





## تمهيد

تتألف هذه المطبوعة البيداغوجية من مجموعة من المحاضرات التي أُقيمت على طلبه السنة الأولى ماستر تخصص قانون أعمال في مقياس : شركات الأموال، و قد جاءت هذه المحاضرات بطبيعتها مطابقة للمواضيع التي اشتمل عليها عرض تكوين ماستر أكاديمي تخصص قانون أعمال، وقد جاءت هذه المحاضرات مبسطة وواضحة ومدروسة وفقا للمنهجين الوصفي والتحليلي لتعزيز فهم الطالب للمعلومة، وقد حاولت من خلال هذه المحاضرات أن أثير بعض الأسئلة، عن طريق اثاره بعض المسائل القانونية وموقف المشرع الجزائري منها، بغية الوصول إلى الهدف من الدراسة وهي تعميق الفكر القانوني للطالب الجامعي في تخصصه قانون الأعمال.

نتمنى أن يتم استيعاب الطالب لهذه المحاضرات المتنوعة بتتوع مواضيعها خاصة المستحدثة منها، وتمكينه من اكتساب المعلومات والمهارات خاصة في مجال التحليل القانوني، الذي يستمد منه الطالب أصول الاستنباط و النقد الموضوعي ، وبالتالي تكوين باحثين قانونيين في المستقبل.





يعدّ العقد نظام من أهمّ الأنظمة القانونية التي نظمها المشرع الجزائري في مجال العلاقات بين أفراد المجتمع، لأنه أداة فعالة وفاعلة في بناء المجتمع كعقد الزواج، كما أنه آلية لتعزيز عمليّة التبادل التجاريّ مثل: عقود البيع أو الشراء أو الإيجار أو الرهن ونحو ذلك، عرفه المشرع من خلال نص المادة 54 من القانون المدني كما يلي: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، ويعتبر العقد أهم صورة للتصرف القانوني في الحياة الاجتماعية، لأن الإرادة المنفردة ليست سوى مصدر استثنائي للالتزام، وهو بذلك مصدر من مصادر الالتزام حيث نصت المادة 55 من القانون المدني: "يكون العقد ملزم للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعض ."، ويندرج نظام العقد ضمن النظرية العامة للعقد باعتبارها جزءا من النظرية العامة للالتزام التي لا تنطبق إلا حيث يكون الاتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية، وبمأنه ارتباط الإيجاب الصادر من أحد أطراف العقد بقبول الطرف الآخر على وجه ينتج آثاره القانونية، وتأسيسا على ذلك فلا تنطبق على العقود التي تدخل في مجال القانون العام، مثل المعاهدات الدولية والعقود الإدارية وكذلك العقود الواردة في قسم الأحوال الشخصية كالزواج والتبني.

منح القانون المدني الحرية الكاملة لأطرافه في تضمينه بما يشاءون من التزامات ووفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين التي نصت عليها المادة 106 ق.م، وتأسيسا على الإرادة الحاصلة عن الاتفاق فإن القوة الملزمة للعقد، تتجسد في مبدأ سلطان الإرادة القائم على وجوب احترام حرية التعاقد، وأن القوة الملزمة للعقد المستمدة من مشيئة المتعاقدين، التي لا تجيز لهما التحلل من أيّ التزام، إلا بالاتفاق، أو في حالات يقررها القانون، مع وجوب احترام قواعد النظام العام والآداب العامة، كما لا يجوز نقض العقد أو تعديله من طرف المشرع أو القاضي إلا في حالات استثنائية حصرية حددها القانون.

يترتب على العقد بمجرد انعقاده صحيحا التزام طرفيه بتنفيذ جميع ما ورد فيه من بنود والتزامات، فيقع على أطرافه الوفاء بجميع الالتزامات التي تم الاتفاق بشأنها، ووفقا لمبدأ حسن النية الذي يعد من المبادئ العامة والمهمة في القانون بشكل عام وفي تنفيذ العقود بشكل خاص، ولا بُدّ أيضا أن يتم تنفيذ العقد وفقا لمبدأ الأمانة والنزاهة، ويعد الامتناع عن التنفيذ بمثابة خرق لبنوده، وفي هذه الحالة جاز للطرف المتضرر اللجوء إلى القضاء، وتحميله المسؤولية العقدية، وإلزام الطرف الآخر بتنفيذ ما ورد في العقد .

يترتب على العقد باعتباره تصرفاً قانونياً يربط بين شخصين فأكثر حقوق وواجبات في ذمهم دون الغير، وهذه النتيجة المنطقية يترجمها "مبدأ نسبية العقد" الذي اعتمده المشرع في المادتين 108 و113 ق.م، والحقيقة أن هذه القاعدة المطلقة في شقها السلبي تحتمل بعض الشذوذ في شقها الإيجابي، إذ يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه لمصلحة الغير، إن نسبية الأثر الإلزامي لا تعني أن الغير يستطيع تجاهل وجود العقد أو الأوضاع القانونية التي أحدثها، فالعقد بالنسبة للغير هو واقعة مادية يحتج بها لمصلحته أو ضده، وهذا ما يعرف بـ"مبدأ نفاذ العقد" إذ يسري في مواجهة كافة الناس، وأخيراً فإن لمبدأ نسبية العقد حدوداً تتمثل في الاستثناءات التي فرضتها الحياة الاجتماعية.

عادة ما يتم تنفيذ العقد طوعاً وهو ما يسمى بالتنفيذ العيني الاختياري، وهي الطريقة الطبيعية في انقضاء الالتزامات التعاقدية، أما إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، أعطى القانون الحق للدائن في إجبار المدين على التنفيذ وهو ما يسمى بالتنفيذ الجبري، ولكن قد يصعب في بعض الأحيان حتى التنفيذ الجبري لذا يتم اللجوء إلى التعويض ويتنوع بين القانوني والاتفاقي والقضائي، أما إذا استحال التنفيذ أصلاً فقد تنقضي الرابطة التعاقدية بالفسخ وتترتب معها المسؤولية العقدية كجزاء للاخلال بالالتزامات التعاقدية.

ومن خلال ما سبق سنحاول الإجابة على التساؤلات الآتية:

- ماهي الأحكام العامة التي تحكم مبدأ نفاذ العقد؟ وما هي الاستثناءات القانونية الواردة عليها؟
- كيف يتم تنفيذ العقد؟ وما هي ضمانات ذلك؟
- ما هي الجزاءات المترتبة على الإخلال بتنفيذ العقد؟

وللإجابة على جميع هذه التساؤلات اعتمدنا المنهج الوصفي في عموم الدراسة لوصف كل ما يتعلق بمبادئ وأحكام وقواعد تنفيذ العقد، كما تناولنا في تحليلنا للنصوص القانونية المنهج التحليلي المناسب لذلك، وقسمنا دراسة هذه المحاضرات في فصلين، تناولنا من خلالهما جل الأحكام التي تنظم عملية تنفيذ العقد، والجزاء المترتبة عن الإخلال بهذا الأخير.

الفصل الأول: القواعد التي تحكم تنفيذ العقد

الفصل الثاني: طرق و آثار تنفيذ العقد

لنصل في الأخير إلى خاتمة بينا من خلاله النتائج التي توصلنا لها، مع اقتراحنا لبعض الأفكار والمسائل التي نراها تفعل تنفيذ العقد في ظل التطور الحاصل له مثل العقد الإلكتروني.

## الفصل الأول: القواعد التي تحكم تنفيذ العقد

إذا تم العقد بطريقة صحيحة يلتزم عاقديه بتنفيذ ما ترتب عليه من آثار، ويصبح مضمونه واجب التنفيذ، وقد جاء النص على الأحكام التي تنظم تنفيذ العقد في المواد الممتدة من 106 إلى 118 من القانون المدني.

### المبحث الأول: تدخل ارادة المتعاقدين في تنفيذ العقد

نص المشرع على القواعد التي تحكم آثار التصرفات القانونية، خاصة العقد في المواد 106 من ق.م وهي أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يمكن تعديله ولا نقضه إلا بإرادتهما المتبادلة كأصل عام، ولكن قد يتدخل القاضي كطرف خارج العقد ويمكنه نقض أو تعديل هذا العقد لأسباب يقررها القانون.

### المطلب الأول: مبدأ سلطان الارادة في العقد

ينبني العقد على ارادة أطرافه، وما تتمتع به من حرية، ولا يوجد تعريف دقيق لمبدأ سلطان الارادة غير أن الفقه أجمع على خصائص له تم من خلالها وضع تعريف له: "تعتبر الارادة المشتركة لأطراف العقد أساسا له، فهذه الارادة هي التي تنشئه في ذاته، وهي التي تحدد أثاره أيضا كقاعدة، ثم يأتي القانون بعد ذلك فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الارادة المشتركة".<sup>1</sup>

كما تم تعريف مبدأ سلطان الإدارة بأن الإدارة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود دون التقيد بالانواع التي ينظمها المشرع، وتتمتع أيضا بحرية الدخول في علاقة تعاقدية من عدمه، وكذا في تحديد ما يترتب على العقد من آثار قانونية، وتعديلها بعد ترتيبها، وإنهاء العقد بعد إبرامه مادام الالتزام قائما بحدود النظام العام والآداب العامة.<sup>2</sup> وقد كرس المشرع الجزائري كرس هذا المبدأ، و ماله من دور في تكوين أو تعديل أو إنهاء العقد في نص المادة 106 ق.م.ج.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شروح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العام - العقد و

الإرادة المنفردة - الطبعة الرابعة دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 44.

<sup>2</sup> محمدحسن منصور، مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة، الدار الجامعية لطباعة والنشر، الاسكندرية، 2000،

## الفرع الأول: الالتزامات الإرادية هي الاصل

لا يلتزم الشخص إلا بإرادته وإلا كان مكرها أو واقعا في عيب من عيوب الإرادة، إذ لا يمكن تقرير الالتزامات اللإرادية إلا في الحالات الاستثنائية لأن الفرد أعلم بما يحقق مصالحه، وبالتالي تكون التزاماته عادلة إذا تمت بإرادته<sup>3</sup>، وهذا يعني أن إرادة أطراف العقد هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وأن كل الإلتزامات بل وكل النظم القانونية ترجع في مصدره إلى الإرادة الحرة و لا تقتصر الإرادة على إنشاء العلاقات العقدية وتحديد مضمونها و أحكامها بل تعتبر الإرادة الحرة مصدر التصرفات القانونية، فالرابطة القانونية تنشأ باتفاق الإرادتين و قوتها الإلزامية هي انعكاس لذلك الاتفاق، وانعقاد العقد يقاس على مقياس الإرادات الفردية التي تجعل المتعاقد منفرد في حلقة قانونية مميزة ومنفصلة عن الآخرين و ينشئ داخل هذه الحلقة قانون بواسطة سلوك وحيد و هو الإرادة<sup>4</sup>.

لا تنشئ الالتزامات التعاقدية من القانون وإنما تنشأ من إرادة الأطراف المتعاقدة، و القوة الملزمة للعقد تنشأ من الإرادة كذلك، وكل ما تفعله السلطة العامة هو تقديم المساعدة للدائن من أجل تنفيذ ما تعهد له به المدين، فالحرية هي الأصل و لا يتقيد الفرد بحسب هذا الأصل إلا بإرادته، و هذه الإرادة الفردية هي التي تحقق العدالة، فلا يتصور أن يشكو شخص من ظلم في الالتزام الواقع على عاتقه إذا كان هو الذي ألزم نفسه به، فالفرد خير من يعرف مصلحته و يدافع عنها و لا يتصور أن يعمل ما يضره.

كما تظهر عدالة العقد في هذا المجال في العلاقات القانونية التي يرتبها العقد، فهي بالضرورة علاقات عادلة متفقة مع القانون الوضعي لأنها متفقة مع الحرية، حيث أن الالتزامات التي تفرض على الشخص دون رضاه هي حتما التزامات ظالمة إذ فيها مساس بحريته واعتداء على حقه.

إذا فإرادة الفرد وحدها كافية لإبرام العقود، بالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية دون قيد على حرية الإنسان الكاملة و لا يحد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام و الحالات التي تتعمق بالنظام العام يجب أن تكون قليلة أو نادرة خاصة أين يمكن المساس بحريات الآخرين، و الإرادة التي يعتد بها في هذا المجال هي الإرادة التي اتجهت اتجاهها صحيحا و سليما نحو غايتها- أي الإرادة التي لم

<sup>3</sup> محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 46.

<sup>4</sup> P.dauchy. une conception objective du lien d'obligation. Les apports du structuralisme a la théorie du contrat archives de philosophie du droit, t26,1981 ,p207.

تكن مشوبة من العيوب- فالإرادة المكرهة أو التي يشوبها غلط أو المدلس لا تنشئ عقدا صحيحا، و يكون لصاحبها أن يمك .

### الفرع الثاني: العقد شريعة المتعاقدين

إذا قام التصرف مستكملا أركانه ومشملا على شروط صحته فيلتزم اطرافه بتنفيذ ما ترتب عنه من آثار والتزامات وهو ما جاء في نص المادة 106 من ق م التي جاء فيها: "العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"، كما نصت المادة 123 ق.م التي جاء فيها و يسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء احكام القبول"، إلا أن هذا لا يمنع المشرع من الاعتراف للقاضي بسلطة تعديل التصرف مراعاة لاعتبارات معينة.

يعتبر العقد شريعة المتعاقدين، لذا يسمح القانون لأحد المتعاقدين تعديل أو إلغاء العقد وقد وضع الفقه بعض من القواعد التي تجيز لأحدهما ذلك وهي كالاتي: تحريم الالتزام مدى الحياة، وحالة إنعدام الثقة، وحالة تهديد مصالح المتعاقدين، اتفاق الأطراف، غير أنه يجب التقيّد بعبارات العقد وفق ما تطابقت عليه ارادة المتعاقدين وبحسن نية على أن يشمل تنفيذ ما يعد من مستلزماته ايضا .

### أولاً: ضرورة تنفيذ مشتملات العقد

نصت المادة 107 من ق.م على أن تنفيذ العقد يجب أن يتم طبقا لما اشتمل عليه، لذا يلتزم اطرافه بكل ما اشتمل عليه في مضمونه وما يعد من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة وبحسب ما تقتضيه طبيعة المعاملة، وهي الضوابط الموضوعية التي يسترشد بها القاضي في تحديد ملحقات العقد أو مستلزماته طبقا لنص المادة 65 ق.م على أنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يتشرطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفق عليها، فإن المحكمة تقضي طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة." والمقصود بمستلزمات العقد ما هو لازم له و إن لم يتضمن العقد النص عليه صراحة، فوفقا لطبيعة المعاملة في عقد البيع، يلتزم البائع بتسليم المشتري بالإضافة إلى الشيء المبيع ما يعد من ملحقاته وكل ما عد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء فإذا كان

المبيع مثلا بيت فلا يكتفي البائع باستكمال اجراءات نقل الملكية، بل لابد من تسليم مفتاح البيت للمشتري وتمكينه من سكن البيت.

للقاضي استنادا إلى نص المادة 107 من ق.م أن يعتمد على القانون في تحديد ما يعد من مستلزمات العقد، إذ كثير ما يترك المتعاقدان الاهتمام ببعض المسائل التفصيلية لاتفاقهما دون تحديد، مما قد يفتح الباب لكثير من النزاعات وهو ما قد يعرقل الاتفاقات والمعاملات بين الناس، لذا ضمن المشرع نصوص القانون بقواعد مكملة والمفسرة مهمتها تكميل النقص الذي قد يشوب العقود ويفسر سكوت المتعاقدان لذا يمكن أن يلجأ القاضي إلى القواعد القانونية المكملة لتحديد ما يعد من مستلزمات العقد، مثلا إذا اتفق البائع و المشتري على المبيع والتمن تاركين زمن ومكان تسليم المبيع دون تحديد، فيسري في حقهم عند ذلك ما يقضي به القانون وفقا لنصوص المواد 393 ق.م: "إذا يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير بإستثناء الذي تقتضيه عملية التسليم".

وإذا لم يوجد نص قانوني مكمل فيمكن للقاضي أن يعتمد على العرف السائد لتحديد ما يعد من مستلزمات العقد، أو العدالة.

### ثانيا: الالتزام بحسن النية في التنفيذ

يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها تنفيذ العقد ولقد أخذ به المشرع الجزائري في نص م 1/107 من ق م ج، والتي تنص: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية".

يضيفي مبدأ حسن النية على العقد حالة من النزاهة والثقة المتبادلة إضافة إلى أنه يقيم العلاقات بين الأفراد على أساس التعاون والاستقامة والأخلاق، فالإلزامية التنفيذ بحسن نية تقتضي الإخلاص والأمانة، وتنطوي على واجب التعاون والثقة والمشاركة بين المتعاقدين.

### المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد

أكد نص المادة 106 من ق.م على أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وقد يتضمن العقد أحيانا بعض الاختلالات في التزامات و حقوق المتعاقدين لظروف وأسباب متعددة، الامر الذي يستدعي تدخل القاضي لتعديل بعض بنوده بما يحقق نوع التوازن بين طرفيه.

أن عدم جواز نقض العقد أو تعديله هدفه ضمان لاستقرار المعاملات، هذه الأخيرة يستدعي تطبيقها إلى الاعتراف للقاضي بسلطة تعديل بعض بنود العقد بما يعيد للعقد توازنه التي اختلفت بسبب الظروف التي قد تعود لأحد المتعاقدين أو لأسباب لا قبل لهم، أو بسبب شروط صيغ في ظلها العقد، وكله جاء لأجل مراعاة مبدأ العدالة والمساواة بين المتعاقدين، وهو ما سنبينه من خلال هذه الاستثناءات:

### الفرع الاول: حالة وجود ظروف طارئة

يحدث كثيرا عند تنفيذ العقود المستمرة أو التي تراخى تنفيذها أن تطرأ حوادث مفاجئة لم تكن عند تعاقد في الحساب لا يد فيها للمتعاقدان و لكنها تجعل وفاء المدين بالتزامه مرهقا، وبموجبها لا ينقض التزام المدين لأن الحادث طارئ و ليس قوة قاهرة، ولا يبقى الالتزام كما هو لأنه مرهق، لكن يتدخل القاضي لرد الالتزام الى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه من دون ارهاق<sup>5</sup> ، وبالتالي فنظرية الظروف الطارئة، تستجيب لحاجة ملحة، تقتضيها العدالة، فهي تهدف إلى منح القاضي سلطة تعديل العقد.

ويقصد بالظرف الطارئ هو الظرف الغير متوقع الذي قد ينجم عن تغير في الظروف الاقتصادية ويؤثر ذلك على العقد الذي التزم به كلا الطرفين قبل وقوعه، وأن يكون هذا الظرف بعد إبرام العقد وقبل اتمام تنفيذه، لكن بتوفر شروط معينة لذلك، وهو ما نستشفه من نص المادة 107 في فقرتها الأخيرة التي جاء فيها: " غير أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى و إن لم يصبح مستحيلا إلا أنه صار مرهقا للمدين يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك."

### أولا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لا بد من توافر مجموعة من اشروط مثلما نصت عليه المادة 107 يمكن اجمالها في ما يلي:

1. أن تطرأ ظروف خارجة عن نطاق المتعاقدان بين فترة انعقاد العقد و تنفيذه: يستلزم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن لا يكون لإرادة طرفي العقد سبب في إحداثها او تقاوم آثارها الضارة، فإذا كان المتعاقد مسبب في حدوث هذه الآثار او شارك في إحداثها فلا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة،

<sup>5</sup> عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص ص705-706.

أما إذا حدث ظرف الطارئ بإرادة الإدارة فتتنحى نظرية الظروف الطارئة جانبا إذ تطبق نظرية عمل الأمير<sup>6</sup>، وهذا ما أقره غالبية الفقه التقليدي<sup>7</sup> من خلال تأييده لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يجب أن يكون خارجة عن إرادة الطرفين، أي أن لا يكون لأحد المتعاقدين يد في حدوث الظروف الطارئة، لأن مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة يكمن في الحوادث الخارجة عن إرادة المتعاقدين، وعبرت عن هذا الشرط محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها أنه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة: "أن يكون الحادث أو الظرف (الطارئ) خارجة عن إرادة المتعاقدين ولا دخل لهذه الإدارة في وقوعها". ولما كانت نظرية الظروف الطارئة تستهدف إعادة التوازن الإقتصادي المختل بغية تحقيق العدالة، ذلك إن الحوادث الإستثنائية هي حوادث خارجة عن إرادة المتعاقدين ولا يد لأي منها في وقوعها

2. أن تكون هذه الحوادث عامة و استثنائية و غير متوقعة: يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في العقود أن يقع حادث إستثنائي أو ظرف طارئ ومعنى الحادث الطارئ الإستثنائي أن يكون نادر الوقوع وغير مألوف فلا يعول عليه الرجل العادي ولا يدخل في حسيانه، والظروف الإستثنائية التي تترتب عليها مخاطر غير مألوفة غالبا ما تكون ظروف ذات طابع إقتصادي، أو تترتب عليها نتائج إقتصادية، مثل وقوع حرب أو وقوع أزمة إقتصادية ينتج عنها إرتفاع عام في الأسعار او تحديد تسعيرة جبرية ورفعها او فرض رسوم جمركية ولكن لا ضير من تطبيق هذه النظرية على الظروف الطبيعية مثل حدوث الفيضانات غير العادية أو إنتشار وباء، أو وقوع زلزال.

