاعدة " لا تركة إلا بعد سناد الديون ". المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية عدد 2؛ سنة 1995.
- صبري حمد خاطر ، فكة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية ، دار الكتب القانونية ، مصر مجلة كلية الحقوق للجامعة الكوفة.
- صبري حمد خاطر ، قطع المفاوضات العقدية ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة النهريين ، المجلد الأول ، العدد الثالث ، 1997.
- ضحى مثنى داود، فسخ العقد في القانون المدني ، مقالة منشورة في مجلة كلية الرافدين.

- طارق كاظم عجيل، مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد دراسة تأصيلية مقارنة، مقالة منشورة في الموقع الالكتروني [/https://www.iasj.net](https://www.iasj.net)
- عبد الباقي نعمة عبد الله، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد الأول سنة 1987
- عبد الحليم عبد المجيد، حدود الفراق اثر العقد، الاداري الى الغير، مقالة منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية.
- علي الخطار، عقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته، بحث منشور في المجلة مؤتمري للبحوث
- فاطمة الزهراء زيتوني، أثر مبدأ حسن النية في الأخذ بالوكالة الظاهرة، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد الثاني.
- كمال بقدار، مظاهر حماية الغير للشركات التجارية وفق للقانون الجزائري، مقالة منشورة في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة 7 المجلد 2، العدد 28، لسنة 2015
- محمد فؤاد مهنا، حقوق الافراد ازاء المرافق العامة، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة، السنة الثانية سنة 1951.
- محمدي سليمان، ضرورة النظر في مركز الخلف العام، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 1، الجزائر 2009.
- نبراس زاهر جبر الزيايدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن اخلال الغير بالعقد (دراسة مقارنة) مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، عدد 01، 2017.
- نبيل مهدي زوين، الطبيعة القانونية للمسؤولية عن فعل الغير، مقالة منشورة في مجلة الكوفة كلية الحقوق العراق، عدد 12.
- نقابة مستشاري التحكيم الدولي وخبراء الملكية الفكرية، مقالة، دمياط، مصر.

4: التشريعات

أ-القوانين الوطنية:

- قانون رقم 02-06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق جريدة رسمية عدد 14.
- قانون رقم 83-11 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق ل 2 يوليو سنة 1983 يتعلق بالتأمينات الاجتماعية .
- القانون 03-09 مؤرخ في 25 فيفري 2009 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش جريدة رسمية عدد 15.
- قانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 ابريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل الجريدة الرسمية عدد 17 المعدل و المتمم بعلاقات العمل الجريدة الرسمية عدد 17 المعدل و المتمم بالأمر رقم 997-03 المؤرخ في 11 يناير يحدد مدة قانون العمل جريدة رسمية عدد 03.

ب-الأوامر الوطنية:

- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم المتعلق بالقانون المدني الجزائري.
- الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم.بالقانون رقم 05-02، المؤرخ في 06 فيفري 2005، جريدة رسمية ، عدد 11، المؤرخة في 09/02/2005 المتضمن القانون التجاري الجزائري.
- الأمر رقم 75-74، المؤرخ في 12-11-1975، المتضمن اعداد مسح الأراضي العامة و تأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية العدد 92 المؤرخة في 18/04/1975.
- الأمر 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المعدل و المتمم بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو 2016 المتضمن -قانون العقوبات.

- أمر رقم 04-10 مؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق ل26 غشت سنة 2010 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق ل 26 غشت سنة 2003 المتعلق بالنقد و القرض.
- الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق ل 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل و المتمم.
- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير يتعلق بالتأمينات جريدة رسمية عدد 13، المعدل و المتمم بالأمر 06-04 مؤرخ في 12 مارس المتعلق بالتأمينات 2006، جريدة رسمية عدد 15.