ومن الجدير بالذكر إن الحادث الذي تنطبق عليه نظرية الظروف الطارئة لا يكفي أن يكون استثنائية بل يجب أن يكون عاما، ويقصد بالحادث العام أن لا يكون خاصة بالمدين فقط كإفلاسه او موته أو مرضه، بل يجب أن يكون عاما شاملا لطائفة من الناس، وإشترط صفة العمومية شأنه شأن صفة الإستثنائية لورودها في النص إذا طرأت حوادث استثنائية عامة... " .

<sup>6</sup> خليفة عبد العزيز عبد المنعم ، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيميا، منشأة المعارف، القاهرة، 2009 ،ص 190.

<sup>7</sup> الفقيه جيز اشار الى ذلك الطماوي. سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة دار الفكر العربي، القاهرة، 2005 ، هامش ص653، للمرجع: حلمي محمود ، العقد الاداري، الطبعة الأولى دار الفكر العربي القاهرة، 1974،ص 126.

وتجدر الإشارة الى أنه يمكن اعتبار بعض الظواهر الطبيعية من قبيل الحوادث الطارئة أما لأنها لم تكن متوقعة أو انها كانت متوقعة، ولكن ليس في مداها أو شدتها بحيث من الممكن أن تبلغ حدا يجعل من تنفيذ المقاول لإلتزامه أمرا مرهقا عليه كالرياح القوية والعواصف والهزات الأرضية....ونحو ذلك، حيث لا يكون في وسع كلا الجانبين عند إبرام العقد التنبؤ بالظروف الإستثنائية التي أدت إلى تغيير الأوضاع لطابعها الإستثنائي كالحرب والأزمات الإقتصادية الشديدة او طبيعية كالأعاصير.

ومن أجل تطبيق نظرية الظروف الطارئة يجب أن يكون الظرف الطارئ الجديد الذي وقع بعد التعاقد غير متوقع فإذا كان متوقع فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، ويطلق مجلس الدولة الفرنسي على الظروف الطارئة التي يعتد بها " الظروف غير المتوقعة التي تحبط كل الحسابات التي يمكن للفرقاء أن يؤديها حين توقيع العقد".<sup>8</sup>

ويعتبر هذا الشرط العنصر الأساس الذي سميت من أجله النظرية وذلك لأنه عقد يتضمن في طياته عوائق ومخاطر وعلى المتعاقد التنبه بأن يأخذ بالحسبان لهذه العوائق والمخاطر وأن يعمل على تفاديها وإلا كان عليه تحمل نتائجها، إلا إذا كانت هذه العوائق والمخاطر غير مألوفة وطارئة ولا يمكن تصورها من كلا الجانبين أو دفعها، ونتيجة لذلك يحق للمتعاقد أن يطالب بالتعويض لتوافر شروط نظرية الظروف الطارئة<sup>9</sup>.

3. أن يجعل الحادث الإلتزام مرهقا و ليس مستحيلا: يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يترتب عليها أن يصبح تنفيذ الإلتزام مرهقا بالنسبة للمدين، والإرهاق غير الاستحالة، هذه الأخيرة تؤدي إلى انفساخ العقد تلقائيا، أما في حالة الإرهاق فإن التنفيذ يبقى ممكنا ولكنه يكلف المدين خسارة فادحة على نحو يخل بالتوازن المالي للعقد، ولذلك فإن هذا الإرهاق لا يتحقق إذا كان التنفيذ قد أصبح أكثر تكلفة فقط من ذي قبل أو كانت الخسارة الناجمة عنه معتادة مما يجري التعامل فيه، وبالتالي لا يعد إرهاقا ارتفاع الأسعار أو هبوطها وفق ما جرى عليه السوق والتعامل<sup>10</sup>.

4. أن يقع الطارئ بعد إبرام العقد، وقبل تمام تنفيذه، فإن كان الحادث قد وقع قبل إبرام العقد، فهنا لا نرى سببا لتعديل آثاره، إذ المفروض هنا أن المتعاقدين قد علما به، وارتضيا العقد على اعتبار وجوده، وكذلك لا تنطبق النظرية إذا كان الحادث قد وقع بعد تنفيذ العقد بالنسبة إلى كل آثاره،

<sup>8</sup> موسى شحادة، القانون الإداري، جامعة القدس المفتوحة، برنامج الإدارة و الريادة، رقم المقرر 4271، ص 215.

<sup>9</sup> نابلسي نصري منصور، العقود الادارية ، دراسة مقارنة ، منشورات زمن الحوقية، 2010، ص 750.

<sup>10</sup> حمدي عبد الرحمان، الوسيط في نظرية الإلتزام، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، 1999، ص ص

فإن كان العقد عند وقوع الحادث قد تم تنفيذه بالنسبة إلى بعض آثاره دون بعضها الآخر، تطبق النظرية بالنسبة إلى القدر الذي لم يتم تنفيذه، مع ملاحظة أنه إذا كان تراخي المدين في الوفاء بالتزامه إلى ما بعد وقوع الحادث راجعا إلى تقصيره ، فإنه لا يستفيد من نظرية الظروف الطارئة، لأنه لا يحق للمدين أن يستفيد على حساب دائنه من خطأ قد ارتكبه، وكذلك لا يجوز إعمال النظرية إذا كان وقوع الحادث الطارئ بعد منح نظرة الميسرة من القاضي<sup>11</sup> .

### ثانيا: سلطة القاضي في نظرية الظروف الطارئة

إذا توافرت هذه الشروط في حادث كان للقاضي بناء على طلب المدين استنادا إلى المادة 107 من ق م أن يخفف عبء الالتزام عنه الى الحد المعقول الذي يتناسب مع مقتضيات العدالة و مبدأ حسن النية بعد قيامه بالموازنة بين مصالح الطرفين و هو ما صرحت به المادة 107 من ق م . حيث يمكن للقاضي أن يحقق ذلك بالآليات التالية:

- إذ قد يرى القاضي انقاص التزام المدين، استخدم المشرع الجزائري في نص المادة 3/107 أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، أما المشرع الفرنسي فقد استعمل عبارة "Réduire" اي هناك تضيق للمشرع في النص الفرنسي لسلطة القاضي الذي ليس له الا انقاص الالتزام، أما استعمال مصطلح رد الالتزام الى الحد المعقول فتدل على سلطة القاضي الواسعة اما انقاص الالتزام المرهق أو زيادة في الالتزام المقابل، وحسن ما فعله المشرع الجزائري لأنه اذا لم يستطيع القاضي انقاص الالتزام المرهق يمكنه الزيادة في التزام الدائن وبالتالي يعدل العقد ويعود اليه التوازن العقدي.

- للقاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الظرف: إذا لم يكن في وقف التنفيذ ضررا جسيما للدائن ويكون ذلك نوعا من نظرة الميسرة التي نصت عليها المادة 181 من القانون المدني، ولكن يشترط ألا تزيد مدة الوقف عن سنة، هذه الوسيلة قد يلجأ إليها إذا ما قدر أن الحادث الطارئ وقتيا يقدر له الزوال بعد فترة قصيرة، فيرى القاضي وقف تنفيذ العقد لمدة معينة حتى يزول الحادث الطارئ. وهذا التعديل الذي يقوم به القاضي في هذه الحالة لا مساس فيه بالعناصر الموضوعية أو المادية للعقد إذا تظل الالتزامات فيه

<sup>11</sup> عبد الفتاح عبد الباقي ن موسوعة القانون المدني ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، 1984، ص ص 549-550.

محتفظة بقيمتها ومقاديرها دون أن تتأثر، وإنما ينصب التعديل على عنصر الزمن المتفق عليه في العقد<sup>12</sup>.

وتقف سلطة القاضي وفق المادة 107 عند رد الالتزام المرهق إلى حد المعقول و لا يملك سلطة فسخ العقد حيث نصت: " غير أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا إلا أنه صار مرهقا للمدين يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك." و يكشف لنا هذا النص في فقرته الاخيرة أن رد الالتزام المرهق إلى حد المعقول يعد من النظام العام.

### الفرع الثاني: احتواء العقد على شروط تعسفية

عرّف المشرع الشروط التعسفية في نص المادة 3 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، كما عرّف عقد الإذعان وهو العقد الذي تكون فيه الحقوق والواجبات غير متساوية فتخلق اختلال في توازن العقد، بحيث يكون فيها ارهاق للمدين، وقد حددت المادة 29 من نفس القانون هذه الشروط التعسفية على سبيل المثال، أما المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306 فقد حددتها على سبيل الحصر لا المثال، كما نصت في هذا الصدد المادة 110 من ق م على ما يلي: " اذا تم العقد بطريق الإذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها و ذلك وفق لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك."

تناول المشرع الجزائري عقد الإذعان في نصوص القانون المدني حيث نصت المادة 70 منه: "يصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، ومن خلال هذا النص فان عقد الإذعان يضم طرفي العقد أحدهما الطرف القوي وهو المذعن بكسر حرف العين، والآخر الطرف الضعيف وهو المذعن، بفتح العين، الذي لا يمكنه مناقشة الشروط التعسفية التي يضعها الطرف القوي المذعن، ولتوفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان اعترف القانون بسلطة استثنائية للقاضي بموجب المادة 110 من القانون المدني تتيح له إما تعديل الشروط الواردة في العقد أو إعفاء

<sup>12</sup> محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، مذكرة تخرج ، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012/2011، ص 265.

الطرف المذعن منها .فيكون للقاضي وفقا للمادة أعلاه سلطة استثنائية لرفع الظلم عن الطرف الضعيف كاستثناء عن القاعدة العامة وهي أن العقد شريعة المتعاقدين، فله أن يعدل الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان أو يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضيه العدالة، وللقاضي تقدير ما إذا كان البند تعسفيا فيعده أو يلغيه أو ليس تعسفيا فيبقي عليه، ويبرر هذه السلطة الواسعة الممنوحة للقاضي من جانب المشرع على خلاف المبادئ العامة في أثر القوة الملزمة للعقد،الخصوصية التي ينفرد بها عقد الإذعان، وهي وقوع أحد طرفيه تحت رحمة الطرف الآخر التي أدت ببعض الفقهاء في فرنسا إلى إنكار صفة العقد عليه<sup>13</sup>.

### الفرع الثالث: حالة تفسير العقد

نصت المادة 111 من ذات القانون التي جاء فيها: " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على ارادة المتعاقدين"، اما اذا قامت هناك دواعي لتأويل العقد، كأن كانت عبارة العقد غير واضحة و تحتمل اكثر من معنى واحد وجب على القاضي تفسيرها بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ .

### أولاً: حالات تفسير العقد

يستهدي القاضي في البحث عن النية الحقيقية بمجموعة من الضوابط نكرتها المادة 111 من القانون المدني في فقرتها الثانية و هي طبيعة التعامل ، بما ينبغي أن تتوافر من امانة و ثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات . يمكن الاعتماد ايضا على عبارات العقد في تفسير و توضيح معانيه باعتبار العقد كل متكامل ، على أن يفسر كل شك لمصلحة المدين استنادا الى المادة 112 من ق م التي جاء فيها: " يؤول الشك في مصلحة المدين ، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة ضار بمصلحة الطرف المذعن"، أي سواء كان دائنا أو مدينا لأن هدف المشرع في هذه الحالة هو حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية و هذا الطرف هو طرف المذعن .

<sup>13</sup> عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر 1، يوسف بن خدة، 2013/2012، ص 88.

## ثانياً: رقابة القضاء على تفسير العقد

اعترف القانون للقضاء بسلطة تفسير الشروط الغامضة أو المبهمة، إذ نصت المادة 2/111 من القانون المدني على أنه: "إذا كان هناك حمل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي لألفاظ...". يضع هذا النص القاضي وسائل يستهدي بها للكشف عن إبهام عبارة العقد بحثاً عن النية المشتركة للمتعاقدين في أعماق الإرادة الباطنة إذا تعذر عليه ذلك من الإرادة الظاهرة، منها ما ذكرها النص على سبيل المثال وهي: طبيعة التعامل، الأمانة و الثقة وفقاً للعرف الجاري في المعاملات، ومنها ما استخلصه الفقه من نصوص القانون المدني الفرنسي ويضاف لها ما اكتشفته المحاكم ذاتها من وسائل من ذلك تغليب الشروط الخاصة على الشروط العامة في حالة التناقض، والشروط المخطوطة على الشروط المطبوعة أو المرقونة<sup>14</sup>.

## الفرع الرابع: حالة مراجعة الشرط الجزائي

يعرّف الشرط الجزائي بأنه: "هو الذي بموجبه يحدد المتعاقدان بذاتهما وبصورة جازمة مقدار الأضرار المستوجبة الأداء في حالة عدم التنفيذ"، أو تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي<sup>15</sup>، وقد نصت المادة 2/184 ق.م: "ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت أن التقدير كان مفرطاً أم أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه"، ويستخلص من نص المادة أنها حصرت الحالات التي يجوز فيها للمدين اللجوء إلى القضاء لأجل طلب تعديل العقد فيما تعلق بالتعويض المتفق عليه وذلك بطريقة تخفيض قيمته ويكون ذلك في حالتين، حالة الإفراط في تقدير التعويض الاتفاقي وحالة تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه، والهدف من تخفيض قيمة الشرط الجزائي في كلتا الحالتين هو حماية المدين، لذلك فهما من النظام العام و لا يجوز الاتفاق على ما يخالفهما، وأكد على ذلك نص المادة 184 في فقرته الأخيرة: "ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

ويجوز له أيضاً أن يزيد مقدار التعويض الاتفاقي في حالة أنه تم تحديد التعويض الاتفاقي بمبلغ قليل منخفض إلى درجة كبيرة، بحيث لا يتناسب تماماً مع الضرر الذي يصيب الدائن إذا أخل المدين بتنفيذ

<sup>14</sup> زازومة شيماء، سلطة القاضي والأطراف في تعديل العقد في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج، تخصص الحقوق، جامعة لمسيل، 2021/2020، ص 18.

<sup>15</sup> محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره على العقود المعاصرة-دراسة فقهية مقارنة-. المملكة العربية السعودية، تخصص فقه وقانون، جامعة الملك سعود، 1426/1425 هـ، ص 13.

التزامه، وهوما نصت عليه 185 ق.م: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا، أو خطأ جسيماً"، سمح القانون بزيادة مقدار التعويض في حالة واحدة وهي إذا زاد الضرر عن التعويض الاتفاقي، وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيماً.

انطلاقاً من النصين أعلاه فقد منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي أو تخفيض الشرط الجزائي في حالة إذا ما نفذ المدين جزء من الالتزام الأصلي، و إذا كان للمدين تقدير التعويض في الشرط الجزائي الأكثر من الضرر فإنه يجوز له أن يزيده إذا كان أقل منه، وفيما يخص قدر أو نسبة المغالاة التي تجيز للقاضي تعديل الشرط الجزائي فلم توضح لا من قبل المشرع الجزائري ولا الفرنسي، إلا أنه وجد اجتهاد فقهي فرنسي يرى بأن سلطة القاضي إذا كان الشرط الجزائي تم تحديده بمبلغ يفوق الضرر أما محكمة النقض الفرنسية أعطت الحرية لقضاة الموضوع لتحديد مبلغ التعويض<sup>16</sup>.

#### الفرع الخامس: حالة منح أجل لتنفيذ العقد

نصت المادة 281 ق.م: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

غير أنه يجوز للقضاء نظراً لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجلاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها.

وفي حالة الاستعجال يكون منح الأجل من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة.

وفي حالة إيقاف التنفيذ فإن الأجل المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، بصحة إجراءات التنفيذ تبقى موقوفة إلى انقضاء الأجل الذي منحه القاضي".

الأصل أن الوفاء بالالتزام أي تنفيذ العقد يكون مباشرة دون أي تأخير إلا إذا تم الاتفاق أو وجد نص يقضي بخلاف ذلك، كما أجاز القانون وفقاً لنص المادة 281 المذكورة أعلاه، ومن شروط منح أجل لتنفيذ العقد: إذا كانت حالة المدين تستدعي أن يمنحه القاضي أجلاً لتنفيذ التزامه، متى كان في ضيق مؤقت ينتظر زواله، ويجب أن يكون المدين حسن النية في تأخره في الوفاء بالتزامه، كأن يكون عاثر الحظ وبعبارة أخرى غير متعمد بعدم الوفاء ولا مقصراً في ذلك، وتستتج حالة المدين من ظروفه

<sup>16</sup> محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص 206.

الاقتصادية، وعليه يشترط في منح نظرة الميسرة أن يكون المدين سيء الحظ وحسن النية وأن يكون في ظروف اقتصادية سيئة.

من خلال ما تقدم نستنتج من كل النصوص أن للقاضي سلطة في تعديل العقد استثناء وهذا حفاظا على التوازن العقدي بين الحقوق والالتزامات، وتحقيقا للعدالة العقدية التي تحافظ على استقرار المعاملات.

فالاجل القضائي الذي يمنح للمدين الذي تخلف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية يعد استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فالأصل ان القاضي لا يمكنه تعديل العقد المبرم بين الطرفين فهذا هو المبدأ الأساسي الذي تقوم عليه قوة واستمرارية العقود، إلا ان المدين قد يتعرض لظروف استثنائية خارجة عن إرادته تجعله غير قادر على الوفاء بدينه، فلا يمكن أن يبقى القانون صارما، فلو افترضنا أن كل التشريعات لا تسمح للقاضي بتعديل مضمون العقد ومنها آجال التنفيذ فذلك سيؤدي حتما الى تأخير تنفيذ الالتزامات، كما يبرره البعض باعتبار العدالة، ولا يجوز للطرفين الاتفاق على استبعاد سلطة القاضي في منح الاجل القضائي في دعوى التنفيذ لتعلق هذه السلطة بالنظام العام، وتذهب محكمة النقض الفرنسية الى انه في حالة تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه العقدي، يكون للطرف الاخر الخيار بين فسخ العقد أو تنفيذه، اذا كان التنفيذ ممكنا، طالما لم ينزل عن أيهما، وأن الطلبات المقدمة منه بقصد الفسخ لا تفترض بذاتها وحتماء، وفي غياب أي طرف آخر يكشف عن ارادته، تنازله النهائي عن حق المطالبة بالشيء، أو بالعمل المتعهد به<sup>17</sup>.

في اخر هذا المبحث نقول أن قواعد القانون المدني في مختلف التشريعات المقارنة أخذت بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، أي أن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفية فمبدأ سلطان الإرادة هو توافق إرادتين لإنشاء العقد، والمتعاقدين هما من يحددان الالتزامات التي يرتبها العقد، وهذا يعني أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، وأن هذه الإرادة هي التي تحدد ما يترتب على الالتزام من آثار قانونية، ويترتب عن هذا وجوب احترام حرية المتعاقدين والقوة الملزمة للعقد المستمدة من مشيئة المتعاقدين فلا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاقهما، ولا يجوز للمشرع أو القاضي التدخل في هذا العقد إلا في حالات خاصة، والمشرع الجزائري خرج عن هذه القاعدة العامة وقرر حالات استثنائية يمكن فيها للقاضي تعديل مضمون العقد وذلك من أجل توفير حماية خاصة لأحد الطرفين، نظرا لجعله خاضعا لشروط الطرف الآخر دون رغبته، وأعطى للقاضي سلطة تقديرية للتدخل في العقد من خلال امكانية تعديله لتحقيق العدالة التعاقدية بين الطرفين، من خلال تصحيح العقد مما شابه من شروط غير منطقية

<sup>17</sup> حميد سلطان الخالدي & لؤي سطات حمود، السلطة التقديرية للقاضي في منح الأجل القضائي في دعوى التنفيذ-دراسة مقارنة-، مجلة العلوم القانونية، مجلد34، العدد5، لسنة 2019، كلية القانون، جامعة بغداد، ص 6.

أو تعسفية، أو ما وقع فيه المدين من إذعان، سواء بالغاء الشروط التعسفية وانتهاء الإذعان، أو انقاص الالتزامات المرهقة عند حدوث ظروف استثنائية، أو بمنح أجل إضافي للتنفيذ، أو بفرض شرط جزائي عند التنفيذ الجزائي أو ارتكاب غش أو خطأ جسيم، وكل هذه الاجراءات تهدف الى أمرين: الامر الاول: المحافظة على العقد من الفسخ والانحلال، والأمر الآخر حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية من استغلاله من الطرف الاخر حتى تتحقق العدالة التعاقدية.

### **المبحث الثاني: الأثر النسبي للعقد**

العقد شريعة المتعاقدين هو إجازة من القانون للمتعاقدان بإنشاء نظام يلزمان فيه نفسيهما وبعضهما بإرادتيهما المتوافقتان بالتزامات معينة تكون كأنها قانون لهما على أن لا تخالف القانون الكلي للمجتمع بحيث يقتصر انصراف اثاره إليهما دون غيرهما تطبيقا لمبدأ الأثر النسبي للعقد الذي يقابل مبدأ الأثر العام للقانون باعتبار القاعدة القانونية عامة ومجردة، غير أن هناك فئة لا تشارك في إبرام العقد لكنها تتحمل ما يترتب عليه من التزامات، فهذه الفئة أو هؤلاء الأشخاص يتأثرون بالعقد بالرغم من أنهم ليسوا أطرافا أصليين ولكنهم في نفس الوقت ليسوا أجانب عنه، ذلك أنه تربطهم بأحد المتعاقدين صلة خلافة فالشخص المتعاقد قد يموت ويترك مالا أو قد يتصرف في ماله أثناء حياته، من هنا وجد الخلف العام والخلف الخاص، في حين يختلف حكم كل واحد منهما عن الآخر من حيث انصراف أثر العقد إليه وعليه أجاز المشرع أن تمتد اثار العقد لخلفهما العام والخاص ولكن لا تمتد للغير إلا استثناء.