ج-القوانين الاجنبية

- التقنين المدني الفرنسي سنة 1804 المعدل و المتمم سنة 2004.
- التقنين المدني الفرنسي الجديد لسنة 2016.
- قانون العقوبات الفرنسي الصادر بتاريخ 22 جويلية 1992.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 في اخر تعديل له سنة 2006.
- قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.
- قانون الاثبات في المواد التجارية المدنية المصري رقم 25 لسنة 1968.
- القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976
- قانون التجارة الاردني رقم 12 لسنة 1966.

مراجع باللغة الفرنسية :

1-Les ouvrages

– ***livres***

- ALAIN BENABEUT ,Droit civil, 3ème edition mont christien, paris 1991.
- AUBERT J/M ,A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers.1993Paris.
- AUBERT j.l.apropos d une distingtion remouvelee de parties et des tiers civ.1993.
- AUBRY (Charles) et Rau (c.), droit civil français, tome1, lgdj, 2ème éd., paris, 1935.PARIS.
- AUBRY ET REU, Cours de droit civil francais tom9.6eme edition par bartin.
- AYNES*1*.la cession de contrat et les operations juridiques a trois personnes economica .paris.1984.
- B.TEYSSIE teyssie, Les groupes de contrats . Revue internationale de droit comparé. année 1977.
- -BAUDOIN ; Note a la revue trimestrielle du droit civil (r.tdc)1967.p236 ET s.h.b laise la formation au xix siècle de la jurisprudence sur les donation deguisées mélangeoffrerts a rené savatier , dalloz .1965.
- BAUDOIN, Droit civil de la province de québec, montréal, wilson et Lafleur, 1953.
- BILLIAU.m.l opposabilite des contrats ayants pour objet un droit reel.in les effets des contrats a l egard des tiers comparaison franco - belges.l.g.d.j.paris.1992.
- Bufnoirc.propritee et contrat .theorie. des modes d acquisition des droit reeles et source des obligations 2ed. paris .1924.

- -Ch. LARROUMET, droit civil, tome 3, les obligations, le contrat – 1 3ème édition (economica-delta 1996.
- -Christien larroumet ;droit civil ;tom1 6édition ;delta ;paris
- -Cornudes. contrats ou des obligations conventionnelles en généralessai de lecture d'un titre du code), d.e.a. de droit privé, paris, les cours de droit, 1977.
- -Crépeau, dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues, 2 e éd, cowansville, yvon blais, 1991
- Darmaison.s.le contrat moral.l.g.d.j.paris.2000.
- Demoge (r.), traite des obligations en general, t. 8, paris, 1933
- Derrida.f.liers.ayants causes.la situation de la masse des creanciers par rapport au debiteur dans les procedures collectives .r t d.commercial.1976
- droit privee.t227.l.g.d.j.paris 1992.
- Durry.g.la distinction.de la responsabilite contractuelle et de la responsabilite delictuelle .montreal.1986.
- F. TERRE ; ph. simler et y. lequette ; droit civil, les obligations, 8ème édition (daloz 2002).
- F-TERRE.ph.simler.droit civil.les obligations paris .daloz.7eme edition.1999.
- FABRE-magnan.droit des obligations .t.1.contrat et engagement unilaterale.2002.
- Fages (b.), droit des obligations, lgdj-lextenso, 6ème éd., paris, coll. manuels, 2016.
- FLOUR *j*et AUBERT*j.l*.les obligations.vol1.l acte juridique armand colin.paris.2e tirage.sans date.
- Fontaine.m.les effets internes et externes des contrats in les effets du contrat a l égard des tiers .l.g.d.j.1992.PARIS.