### **المطلب الاول: تقييد تنفيذ العقد بالمتعاقدين وخلفهما**

تنصرف اثار العقد بمجرد قيامه صحيحا إلى المتعاقدين ، غير أن القانون قرر أن ينصرف ايضا لخلفهما العام و الخاص، ونعني بالخلف هو من يخلف الشخص في ماله أو جزء منه وهو من تنتقل ليه اموال الشخص و حقوقه كلها أو جزء منها و ينقسم إلى خلف عام وخلف خاص.

### **الفرع الأول: امتداد آثار العقد للخلف العام**

يقصد بالخلف العام الشخص الذي تنتقل اليه الذمة المالية من السلف، اي من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات وفي جزء منها باعتبارها مجموع من المال كالورثة والموصي له عندما

يتلقى جزء غير معين من التركة، كربع التركة أو ثلثها، مما يفيد ان مصادر الخلافة العامة تتمثل في الميراث أو الوصية في حالة عدم انصبابها على عين معينة من التركة<sup>18</sup>.

### أولاً: تعريف الخلف العام

الخلف العام هو كل من يتلقى أو يخلف الشخص في كل حقوقه أو خلفه فيها مع غيره بنسبة معينة قد تكون الثلث أو ربع كما هو حال الموصى له، وهذا يعني أن الخلف العام هم الورثة و موصى لهم، ويمكن أن تتصرف آثار العقد إلى الخلف العام للمتعاقد، كما لو قام شخص بإبرام عقد ما ، ثم توفي فأثار هذا العقد بما تتضمنه من حقوق والتزامات تتصرف إلى خلفه عام كل بحسب حصته ونصيبه في التركة، وقد عرّفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري: "الخلف العام هو الذي يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال"، وتتحقق الخلافة العامة بالوفاة عن احد الطريقتين وهما الميراث أو الوصية مع مراعاة المبدأ القائل ان لا تركة إلا بعد سداد الديون وهو المبدأ المأخوذ من قواعد الشريعة الاسلامية الذي يقضي بان الالتزامات المترتبة الديون على ذمة الموروث تبقى في التركة مما يجعل للوارث الحق فيما بقي من التركة بعد سداد ديون الموروث، وبعد ذلك فلا تنتقل اليهم الا الحقوق دون الالتزامات، فليس له حينها ان يتمتع عن سريان في حقه ما كان يسري في حق سلفه وبالتالي فثبوت تاريخ العقد حجة له او عليه دون حاجة الى ان يكون هذا التاريخ ثابتاً رسمياً، كما لا يجوز له التمسك بالعقد السوري في حالة الصورية حيث يسرى في حقه العقد الحقيقي وذلك لكونه يعتبر كالميراث تماماً<sup>19</sup>.

### ثانياً: طرق انتقال أثر العقد الى الخلف العام

نص المشرع على امتداد آثار العقد إلى الخلف عام في المادة 108 من ق.م. : "ينصرف العقد إلى المتعاقدين و للخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذه الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث."

<sup>18</sup> خليل احمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الاول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ديوان

المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2005، ص 116.

<sup>19</sup> محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، القصر للطباعة والدعاية والاعلان، القاهرة، 2007، ص 138.

من خلال النص المذكور أعلاه يتبين أن الخلف العام وكقاعدة عامة تتصرف إليه آثار العقد الذي يبرمه السلف، فيصبح الخلف العام دائئا بالحقوق المتعلقة بالتركة التي آلت إليه ومدينا بالالتزامات المتعلقة بهذه التركة مثلما كان السلف أثناء حياته، فقد ينتفعون من العقود التي أبرمها السلف كما أنهم قد يتضررون من تحملهم الالتزامات التي تنشأ عن ذلك العقد، وبالتالي فوفقا لنص المادة 108 من ق.م.ج فإن الخلف العام كأصل عام تتصرف إليه آثار العقود التي أبرمها سلفه الموروث فيصبح دائئا بالنسبة للحقوق المتعلقة بالتركة التي آلت إليه بعد موت مورثه، كما يصبح مدينا بالالتزامات تلك التركة، كما كان سلفه أثناء حياته، وأساس هذه الخلافة يعود الى القانون الروماني وكذا القانون الفرنسي من خلال المبدأ القائل بأن الوارث يعتبر كسلفه في شخصه وفي أمواله، ولا خلاف بين فقهاء الشريعة الاسلامية على ان الخلافة العامة ترد على اموال المورث دون شخصه، كما ان الشريعة تقوم على الفصل بين الشخص المورث والشخص الوارث اي بين السلف والخلف العام، ومرد ذلك الى انتقال التركة او جزء منها يحكمه المبدأ الفقهي القائل بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون والذي انقضت التركة ولم يبقى منها شيء فلا يحصل الوارث على شيء ولكن اذا زادت ديون السلف، فلا يلتزم الوارث اي الخلف العام بدفع هذه الديون من ذمته المالية وانما تسقط عن الموروث ، وبذلك جاء نص المادة متفقا مع احكام الشريعة الاسلامية وخاصة في ما يخص احكام الميراث، اذ تنتقل التركة الى الورثة الخلف العام بعد خلوها من ديون السلف<sup>20</sup>، لذلك فان المادة 108 ق.م.ج ادركت احترام قواعد الميراث بحيث ان العقد ينتج اثاره ليس فحسب بين المتعاقدين، وانما كذلك الى خلفهما بصفة عامة بمعنى الورثة وحتى الوصي لهم<sup>21</sup>.

### ثالثا: استثناءات انصراف اثار العقد الى الخلف العام

لا تورث الحقوق الشخصية مطلقا مثل: حق الحصانة وحق الولاية على النفس فهي ليست بحقوق مالية، لذلك لا تنتقل الى الورثة وكذلك الحقوق المتصلة بشخص المورث، كحق النفقة والاجل في الدين،

<sup>20</sup> خليل احمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 116.

<sup>21</sup> ALI BENCHENAB, le droit algérien des contrats, données fondamentales, éd ajeb enag Algérie 2011,p 216.

كما يلاحظ ان المشرع لم يتعرض لاجل الدين والى ما يؤول اليه هذا الدين بعد وفاة المدين، هل يسقط ام يورث؟ ومن امثلة الحقوق التي لا تورث كذلك الحقوق المتصلة بارادة المورث<sup>22</sup>.

ويترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، أنه يسري في حقه ما يسري على سلفه في كل ما يتعلق بهذا العقد، طالما انه نشأ صحيحا وكان لازما، إلا أن نص المادة 108 تضمن بعض الاستثناءات التي لا تؤول فيها اثار العقد ولا تنتقل للخلف العام حيث جاء فيها: "ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد بالميراث" وعليه فان اثر العقد لا تنصرف الى الخلف العام في الاحوال التالية:

- النص الصريح للقانون على انقضاء العقد بوفاة احد المتعاقدين: وأمثلة ذلك كثيرة منها انتهاء حق المنتفع بموت المنتفع المادة 852 ق.م، وانتهاء الشركة بموت احد الشركاء المادة 439 من ق.م، وانتهاء الوكالة بموت الموكل او الوكيل المادة 586 من ق.م، وانفساخ عقد العمل بوفاة العامل وانقضاء عقد الايجار اذا كان انعقاده بسبب حرفة المستاجر او كانت شخصية المستاجر محل اعتبار، ونحو ذلك من العقود<sup>23</sup>.

- إذا لم تسمح طبيعة الالتزام بانتقال اثار العقد إلى الورثة: وذلك اذا كانت شخصية المتعاقدين محل الاعتبار في العقد مثل: كعقد عمل مع فنا أو رسام أو مقاول أو جراح، أو طبيب و مريضه أو محامي و موكله، أو لوجود مانع مادي او قانوني كما هو الحال في شركات الاشخاص والإيراد مدى الحياة وحق الانتفاع بنص في القانون، فالعقد لا تنصرف اثاره في مثل هذه الحالات الى الورثة، اذ ينقضي العقد بوفاة المتعاقد ولا ينتقل الى الخلف العام.

- لا تركة إلا بعد سداد الديون، اذا كان في ذمة المورث ديون فهي لا تنتقل إلى ورثته ولكنها تنتقل للتركة وهو ما نصت عليه المادة 108 ق.م، فالتزامات المورث لا تنتقل الى ورثته، بل تبقى تلك الالتزامات محصورة على التركة فقط دون ان تنتقل الى الذمة المالية للورثة، مع

<sup>22</sup> محمدي سليمان، ضرورة اعادة النظر في مركز الخلف العام، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر كلية الحقوق، عدد 1، 2009، ص 499.

<sup>23</sup> بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،

2015، ص 374 وما بعدها..



الإشارة إلى أن التركة لا تنتقل إليهم إلا بعد سداد ديون المورث، وهذا خلافاً للقانون الفرنسي العلمي الذي يعتبر الوارث امتداداً للمورث إذا ما قبلها دون تحفظ بحيث يلتزم في هذه الحالة بالتزامات مورثه<sup>24</sup>.

- إذا اتفق المتعاقدين على عدم انتقال الآثار للخلف العام: إن هذه الحالة جاءت استناداً إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإذا اتفق السلف مع المتعاقدين الآخر على أن حقا أو التزاماً يقتصر أثره على الشخص المتعاقدين، فلا ينتقل إلى الوارث من بعده شريطة أن لا يكون ما تم الاتفاق عليه مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، إذ يجوز للبائع أن يمنح المشتري أجلاً لسداد ثمن الشيء المباع دون أن ينتقل هذا الحق إلى الورثة، إذ للورثة في هذه الحالة أن يطلبوا المشتري بدفع الثمن في الحال بعد موت المشتري، كما يجوز الاتفاق أن يكون للبائع الحق في استئجار العين المبيعة باجراً معينة شريطة أن لا ينتقل هذا الحق إلى ورثة البائع<sup>25</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون منح للورثة الحق في الطعن في تصرفات سلفهم متى أبرمها وهو مريض مرض الموت، إذ يعتبر تصرفه هذا في حكم الوصية وتطبق بشأنها الأحكام المطبقة على الوصية، وهو ما كرسته المادة 776 من ق.م.والت التي تنص على أنه: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطي إلى هذا التصرف". وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه". ومن هنا نجد بأن المشرع اعتبر الورثة من الغير الذي لا تمتد له آثار العقد بسبب إضرارها للورثة في حالتين، حالة تصرف المورث في مرض الموت وفقاً لما جاء النص عليه في المادة 408 من

<sup>24</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 9، 2015، ص 87.

<sup>25</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 1998، صص 734-735.

ق.م التي اكدت أنه اذا باع المريض مرض الموت لوارث للغير فإن البيع لا يكون ساريا في حق الورثة إلا اذا أجازوه، أما فيما يخص الوصية لوارث فكذلك لا تكون سارية فيحق الورثة متى تجاوزت الثلث طلب عدم سريانها، إلا اذا أجازها الورثة وفق ما هو منصوص عليه في المادة 185 من ق أ ج.

### الفرع الثاني: امتداد آثار العقد للخلف الخاص

نصت المادة 109 من ق.م.ج على أنه: "اذا انشا العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"، يتضح من نص هذه المادة بان اثار العقد لا تنصرف الى المتعاقدين وخلفهما العام فحسب، بل تمتد كذلك الى الخلف الخاص لأحد المتعاقدين .

### أولاً: تعريف الخلف الخاص

يعرّف الخلف الخاص بأنه من يخلف المتعاقد في حق بعينه سواء كان حقا عينيا أو حق شخصيا و يستوي أن يكون بعوض أو تبرعا، فهو كل من يكتسب ممن يستخلف حقا على شيء معين، اي كل من يتلقى من السلف بمقابل او بدون مقابل حقا معيناً كان قائماً في ذمته، سواء كان هذا الحق عينيا ام شخصيا ام ذهنيا يرد على شيء غير مادي، كحقوق المؤلف والمخترع وصاحب العلامة التجارية والرسم والنموذج الصناعي، فإذا كان عقد السلف متصلا بالشيء المستخلف فانه ما يترتب عن هذا العقد من حقوق والتزامات ينتقل الى الخلف الخاص بشروط معينة، من امثلة ذلك المشتري يخلف للبائع في المبيع فهو خلفا خاصا له، والمرتهن هو الآخر خلفا خاصا للراهن، والموصي له هو كذلك بالنسبة للموصي، ونفس الشيء بالنسبة للمنتفع يخلف النافع المالك في حق الانتفاع، ومنه فتصرفات السلف ترتب اثارها تجاه الخلف الخاص لاسيما الاحتجاج بها عليه وبشروط معينة<sup>26</sup>.

ولقد عرّف الدكتور علي فيلالي الخلف الخاص بأنه: "الشخص الذي يخلف غيره في شيء معين انتقل إليه وقد يتمثل هذا الشيء في حق عيني، كحق الملكية أو حق شخصي أو حق الرهن، وقد يكون الشيء

<sup>26</sup> بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، المصادر الارادية، العقد الارادة المنفردة،

دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2014، ص 691.

ماديا أو غير مادي، هذا وتتميز وضعية الخلف الخاص عن الوضعية التي يربتها الحق الشخصي، ويكون هذا الأخير يقتصر على تقرير حق في ذمة المدين لصالح الدائن، فهو ينشئ علاقة قانونية تربط الدائن بالمدين بينما تتعدى وضعية الخلف الخاص هذه العلاقة الشخصية، فتتناول انتقال الشيء وما يترتب عليه، و للمشتري حق شخصي على البائع باعتباره دائئا بنقل ملكية المبيع وهذه علاقة بين البائع والمشتري وهو في نفس الوقت خلفا خاصا له فيما يتعلق بحق ملكية المبيع الذي تلقاه فتكون العبارة إذن بانتقال المبيع وما يترتب عليه في مواجهة كافة الناس".

### ثانيا: طرق وشروط انصراف آثار العقد الى الخلف الخاص

تتصرف اثار العقد إلى الخلف الخاص وفقا لنص المادة 109 من ق.م:" اذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه التزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه". ويحتاج انتقال آثار العقد للخلف الخاص توفر الشروط التالية :

\* أن تسبق نشأة العقد انتقال الشيء الى الخلف الخاص، وينتقل هذا الشيء للخلف الخاص بالقانون مثل: حوالة الحق وحوالة الدين أو عن طريق عقد مثل "الالتزام بالضمان"، أي أن عقد السلف يتصل بالشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص متى كان مكملا له، ويكون كذلك اذا كان من شأنه حفظ ذلك الشيء أو تقويته أو درء الخطر عنه، أو كان من توابعه وملحقاته، وإذا كان لا يمكن استعمال هذا الحق سوى مالكة ما لم يكن شخص السلف محل اعتبار بالنسبة لهذا الحق، فيلتزم الخلف الخاص بما وافق عليه سلفه كما يلتزم هذا الأخير بعدم منافسة شخص آخر في تجارة ما، وبعد ذلك انتقلت ملكيته للمنشأة التي كان يملكها المعينة بشرط المنافسة، فان هذا الشرط ينتقل بدوره الى المشتري الجديد، وفي نفس السياق ادرج شرط توزيع قطع الاراضي على مستفيديها باحترام معايير معينة في البناء، كعدم تجاوز البناء ارتفاع معين، فاذا باع احد المستفيدين قطعة من هذه القطع انتقل هذا الشرط الى البائع، وعليه الالتزام به ومن ثم فان الخلف الخاص يتاثر بالتصرف الذي ابرمه سلفه ولكن الامر ليس كذلك في كل الاحوال، اذ لا يلتزم من اشترى قطعة ارض بالعقد الذي ابرمه مالكها مع مقاول في البناء لبناء منزل على القطعة التي بيعت ولا يمكن للمقاول ان يحتج بالعقد الذي ابرمه من المشتري مع البائع، مما تكون الالتزامات من مستلزمات الشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص متى كانت مفيدة في استعماله او ان تغل اليد في مباشرة

بعض حقوق المالك وان لا يكون في وسعه تنفيذ هذا الالتزام عينا، كما يجب ان لا تكون شخصية السلف محل اعتبار عند تقرير الالتزام.

بناء على ما سبق تناوله فان عقد السلف لا يرتب اثاره في مواجهة الخلف الخاص اذ كان لا يتصل بالشيء الذي انتقل اليه، ومثال ذلك كان يرهن بائع لمسكن مسكن ثان له او يؤمن عليه من الحريق، فعقد الرهن او التامين لا يسرى في حق الخلف الخاص مادام لا يتعلق بالمسكن الذي اشتراه وانما يتعلق بالمسكن الثاني انفس البائع، لكن اذا كان الرهن او التامين يخص العين المباعة فان اثارها يمكنها ان تنتقل الى الخلف الخاص.

\* أن تكون تلك الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء، ترد على الحقوق ولا ترد على الاشياء باعتبار ان الحقوق وحدها هي التي تقبل الاستخلاف في ما دون الاشياء، كم أن الحق الذي انتقل الى الخلف الخاص من السلف والذي اتصلت به الحقوق والالتزامات المتعلقة بالشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص، هو حق خاص معين تنتقل اليه بهذا الوصف، لا باعتباره مجموعا من المال كما هو الحال بالنسبة للخلف العام.

اشتترطت كذلك المادة 109 ق.م.ج على انه حتى يرتب العقد الذي ابرمه السلف اثره في مواجهة الخلف الخاص فانه يجب ان تكون الحقوق والالتزامات التي انشاها العقد من مستلزمات الشيء، ويكون الحق من مستلزمات الشيء اذا كان مكملا له، ذلك ان الحقوق المكمل للشيء تعتبر من توابعه التي تزيد من منفعة الحق المستخلف فيه او تدفع الخطر عنه وحيث ان التابع يتبع الاصل فانه ينتقل معه، اما الالتزام فانه يعتبر من مستلزمات الشيء متى كان محدد له، اي من توابعه وملحقاته بان يفيد المالك في استعمال سلطاته على ذلك الشيء، ذلك ان الالتزامات المحددة للشيء انما تبين في الواقع مدى حقوق السلف عليه مما يجعلها تنتقل بالضرورة الى الخلف الخاص تطبيقا لقاعدة "لا يستطيع الانسان ان ينقل الى غيره من الحقوق اكثر مما يملك"، او ما يعبر عنه بان "فاقد الشيء لا يعطيه".

اما اذا كان الالتزام لا يحدد الشيء ولا يغير من استعماله فانه لا ينتقل الى الخلف، مثال ذلك عدم انتقال الالتزامات الناشئة من عقد سابق ابرمه بائع عقار مع مقاول للبناء في الارض التي باعها الى مشتري هذا العقار<sup>27</sup>.

\* أن يعلم بها الخلف الخاص بها وقت انتقال الشيء إليه، ومثال على ذلك نشأة تأمين على شيء محل العقد بغية حفظه، فينتقل معه ذلك التأمين الشيء بإعتباره من مستلزماته، حيث يقع على عاتق المشتري هنا مواصلة دفع اقساط التأمين بشرط أن يكون على علم بذلك، والخلافة الخاصة قد تكون اثناء حياة الأشخاص، كما يمكنها ان تقوم بعد الموت كما هو الشأن في الوصية عندما تنصب على عين معينة من تركة المتوفي، عكس الخلافة العامة التي لا تنشأ إلا بوفاة السلف<sup>28</sup>.

ورد هذا الشرط في نص المادة 109 مدني جزائري ومفاده ان الخلف الخاص يجب ان يكون على علم بالحقوق والالتزامات التي رتبها العقد الذي ابرمه سلفه وقت انتقال الحق المتصل به اليه، والا فانها لا تنتقل اليه، وتتضح اهمية العلم بالنسبة للالتزامات على الخصوص دون الحقوق باعتبارها قيود تنتقل الى الخلف الخاص، لذلك فمن العدل ان يكون عالما بها وقت انتقال الشيء اليه، ويشترط في هذا العلم ان يكون يقينا اي حقيقيا وليس علم افتراضي او مجرد استطاعة الخلف الخاص العلم بهذه الالتزامات<sup>29</sup>، فلا يجوز للخلف الخاص ان يلتزم بشيء لم يعلم به<sup>30</sup>.

والحكمة من ذلك هي تحقق ارادة القبول بما سيؤول الى الخلف الخاص من التزامات والتي قد تجعله يعدل عنها لو علم بها وقت العقد، وهي نظرة عادلة اقراها المشرع للخلف الخاص الذي استوجب العلم بهذه الالتزامات حتى لا يحدث لديه اي الخلف اية مفاجئة لم يكن يتوقعها ولم تكن في حسابه<sup>31</sup>.

وتجدر الاشارة الى أنه ليس كل من يتلقى حقا شخصيا من الغير يعتبر خلفا خاصا له في كل الاحوال، والأمثلة على ذلك عديدة منها مثلا لا يمكن ان يعتبر المستأجر خلفا خاصا للمؤجر، ذلك ان عقد الايجار

<sup>27</sup> مصطفى الجمال، رمضان محمد ابو السعود، نبيل ابراهيم سعد، مصادر واحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات

الكلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2006، ص 220.

<sup>28</sup> خليل احمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 119.