- François terré, philippe simler, yves lequette, françois chénéde - collection précis. droit civil - les obligations. parution le 31/10/2018 (12eme édition).
- François terré, philippe simler, yves lequette, françois chénéde. droit civil les obligations.dalloz
- G.cornu, dir, vocabulaire juridique, association henri capitant, 5e éd., paris, p.u.f., 1996.
- -GHESTIN j.et goubeaux.traite de droit civil introduction generale l.g.d.j.paris.1995
- -Ghestin.j. taite de droit civil-les effets du contrat-l.g.d.j-paris.1992.
- -Ghestin.j.la distinction entre les parties et les tiers au contrat .j.c.p.ed.g.1992.
- -Ghestin.j.nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers.rtd viv.1994
- -Ginossar, droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système national des droits patrimoniaux, l.g.d.j., 1960.
- GOUTAL.j.l.essai le principe relative du contrat- bibliotheque de droit prive-paris.1981.
- Guelfucci-thibierge.c.de l elargissement de la notion de partie au cntrat .a l elargissement du principe de l effet relatif .rtd civ.1999.
- Hugueney, responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, dijón, 1910
- JDABIN., une nouvelle définition du droit réel, rev. trim, du. cn. 1962.
- J.FLOUR et j.-l.AUBERT, obligations, 6 vol, 5ème edition, paris, 1994
- JACQUES FLOUR, JEAN LUC AUBERT ET SAVANT, Les obligations 1-2 l'acte juridique ; 10ème édition (armand colin) paris 2002.
- JEAN ;Carbonier ;Droit civil ;les obligations,tom1,qudrige,paris,2002
- Jestaz*ph*.l.opposabilite du droit reel. 1986.Paris.
- Jobard bachelier droit civil suretes publicite fonciere 1er zd 1997.

- jobard-bachelier.m.n.droit civil.suretes.publicite fonciere.1e ed.paris.1997.
- -Josserand(s) . de la responsabilité du fait des choses inanimees.paris.1897.
- -Jurisclasseur .contrat et obligations.a l egard des tiers .distinction entre les effets entre les parties a l egard des tiers ..a jour au 12 juin 2009.
- Larroumet.c l effet relative des contrats et la negation d une action necessairement contractuelle dans les ensembles contractuels . 1991.
- Levy et a. castaldo, histoire du droit civil, dalloz, paris, 2002.
- Levy.e.preuve par titre du droit de propriete immobiliere.these.paris.1896.
- -Linant de bellefonds.droit d auteur et droit voisin.propriete litterale et artistique. delmas ed .1997
- -M.belarif.les societes commerciales a travers le decret legislatif portant modification du code de commerce .symposium.national de prospeco.conseil 7-8 juin1993.
- -M.Boudot: apparence. rép cn 2009: n°2 et 9, vouin cr : la bonne foi notion et role actuels en droit privé français, th, bordeaux 1939 .
- M.FANTAINÉ et j.GHESTIN.Les effets du contrat a l egard des tiers.comparaisons franco belges.l.g.d.j 1992.
- Marcel planiol et georges ripert, traité pratique de droit civil français, tome 12suretés réelles, 1ere partie, par emile becqué l.g.d.j. paris, 2eme édition, 1953.
- Mazeaud (h. l et s), leçons de droit civil, t2, les obligations, n° 987.
- Mazeaud (h.), (l.) et (j.), leçons de droit civil, tome iii, montchrétien, 5ème éd., 1984.
- Mazeaud h .la maxime error.communis.facit jus.rev.trim.dr civ 1929
- Mazeaud.les obligations .7ed.par chabas.f.paris .1985
- Mazeud et tunck, traité de la responsabilité civile, tome 1, paris, 1965.
- Merle (r) et vitu (a), traité de droit criminel, droit pénal spécial, t1, 5éd, paris 1984.

- Mignault, le droit civil canadien, t. 2, montréal, c. théoret, 1896
- Montpetit et g. taillefer, traité de droit civil du québec, t. 3, montréal, wilson et Lafleur, 1945
- P. Roubier, le droit de propriété industrielle, daloz. 1952
- P. Huguenery. responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une o
- PH. Simmeder, délégation j.c. art 1271 à 1291, contrat et d'obligation fassé 1 de 2ed l.g.d.j 676
- Planiol et ripert, traité pratique de droit civil français, 2ème éd. t vii, 1954 .
- Rich international ltd v -co toepfer international 6 m bh 1991
- Salas (d.), le tiers pouvoir. vers une autre justice, fayard, paris, 2012
- Serge guinchaed. gabriel montagnier. raymond guillien. jean vincent. lexique des termes juridique .daloz. 17eme ed. 2010.
- Starck. b. des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui. j.c.p. 1954. PARIS .
- Stéphanie porchy-simon. droit civil 2eme année, les obligations 2020. daloz. 12 editions.
- Teyssie (b.): les groupes de contrats . thèse dactylé . l.g.d.j . paris . 1975.
- planiol et pipert , traité de droit civil français, 2ed. l.g.d.j, 1954 parIS, j. radouani et g. gabolde n°1271. boulanger, encycl. daloz, rép, dr, 1er ed ,v, délégation n°1.
- V. G inossar. s. la fraude . au droit . d'autrui et . elle licite . malanges en l honne de dabin 2. paris. 1963.
- V. Planiol- ripert par p. eismein, traité pratique de droit civil français, t. iv, 2e éd, paris, 1952, no590
- Volansky, essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi, paris, librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1929.
- william cory and son ltd v-london corporation 1951.
-

– **B-THESES FRANÇAIS**

- Baomet .la responsabilite contractuelle de fait d autrui .these .nice
- delcart (i); de l'effet des actes juridiques à l'égard de tiers, thèse, paris 1902.
- ELISABETH Jurvilliers-zuccaro.Le tiers en droit administratif.these docteurat en droit.nancy-univesite.2009-2010
- ESPAGNON.La regle du non-comul de responsabilite contractueall.these paris .1980.
- Gemei.h.l opposabilite des contrats en droit francais et egyptien these de doctorat paris.1987.
- kostic (g), l'intuitus personnel dans les contrats de droit privé, thèse, paris v, 1997
- Loi n 57 .298.du 11mars 1957 relative a la propriete intellectuelle et artistique .j.o.r.f.du14 mars1957
- m. ginossar pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel, en général sur l'analyse et le critique de la thèse de ginossar, j. chestia et goubeaux, traité de droit civil, introduction général, l.g.d.j., 1997
- m.dagot.la simulation en droit prive ;these ,preface de p.hebroud.bibliotheque de droit privé ,tome 73paris ;l.g.d.j.n132
- martin de la moute ,l acte juridique unilaterale,these ,l.g.d.j,1951
- Martin.la representation des societes commerciales par leur organe.these nancy.1977
- Neret .le sous contrat .these paris 1977.
- Paurant aynès, la cession du contrat et les opérations juridiques à trois personnes, thèse economica, 1984,.
- Ph. le tourneau droit de la responsabilité et des contrats, dalloz, 2004/2005
- AUDREY Gougeon. L'intervention du tiers à la formation du contrat. thèse pour obtenir le grade de docteur en droit. le 9 décembre 2016.universete de lile.france.

- WEILL A. Le principe de la relativite de convention en droit prive français.these paris.1936.
- A.Archilla, La protection des tiers dans le droit des sociétés, revue trimestrielle du droit commerciale. centre montpelliérain du droit de l'entreprise.
- A.weill, La relativité des contrats en droit privé françois, these, strasbourg, 1939.
- Huet.j.Responsabilite contractuelle et responsabilite delictuelle.essai de delimitation entre les deux ordres de responsabilite .dactylo.universite de paris .
- Jossesan.l.cours de droit positif francais-t2.ed.sirey-paris 1933
- Malaurie et aynes :- cours de droit civil .les obligations .3e .ed 1992
- **D- Les articles**
- Nicolas crozier. responsabilité des parties à l'égard des tiers - l'arrêt myr'ho, 10 ans après. - vendredi 24 février 2017.article publie dans le site <https://www.village-justice.com>.
- Sem-linkolivia robin. la responsabilité du contractant à l'égard des tiers . revue juridique de l'ouest, 2003.
- Enseclopedi-daloz ;ayant cause ;recueil,contrat et convention,2009.