<sup>29</sup> خليل احمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 125.

<sup>30</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 88.

<sup>31</sup> بلحاج العربي، احكام الالتزام، دراسة مقارنة، 2015، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، ص 188.

حق شخصي للمستأجر ولا يتم بموجبه نقل مالا من ذمة المؤجر الى المستأجر وبالتالي فالمؤجر مدين للمستأجر، أما اذا كان هذا الحق موجودا من قبل في ذمة السلف فان من يتلقاه يعتبر خلفا خاصا له فالمحال له بالحق الشخصي يعتبر خلفا خاصا للمحيل لان الحق المحال كان موجود في ذمة الدائن المحيل من قبل، فالحوالة لا تنشا هذا الحق وإنما تقبله كحق قائم من قبل. ومن ثم يكون المحال له خلفا خاصا للمحيل وليس دائنا له. كما يعتبر المتنازل له عن الايجار خلفا خاصا للمستأجر بسبب انتقال حق المستأجر من قبل المؤجر فهو اذن يتلقى مالا كان قائما في ذمة المستأجر من قبل، كما لا يعتبر البائع في حالة فسخ او ابطال عقد البيع للعين المبيعة التي تؤول له ملكيتها خلفا خاصا في ملكية هذه العين، فالمشتري لا تنتقل اليه الملكية بأثر رجعي لعقد الفسخ او الابطال لأنه ببساطة لم يمتلك المبيع أصلا، بمعنى اعتبار العين المبيعة لم تنتقل من قبل المشتري ولا تزال لدى البائع.

وعليه فالخلف الخاص لا يعتبر خلفا لسلف إلا في الحق الشخصي الذي تلقاه منه ولا شان له في ما عداه من الغير بالنسبة لتصرفات السلف في غير هذا الحق، فعلى سبيل المثال من اشترى عقار لا شان له بعقد قرض عقده صاحب هذا العقار ما لم يكن هذا العقار مرهونا كضمان لهذا القرض، كما لا علاقة له بعقد ايجار اجر بموجبه عينا اخرى يملكها، على هذا الاساس ينحصر البحث في اثر عقود السلف المتصلة بالحق الذي انتقل الى الخلف الخاص، كالعقد المتضمن تاجير العقار المبيع قبل بيعه او عقد تامين نفس العقار المبرم لدى شركة تامين ضد اخطار الحريق<sup>32</sup>، او عقد تامين لسيارة بيعت لمشتري او عقد رهن للسيارة المبيعة.

وفي هذا الصدد نصت المادة 109 ق.م.ج على انه: "اذا انشا العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه"، وعلى ذلك فان مقتضى هذه المادة هو انه خلافا للاصل العام فان الخلف الخاص يتاثر بالعقود والالتزامات

<sup>32</sup> نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام دار الجامعة الجديدة، الازراطية، مصر، 2004، ص

التي ابرمها السلف في القانون المدني الجزائري قبل حصول الاستخلاف اي ان وصف الطرف ينتقل اليه<sup>33</sup>.

### المطلب الثاني: امتداد آثار العقد للغير

الاصل أن تقف آثار العقود عند اطرافها وخلفهما العام والخاص، فلا تمتد لتشمل الغير، إلا أن لكل قاعدة استثناء لذا قد تمتد آثار العقد استثناء الى الغير بناء على ارادة المتعاقدان التي تظهر في حالي الاشتراط لمصلحة الغير والدعوى المباشرة، وكذلك التعهد على الغير.

### الفرع الأول: الاشتراط لمصلحة الغير

يرتب العقد حقوقا والتزامات لمصلحة اطرافه تعود عليهم أو على أحدهم بالنفع، لأن العقد لا ينفع إلا أطرافه أو خلفهم العام والخاص فالأصل في العقود انها لا تنفع ولا تضر بالغير، الذي ليس من خلف المتعاقدان، غير أن نص المادة 113 من ق.م:" لا يرتب العقد إلتزامات في ذمة الاخرين ولكن يجوز أن يكسبه حقا"، وضحت بأن قاعدة نسبية آثار العقد تقبل الاستثناء بالنسبة للغير في الشق الايجابي أي النفع المتعلق بالحقوق دون شقها السلبي المتعلق بالالتزام، إذن في هذه الحالة فالغير له أن يكتسب حقا من العقد ويكون ذلك في الاشتراط لمصلحة الغير.

### أولاً: تعريف الإشتراط لمصلحة الغير

يعرف الإشتراط لمصلحة الغير بأنه عقد يتم بين شخصين احدهما يسمى المشتراط ويسمى الاخر المتعهد يشترط فيه الاول على الثاني ان يلزم هذا الاخير تجاه شخص ثالث اجنبي عن العقد يسمى المنتفع او المستفيد بحيث ينشا هذا العقد حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد<sup>34</sup>، ويقصد بالاشتراف لمصلحة الغير استنادا الى نص المادة 116 من ق.م أن يقوم شخص يسمى المشتراط بإبرام عقد مع شخص اخر يسمى الملتزم بمقتضاه يكسب شخص ثالث يسمى المستفيد حقا مباشرا يمكن المطالبة بالوفاء به في مواجهة الملتزم . يظهر جليا من هذا التعريف أن العقد يبرم بين المشتراط و الملتزم و المستفيد منه هو من ينتفع من العقد الذي ليس طرفا فيه .

<sup>33</sup> بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون

الجزائر، 2015، ص 378.

<sup>34</sup> اسماعيل عبد النبي شاهين، نفس المرجع السابق، ص 308.

تبين من هذا التعريف ان الاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة اطراف اثنان منهما طرفا العقد وهما المشتري والمتعهد، اما الطرف الثالث وهو المستفيد فهو ليس طرفا في العقد، بل هو من الغير وعلى الرغم من كون هذا الاخير اجنبي عن العقد الا انه له ان يطالب المتعهد بتنفيذ ما التزم به نحوه بناء على عقد الاشتراط، فالعقد يبرم بين طرفين، هما المتعهد والمشتري لفائدة شخص ثالث يعد من الغير، هو المنتفع او المستفيد الذي تم الاشتراط لصالحه ويستفيد بطريق مباشر من حق خاص به مما يجعل من عقد الاشتراط لمصلحة الغير استثناء حقيقيا من قاعدة نسبية اثار العقد<sup>35</sup>.

تجدر الاشارة الى ان نشوء الحق للمستفيد غير مشروط بقبوله الاشتراط لمصلحته ولكن في حالة قبول المستفيد لا يمكن الرجوع فيه، كما ان تعيين المستفيد باسمه ليس ضروريا بل ذكر صفته فقط كافي ليرتب الاشتراط اثاره، ومثال ذلك كان يكتسب شخص تامينا عن الوفاة لمصلحة زوجته دون ذكر اسمها، اما ان ذكر اسمها وقبلت هذه الاخيرة الاشتراط لمصلحتها، فهنا يستحيل نقض الاشتراط حتى ولو وقع فك لرابطة الزوجية بعد ذلك ولم تصبح زوجة له<sup>36</sup>.

#### ثانيا: صور الاشتراط لمصلحة الغير

من الصور التقليدية للاشتراط لمصلحة الغير مثل تأمين رب العمل لعماله ضد اصابات العمل و الشيخوخة أو تأمين الشخص على حياته لمصلحة أولاده بموجب عقد يبرمه مع شركة التأمين يلتزم فيه بدفع الاقساط المتفق عليها على أن تقوم الشركة بدفع مبلغ محدد للمستفيد دفعة واحدة أو في شكل دفعات شهرية، وكذلك عقد التأمين على الحياة والتي تتعهد بموجبه شركة التأمين المؤمن لديها مقابل اقساط يسدها الأب، بان تدفع مبلغ معين لورثته عند وفاته ويكون لهم الحق في مبلغ التأمين الناشئ مباشرة من عقد التأمين دون ان يمر بذمة الوارث ولا يعد من تركته، ومن ثم ليس لدائني المورث استيفاء مالهم من ديون ازاء المورث من مبلغ التأمين ومن تطبيقات عقود التأمين.

ومن صورها ايضا ما نراه في عقود المقاولات حيث يشترط رب العمل شروطا لمصلحة العمال في مواجهة المتعامل معه يضمنها دفتر الشروط مثل تحدد الاحد الادنى من الاجور و الحد الاقصى للتشغيل اضافة الى تحديد اوقات الراحة و التعويضات التي يمكن الحصول عليها في حالة التعرض لإصابات

<sup>35</sup> محمد حسين منصور، نفس المرجع السابق، ص 308.

<sup>36</sup> عبد المجيد زعلاني، موسوعة القانون الجزائري، طبعة مصغرة، دار بيرتي للنشر، الجزائر، 2013، ص 258.

بالعمل، حيث تمكن هذه الشروط رب العمل من تحسين عماله في عقد المقاوله الذي يجمعه بصاحب العمل .

ومن تطبيقات عقد الاشتراط لمصلحة الغير أيضا عقد البيع الذي يشترط فيه البائع على المشتري بان يدفع ثمن الشيء المبيع الى شخص ثالث يكون دائنه مثلا للوفاء بما عليه من ديون تجاهه، او شخص اخر يريد البائع التبرع له بالثمن، او كان يبيع شخص عينا مرهونة ويشترط على المشتري دفع ثمنها على اقساط الى الدائن المرتهن، وكذلك من يبيع متجره مشترط على البائع الاحتفاظ بعمالة في الخدمة مع عدم الانتقال من رواتبهم او اضافة منحة معينة لهم، وكذلك من تطبيقات عقد الاشتراط عقد الهبة الذي يشترط فيه على الموهوب له ان يدفع ايراد او يقدم خدمة ما للغير، كما يجد نظام الاشتراط مجاله كذلك احيانا في لعقود المتعلقة بتسيير المرافق العامة والتي تعدها الادارة، كمرفق النقل وتوزيع المياه والكهرباء، اذ تضع دفاتر شروط لها يتم من خلالها سن شروط لفائدة مستعملي او قاصدي هذه المرافق، بعد ان تستند مهمة تسييرها الى اشخاص وفق شروط معينة مع التزام هؤلاء المسيرين لها بما وضعته الادارة من شروط لفائدة المنتفعين من خدمات المرفق العام، كتحديد تعريفه الانتفاع بالخدمة مثلا، وكذلك الحال بالنسبة لعقود الاشغال العامة اذ تشترط الادارة على من يتولاها شروط معينة لمصلحة الجيران او العمال الذين يستخدمون في هذه الاشغال<sup>37</sup>.

وتضمنت المادة 116 الشروط المطلوبة للاشتراط لمصلحة الغير والتي سبق لنا الاشارة إليها و هي \* أن يتعاقد المشتري باسمه: لتحقيق الاشتراط لمصلحة الغير يجب ان يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع، ويظل المنتفع من الغير بالنسبة للعقد، لذلك فان هذا الشرط يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن باقي العقود المشابهة له كالوكالة او الولاية او الوصية او الفضالة، اذ في الوكالة يتعاقد الوكيل باسم الموكل، ويكون بالتالي هذا الاخير طرفا في العقد، في حين ان المستفيد في الاشتراط لمصلحة الغير اجنبيا تماما عن العقد، حتى وام كان ثبوت الحق الناشئ عن الاشتراط يقتضي ضرورة قبوله كما تختلف الفضالة عن الاشتراط لكون الفضولي نائب عن رب العمل اما المشتري فهو ليس نائبا عن المستفيد<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> محمد حسين منصور، نفس المرجع السابق، ص 310.

<sup>38</sup> محمد عبد الله شريف النعيمي، الالتزامات والحقوق التي يربتها العقد الاداري تجاه الغير، دار الجامعة الجديدة،

كما ان هذا الشرط الذي تصدرته المادة 116 من ق.م.ج والذي يقتضي وجوباً تعاقد المشتري باسمه مع المتعهد لمصلحة الغير يؤكد تمييز الاشتراط لمصلحة الغير عن فكرة النيابة، سواء النيابة الاتفاقية او القانونية وفيها يتعاقد النائب مع الغير باسم او لحساب المشتري، وهنا يكمن الاختلاف، وكذلك الامر بالنسبة للفضولي، اضافة الى اعتباره نائباً عن رب العمل كما سبق الاشارة اليه اعلاه والامر ليس سواء بالنسبة للمشتري، اذ هو ليس نائب على المنتفع زيادة على انه يشترط لصحة عمل الفضولي ان لا يكون له مصلحة شخصية في ما قام به من اعمال نحو رب العمل في حين يشترط لصحة الاشتراط لمصلحة الغير وجود مصلحة شخصية للمشتري.<sup>39</sup>

ويظهر مما تقدم ان التعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع يجعله لا يتعاقد باعتباره ممثلاً للمنتفع وليس قائماً على شان عاجل وضروري للمنتفع اي فضولي، بل تعاقدته كان لحساب نفسه وعلى ذلك اذا تم التعاقد باسم شخص اخر فلا يمكن ان يكون بصدد الاشتراط لمصلحة الغير ومنه لا تثبت للعقد صفة المشتري وانما صفة النائب او الفضولي.<sup>40</sup>

وتعاقد المشتري باسمه لا باسم المستفيد يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة في التعاقد حيث يتعاقد النائب باسم الاصيل و لحسابه ، و هو ما نستشفه من نص المادة 116 التي نصت على أنه : " للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير... " \* أن تتجه ارادة المتعاقدان على إنشاء حق مباشر للمستفيد، أن الارادة المتعاقدان و هما المشتري و الملتزم غايتها انشاء حق مباشر للمستفيد في ذمة الملتزم ، و هو ما أكدت عليه المادة 116 السالفة الذكر ايضاً و التي نصت في الفقرة الثانية منها على أنه: " و يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط. " وينتج عن ذلك حق المستفيد بالمطالبة بتنفيذ المتعهد لالتزامه اتجاهه استناداً لعقد الاشتراط الذي جمع بين الملتزم والمشتري ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.

يمكن للمشتري ايضاً أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، الا اذا تبين من العقد أن المنتفع وحده يجوز له ذلك، اذن لنكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير يجب أن يكون هناك عقد واحد يجمع بين المشتري و الملتزم يلتزم بموجبه المتعهد بتنفيذ العقد لمصلحة المستفيد.

<sup>39</sup> خليل احمد حسن قدامة، نفس المرجع السابق، ص 131.

<sup>40</sup> محمد حسين منصور، نفس المرجع السابق، ص 312.

\* أن يرتبط عقد الاشتراط بمنفعة للمستفيد: ورد هذا الشرط في بداية الفقرة الثانية من المادة 116 ق.م.ج والتي جاء فيها: "ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد" يستفاد من نص هذه الفقرة ان تتجه ارادة المشتري الصريحة او الضمنية في انشاء حق مباشر للمنتفع، فاذا كان الحق الذي اشترطه المشتري انما اشترطه لنفسه، ولو عادت منه فائدة للغير، فلا تكون بصدد الاشتراط لمصلحة الغير، ومثال ذلك المؤمن له على سيارته من الاضرار التي تصيب الغير بفعل سيارته، فلا يعتبر اشتراطا لمصلحة الغير حتى ولو استفاد المتضرر من اي حادث ناجم عن الاضرار التي تسببت فيها سيارة المؤمن له من التعويض الذي ياخذه من شركة التامين، وله ان يستوفي حقه من التعويض وان زاحمة في ذلك سائر دائني المؤمن له، لان المؤمن له اراد ان يشترط لنفسه هو لا للمصاب، وبالتالي لا يكون للمتضرر حق مباشر من العقد المبرم ولا يحق له الرجوع على شركة التامين الا بدعوى مدنية، لذلك فان اعطاء حق للمنتفع غير كافي بل يجب ان يكون هذا الحق نشا مباشرة من عقد الاشتراط المبرم بين المشتري والمتعهد، كما لا يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير اذا اشترط المشتري حقا لنفسه ثم حوله فيما بعد الى شخص اخر، كما لو باع شخص منزلا له ثم حول ثمنه الى دائن له، ومن هذا المثال يتضح ان هناك عقدان عقد بيع وعقد حوالة عقد بيع بين البائع والمشتري، وعقد حوالة بين هذا البائع المحيل والدائن المحيل له.

وكذلك الامر بالنسبة لشخص امن لمصلحته ثم مات وانتقل حق التعويض الى ورثته فهؤلاء لا يكتسبون الحق عن مورثهم من الميراث ولا يكتسبونه حقا مباشرا من عقد التاممي الذي ابرمه مورثهم مما يجعل من العقد ليس اشتراطا لمصلحة الغير، كما ان اشتراط المتعاقد على المتعهد بابرام عقد جديد مع المنتفع لا يجعل من العقد اشتراطا لمصلحة الغير لان الحق الناشئ نشا من العقد الجديد وليس حقا مباشرا من عقد الاشتراط، فلا يعد ذلك اشتراطا لمصلحة الغير.

لذلك كله يتبين ان الحق المباشر الذي يكتسبه المنتفع لا يحصل عليه من المشتري سواء عن طريق الحوالة او عن طريق الارث او بواسطة عقد جديد وإنما يتلقاه مباشرة من العقد ذاته الذي تم بين المشتري والمتعهد<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> عبد الرزاق احمد السنهوري، نفس المرجع السابق، ص 641.

\* أن يكون للمشتري في تنفيذ عقد الاشتراط مصلحة أو منفعة مادية أو أدبية: هذا الشرط تضمنته نهاية الفقرة الأولى من المادة 116 ق.م.ج والتي جاء فيها: " إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية " من خلال ما ورد في هذه الفقرة يتبين انه الاشتراط لمصلحة الغير لا يتحقق إلا بتوافر مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية تدفعه الى إبرام عقد الاشتراط، ومثال ذلك تأمين بائع بضاعة ما تنقل بحرا لمصلحة المشتري وهنا تظهر المصلحة المادية للبائع والمتمثلة في وصول البضاعة سالمة للمشتري.

جدير بالتنويه أن المصلحة الشخصية للمشتري تكون مادية كما تكون أدبية كذلك ، كحالة تأمين شخص على حياته لفائدة زوجته وأولاده، فإذا توفي هذا الشخص خلال مدة نفاذ العقد، فإن شركة التأمين ملزمة بموجب العقد بدفع التعويض الى كل من الزوجة والاولاد ومصلحة الشخص هنا مصلحة أدبية، واهمية هذا الشرط تتضح عند تنفيذ العقد إذ انها ترتب حقوقا للمشتري، إذ له الحق في مراقبة قيام المتعهد بتنفيذ ما عليه للمنتفع، كما له ان يطلب فسخ العقد وان يدفع بعدم التنفيذ او تنفيذه تنفيذا عينيا إذا امكن ذلك، فهذه الحقوق لا يملكها المنتفع باعتباره ليس طرفا في عقد الاشتراط<sup>42</sup>.

ومن امثلة هذا الشرط كذلك اشتراط البائع على المشتري بادائه كذلك ثمن المبيع الى دائئه فمصلحة البائع هنا مصلحة مادية، وهو انقضاء دينه بالوفاء وكذلك اشتراط المؤمن له على شركة التأمين ادائها تعويضا لابنائه بعد وفاته ومصلحة المستامن هنا مصلحة أدبية<sup>43</sup>، ومن امثلة مصالح المادية أن يشترط بائع الشيء أو مؤجره على المشتري أو المستأجر بدفع ما هو مستحق له في ذمته لدائن له وفاء لدين كان عليه اتجاهه. و من المصالح الادبية أن يضمن الاب الذي أمن على حياته أن يحصل ابنائه على تأمين يحفظ كرامتهم و يضمن عليهم حياة خالية من المفاجئات .

وسواء كانت المصلحة الشخصية للمشتري مادية او أدبية فانه يستوجب ان تكون مشروعة اي لا تخالف النظام العام والاداب العمة والا كان الاشتراط باطلا بطلانا مطلقا، وهذا وفقا للاحكام العامة<sup>44</sup>، وبناءا عليه فمشروعية الباعث الدافع للتعاقد ضرورية للاشتراط، وانعدام المشروعية يبطله لعدم مشروعية

<sup>42</sup> دريد محمود علي، نفس المرجع السابق، ص 259.

<sup>43</sup> اسماعيل عبد النبي شاهين، نفس المرجع السابق، ص 312.

<sup>44</sup> خليل احمد حسن قداد، نفس المرجع السابق، ص 132.

السبب في الاشتراط، ومثال ذلك تأمين شخص على حياته لمصلحة سيدة يهدف اقامة علاقة غير شرعية معها<sup>45</sup>.

\*قابلية المنتفع للوجود والتعيين وقت التنفيذ: نصت المادة 118 من ق.م.ج على انه: "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير ان يكون المنتفع شخصا مستقبلا او هيئة مستقبلية كما يجوز ان يكون شخصا او هيئة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينها مستطاعا في الوقت الذي يجب ان ينتج العقد فيه اثره طبقا للمشاركة".

يتضح من نص هذه المادة انه في نظام الاشتراط لمصلحة الغير يمكن ان يكون المنتفع او المستفيد معيناً في العقد يوم ابرامه، كذلك يمكن ان يكون العقد لمصلحة اشخاص مستقبلين اي غير موجودين وقت ابرام العقد، شريطة ان يكون تعيينهم ممكناً عندما ينتج العقد اثره، اذ يمكن ان يقتصر العقد على ذكر صفات المنتفع دون تعيينه بالذات، على ان يتم تعيين شخصه وقت ترتيب العقد لاثره، ومثال ذلك عقد التأمين الذي يبرمه الشخص لمصلحة زوجته واولاده او لورثته في حين قد يكون اعزبا وقت ابرام العقد، فالحق الناشئ يكون لزوجته واولاده المستقبلين، كما يكون لورثته هم زوجته واولاده، وقد يتوفى وهو اعزب فيرثه اخوته.