الفهرس

الفهرس:

Erreur ! Signet non défini.	مقدمة
13	الباب الأول : الغير والزامية العقد
15	الفصل الأول : التأصيل القانوني للغير
16	المبحث الأول : استبعاد الغير عن العقد
17	المطلب الأول : مبدأ نسبية اثر العقد
17	الفرع الأول : تحديد مفهوم الطرف
17	أولا : تعريف الطرف
20	ثانيا: توسيع المفهوم التقليدي للطرف وفقا لمجموعة العقدية :
22	-ثالثا: مفهوم الطرف وفقا للاتجاه الحديث
31	الفرع الثاني : انصراف اثار العقد الى الطرف المتعاقد
31	أولا : إبرام العقد بأطرافه الأصلية:
37	ثانيا : إبرام العقد عن طريق النيابة
39	الفرع الثالث: مدى انصراف اثار العقد الى الخلف باعتباره طرفا.
39	أولا : انصراف آثار العقد بالنسبة للخلف العام
43	ثانيا : آثار العقد بالنسبة للخلف الخاص
44	ثالثا: إنصراف آثار العقد إلى دائنين المتعاقدين.
47	المطلب الثاني : مفهوم الغير
47	الفرع الأول : تعريف الغير
47	أولا : التعريف اللغوي للغير
47	ثانيا : التعريف الاصطلاحي :
54	-ثالثا : التعريف القانوني للغير
57	الفرع الثاني : فئات الغير
59	أولا: الغير الذي يصبح طرفا:
80	ثانيا : الطرف الذي يصبح غيرا
82	المبحث الثاني امتداد اثار العقد الى الغير
82	المطلب الأول : مدى تأثير الغير من عقد ليس طرفا فيه

83	الفرع الأول : التعهد عن الغير
84	-أولا : مفهوم التعهد عن الغير
87	ثانيا- آثار التعهد عن الغير
88	الفرع الثاني :الاشتراط لمصلحة الغير
88	أولا : مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير
91	ثانيا: آثار الاشتراط لمصلحة الغير
93	ثالثا: طبيعة الاشتراط لمصلحة الغير
95	المطلب الثاني :تطور مكانة الغير بالنسبة للعقد
96	الفرع الأول :مراحل تطور مفهوم الغير
98	الفرع الثاني :صور تطور مركز الغير
107	أولا : مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد ذات طبيعة عقدية
108	-ثانيا: مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد ذات طبيعة تقصيرية
114	-الفصل الثاني :مضمون حماية الغير
115	المبحث الأول : مفهوم حماية الغير
115	المطلب الأول : تعريف الحماية
115	الفرع الأول: لغة
115	الفرع الثاني : اصطلاحا
116	أولا-قدرة الشخص على التصرف أو السلوك بطريقة معينة
118	المطلب الثاني: حسن النية كشرط لتطبيق الحماية على الغير
119	الفرع الأول :تعريف حسن النية -
119	أولا: حسن النية في الفقه الإسلامي
121	ثانيا: حسن النية في القانون المُقارن
126	الفرع الثاني :ازدواجية مفهوم حسن النية
129	الفرع الثالث :حسن النية في التشريع الجزائري
131	الفرع الرابع :متى لا يعتبر حسن النية شرط لحماية الغير
136	المطلب الثالث :مواضع حماية الغير
136	الفرع الأول: الصورية
144	أولا-تأثير الصورية على الغير :