كما يلاحظ ان عدم وجود المنتفع او عدم امكانية تعيينه وقت ان يرتب الاشتراط لمصلحة الغير اثره يترتب عنه ان العقد يصبح بدون اثر، كما هو الحال في حالة تأمين الشخص على حياته لمصلحة اولاده ولم ينجب اولادا، او كان المؤمن له قد احتفظ بحق تعيين المستفيد و مات قبل ان يستعمله فهنا من البديهي ان يبطل الاشتراط اثره وبالتالي فان مبلغ التأمين يدخل في تركة المؤمن له<sup>46</sup>. وخالصة هذا الشرط ان الشخص المنتفع من المشاركة يمكن ان يكون موجودا أو معيناً وقت انعقاد العقد.

يمكن أن يكون المستفيد من عقد الاشتراط شخص مستقبلية أو شخص غير محدد بذاته استنادا الى نص المادة 118 من ق م التي نصت على انه يجوز الاشتراط لمصلحة الغير اذا كان الشخص وقت ابرام عقد مستقبلية أو هيئة مستقبلية لم توجد بعد كما هو الحال في اشتراط لمصلحة جنين لم يولد أو لهيئة لم تنشأ ، أو أن يكون المستفيد شخصا غير معين بالذات أو هيئة غير معينة بالذات مثل تأمين رب

<sup>45</sup> احمد شوقي محمد عبد الرحمان، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية، 2002، منشأة توزيع

المعارف جلال حزي وشركاه، الاسكندرية مصر، ص 142.

<sup>46</sup> نبيل ابراهيم سعد، نفس المرجع السابق، ص 345.

العمل على عماله في مجملهم و دون تحديد لذواتهم، بشرط أن يكون تعيين المستفيد ممكنا حين حلول وقت انتاج العقد لأثاره طبقا لما تضمنه عقد المشاركة. أن يقترن الاشتراط لمصلحة الغير بوجود مصلحة ادبية أو مادية مشروعة للمشتراط وفق ما جاء النص في المادة 116 من ق م .

### ثالثا: علاقات الاشتراط لمصلحة الغير

تتميز في الاشتراط لمصلحة الغير ثلاث انواع علاقات:

- علاقة المشتراط بالملتزم أو المتعهد و الذي يحدد نطاقها عقد الاشتراط، ويمكن للمشتراط أن يراقب تنفيذ الملتزم لالتزامه كما يمكنه أن يطلبه بالتنفيذ استنادا الى المادة 116 من ق.م، تخضع هذه العلاقة للأحكام التي حددها عقد الاشتراط المبرم بين المشتراط والمتعهد، فالعقد يلزم كل منهما بما ورد فيه، فقد يكون هذا العقد معاوضة كعقد التأمين على الحياة بحيث يكون المشتراط هو المؤمن له، والمتعهد هو شركة التأمين، اما المستفيد هم زوجة وأولاد المشتراط، كما يكون العقد تبرعا كما هو الحال في حالة لو وهب شخص ماله لشخص اخر، مقابل ان يدفع هذا الاخير لشخص ثالث مرتبا مدى الحياة، والأصل انه بناءا على المصلحة المادية والأدبية التي يريدها المشتراط له الحق في مطالبة المتعهد بتنفيذ ما عليه من التزامات تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا او ان يطالب بالتعويض<sup>47</sup>.

وعلى هذا فان علاقة المشتراط المتعاقد تتمثل في التزام كل منهما بالالتزامات التي رتبها الاشتراط في ذمة كل منهما، ويطبق بشأن اخلال اي منهما بالتزاماته احكام القواعد العامة المتعلقة بتنفيذ الالتزامات، اذ يجوز لأي منهما كما سبق الاشارة اليه اعلاه المطالبة بالتنفيذ العيني وله كذلك المطالبة بحق الفسخ او الدفع بعدم التنفيذ، وفي نفس السياق فانه يجوز للمشتراط خصوصا لما له من مصلحة شخصية مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع ما لم يتبين من العقد ان المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك وهو ما اكدته الفقرة الثالثة من المادة 116 ق.م.ج<sup>48</sup>.

وبالرغم من ان الدائن في الاشتراط لمصلحة الغير هو المنتفع وليس المشتراط وهو ما يقتضيه الاشتراط، الا انه اجاز القانون للمشتراط مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع وما تقرير القانون لهذا

<sup>47</sup> يوسف محمد عبيدات، نفس المرجع السابق، ص 243.

<sup>48</sup> بلحاج العربي، نفس المرجع السابق، ص 228.

الحكم الا استنادا للمصلحة المادية او الادبية التي دفعته الى ابرام الاشرط، كما تقتضي العلاقة بين المشترط والمتعهد وجوب توفر الاهلية اللازمة لكل منهما بحسب طبيعة العقد او بحسب طبيعة العلاقة بين المشترط والمنفع، وعليه فاذا ان الاشرط تبرعا في علاقة المشترط بالمنفع يستلزم توافر اهلية التبرع في المشترط حتى ولو كان العقد الاصلي بين المشترط والمتعهد عقد معاوضة، وبالمقابل اذا كان العقد الاصلي المبرم بين المشترط والمتعهد عقد تبرع استلزم ذلك اهلية التبرع للمشترط حتى ولو كان العلاقة بين المشترط والمنفع معاوضة، كما تتطلب العلاقة بين المشترط والمتعهد اضافة الى وجوب توافر الاهلية صحة ارادة كل منهما وخلوها من اي عيب من العيوب التي تشوبها كالغلط او التدليس او الاكراه او الاستغلال، فاذا تعرضت ارادة المتعاقدين لاي عيب من هذه العيوب فان عقد الاشرط يصبح قابلا للابطال، حتى او اتصل العيب بعلم المنفع ولو لم يتصل بعلم المتعاقد الاخر، وسبب ذلك ان العقد ينشأ حق للمنفع على الرغم من انه ليس طرفا فيه .

تجدر الاشارة كذلك انه اذا كان عقد الاشرط المبرم بين المشترط والمنفع عقد تبرع وبالمقابل العلاقة بين المتعهد والمشترط معاوضة لاتبرع، فان عقد الاشرط يعتبر صحيحا على الرغم من انه لم يستوفي التبرع الشكل الرسمي الذي اقره القانون<sup>49</sup>.

علاقة المشترط بالمستفيد فهي تتضمن المنفعة التي توسل اليها المشترط عبر عقد الاشرط لمصلحة المستفيد والتي قد تختلف من حالة لأخرى، تختلف علاقة المشترط بالمستفيد تبعا لطبيعة العلاقة القانونية ما اذا كانت علاقة تبرع او علاقة معاوضة، فنكون بصدد عقد هبة متى اراد المشترط التبرع للمنفع، اما اذا كان المراد من العلاقة بين المشترط والمنفع مقابل، كان يوفي دين عليه تجاه المستفيد، فان العلاقة تتم على ضوء ذلك<sup>50</sup>، بمعنى ان العلاقة المشترط بالمستفيد تتحدد بحسب العلاقة التي تدفع المشترط الى الاشرط، فقد يكون هدفها التبرع للمستفيد، وقد يكون معاوضة كوفاء المشترط بدين في ذمته تجاه المستفيد، ولتوضيح هذه العلاقة سنتطرق الى بحثها بحسب كلا الحالتين اي حالة التبرع وحالة المعاوضة، فاذا كان **مشترط متبرعا للمنفع**: وهذا ما نجده غالبا في عقود التامين على الحياة لمصلحة الغير، وفي مثل هذه الحالة نكون بصدد هبة غير مباشرة لا يشترط فيها الشكل الرسمي، لكن هذه الهبة

<sup>49</sup> شريف الطباخ، نفس المرجع السابق، ص 198 وما يليها.

<sup>50</sup> سوزان علي حسن، الوجيز في القانون المدني النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، النظرية العامة للالتزام،

منشأة المعارف، جلال حزي وشركاه، الاسكندرية مصر، 2004، ص 211.

تخضع لاحكام الموضوعية المقررة لها، اذ يجب ان تتوفر في المشتري اهلية التبرع من وقت صدور العقد، وتطبق كذلك احكام الوصية متى صدر التبرع من المريض مرض الموت المادة 776 ق.م.ج، كما يجوز من حيث الطعن للدائن المشتري الطعن في هذه الهبة بالدعوى البوليسية دون اشتراط سوء نية المنتفع، وبماكانه الرجوع في الاشتراط طبقا لقواعد الرجوع في الهبة متى استند المشتري الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من هذا الرجوع، حتى بعد ان يظهر المنتفع رغبته في الاستفاد من الاشتراط<sup>51</sup>.

تجدر الملاحظة ان مقدار الهبة لا يتعادل مع مقدار ما يلتزم به المتعهد للمنتفع، حيث يختلف مقدار الاقساط التي يدفعها المشتري عن مقدار عوض التامين الذي يلتزم به المتعهد بل القدر يتحدد استنادا الى ما خرج من ذمة المشتري وليس ما خرج من ذمة المتعهد، ويتضح ذلك في عقد التامين على الحياة حيث تختلف الاقساط التي يدفعها المشتري للشخص المؤمن له لدى الشركة المؤمن لديها عن مبلغ التعويض الذي يدفعه المتعهد للمنتفع "الاولاد مثلا" لذلك فانه في حالة رجوع المشتري في الهبة يكون محددًا بمقدار قيمة الاقساط المدفوعة لشركة التامين وليس بما قبضه المنتفع من الشركة المذكورة، وكذلك اذا اعطى المشتري المتعهد شيئًا قيمته الف مثلاً واشترط عليه ان يدفع لمصلحة الغير ما قيمته 500 فان قيمة ما وهبه المشتري للمنتفع هو خمسمائة<sup>52</sup>، اما اذا كان الاشتراط قد تم معاوضة: فان العلاقة بين المشتري والمنتفع يتم تحديدها بينهما بحسب الغاية او الغرض المرجو من التعاقد، فقد يكون الاشتراط تم وفاء لدين على المشتري للمنتفع، مما يجعل الدائن المنتفع دائنًا للمتعهد زيادة على دائنيته للمشتري، اي دائن لمدينه الاصلي، ولا ينقضي التزام المشتري بمجرد نشوء حق الدائن ازاء المتعهد بل ان التزام المشتري يبقى قائمًا الى غاية ان يبدي الدائن رغبته في الاستفاد من الاشتراط، ما لم يتضح ان الدائن قد قصد ابراء المشتري من دينه اكتفاءً بالدين الذي تعهد به المتعهد نحوه، اما اذا لم يتضح هذا القصد فان التزام المشتري لا ينقضي الا بالوفاء الفعلي من المتعهد الى المنتفع، كما قد يكون غرض المشتري اقتراض المستفيد، فالعلاقة هنا تتحدد طبقًا لاحكام المتعلقة بعقد القرض<sup>53</sup> ويلاحظ كذلك ان ما يميز علاقة المشتري بالمنتفع هو ان للمشتري حق نقض الاشتراط كما للمستفيد كذلك حق قبول الاشتراط او رفضه، لذلك نتطرق الى بحث كلا الحالتين.

<sup>51</sup> رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية مصر، 2007، ص 270.

<sup>52</sup> محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 157.

<sup>53</sup> محمد بصبري السعدي، نفس المرجع السابق، ص 342.

علاقة الملتزم بالمستفيد: هي علاقة دائن بمدين حيث يثبت للمستفيد حق مباشر في ذمة المتعهد كما نصت عليه صراحة المادة 116 من ق.م. في اطار هذه العلاقة يتضح الاشتراط لمصلحة الغير كاستثناء فعلي عن مبدأ الاثر النسبي للعقد، فالمستفيد ليس طرفا في العقد الا انه يكسب حقا مباشرا من عقد الاشتراط الذي لم يكن طرفا فيه<sup>54</sup>، وهذا ما كرسته المادة 116 الفقرة الثانية من ق.م.ج والتي مفادها ان حق المنتفع نشأ قبل المتعهد، وان مصدر هذا الحق هو عقد الاشتراط، كما ان نشوء هذا الحق لا يتوقف على قبول المنتفع له، وللمنتفع حق مطالبة المتعهد بالوفاء بالتزامه باعتباره دائنا للمتعهد من يوم الاشتراط وحتى قبل ايدائه لرغبته في الاستفادة من الاشتراط، وبالمقابل للمتعهد التمسك بدفوعاته ضد المنتفع الناجمة عن المشاركة من بطلان او فسخ او انقضاء وترتب هذه العلاقة اثارها المتمثلة فيمايلي:

1- يشارك المنتفع جميع دائني المتعهد في ضمانهم العام على اساس انه اصبح دائنا للمتعهد من يوم الاشتراط ومن ثم يتقاسم الجميع هذا الضمان قسمة غرامى.

2- على اعتبار ان قبول المتعهد للالتزام تصرف مفقر لزمته المالية فلدائنيه حق الطعن بالدعوى البوليسية في قبوله هذا الالتزام.

3- لدائني المتعهد وللمتعهد نفسه التمسك ضد المنتفع بالدفع المترتبة على الاشتراط<sup>55</sup>.

4- لكون مصدر حق المنتفع هو عقد الاشتراط، فان حق المنتفع يتحدد وفقا لشروط العقد المبرم بين المتعهد والمشتراط، فيكون للمشتراط او للمنتفع مجتمعين او منفردين او لايهما دون الاخر، الحق في

المطالبة بتنفيذه، وذلك استنادا الى مقتضيات العقد والا ثبت هذا الحق للمشتراط وحده<sup>56</sup>.

ولكون انه يترتب على ان حق المنتفع ينشأ ويثبت مباشرة من عقد الاشتراط، فالمستفيد قبل المتعهد حق شخصي ومباشر له تحميه دعوى مباشرة يرفعها باسمه الشخصي وليس باسم المشتراط يتسنى له من خلال مطالبة الملتزم بتنفيذ ما عليه من التزامات تجاهه، لكن لا يمكنه مطالبة المتعهد بفسخ العقد لكونه ليس طرفا فيه هذا من جهة، ومن جهة اخرى فانه يترتب عن نشوء حق مباشر للمستفيد لدى المتعهد والذي لا يمر بذمة المشتراط عدة نتائج وهي:

<sup>54</sup> عدنان ابراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، نفس المرجع السابق، ص 280.

<sup>55</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 95 وما يليها.

<sup>56</sup> محمد حسام محمود لطفي، نفس المرجع السابق، ص 159.

-بعد ان يصبح دائئا بحقه لدى المتعهد فلا يكون لدائني المشتراط او ورثته اي شان بهذا الحق فلا يدخل ذمة مدينهم خلال حياته، فهو حق يستأثر به المستفيد وحده وبالتالي لا يستطيعون التنفيذ عليه ولا يمكنهم متابعته قضائيا باستعمال الدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينهم، كما انه لا يدخل ضمن تركته بعد وفاته، فعلى سبيل المثال اذا امن شخص على حياته لصالح اولاده فلا يكون لدائنيه ولا ورثته مشاركة اولاده في اقتسام هذا الحق على اعتبار انه يؤول مباشرة للأولاد.

ويترتب كذلك ان حق المنتفع ينشا من وقت انعقاد العقد لا من وقت ابداء المنتفع رغبته في الاستفاضة من الاشتراط، وبناء عليه فاذا انعدمت اهلية المتعهد او توفى في الفترة الممتدة ما بين انعقاد عقد الاشتراط وابداء المستفيد رغبته فان ذلك لا يؤثر في هذا الحق.

كما يترتب كذلك على ان حق المستفيد لكونه نشا من عقد الاشتراط المبرم بين المشتراط والمتعهد فيكون للمتعهد وفقا لاحكام العقد التمسك بجميع اوجه الدفع كالدفع ببطلانه او بعدم تنفيذ المشتراط للالتزاماته، كما له ان يطلب بفسخ العقد لعدم تنفيذه وهو ماكدته المادة 116 الفرة الثالثة من ق.م.ج بنصها على انه: "ويكون لهذا المدين ان يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد"<sup>57</sup>.

كما يترتب على العلاقة بين المتعهد والمنتفع اضافة الى كسب المنتفع حقا مباشرا من عقد الاشتراط ان هذا الحق قابل للنقض من جانب المشتراط الى ان يظهر المنتفع رغبته في الاستفاضة من هذا الاشتراط، وهو ما اكدته الفرة الاولى من المادة 117 من ق.م.ج<sup>58</sup>.

وعلى هذا يستطيع المشتراط وحده، دون دائنيه او ورثته نقض الاشتراط، بان ينقض حق المنتفع *la révocation de la stipulation* ، قبل ان يعلن هذا الاخير قبوله الى المتعهد، اي الى ان يظهر هذا المنتفع رغبته في الاستفاضة من الاشتراط.

ومن ثم فحق النقض يرجع لاغتبارات خاصة بالمشتراط وحده ولا يخص دائنه ولا ينتقل بوفاته الى ورثته، وبالتالي فهو حق شخصي له، وقد يكون النقض صريحا او ضمنيا ولا يشترط ان يكون له شكل

<sup>57</sup> محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق، ص 343.

<sup>58</sup> تنص المادة 117 /ف1 على انه: "يجوز للمشتراط دون دائنيه او ورثته ان ينقض المشاركة قبل ان يعلن المنتفع الى

المتعهد او الى المشتراط رغبته في الاستفاضة منها ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد...".

خاص في القانون المدني الجزائري، ويجوز ان يوجه الى المنتفع او الى المتعهد، وان كان يجب على كل حال اعلانه الى هذا الاخير ليمتتع عن الوفاء بالتزامه للمنتفع.

ولا يترتب على نقض المشاركة ان تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري، ما لم يتم الاتفاق صراحة او ضمنا على خلاف ذلك، وللمشتري احلال منتفع اخر محل المنتفع الاول، كما له ان يحتفظ لنفسه بالانتفاع من المشاركة.

وللمنتفع تثبيت حق الانتفاع بإقراره له ومن ثم لا ينقضي الاب اصدار اقرار المنتفع الذي يسري من وقت ابرام عقد الاشتراط لا من وقت إقراره، فإذا قبل المنتفع الاشتراط فان ذلك يترتب عنه عدم نقض الاشتراط من طرف المشتري، وللمنتفع ان يصدر اقراره في اي وقت شاء ولا يسقط حق الاقرار بالتقادم، مع الإشارة الى ان نقض الاشتراط وإقراره او رفضه يعتبر عملا من جانب واحد، فإذا رفض المنتفع هذا الحق الى المشتري او الى ورثته الشرعيين من وقت الاشتراط<sup>59</sup>.

وعلى هذا فان حق النقص لا ينقطع الا اذا صدر اقرار المنتفع والذي يعتبر تثبيتا لهذا الحق، وليس قبولا لإيجاب معروض عليه من المتعهد او من المشتري، ولا بد من صدور اقرار من المنتفع حتى لا يثبت له حق دون رضاه، فإذا اقره ثبت الحق، واعتبر موجودا من وقت العقد لا من وقت الاقرار.

ويسقط حق المنتفع بالتقادم اذا لم يستعمله خلال مدة التقادم المقررة قانونا وما لم يثبتته المنتفع بالإقرار الصريح او الضمني. ويعلن المنتفع اقراره للمتعهد او للمشتري، ولكن لا بد من اعلان المتعهد بالإقرار حتى يسري في حقه، والإقرار كالنقض تصرف قانوني ينعقد بإرادة منفردة. وبصدور القرار يصبح الحق غير قابل للنقض، وكان المدين بهذا الحق هو المتعهد او ورثته، وفي حالة استحالة التنفيذ جازت المطالبة بالتعويض، الا انه لا يجوز للمنتفع ان يطلب فسخ العقد، لأنه ليس طرفا فيه، وحق المطالبة بالفسخ مقرر للمشتري فقط.

<sup>59</sup> بلحاج العربي، نظرية العقد، نفس المرجع السابق، ص 399.

كما قد يرفض المنتفع صراحة أو ضمناً الحق الذي اشترط لمصلحته، ومتى كان ذلك فإن الحق ينصرف إلى المشتري أو إلى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض، مع التنويه أن الرفض كالنقض والإقرار، تصرف قانوني، ويجوز لدائني المنتفع العن فيه بالدعوى البولييسية إذا توافرت شروطها<sup>60</sup>.

في الأخير يمكننا التنبيه على حق المشتري في نقض المشاركة استناداً إلى نص المادة 117 من ق م التي أكدت على خصوصية هذا الحق للمشتري دون دائنيه أو ورثته قبل أن يعلن المنتفع إلى المشتري أو المتعهد عن قبوله و رغبته في الاستفاد من المنفعة التي رصدت له بمقتضى عقد الاشتراط ، وفي ذلك تأكيد أن ليس للورثة نقض المشاركة بعد موت مورثهم و دائنيه إذا حل أجلهم ديونهم ، ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري قبل أن يعلن له بذلك أو اتفق صراحة أو ضمناً على ذلك، وللمشتري في هذه الحالة احلال منتفع آخر.

#### الفرع الثاني: الدعوى المباشرة

تتمثل الدعوى المباشرة في حق الدائن في استيفاء حقه مباشرة من مدين مدينه دون مزاحمة دائني هذا الأخير، وهذه الدعوى المباشرة التي تخول لصاحبها حقاً مباشراً أو شخصياً على مدين مدينه، وهي تتميز عن الدعوى غير المباشرة التي تناولها المشرع في نص المادة 189 ق.م لكون الدائن بالدعوى ضد مدين مدينه باسمه الخاص ولحسابه دون أن يمر بشخص المدين على عكس الدعوى غير المباشرة.

تعتبر الدعوى المباشرة دعوى أصلية كتلك التي يرفعها المرسل إليه على المتسبب في الأضرار اللاحقة بالحمولة عن دعوى الحلول أو الرجوع التي يرفعها من حل محل المرسل إليه بعد تعويضه، كأن تقوم شركة التأمين بتعويض المرسل إليه، فتحل محله وترجع على المتسبب في الأضرار لاسترداد ما دفعت من تعويضات للمرسل إليه، وتعطي هذه الدعوى المباشرة نوعاً من الامتياز للدائن، إذ تجنّب عسر مدينه ومزاحمة دائنيه، وطالما أن الدائن يمارس بواسطة الدعوى المباشرة حق مدينه، فلا يمكنه المطالبة بأكثر من حق مدينه، كما أنه يستفيد من التأمينات المخصصة للوفاء .

والدعوى المباشرة هي استثناء على مبدأ الأثر النسبي للعقد، فالقاعدة تقضي بأن العقد الذي نشأ صحيحاً، فإن آثاره القانونية تنصرف إلى المتعاقدين الأصليين أو من يمثلهما، فلا تتصرف آثاره إلى

<sup>60</sup> عبد الرزاق احمد السنهوري، نفس المرجع السابق، ص 656 وما يليه.

الغير الأجنبي<sup>61</sup> ، فالعقد لا يلزم الغير ولا ينفعه . غير أن العقد الذي رتب حقا للمدين في ذمة مدينه الأصل فيه أنه حقا مباشرا للمدين باعتباره دائنا وأحد طرفي العقد وأثاره تنصرف إليهما. ومع ذلك فإن المشرع خرج عن هذا المبدأ في أحوال وأجاز لدائن المدين طريقا مباشرا إلى هذا الحق الموجود في ذمة مدين المدين دون أن يكون طرفا في العقد تحقيقا للمصلحة التي تقضي في بعض الأحوال أن ينصرف أثر العقد إلى من لم يكن طرفا فيه، سواء كان هذا العقد من أعمال التصرفات أو من أعمال الإدارة<sup>62</sup>

ومن التطبيقات العملية للدعوى المباشرة نذكر نص المادة 565 ق.م الخاصة بالمقاوله الفرعية : " يكون للمقاولين الفرعيين و العمال الذي يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى" ، ونص المادة 507 ق.م المتعلقة بالإيجار الفرعي التي تنص: "يكون المستأجر الفرعي ملتزما مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بذمته للمستأجر الأصلي وذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر".

تنشئ الدعوى المباشرة رابطة التزام مباشرة بين شخصين من الغير مرتبطين على سبيل التبادل بنفس الشخص وهو المدين الأصلي. فهذا الأخير يعد مدينا للدائن ودائنا لمدينه، ومن ثمة إذا تحققت شروط الدعوى المباشرة رتبت آثارها القانونية أهمها:

1. امتناع على مدين المدين من وقت إنذاره من قبل الدائن أن يوفي بهذا الحق الذي في ذمته لغير الدائن. وسواء قبل أو بعد صدور الحكم في الدعوى المباشرة، فإذا وفى مدين المدين بما في ذمته للدائن برئت ذمته، بينما إذا وفى بالحق إلى المدين الأصلي فلا تبرئ ذمته اتجاه الدائن ويبقى مسؤولا عن الدين<sup>63</sup>.

2. إن الدائن في رجوعه على مدين مدينه لا يستطيع أن يطالبه بأكثر مما هو مستحق له في ذمة المدين الأصلي، فلا شأن له بما زاد في ذمة مدين المدين، وإذا كان دينه أكبر مما هو في ذمة مدين مدينه رجع بالفارق على المدين الأصلي<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> تماغو سمير، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، سنة 1999، ص 121.

<sup>62</sup> عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1998، ص 862

<sup>63</sup> Cabrillac Rémy, Droit des Obligations, 3 e édition, Dalloz, année 1998, no 485, p. 305.

<sup>64</sup> Bénabent Alain. Droit Civil. Les Obligations. 7<sup>ème</sup> édition. Montchrestien. E.J.A. paris. Année 1999. No 262.P176

3. إن المدين الأصلي يتمتع عليه التصرف في حقه الموجود في ذمة مدينه بأي تصرف من التصرفات القانونية، بعد إعدار الدائن له. كما يتمتع عليه مطالبة مدينه بالوفاء له<sup>65</sup>.
4. استثناء الدائن حقه بالأولية وعدم مزاحمة باقي الدائنين الآخرين له ومقاسمته قسمة الغرماء، وذلك لأن الحق الذي يطالب به لا يرد إلى ذمة المدين- الضمان العام- كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة. فالدائن في مركز متميز عن باقي الدائنين<sup>66</sup>، وهذا المركز المتميز ليس مقصودا في ذاته لتحقيق ضمان معين، حيث أن الدائن لا يسعى إلى إيجاد هذا المركز وإنما وجد فيه مصادفة<sup>67</sup> فهو أقرب من حق امتياز، فإذا رفع دائن دعوى مباشرة ضد مدين المدين، بينما رفع دائن آخر وجد فيه مصادفة دعوى غير مباشرة وحكم لهذا الأخير ووفى مدين المدين بما في ذمته للمدين، فإن الدائن الذي له دعوى مباشرة لا يستأثر بذلك ويتقدم على باقي الدائنين، ولا يملك في هذه الحالة سوى الحق في أن يشترك مع الدائن الآخر ويقتسم معه الحق قسمة الغرماء، أما في حالة ما إذا دخل الدائن في الدعوى غير المباشرة التي رفعها الدائن الآخر وطالب مدين مدينه مباشرة بالوفاء له بما في ذمته، عندئذ يستوفي حقه أولا، وهذا بخلاف الدائن الذي له حق امتياز فإنه يتقدم على جميع الدائنين سواء كان للدائن دعوى مباشرة أو غير مباشرة.
5. إن الدائن ما دام يرجع على مدين مدينه ويطلبه بما في ذمته بصفته دائنا له مباشرة، فإنه يتحمل مزاحمة دائني مدين المدين، بخلاف ما إذا زاحمه دائني المدين الأصلي فيتقدم عنهم<sup>68</sup>.
6. إن الدائن إذا قام برفع الدعوى المباشرة ضد مدين مدينه ويطلبه بما في ذمته فإن هذا الأخير يستطيع أن يدفع في مواجهة الدائن بجميع الدفع التي كان من الممكن أن يتمسك بها المدين<sup>69</sup> وكذلك الدفع الخاصة بالدائن، حيث يمكنه أن يحتج بأن حق المدين قد انقضى لسبب من أسباب انقضاء الالتزام قبل إنذار الدائن له، كما يجوز لمدين المدين الاحتجاج بأن حق الدائن

<sup>65</sup> عبد الرزاق السنهوري، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص924.

<sup>66</sup> Marianne Faure-Abbad, L'action directe En paiementen Droit Français, Académieéd. Français, Année2000, pp. 91-92.

<sup>67</sup> سعد نبيل، الضمانات غير المسماة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1999، ص177.

<sup>68</sup> Mazeaud Henri. Mazeaud Jean. Mazeaud. François chabas. Op.cit. No 803.P915.

<sup>69</sup> Marc Richevaux, Régime Général Des Obligations, Bréal France, année 2012, p. 163.

قبل المدين الأصلي قد انقضى أو أن العلاقة العقدية بين الدائن والمدين باطلة أو قابلة للإبطال<sup>70</sup>.

7. حلول الدائن محل مدينه فيما له من حق قبل مدين مدينه، وذلك نتيجة علاقة التزام المدين الأصلي بالتزام مدينه. عندئذ الحق التي يحصل عليه يدخل في ذمته المالية وليس مرده الضمان العام<sup>71</sup>.

8. إذا استوفى الدائن حقه كاملاً سواء من مدين المدين أو من المدين الأصلي برأت ذمة الآخر، دون أن يكون هنالك تضامن بينهما. فإذا وفى مدين المدين بالدائن برأت ذمته قبل المدين باعتبار هذا الأخير دائناً له، ويكون الأمر كذلك في حالة ما إذا وفى الدين للمدين قبل أن ينذر الدائن، بينما إذا وفى المدين الأصلي بالدائن فلا تبرأ ذمة مدينه اتجاهه.

### الفرع الثالث: التعهد عن الغير

أشارت المادة 113 ق.م.ج الى التعهد عن الغير في فقرتها الاولى: " لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير..."، ثم جاء نص المادة 114 ق.م.ج بالنص عليه والتي جاء فيها: " اذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعده فاذا رفض الغير ان يلتزم وجب على المتعهد ان يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك ان يتخلص من التعويض بان يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به اما اذا قبل الغير هذا التعهد فان قبوله لا ينتج اثراً الا من وقت صدوره ما لم يتبين انه قصد صراحة او ضمناً ان يستند اثر هذا القبول في الوقت الذي صدر فيه التعهد"، من نص هذه المادة يتبين ان المشرع تطرق الى التعهد عن الغير كاستثناء من مبدأ الاثر النسبي للعقد دون ان يبحث في ايجاد تعريف له، مما يقتضي تعريفه من الجانب الفقهي بحيث اجمعت التعريفات الفقهية على ان التعهد عن الغير هو التزام او تعهد المتعاقد بان يحمل الغير على الالتزام بأمر معين نحو المتعاقد الثاني<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2002، ص 815.

<sup>71</sup> Brigitte Hess-Fallon. Anne-Marie Simon. Droit Civil. 50 édition Dalloz paris. Année 1999. P328.

<sup>72</sup> علي فيلال، نفس المرجع السابق، ص 443.

## أولاً: التعهد عن الغير

ويقصد بالتعهد عن الغير اتجاه ارادة المتعاقدان وهما المتعهد والمستفيد الى ابرام عقد يلتزم فيه المتعهد بأن يجعل الغير يلتزم اتجاه المتعاقد معه المستفيد، أي أن التعهد على الغير عقد يجمع بين المتعهد والمستفيد يلتزم بموجبه المتعهد بجعل الغير يلتزم اتجاه المتعاقد المستفيد، ويصطلح على التعهد على الغير بالفرنسية *la promesse du porte fort*، ومعناه ان يلتزم احد الطرفين في عقد بحمل اجنبي عنه على قبول التزام معين، فهو بعبارة اخرى ذلك العقد الذي يتعهد فيه احد الطرفين بان يجعل شخص اخر يلتزم بالتزام معين قبل الطرف الاخر للعقد اي عقد التعهد عن الغير، ومثال ذلك بيع شخص لنصيبه في قطعة ارض يملكها في الشيوع مناصفة مع شخص اخر فيبرم اصالة عن نفسه عقد بيع مع المشتري ويتعهد للمشتري عن شريكه الغائب بان يلتزم بالحصول على رضائه ببيع نصيبه بما يشابه تجاوز الوكيل للحدود المرسومة لوكالته وبالتالي اذا لم يستطع الحصول على اذن من الموكل في شأنها في الوقت المناسب فيتعهد بالحصول على رضا الموكل بخصوصها لاحقاً<sup>73</sup>.

ومنه يعرف البعض ان التعهد عن الغير و عقد ثنائي من ناحية العلاقة التعاقدية ثلاثي من حيث الاطراف، اذ يلتزم بموجبه شخص يسمى المتعهد الى شخص ثاني يسمى المتعهد له بان يجعل شخصا ثالثاً وهو من الغير بان يلتزم بامر معين<sup>74</sup>.

ولعقد التعهد عن الغير اهميته والتي تظهر حين يكون هناك مانع مادي او قانوني يعيق الحصول على رضا شخص معين بالعقد، مما يجعل المتعهد في عقد التعهد عن الغير ان يتعهد للمتعاقد معه للحصول على رضا هذا الشخص عندما يزول هذا المانع، ومثال المانع المادي اتفاق شركاء في بضاعة معينة على بيعها، لكن احد الشركاء لم يكن موجوداً وقت ابرام العقد، وحتى لا تضيع الصفقة من بين ايديهم فيلجؤون الى للتعهد للمتعاقد معه، ومثال المانع القانوني ان يقوم احد الشركاء في مال مشاع ببيعه ولكون احد الشركاء قاصر فيتعهد للمتعاقد معه بالحصول على رضاه عند اكتمال اهليته<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> بلحاج العرب، نفس المرجع السابق، ص 216.

<sup>74</sup> يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان الاردن، ط2، 2011، ص 239.

<sup>75</sup> احمد شوقي محمد عبد الرحمان، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية، دراسة فقهية وقضائية، توزيع المعارف بالاسكندرية جلال خزي وشركاه، مصر، 2002، ص 133.

وعلى هذا فالتعهد عن الغير ليس الا استثناء ظاهري لاثر العقد، اذ ان الغير لا يتعهد مباشرة بواسطة عقد التعهد وانما التعهد يصدر من طرف المتعهد<sup>76</sup>، ومثال ذلك ان يتعهد أ ل ب ان يجعل ج يبيع له منزله، او اتفاق مجموعة من الشركاء لانشاء شركة شريطة ان تشتري الشركة بعد انشائها من احد عقاراتها فيتعهد باقي الشركاء بذلك ولكون الشركة تنفرد بشخصيتها عن شخصية الشركاء، فالشركة بعد تكوينها غير ملزمة بما تعهد به الشركاء وبالتالي اذا لم ينفذ ما تم التعهد به للشريك المشترط حق الرجوع على الشركاء شخصيا بالتعويض ولا يمكنه الرجوع على الشركة، او كحالة الوكيل او النائب الذي يرى ان هناك صفقة مفيدة للاصيل الموكل وليس لديه سلطة عقدها ويضيق الوقت للحصول على رضى الموكل بالعقد، اي على اقراره له، فيصبح مسؤولا شخصيا امامه اذا لم يقر الموكل العقد، ومن هذا يتضح ان نظام التعهد عن الغير يوجد فيه ثلاثة اشخاص المتعهد، والمتعهد له، والمتعهد عنه، والعقد لا ينتج اثرا الا في العلاقة بين طرفيه، اما بالنسبة للمتعهد عنه وهو من الغير فلا تتصرف اليه اثار العقد<sup>77</sup>، فالتعهد عن الغير رهين بان يكون هناك عقبة مادية او قانونية، تعيق الحصول على رضا المتعهد عنه اثناء ابرام التعاقد، كما ان التعهد عن الغير لا يتضمن اي استثناءات من مبدا نسبية العقد، مادام المتعهد عنه له مطلق الحرية في ان يلتزم او لا يلتزم، فالتعهد في حقيقته القانونية هو عقد يلتزم بمقتضاه احد طرفيه، بالحصول على اقرار الغير للعقد، او لتصرف قانوني ابرمه لحسابه دون ان يكون نائبا عنه، وعلى هذا فالتعهد عن الغير ما هو في الحقيقة، إلا تطبيق من تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير، ومن ثم تطبيقا للقواعد العامة في اقتصار اثار العقد على المتعاقدين، وهو إما أن يكون تعهدا مطلقا عن الغير، أو تعهدا عن الغير معلقا على شرط الاقرار.<sup>78</sup>

يجتمع في التعهد على الغير ثلاث أطراف وهم: المتعهد والمتعهد له وهما طرفا عقد التعهد على الغير و الطرف الثالث وهو المتعهد عنه .

<sup>76</sup> Stephanie Porchy, Simon, droit civil, les obligations, Dalloz, paris, 2002, p 203.

<sup>77</sup> محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق، ص 331.

<sup>78</sup> بلحاج العربي، نظرية العقد، نفس المرجع السابق، ص 384.

## ثانياً: شروط التعهد عن الغير

ومن شروط التعهد وفق نص المادة 114 من ق.م:

- أن تتجه ارادة المتعهد الى ابرام العقد باسمه لا باسم الغير، لذا اثار العقد تنصرف اليه هو لا للغير، ان اساس هذا الشرط هو ان المتعهد لم يحصل على توكيل من الغير يوكله للقيام بعمل معين، ومن ثم فالوكيل وحده هو الذي يتعاقد باسم الموكل ولحسابه، كما لا يمكن اعتبار المتعهد فضولياً، يتعاقد باسم رب العمل ولمصلحته فيلزمه بالعمل الذي قام به<sup>79</sup>، في حين ان المتعهد عن الغير يتعاقد باسمه الشخصي وتنصرف اليه هو اثار العقد الذي ابرمه لا الغير الذي تعهد عنه<sup>80</sup>.

- أن تتجه ارادة المتعهد على الغير الى إلزام نفسه بجعل الغير يلتزم اتجاه المتعهد له لا إلزام غيره ، لأنه لا يمكن إلزام شخص بآثار عقد لم يكن طرفاً فيه و هو ما اكدت عليه المادة 113 من ق م، ذلك لان من تعاقد باسمه واراد ان يلزم غيره فان العقد الذي ابرمه يكون باطلاً، لان القانون لا يجيز لشخص ما ان يلزم شخص اجنبي بالتزام دون ارادته، وهو ما اكدته المادة 113 ق.م.ج التي لا تجيز بان لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير وعلى ذلك فالالتزام الغير بما ورد في عقد التعهد عن الغير لا ياتي من هذا الغير، وانم اياتي في عقد اخر يتم بعد قبول الغير لهذا التعهد، ومن هنا يتضح الفرق بين المتعهد عن الغير، والمشترط لمصلحة الغير ، فالمشترط لمصلحة الغير يريد ان يكتسب الغير حقا اذ ينصرف اثار العقد الذي ابرمه المشترط الى الغير متى تعلق بالحقوق، وهو ما يجيزه القانون وهو ما يجعل من عقد الاشتراط فعلاً استثناء من قاعدة نسبية اثار العقد، لكن الامر ليس كذلك بالنسبة لتعهد عن الغير مما يجعل عقد التعهد لا خروج فيه عن القاعدة.

- التزام المتعهد بحمل المتعهد عنه على الالتزام بقبول التعهد اتجاه المتعهد له ، وهو إلزام بعمل موضوعه حمل المتعهد عنه على قبول التعهد اتجاه المتعهد له، و هو التزام بتحقيق النتيجة وفق ما تنبته المادة 114 من ق م ج ، يؤدي الى تعثرها الى انتقال الالتزام الى

<sup>79</sup> خليل احمد حسن قداد، نفس المرجع السابق، ص 128.

<sup>80</sup> عبد القادر الفار، مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة، العمل غير المشروع، الاثراء بلا سبب والقانون، مكتبة الوفاء

الحقوقية، ط1، الاسكندرية مصر، 2009، ص122.

المتعهد وإلا كان مسئولاً عن اخلاله بإلتزامه ، حيث نصت المادة 1/114 من ق.م في هذا الصدد على ما يلي: " اذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به، وبناءا على هذا الشرط يلتزم المتعهد بجعل الغير يتحمل ما تعهد به والتزامه هنا هو التزم بتحقيق نتيجة، وهي الحصول على رضا الغير بالتعهد وليس تحقيق عناية، لأنه لا يكفي ان يثبت المتعهد انه بذل كل ما في وسعه للحصول على رضا الغير، بل يجب عليه ان يصل الى النتيجة التي ارادها من وراء ابرامه لعقد عن الغير وهي قبول الغير للتعهد، ولذلك لا يجوز له ان يكفل تنفيذ الغير للتعهد، ومن هنا يتضح الفرق بين عقد التعهد عن الغير وعقد الكفالة فالكفيل في عقد الكفالة يكفل تنفيذ التزم المدين بعد ان يكون هذا الالزام موجودا ولا يكفل ايجاده، لكن الحال ليس كذلك بالنسبة للمتعهد عن الغير فالمتعهد يكمن التزامه في ايجاد الالزام وهنا ينتهي التزامه ولا يكفل تنفيذ هذا الالزام<sup>81</sup>. كما يختلف التعهد عن الغير عن الكفالة من ناحيتين الاولى ان المتعهد عن الغير يضمن انشاء الالزام في ذمة الغير، لكن لا يضمن تنفيذ ذلك الالزام، في حين ان الكفيل يضمن تنفيذ الالزام المدين به بعد ان يكون قد نشأ في ذمته، ومن الناحية الثانية فان المتعهد لا يمكنه الرجوع على الغير بشيء متى دفع تعويضا لعدم اقرار الغير للتعهد، لكن الكفيل له ان يرجع على المدين اذا دفع الدين<sup>82</sup>. وعلى هذا الاساس فام محل الالزام هو دائما التزم بعمل الا وهو جعل الغير ان يقبل بالتزام معين، فاذا قبل الغير فعلا ان يلتزم يكون المتعهد قد نفذ التزامه، ولا يضمن المتعهد بعد ذلك قيام الغير بتنفيذ هذا الالزام فعلا<sup>83</sup>، ومن ثم فان مجرد سعي المتعهد لحمل الغير على قبول التعهد غير كاف لاثبات ان المتعهد قد وفي بالتزامه المتمثل في تحقيق نتيجة الا وهي جعل الغير ان يقبل بالتزام معين

<sup>81</sup> عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 620 ومايلها.

<sup>82</sup> احمد سلمان شبيب السعداوي، جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقاه الاسلامي، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت لبنان، ط1، 2015، ص 184.