147	ثانيا: مدى خطورة منح الغير الحسن النية الحماية المطلقة في مجال الصورية :
150	الفرع الثاني: حماية الغير في العقد الباطل
155	الفرع الثالث: دعاوى حماية الغير
156	أولا: الدعوى الغير المباشرة :
160	ثانيا- الدعوى المباشرة :
167	ثالثا: الدعوى البليانية (عدم النفاذ)
175	المبحث الثاني: الأساس القانوني لحماية الغير
176	المطلب الأول: مبدأ الوضع الظاهر كأساس لحماية الغير
177	الفرع الأول: تعريف الوضع الظاهر
177	أولا: التعريف اللغوي:
177	ثانيا: التعريف الفقهي
179	الفرع الثاني: أركان الوضع الظاهر
179	أولا: الركن المادي للوضع الظاهر
180	ثانيا: الركن المعنوي للوضع الظاهر
182	الفرع الثالث: أساس الوضع الظاهر
187	الفرع الرابع: تطبيقات الوضع الظاهر على الغير (نظرية الظاهر ودورها في حماية الغير)
187	أولا: المالك الظاهر
197	ثانيا: الوكالة الظاهر
200	الفرع الخامس: مبدأ الوضع الظاهر ووحدة مفهوم الغير
200	المطلب الثاني: الأسس البديلة لحماية الغير
201	الفرع الأول: البطلان كأساس لحماية الغير
201	أولا: قاعدة ارجاع المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد
203	ثانيا: أساس حماية الغير في البطلان
207	الفرع الثاني: الصورية كأساس لحماية الغير
207	أولا: تأسيس حماية الغير في إطار الصورية على فكرة الخطأ الموجب للتعويض
211	ثانيا: فكرة العقوبة الخاصة
213	ثالثا: فكرة المشاطرة في الحق
213	رابعا: فكرة الوضع الظاهر كأساس لحماية الغير الحسن النية في الصورية

222	الفرع الثالث: الحماية استثناء على مبدأ سلطان الإرادة
223	أولاً: الاعتراف بصحة التصرف الذي أجراه الوكيل الظاهر وانصراف أثره إلى الموكل
224	ثانياً الاعتماد بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين في إطار الصورية
225	الفرع الرابع: الحماية استثناء على مبدأ نسبية العقد
226	الفرع الخامس: الحماية استثناء على مبدأ سريان التصرف القانوني
227	خاتمة الباب الأول :
229	الباب الثاني : أحكام الحماية القانونية للغير
231	الفصل الأول: التزام الغير أثناء تنفيذ العقد
233	المبحث الأول: الغير بين النظرة الشخصية والموضوعية
233	المطلب الأول: شروط انتقال العقد إلى الغير
235	الفرع الأول: طبيعة التنازل للغير
237	الفرع الثاني: شروط صحة التنازل للغير
239	الفرع الثالث: حالات التنازل عن العقد
245	المطلب الثاني: دور غير المتعاقد تنفيذ العقد مع تحصيله على صفة الطرف
245	الفرع الأول : بعض الحالات التي نصّ عليها القانون، والتي تجعل الغير بتدخله يصبح طرفاً
249	الفرع الثاني: بمقتضى القضاء الاستضافة، المساكنة، حق البقاء:
254	الفرع الثالث: عن طريق الاتفاق
256	المطلب الثالث: دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد مع احتفاظه بصفة الغير
257	الفرع الأول : تنفيذ العقد من طرف الغير بإرادته:
257	أولاً - وجود مصلحة:
270	ثانياً :بوجود مصلحة :
284	الفرع الثاني: تنفيذ الغير للعقد عن طريق الإنابة
284	أولاً: الجدل الدائر حول الإنابة
285	ثانياً : أنواع الإنابة
287	المبحث الثاني: حجية العقد والغير
288	المطلب الأول :العقد حجة للأطراف
291	الفرع الأول : تعريف الاحتجاج
295	الفرع الثاني : صور الاحتجاج وشروطه