<sup>83</sup> سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، 2015، ص136.

وذلك حتى لو اساء الغير استعمال حقه في القبول او الرفض، فالغير لا يعد ملزما باقرار التعهد<sup>84</sup>.

يعتبر التعهد عن الغير استثناء من مبدأ الاثر النسبي للعقد من حيث الاشخاص، لكنه في الواقع ما هو الا تطبيق من تطبيقات هذا المبدأ خصوصا وان عقد التعهد عن الغير لا يرتب اي التزام في ذمة الغير، بحيث ان هذ الأخير غير مقيد بما التزم به المتعهد وتبقى ذمته حرة وله كامل الحرية في قبول ما تعهد به المتعهد او رفضه، ومثاله تعهد الوكيل المتجاوز لوكالته بموجب عقد مع شخص اخر على حمل الموكل بقبول ما تعاقد بشأنه اقراره للاتفاق الخارج عن حدود التوكيل، وبناء عليه فصورة التعهد عن الغير هي التزام شخص بحمل غيره على قبول ما ابرمه، فهو يلتزم بعمل فقط قبول الغير ولا يخرج المسعى عن هذا الاطار، اي اما قبول او رفض الغير للالتزام، فاذا رفض الغير ان يلتزم يكون المتعهد قد اخفق في مسعاه وتتحقق مسؤولياته الناتجة عن عدم تنفيذ ما تعهد به، اما اذا نجح في حمل الغير على قبول المسعى فيكون قد اوفي بما عليه من التزام قبل المتعهد له، وينتج بالتالي اثر هذا القبول من وقت صدوره وبدون اثر رجعي<sup>85</sup>.

### ثالثا: صور وآثار التعهد عن الغير

وصور التعهد عن الغير ليست نادرة اذا كثيرا ما تحدث في الحياة العامة، ويتم اللجوء اليها لمعالجة حالات معينة يتطلب الوضع فيها الاخذ بنظام اتعهد عن الغير، مثال ذلك تقدم احد الاشخاص لشراء مال شائع بسعر مرتفع لكن تعذر على احد المالكين توقيع العقد اما بسبب غيابه او لكونه قاصر، وحتى لا تضيق فرصة البيع هذه يقبل الشركاء التعاقد اصالة عن انفسهم ويتعهدون عن شريكهم الغائب بحمله على الموافقة على العقد<sup>86</sup>.

يترب على التعهد على الغير استنادا المادة 114 من ق م أن يجعل المتعهد عنه امام فرضين، إما قبول المتعهد أو رفضه، لأن التعهد لا يجبر المتعهد عنه على الالتزام بعقد لم يبرمه ولكن يلزم المتعهد بحمل المتعهد عنه بقبول التعهد لمصلحة المتعهد له، فاذا قبل المتعهد عنه التعهد انتج ذلك القبول اثره

<sup>84</sup> احمد سلمان شهيب السعداوي، جواد كاظم جواد سميسم، المرجع السابق، ص 182.

<sup>85</sup> فاضلي ادريس، نفس المرجع السابق، ص 141.

<sup>86</sup> زهير الماريني، الوجيز في نظرية الالتزام، مطبعة الاصيل، حلب سوريا، 1967، ص 155.

من وقت صدوره عن عن المتعهد عنه لا من وقت ابرام المتعهد لعقد التعهد على النحو الذي اكدت عليه المادة 114 من ق.م التي نصت في الفقرة الثانية منها على أنه اذا قبل الغير التعهد فإن قبوله لا ينتج اثره إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أنه قبل ذلك التعهد من وقت صدوره، فالتعهد عن الغير يعتبر ايجابيا موجها الى المتعهد عنه اذا قبل به يكون المتعهد قد اوفي بالتزامه، ويكون قبول المتعهد عنه صراحة او ضمنا ولا يشترط في القبول شكل خاص الا اذا اشترط المشرع شكلا معيناً في التصرف الذي يعرض على المتعهد عنه قبوله كما هو الحال في عقدي الهبة او الرهن، ويقوم قبول الغير للتعهد على عقد جديد مما يستوجب توفر الاهلية اللازمة لابرام العقود، وباعتبار قبول الغير بمثابة عقد جديد فانه يختلف عن عقد التعهد عن الغير وهو يختلف عنه من عدة اوجه، فهو يختلف عنه من حيث الاطراف ومن حيث الالتزامات ومن حيث تاريخ كل منهما.

أما اذا رفض المتعهد عنه التعهد فإنه ليس امام المتعهد إلا تنفيذ الالتزام بنفسه أو تعويض من تعاقد معه استنادا الى نص الفقرة الأولى من المادة 114 من ق.م المذكورة أعلاه، ورفض الغير بقبول التعهد يجعل المتعهد مخلا بالتزامه ويلزمه تعويض من تعاقد معه على ما اصابه من ضرر من جراء رفض الغير للتعهد، إلا اذا اثبت ان رفض الغير للتعهد راجع لأسباب لا دخل لإرادته فيها، كما له ان يقوم اي المتعهد بتنفيذ ما تعهد به عينا متى كانت طبيعة الالتزام تسمح بذلك، إلا انه لا يجبر على ذلك لان التزام المتعهد بالتنفيذ العيني هو التزام بدلي أما التزامه فهو دفع التعويض، ومثال ذلك تعهد شخص لأخر بان يجعل الغير يقبل شراء عين مملوكة للثاني بثمن محدد، فاذا رفض الغير الشراء فيمكن للمتعهد ان يشتري العين لنفسه بنفس الثمن ويكون بذلك قد نفذ ما كان الغير سيلتزم به، وفي هو بدوره هذا الالتزام<sup>87</sup>.

ولأن الغير حر في قبول التعهد او رفضه، لذلك فانه لا يسأل عن ذلك القبول أو الرفض، لكن تؤول المسؤولية الى المتعهد ما لم يثبت ان عدم قبول الغير للتعهد راجع لسبب اجنبي يعفيه من المسؤولية المتمثلة في الزامه بتعويض المتعهد له، مع الاشارة الى ان امتناع الغير عن القبول، لا يشكل سببا اجنبيا يعفيه من مسؤوليته على انه يمكن للمتعهد ان يتقاضي تعويض المتعهد له بان يقوم هو بالوفاء عينا

<sup>87</sup> اسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزامات ، القسم الاول، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية،

الاسكندرية مصر، ط1، 2013، ص 307.

بالالتزام الذي رفض الغير قبوله متى كانت طبيعة الالتزام لا تاتي ذلك، كما له كذلك دون ان يكون مجبرا ان يوفي بشيء اخر هو التنفيذ العيني للالتزام وبالنتيجة تبرأ ذمته من تعهده<sup>88</sup>.

وفي الاخير يمكننا القول أن للغير كامل الحرية في قبول التعهد او رفضه مادام اجنبيا عن التعهد، وعليه فلا يلزمه ما تعهد به غيره بشيء، كما انه ليس للمتعهد اية سلطة في حمل الغير على القبول بل يكون القبول بمحض ارادة الغير، وقد يكون القبول صريحا او ضمنيا، الا انه يشترط فيه توافر الاهلية ولا يشترط فيه شكل خاص ما لم يشترط القانون ذلك، كما هو الشأن في عقد الرهن الرسمي وعقد الهبة<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> انور سلطان، نفس المرجع السابق، ص 218.

<sup>89</sup> احسن زقور، نفس المرجع السابق، ص 90.

## الفصل الثاني: طرق و آثار تنفيذ العقد

يرتب العقد لأطرافه حقوقا والتزامات، وتنفيذ هذه الأخيرة تفرضه تلبية الحاجات الاجتماعية واستقرار المعاملات، لذا الحديث عن تنفيذ العقد يقتضي الوقوف على كيفية تنفيذ المدين لما يقع على عاتقه من التزامات لصالح الدائن، والأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون اختياريا إلا إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزاماته فيستدعي أن يكون التنفيذ جبريا ويتم عن طريق بتدخل السلطة العامة لإجبار المدين.

والأصل في تنفيذ العقد أن يكون التنفيذ عينيا، كتسليم البائع للشيء المبيع المتفق عليه، إلا إذا استحال التنفيذ العيني أو كان مرهقا للمدين، فيضطر الدائن الى أن يرضى بما يقابل التنفيذ العيني أو ما يعرف بالتنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض عندما لا يستطيع المدين تنفيذ التزامه عينا فعندئذ يجوز للدائن أن يطالب المدين بمقابل يحل محل الأداء الأصلي الذي ألتزم به، وتنفيذ الالتزام التعاقدى طوعا واختياريا لا يثير أي إشكال، لكن التنفيذ القهري أو الجبري عندما يرفض المدين الاستجابة إلى وتنفيذ التزاماته التعاقدية هو الذي يجعل منه تنفيذا جبريا وهو التنفيذ العيني، والتنفيذ بمقابل عن طريق التعويض.

إن عدم تنفيذ الالتزامات العقدية له آثار قانونية، فلا يوجد ما يمنع اذا ما أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية أن ينجر عن ذلك امكانية حل أو فسخ الرابطة التعاقدية أو قيام شروط المسؤولية العقدية التي ترتب بدورها عدة آثار أهمها التعويض بمختلف أنواعه بحسب الضرر الحاصل من ذلك الاخلال.

### المبحث الأول: الكيفيات التي يتم بها تنفيذ العقد و ضمانته

يعتبر التنفيذ العيني هو الأصل، ويتم إما اختياريا بإرادة المدين، وإما جبريا في حالة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه ويتم بتدخل السلطة العامة لإجبار المدين وقهره على تنفيذ الالتزام، بأن يؤدي ما يطلق عليه التنفيذ العيني، كتسليم البائع للشيء المبيع المتفق عليه. وقد يكون التنفيذ أيضا، بمقابل أو عن طريق التعويض، عندما لا يستطيع المدين تنفيذ التزامه عينا، وعندئذ يجوز للدائن أن يطالب المدين بمقابل يحل محل الأداء الأصلي الذي ألتزم به، وتنفيذ الالتزام التعاقدى إما طوعا واختياريا أو جبرا على المدين وقهرا لإرادته.

والتنفيذ الاختياري للالتزام التعاقدى لا يثير أي بحث خاص ولكن الذي يحتاج إلى بحث هو التنفيذ القهري وذلك عندما يرفض المدين الاستجابة إلى عنصر المديونية في التزامه، والتنفيذ الجبري نوعين، التنفيذ العيني، والتنفيذ بمقابل عن طريق التعويض.

## المطلب الأول: التنفيذ العيني

الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينياً، لذا لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن أن يكون التنفيذ بمقابل عندما يكون التنفيذ العيني ممكناً، كما لا يجوز للدائن أن يطلب أن يكون التنفيذ بمقابل عندما يعرض المدين التنفيذ العيني، ولقد نصت عليه المواد الممتدة بين 164 إلى 175 ق.م. وتنفيذ الالتزام التعاقدية عينياً هو الأصل طبقاً لنص المادة 160 ق.م: "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به"، فلا يجوز للمدين أن يعرض التنفيذ بمقابل متى كان التنفيذ العيني ممكناً، ولا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل إذا عرض المتعاقد المدين أن ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً، فالتنفيذ بمقابل هو تعويض للمتعاقد الدائن عن حقه في الحالات التي لا تتوافر فيها شروط التنفيذ العيني، وهذا ما نصت عليه المادة 164 ق.م: "يجبر المدين بعد إذاره طبقاً للمادتين 180، 181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً".

ونصت المادة 176 ق.م: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينياً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه"، نستنتج من النصوص السابقة أن للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني، كما يجوز للمدين أن يعرض القيام به، ولكن إذا اقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض دون التنفيذ العيني ولم يعرض المدين التنفيذ العيني، ففي هذه الحالة على القاضي أن يحكم بالتعويض.

## الفرع الأول: شروط التنفيذ العيني

متى توافرت شروط التنفيذ العيني وكان المدين مستعداً لهذا النوع من التنفيذ ولم يكن هذا التنفيذ مرهقاً للمدين، كان التنفيذ العيني هو الأصل لأن يشكل موضوع التزام المدين اتجاه الدائن، ومن نص المادة 164 ق.م نستنتج توافر شروط للحكم بالتنفيذ العيني، وهي أن يكون التنفيذ العيني ممكناً، كما اشترط زيادة عن الإمكان للجوء للتنفيذ الجبري أن يتم إذار المدين.

أولاً: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً

يشترط للحكم بالتنفيذ العيني أن يكون ما زال ممكناً، وليس مستحيلاً لأنه لا التزام بمستحيل أو لا تكليف بمستحيل<sup>90</sup> وفقاً للقاعدة الكلية في مجال العقود والالتزامات، فإذا استحال على المدين تنفيذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ سواء عائد لسبب اجنبي أو لفعل المدين ولا فائدة في اختلاف سبب الاستحالة إلا من حيث الأثر، حيث إذا كانت الاستحالة تعود لسبب اجنبي انقضى الالتزام، أما إذا عادت لفعل المدين كان عليه الوفاء بمقابل.

### ثانياً: إعدار المدين<sup>91</sup> وأن يكون بيد الدائن سند تنفيذي

والشرط الثاني للتنفيذ العيني، هو الإعدار الذي يجب أن يوجهه الدائن للمدين معبراً عن إرادته في اقتضاء التنفيذ العيني لالتزامه التعاقدية، يجب على الدائن إعدار المدين قبل اتخاذ وسائل إجباره على التنفيذ العيني أن يقوم بإذاره أو إخطاره، على ضرورة الوفاء بالتزامه، ووضعه موضع المقصر أو المتأخر في تنفيذ هذا الإلتزام وفقاً للمواد 164 و 180 ق.م فإنه لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين، ما لم يوجد نص مخالف لذلك م 179 ق.م.

ويلزم الإعدار قانوناً لإجبار المدين على القيام بالتزامه عيناً، أما إذا تم بحكم القانون، أو قام به المدين مختاراً فلا حاجة للإعدار، لأن الإعدار ليس شرطاً لقبول الدعوى، وإنما هو شرط الحكم بالتنفيذ العيني للالتزام، وفي حالة كان التنفيذ العيني غير ممكن، أو كان ممكناً ولم يطلبه الدائن، ولم يعرضه في نفس الوقت المدين، فلا يكون أمام القاضي إلا الحكم بالتنفيذ بمقابل، أي عن طريق التعويض النقدي<sup>92</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن التنفيذ الجبري لا يعني استخدام القوة الشخصية بل يعني اتباع الأساليب القانونية لإجبار المدين المتعنت على تنفيذ التزامه وفق ما ينص عليه سند الدين، ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا إذا كان بيد الدائن سند تنفيذي الذي يمكن أن يكون حكماً قضائياً وفق ما جاء النص عليه في المادة 171 من ق.م التي أكدت على أنه: "في الإلتزام بعمل، قد يكون حكم القاضي بمثابة سندا تنفيذياً، إذا سمحت بهذا طبيعة الإلتزام مع مراعاة المقننات القانونية والتنظيمية".

<sup>90</sup> السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، آثار الإلتزام، الجزء الثاني، دون دار نشؤ، سنة 2007، ص 710.

<sup>91</sup> الإعدار: هو ورقة رسمية من أوراق المحضرين أو من يقوم مقامهم، تعلن للمدين متظمنة دعوة المدين لأداء التزاماته التعاقدية بصفة واضحة وتعتبر المطالبة القضائية إعداراً، أنظر في ذلك: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 151.

<sup>92</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 151.

### ثالثاً: أن لا يكون التنفيذ العيني للالتزام مرهقاً للمدين

سواء كان التمسك بالتنفيذ العيني من الدائن أو المدين، فيجب أن لا يكون فيه إرهاق للمدين، أي ان لا يكون الضرر الذي يلحق المدين من اجباره على التنفيذ العيني يفوق بكثير المنفعة التي قد يحصلها الدائن من جراء ذلك التنفيذ، حيث يعد اصرار الدائن على تنفيذ عيني يصيب المدين بضرر جسيم تعسف في استعمال السلطات التي زودها بها القانون، ومسألة مدى اعتبار الالتزام مرهقاً، ترتبط بظروف كل حالة على حدى لذا فهي متروكة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.<sup>93</sup>

ضف الى ذلك يجب أن لا يفضي تنفيذ الالتزام تدخل المدين بنفسه وكان في اجبار المدين على ذلك مساس بحرية المدين، وليس امام الدائن الى أن اللجوء الى القضاء لعله يجبر المدين من خلال التهديد المالي اذا كان ذلك لا يشكل ارهاقاً له، ولا يصّر الدائن على التنفيذ العيني اذا كان مرهقاً للمدين، بل يقتصر حقه على المطالبة بالتعويض.<sup>94</sup>

### الفرع الثاني: محل التنفيذ العيني

التنفيذ العيني لمحل العقد هو تحقيق ما ينص عليه العقد الذي قد يكون موضوعه أو محله إما:

#### أولاً: الالتزام التعاقدي بنقل الملكية أو نقل حق عيني آخر

الإلتزام بمنح أو بعبء الشيء محل العقد والذي يكون إما معين بالذات والذي يكون إما منقولاً أو عقاراً اذا محل الحق أو الملكية المطلوب نقله منقول فإنه ينتقل بحكم القانون استناداً الى نص المادة 165 من ق.م التي أكدت على أن الالتزامات بنقل الملكية أو حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، أما اذا كان محل العقد المعين بالذات عقاراً فيجب مراعاة قواعد الاشهار المتعلقة بالنقل الحقوق العينية العقارية، أما اذا كان محل العقد معيناً بالنوع أي شيء معين بنوعه فلا ينتقل الحق الا بعد فرز الشيء، فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، و يتضمن التزام بنقل حق عيني، الالتزام بتسليم الشيء و المحافظة عليه حتى التسليم وفق لما هو منصوص عليه في المادة 167 من ق.م .

<sup>93</sup> بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار هومة الجزائر، دون سنة، ص 147.

<sup>94</sup> السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 715.

## ثانيا: الالتزام التعاقدى التزام بعمل

قد يكون الالتزام التعاقدى التزام بعمل، اذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل سواء كان العمل المطلوب من اعمال تحقيق النتيجة أو اعمال بذل العناية .فإن التزام المدين في هذه الحالة يتمثل في القيام بعمل ايجابي لمصلحة الدائن سواء كانت شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذ الالتزام التعاقدى فإنه يمكن للدائن في هذه الحالة أن يرفض الوفاء من غير المدين استنادا الى المادة 169 من ق.م التي نصت على: "أنه في الالتزام بعمل اذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين، حيث قد يتعذر في هذه الحالة اجبار المدين على التنفيذ العيني لما في ذلك من مساس بحريته الشخصية"، الا أنه في هذه الحالة يمكن الحكم بغرامة تهديديه لحث المدين على تنفيذ التزامه على النحو الذي بينته المادة 174 من ق.م: "اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا اذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ و بدفع غرامة اجبارية إن امتنع عن ذلك، واذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في غرامة كلما رأى داعيا للزيادة ."

أو لم تكن كذلك أي اذا كانت شخصية المدين ليست محل الاعتبار وفق للنية المشتركة للمتعاقدين فإنه يمكن للدائن في هذه الحالة أن يحصل على تنفيذ التزامه عينا و لكن دون يجبر شخص المدين على فعل ذلك لما في ذلك من مساس بحريته الشخصية، وهو ما اكدت عليه المادة 170 من ق م ج التي نصت: "في الالتزام بعمل اذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكن . " حيث يتولى الدائن في هذه الحالة تنفيذ الالتزام بواسطة شخص اخر على نفقة المدين . و يمكن وفق المادة 171 من ق م أن يكون حكم القاضي بمثابة سند تنفيذ، اذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام مع مراعاة مقتضيات القانونية و التنظيمية"، أما اذا كان المطلوب في التزامات بعمل من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يعتبر قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية كلما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك وذلك استنادا الى المادة 172 من ق م .

## ثالثا: الالتزام التعاقدى التزام بالامتناع عن عمل

أما إذا كان الإلتزام التعاقدي بالامتناع عن عمل: قد يكون التزم المدين في شكل امتناع عن عمل، مثل التزم المحامي أو الطبيب بالسر المهني ، فإذا اخل المدين بهذا الإلتزام قامت مسؤوليته اتجاه الدائن حيث نصت المادة 173 ق.م في هذا الصدد على أنه إذا إلتزم المدين بامتناع عن عمل وأخل بهذا الإلتزام جاز للدائن أن يطالب ازالة ما وقع مخالفا للإلتزام و يمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الازالة على نفقة المدين، مع امكانية الحكم له بالتعويض على ما لحقه من ضرر .

### الفرع الثالث: وسائل التنفيذ العيني

من وسائل التنفيذ العيني الإكراه البدني الذي تم إلغاؤه، لم يعد وسيلة للجبر على تنفيذ الإلتزامات التعاقدية المدنية والتجارية في القوانين الحديثة، حيث نصت المادة 11 من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية على أنه: " لا يجوز سجن أي انسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالإلتزام تعاقدية"، وبالتالي نتناول فقط الغرامة التهديدية.

في الأخير اذا تعنت المدين في التنفيذ العيني يمكن الحكم عليه قضائيا بالتعويض استنادا الى نص المادة 175 من ق.م التي نصت على أنه: " اذا تم التنفيذ العيني أو اصر المدين رفض التنفيذ حدد قاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي اصاب الدائن و عنت الذي بدى من المدين".