295	أولا : صور الاحتجاج في الحقوق
300	ثانيا :شروط الاحتجاج بالعقد
302	الفرع الثالث: حماية المدين من تعدي الغير على العقد
303	أولا: شروط هذه الحماية على الغير
304	ثانيا: تفعيل الاحتجاج على الغير :
311	المطلب الثاني : العقد حجة للغير
312	الفرع الأول : فئة الغير في مسألة الاحتجاج بالعقد
312	أولا : الخلف الخاص
314	ثانيا: الدائن المرتهن
314	ثالثا:الشفيع
315	رابعا: صاحب حق الانتفاع :
315	خامسا: الدائن العادي :
317	الفرع الثاني: صور حماية الغير في نظام الاحتجاج
317	أولا :نظام الفسخ
322	ثانيا :نظام الصورية
322	ثالثا : في نظام البطلان
323	الفصل الثاني :الوسائل القانونية لتفعيل حماية الغير على ضوء بعض العقود و نظام المسؤولية ...
325	المبحث الأول :حماية الغير في العقود التجارية والادارية
326	المطلب الأول : حماية الغير في القانون التجاري
327	الفرع الأول: تحديد مفهوم الغير في القانون التجاري
328	الفرع الثاني : أساليب حماية الغير في العقد التجاري
329	اولا :حماية الغير اثناء تكوين الشركة
338	ثانيا :حماية الغير اثناء نشاط الشركة
350	ثالثا: حماية الغير في حالة انقضاء الشركة:
351	رابعا: حماية الغير من نظام التمثيل
353	الفرع الثالث :حماية الغير المتعامل مع مجمع الشركة التجارية
354	أولا :حماية الغير المتمثل في المساهمين بالأقلية في شركات الأعضاء
355	ثانيا :الغير المتمثل في دائني الشركات الأعضاء

355	المطلب الثاني: تطبيقات حماية الغير في القانون الاداري
356	الفرع الأول: تحديد الغير في العقد الاداري
358	أولاً: تعريف الغير كشخص من القانون الخاص
360	ثانياً: تعريف الغير كونه من اشخاص القانون العام :
360	الفرع الثاني: حماية الغير في العقد الاداري
361	أولاً: المقابل النقدي
361	ثانياً: حقوق الغير في مقاضاة الملتزم
361	ثالثاً: حق الغير في مقاضاة الادارة لإخلالها بشروط العقد
363	رابعاً: حق المساواة بين المنتفعين
363	خامساً: منح المتعاقد ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة
364	سادساً: امتيازات المتعاقد في العقد الاداري
365	الفرع الثالث: حماية الغير في القانون الاداري الفرنسي :
366	المبحث الثاني: حماية الغير في نظام المسؤولية
368	المطلب الأول: حماية الغير في المسؤولية المدنية
368	الفرع الأول: مركز الغير في نظام المسؤولية المدنية
374	الفرع الثاني: تطبيقات حماية الغير في المسؤولية المدنية
375	أولاً: حماية الغير في عقد البيع
379	ثانياً: حماية الغير في عقد الوكالة
383	المطلب الثاني: حماية الغير في المسؤولية الجنائية
384	الفرع الأول: حماية الغير في عقد العمل
387	الفرع الثاني: حماية الغير من الاضرار الناتجة عن العملية الاستهلاكية
388	أولاً: جريمة الخداع
392	ثانياً: العقوبات المقررة في الجرائم المستهلك:
399	الفرع الثالث: حماية الغير من التعدي على املاكه
407	خاتمة الباب الثاني :
410	الخاتمة:
425	قائمة المصادر والمراجع
460	الفهرس:

الملخص:

بانعقاد العقد صحيحا وبتوافر كل اركانه يرتب التزامات على المتعاقدين اذا كان العقد ملزما للطرفين وهذا ما يميز العقد الملزم لجانبين كعقد البيع مثلا فالبايع فيه يلتزم بتسليم الشئ المبيع حسب الاتفاق الحاصل .

-هذه النتيجة هي منطقية يعكسها مبدأ نسبية اثر العقد التي نجدها في نص المادتين 108 و113 من القانون المدني الجزائري ، لكن هل صحيح ان هذا العقد لا يمس الغير الاجنبي كما جاء في نص المادة 108 او انه يمسه في شقه الموجب فقط؟ أي يكسبه حقا دون ان يلتزم بالشق السلبي للعقد كما نصت عليه المادة 113 من القانون المدني الجزائري .

-وبالرجوع لقواعد القانون المدني ، نجد ان الغير لا يستطيع تجاهل وجود العقد ، فالعقد بالنسبة للغير هو واقعة مادية أي قد يتاثر لها ايجابا او سلبا وهذا يعد خروجا عن النص المادة المذكورة اعلاه.

-عندما نذكر مصطلح نسبية اثر العقد فإننا نقصد نسبية الاشخاص وليس الموضوع ، سنقوم بتبيان مفهوم الغير ومفهوم النسبية وعندما نذكر النسبية منطقيا يجب ذكر اطراف العقد كلها من متعاقدين الذين بدورهما ينقسمان الى اصليين ونواب ومن خلف عام وخلف خاص ، ونذكر وايضا النسبية بالنسبة للغير ، بحيث نجد ان في كل من الفئات يوجد تداخل ففي بعض الحالات يصبح الطرف غير ويصبح الغير طرفا.

-حيث حاول المشرع أن يعطي للغير حماية قانونية كافية و ناجحة ، لاعتبارها كانت مؤطرة و متعددة الميادين و ذلك للمحافظة على المراكز القانونية التي وضع فيها الغير ، و اكتسبها بمناسبة العقد ، وذلك باضفاء وسائل تحميه و تدعيم موقفه في العقد ، حتى و لو لم يكن طرفا فيه.

تبينت أنها حماية متنوعة ، كقاعدة الاحتجاج و امكانية ابطال العقد أو تنفيذه من طرف الغير نفسه ، كل تلك القواعد اظهرت مدى تطور مكانة الغير ، حيث نجد أن المشرع محاولة منه بوضع توازي بي حماية حقوق الأطراف و حقوق الغير ، مع تركيزه على الجانب الانساني ومن هو الطرف الضعيف الحسن النية في المنازعات ، لضمان عدالة الحماية ذلك أن العقد يجب أن يكون وسيلة منفعة لأطرافه و أن تعم الكل ، منهم الغير.

الكلمات الدالة : الغير ، حسن النية ، المجموعة العقدية ، الطرف ، العقد ، المسؤولية العقدية ، الحماية القانونية ، البطلان ، الصورية ، القانون الخاص ، القانون العام .الاحتجاج.

Summary :

The conclusion of the contract is valid and the availability of all its staff, the obligations of the contractors if the contract is binding on both parties and this distinguishes the contract binding on two sides, such as the contract of sale, for example, the seller is committed to deliver the sale thing according to the agreement.

- This conclusion is logical reflected in the principle of the relative impact of the contract, which we find in the text of articles 108 and 113 of the Algerian Civil Code, but is it true that this contract does not affect third-party foreign as stated in the text of Article 108 or that it touches only in the apartment positive? That is, it earns it without committing itself to the negative part of the contract as stipulated in Article 113 of the Algerian Civil Code.

- By reference to the rules of civil law, we find that others can not ignore the existence of the contract, the contract for others is a physical incident, which may be affected positively or negatively and this is a departure from the text of the above article.

- When we mention the term relativism after the contract, we mean the relativity of persons and not the subject, we will explain the concept of third parties and the concept of relativity. We find that in each of the categories there is overlap and in some cases the party becomes non-and the third party becomes.

- Where the legislator tried to give to others adequate and successful legal protection, considering it was framed and multidisciplinary in order to preserve the legal centers where the third party was placed, and acquired on the occasion of the contract, by adding means of protection and support his position in the contract, even if not Party to it.

It turned out to be a variety of protections, such as the rule of protest and the possibility of annulment or implementation of the contract by third parties themselves. All these rules showed the evolution of the status of third parties. A weak party in good faith in disputes, in order to ensure the fairness of protection, as the contract must be a means of benefit for its parties and for all, including others.

Keywords: third party, good faith, contractual group, party, contract, contractual liability, legal protection, nullity, sham, private law, public law.

Key words:

Others, Good faith, Nodal group, Party, Contract, Nodal responsibility, Legal protection, Impotence, Image, Private law, Public law.