### أولاً: تعريف الغرامة التهديدية وخصائصها

أ- تعريفها: هي وسيلة للتهديد ماليا للضغط على المدين وحمله وجبره على التنفيذ العيني للعقد على أكمل وجه، وخاصة اذا قام به المدين بنفسه<sup>95</sup>، كما يقصد بالغرامة التهديدية قانونا المبلغ النقدي الذي يحكم به القاضي على المدين عن كل مدة زمنية معينة يتعنت و يمتنع فيها عن تنفيذ التزاماته التعاقدية اتجاه الدائن متى توافرت شروط الحكم بها، وتعتبر الغرامة التهديدية إحدى وسائل التي تكفل التنفيذ العيني الجبري وفق نص المادة 174 ق.م، وليس الغرض منها تعويض الدائن عن تأخر المدين بالوفاء، بل المقصود منها هو الضغط على المدين لحمله مجبرا على التنفيذ للإلتزام على الوجه الأكمل وخاصة إذا كان تنفيذ الإلتزام عينا غير ممكن إلا إذا قام به المدين بنفسه.

ب- خصائصها

<sup>95</sup> يخلف نسيم، الوافي في طرق التنفيذ، دار الجسور للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر، 2015، ص24.

يحكم بالغرامة التهديدية بحكم قضائي وهو حكم وقتي يتزايد مع استمرار تعنت المدين وإضراره على الامتثال عن التنفيذ، ثم يحل محله حكم نهائي لجمع مبلغ الغرامة النهائي، وتقدير التعويض الذي يتحمله المدين عن تأخره في التنفيذ، مراعيًا مقدار الضرر الذي لحق بالدائن مؤقتًا غايته إجبار المدين على تنفيذ التزاماته التعاقدية التي اتفق عليها مع الدائن في سند الدين، وهي حكم جوازي يخضع صدوره للسلطة التقديرية للقاضي، حيث يمكن للقاضي أن يجيب طلب المدين و يحكم بها كما يمكنه أن لا يفعل ذلك وهو ما نستشفه من نص المادة 174 من ق.م التي نصت على أنه: "إذا كان تنفيذ الالتزام عينًا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ و بدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك"، وهي ليست تعويض يحكم به لمصلحة الدائن المتضرر، كما أنها نظام مدني بحت وليست عقوبة جزائية كما توحى بذلك تسميتها.

ويجوز الحكم بالغرامة التهديدية من أي محكمة سواء المدنية أو التجارية أو الجزائية، كما يمكن أن يصدرها القضاء الاستعجالي في بعض الحالات، إذ أن لها طبيعة خاصة فهي جوازية للقاضي فله أن يحكم بها أو يرفضها<sup>96</sup>، ومادامت حكمًا مؤقتًا فإنه لا يجوز حجية الأمر المقضي فيه، وبالتالي لا يقبل الطعن فيه بالنقض.

### ثانياً: شروط الحكم بالغرامة التهديدية

أ- أن يكون تنفيذ الالتزام عينًا لا يزال ممكناً: الغرامة هو إجبار المدين على التنفيذ العيني، أما إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلًا لسبب يعود للمدين أو لوجود سبب اجنبي لم يعد للغرامة التهديدية أي معنى.

ب- أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه: لا يمكن اللجوء للغرامة التهديدية إلا إذا كنا بصدد التزام يرتبط بتنفيذه العيني بتدخل شخصي من المدين و هو ما نصت عليه صراحة المادة 174 من ق.م التي نصت على أنه: "إذا كان تنفيذ الالتزام عينًا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ و بدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك. و إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيًا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في غرامة كلما رأى داعيًا للزيادة."، ومن تطبيقاتها في الالتزامات بعمل، كالالتزام

<sup>96</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 164.

الرسام، حيث تفرض شخصية المدين اتمام العمل، وينفرد به، ولا يستوي عند الدائن قيام شخص آخر بتنفيذ الالتزام بدلا عن المدين.<sup>97</sup>

ت- أن يقوم الدائن بطلب الحكم بالغرامة التهديدية: يتم اللجوء الى الغرامة التهديدية بناء على طلب الدائن، حيث يجوز للقاضي موافقته في طلبه والحكم بغرامة تهديدية كما يمكنه رفضه، وفق ما جاء في نص المادة 174 من ق.م، وله طلبها في أي وقت كانت عليه الدعوى، ولو لأول مرة أمام جهة الاستئناف ولا تعتبر طلبا جديدا، بل طلبا تابعا للطلبات الاصلية<sup>98</sup>.

### ثالثا: آثار الحكم بالغرامة التهديدية

إذا استجاب المدين للحكم التهديدي بالغرامة، ونفذ التزامه، فتنتهي آثار هذا الحكم المؤقت، ويرجع الدائن الى المحكمة لتحكم له بالتعويض عن الاضرار التي أصابته جراء التأخير، أما اذا بقي المدين على تعنته يرجع الدائن للمحكمة لطلب التعويض عن عدم التنفيذ، مع تعويض الضرر الذي أصابه جراء تعنت المدين<sup>99</sup>.

### رابعا: الحجز على أموال المدين

يمكن تعريف الحجز بأنه إجراء بمقتضاه يطلب الدائن من الجهة المختصة وضع يدها على كل أو جزء من أموال مدينه عندما يمتنع عن الوفاء بالتزامه لبيعها واستيفاء حقه من ثمنها، سواء كان حقه ثابتا أو محل نزاع، أما الحجز التنفيذي فهو وضع المال المحجوز سواء كان منقولاً أم غير منقول تحت يد القضاء ومنع المنفذ ضده من أن يتصرف فيه، وذلك للمحافظة على حقوق الدائن الحاجز طالب التنفيذ، لاستيفاء دينه من ثمنه عند بيع هذا المال.<sup>100</sup> ويهدف الحجز إلى:

1. تحديد الأموال التي سيجري التنفيذ عليها من بين أموال المدين المحجوز عليه.
2. الحفاظ على تلك الأموال، من خلال تقييد سلطات المدين أو غيره عليها، حتى يتمكن الدائن في نهاية

<sup>97</sup> المرجع نفسه، ص 157.

<sup>98</sup> السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 760.

<sup>99</sup> المرجع نفسه، ص 766.

<sup>100</sup> المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مجمع اللغة العربية، القاهرة، صفحة 164.

المطاف أن يستوفي حقه من ثمنها<sup>101</sup>، ويشترط في الحجز التنفيذي مجموعة من الشروط نلخصها في ما يلي<sup>102</sup>:

1. وجود سند تنفيذي لدى طالب الحجز بغض النظر عن نوعه.
2. طلب صاحب الشأن من دائرة التنفيذ الحجز على أموال المدين أو بعضها
3. إصدار أمر بالحجز من قاضي التنفيذ.
4. سبق إخطار المدين وتكليفه بالوفاء مع تبليغه صورة عن السند التنفيذي، وإنذاره بأنه سيتم الحجز على أمواله إذا لم يقم بالوفاء خلال مدة الإخطار.

#### المطلب الثاني: التنفيذ بطريق التعويض - التنفيذ بمقابل -

التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض هو بديل عن التنفيذ العيني، ولذلك فإن حالات التنفيذ بطريق التعويض هي تلك التي لا تتوافر فيها شروط التنفيذ العيني، ويكون عندما يصبح التنفيذ العيني مستحيلا أو عندما يطلب الدائن التنفيذ بطريق التعويض ولا يعرض المدين التنفيذ العيني، أو عندما يكون في التنفيذ العيني ارهاق شديد للمدين بينما التنفيذ بطريق التعويض لا يسبب ضررا كبيرا للدائن.

والتنفيذ عن طريق التعويض هو تنفيذ للالتزام القديم بأسلوب أو وسيلة أخرى بديلة عن التنفيذ العيني لتعذره، لذا اللجوء الى التعويض العيني يعني قيام عناصر المسؤولية المدنية التي تقتضي اعدار المدين قبل المطالبة بالتعويض.

ويكون التنفيذ بطريق التعويض عندما لا تتوافر شروط التنفيذ العيني، ويكون عندما يصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين طبقا لنص المادة 176 ق.م، أو عندما يطلب الدائن التنفيذ بطريق التعويض

---

<sup>101</sup> يختلف الحجز التنفيذي عن الحجز الاحتياطي الذي هو إجراء وقائي مؤقت يتم بموجبه وضع أموال المدين تحت تصرف القضاء لمنعه من التصرف فيه تصرفا ضارا بحق الدائن بدين لا زال محل نزاع. وهو يرد على الأموال المنقولة وغير المنقولة ويهدف إلى ضبط الأموال المحجوزة مؤقتا وليس إلى بيع تلك الأموال، ولا يشترط أن يكون حق الدائن معين المقدار بل يكفي أن يكون محقق الوجود وحال الأداء. وهو يخضع لقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية ووردت حالاته على سبيل المثال فيحق للدائن توقيع الحجز الاحتياطي في أية حالة يرى فيها أن ضمانه العام قد يتعرض للضياع أو الفقدان.

<sup>102</sup> وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، 1971،

ولم يعرض المدين التنفيذ العيني، أو عندما يكون في التنفيذ العيني ارهاق شديد للمدين بينما التنفيذ بطريق التعويض لا يسبب ضررا كبيرا للدائن، وقد نصت عليه المواد الممتدة من 179 الى 187 ق.م.

### الفرع الأول: الحالات التي يطلب فيها التنفيذ عن طريق التعويض

يعتبر التنفيذ العيني هو الأصل والتنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض بديل عن التنفيذ العيني في الحالات التالية:

- 1- اذا كان التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين.
- 2- اذا كان التنفيذ غير ممكن إلا بتدخل المدين شخصيا أو غير ملائم إلا بهذا التدخل ولم تفلح الغرامة التهديدية في الوصول الى التنفيذ العيني، فالتعويض لا يلجأ إليه الدائن الا في حالة عدم قيام المدين بالتنفيذ العيني مطلقا أو قام بالتنفيذ العيني الجزئي أو نفذ الالتزام عينيا لكنه تأخر فيه.<sup>103</sup>
- 3- اذا كان التنفيذ مرهقا للمدين رغم امكانه أي سوف يصيب المدين ضررا جراء التنفيذ العيني اكبر من الضرر الذي يصيب الدائن جراء عدم التنفيذ العيني .

### الفرع الثاني: شرط الاعذار

يقصد بإعذار المدين وضعه قانونا في موضع المتأخر لأنه لا يعتبر كذلك بمجرد حلول أجل الدين لأنه لا يعد قانونا في وضع المتأخر، إلا بعد اتخاذ اجراء الاعذار من قبل الدائن اتجاهاه، وتسجيل الدائن لتقصير مدينه وتراخيه عن تنفيذ التزامه مما يوجب قيام مسؤوليته عما لحق الدائن من ضرر وتأكيد الدائن في مطالبة مدينه بالتعويض عن هذا التأخير، ويكيّف الاعذار بأنه تصرف بإرادة منفردة من الدائن لأجل تنبيه المدين بالوفاء، ولا يتصور الإعذار إلا في الالتزامات التعاقدية، كما لا يشترط الاعذار بورقة رسمية في المسائل التجارية<sup>104</sup>.

يعد الاعذار اجراء يعلن من خلاله الدائن عن نيته و مصلحته في تعجيل استقاء حقه قبل الدائن و يحمل المدين مسؤولية تراخيه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية و ما قد يترتب عن ذلك من ضرر قد يلحق الدائن أو الشيء محل العقد .

<sup>103</sup> مسعود رويصات، درس التنفيذ بطريق التعويض "التنفيذ بمقابل"، موجه لطلبة سنة الثالثة ليسانس، منشور على منصة

مودل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، حصتي 5 و 6 أبريل 2020، ص2.

<sup>104</sup> المرجع نفسه، ص2.

حددت المادة 180 من ق.م. الكيفية التي قد يتم بها الاعذار المدين حيث نصت على أنه: " يكون اعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الانذار و يجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى أي اجراء اخر"، أي أن اعذار المدين يتم بالأساليب المبينة أعلاه في المادة 180 من ق.م، وهي على التوالي :

أ/الانذار أو ما يقوم مقامه: وقصد المشرع بالانذار، أن يحزر الدائن ورقة أو رسالة رسمية يوصله للمدين بمقر سكنه بواسطة محضر يبلغه من خلالها أنه يعد متأخر عن الوفاء بالتزامه و يؤكد له عن رغبته بإستقاء دينه و يمكن أن تقوم أي ورقة رسمية أخرى مقام هذا الانذار .

ب/ الانذار عن طريق البريد: يمكن أن يتم الانذار عن طريق رسالة أو برقية موجه عن طريق البريد على النحو المبين في المادة 180 و المادة 329 من ق.م، موضوعها تذكير المدين بواجبه بالوفاء بالدين الذي حل أجله و الذي يعتبر متأخر عن الوفاء به.

ج/ كما يمكن ايضا الاتفاق بين الدائن و المدين على شكل آخر للانذار مثل اعتبار أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل و دون حاجة الى أي اجراء اخر .

ومن خلال ما سبق يظهر أن المشرع لم يشترط صورة معينة للاعذار وإنما كل ورقة يعلن بها الدائن مدينه تدل عن رغبة الدائن في حمل مدينه على التنفيذ فهي ورقة تقوم مقام الاعذار<sup>105</sup>.

تظهر أهمية الاعذار في اشتراطه لقيام المسؤولية واثبات اخلال المدين بالتزاماته التعاقدية و اعطائه فرصة للوفاء بتلك الالتزامات دون مفاجئته إلا أن هناك حالات قد يعفي فيها المشرع من الاعذار، و هو ما نصت عليه صراحة المادة 181 من ق.م التي نصت على تلك الحالات وهي:

- اذا تعذر تنفيذ الالتزام أو اصبح غير مجد بفعل المدين.

- اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر .

- اذا محل الالتزام رد شيء يعلم دائن انه مسروق أو شيء تسلمه دون حق و هو عالم بذلك.

<sup>105</sup> عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجعه عام"، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، 1968، ص 832.

- إذا صرح المدين كتابة انه لا ينوي تنفيذ التزامه .

ومن أهم آثار الاعذار مايلي:

- إلزام المدين عما قد يلحق دائئه من ضرر من جراء التأخير: يعد التأخر عن الوفاء اخلال بالالتزام و هو خطأ يلزم من ارتكبه بتعويض ما ترتب عليه من ضرر قد يصيب دائن، متى توافرت شروط المسؤولية العقدية وهي: الاعذار ، و التأخر و ثبوت الضرر و علاقة السببية و غياب الاعفاء .

- لا يتم فسخ العقد التبادلي إلا بعد إعدار المدين، راجع في ذلك نص المادة 01/119 ق.م.ج.

- انتقال تبعة هلاك الشيء الى الطرف الاخر: ما نصت عليه المادة 168 من ق.م على أنه: " اذا كان المدين الملزم بالقيام بعمل يقتضي تسليم شيء، ولم يسلمه بعد الاعذار فإن الاخطار تكون على حسابه ولو كانت قبل الاعذار على حساب الدائن، غير أن هذه الاخطار لا تتعدى الى المدين رغم الاعذار اذا اثبت المدين أن شيء قد يضيع عند الدائن لو سلم له، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعية الحوادث المفاجئة، غير أن الشيء المسروق اذا هلك أو ضاع بأي صورة كانت فإن تبعية الهلاك تقع على السارق" ، وبالتالي نقل تبعة الهلاك إلى عاتق المدين ولو كانت قبل الأعدار على عاتق الدائن . وأساس ذلك أن المدين - بعد أعداره - يعتبر مقصرا الأمر الذي يستوجب إلقاء تبعة الهلاك عليه، ففي الوديعة على سبيل المثال إذا هلك الشيء المودع ، بفعل قوة قاهرة تحت يد المودع لدية . فإنه يهلك على الدائن بالتسليم وهو المودع . فإذا كان قد سبق واعذر المدين بالتسليم وهو المودع لدية مطالبا إياه بتسليم الشيء الذي هلك بعد ذلك تحت يده . انتقلت تبعة الهلاك إلى عاتق هذا المدين . اللهم ألا إذا استطاع أن يثبت أن الشيء كأن هالكا لا محاولة تحت يد الدائن لو أنه سلمه إليه . ومع ذلك تظل تبعة الهلاك على عاتق المدين حتى في هذه الحالة الأخيرة إذا كان قد اتفق مع الدائن على تحمل تبعة الحوادث المفاجئة.<sup>106</sup>

<sup>106</sup> المدونة القانونية، مقال دون مؤلف، بعنوان : الإعدار وسائله، على رابط :

<https://www.elmodawanaeg.com>، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2023/02/09.

### المطلب الثالث: ضمانات تنفيذ العقد

إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه اختيارياً، أمكن للدائن جبره على التنفيذ الجبري، عينياً كان أم بطريق التعويض، فلم يعد الالتزام علاقة بين شخصين، وإنما تغيرت النظرة إليه فأضحى علاقة بين ذمتين، الذمة المالية للدائن، والذمة المالية للمدين، وتعتبر الذمة المالية لهذا الأخير هي الضمان العام لحقوق الدائنين كافة، وتعني مجموع ما للشخص من حقوق موجودة أو قد توجد والتزامات ناشئة أو قد تنشأ، فهي تشمل الحقوق والالتزامات الموجودة وما سيوجد منها في المستقبل، وهذا ما يفسر قدرة الدائن على التنفيذ على مال للمدين لم يكن يملكه وقت نشوء الدين، وعدم استطاعته التنفيذ على مال خرج من ملك المدين وقت التنفيذ وكان من عناصر ذمته وقت نشوء الحق، كما يفسر عدم انقضاء الدين إلا بقدر ما يسدد منه، فإذا نفذ الدائن على أموال المدين ولكن الدين لم يسدد كاملاً فإن كل ما سيؤول إلى المدين من مال مستقبلاً سيدخل في ضمان الدائن ويستطيع التنفيذ عليه، وطبيعي أن الدائن يقتضي حقه من العناصر الموجبة من الذمة المالية للمدين وهي الحقوق، بينما تمثل الالتزامات العناصر السالبة من ذمته<sup>107</sup>، وهو ما عبر به المشرع الجزائري في نص المادة 188 ق.م، بأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء اتجاه الدائن، وهو ما سنوضحه فيما سيأتي.

#### الفرع الأول: مفهوم الضمان العام

لضمان حقوق الدائنين في مواجهة المدين جعل المشرع كل أموال المدين ضامنة لحقوق الدائنين وهذا ما يسمى بالضمان العام، والذي استعان الفقه في تفسيره وتعريفه من خلال ربطه بفكرة الذمة المالية، حيث للدائن الحق في الحصول أو التنفيذ على الجانب الإيجابي وهي مجموع حقوق المدين لهذه الذمة دون الجانب السلبي الذي يتمثل في ديون المدين<sup>108</sup>، وللحفاظ على هذا الضمان منح المشروع حق الرقابة للدائن على جميع تصرفات المدين في أمواله وذلك من خلال وسائل عديدة سندرجها تباعاً.

<sup>107</sup> بن عمار محمد، محاضرة حق الضمان العام ووسائل المحافظة عليه، دروس موجهة إلى طلبة السنة الثانية ليسانس، منشورة على منصة مودل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، سنة 2020، ص 1.

<sup>108</sup> مصطفى أحمد عمران الدراجي، الحقوق المتعلقة بالذمة المالية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،

2008، ص 197.

## أولاً: تعريف الضمان العام

تنص المادة 188 من ق م «أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه وفي حالة عدم وجود حتى أفضلية مكتب طبقاً للقانون ، فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان"، من خلال النص يتضح أن المشرع جعل كل أموال المدين ضامنة لديونه وهذا يعني أن الدائن يستطيع أن ينفذ على أموال المدين للحصول على حقه.

ويتميز الضمان العام عن الضمان الخاص الذي قد يتغير على أحد أموال المدين كالرهن الرسمي أو الحيازي، فحق الدائن على الضمان العام يشمل كل أموال المدين بدون إستثناء بينما لا يكون في الضمان الخاص إلا الحق به التنفيذ على المال الذي تقرر حقه عليه كضمان لحقه،<sup>109</sup> إضافة إلى ذلك، حق الضمان العام من الحقوق الشخصية بينما الضمان الخاص فحق عيني.

## ثانياً: خصائص الضمان العام

- لا يقع الضمان العام كحق للدائن على أموال المدين الثابتة في ذمته وقت قيام المديونية وإنما يشمل الأموال التي قد تدخل كعناصر إيجابية في ذمته بعد نشوء المديونية، لا يخول الضمان العام للدائن الحق في تتبع أي مال يتفوق فيه المدين من أمواله، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الضمان العام حق شخصي وليس حق عينا، فالضمان العام لا ينصب على مال معين وإنما على كل أموال المدين خلافاً للضمان الخاص الذي يقرر فقط على مال معين من أموال المدين.

- لا يخول الضمان العام حق افضلية لدائن عادي على غيره: فالدائنون كافة متساوون قانوناً في هذا الضمان العام إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون، وهذا يعني، أن لكل دائن الحق في ان ينفذ على أي مال للمدين لا فرق بين الدائن العادي وبين الدائن المرتهن أو صاحب حق امتياز، وللدائنين الآخرين التدخل في الاجراءات التي اتخذها احدهم ومشاركته في حصيلة اجراءاته لاستيفاء حقوقهم منها فيقسم ما ينتج عن التنفيذ على مال المدين فيما بينهم. وإن لم يكف الثمن للوفاء بحقوقهم كاملة فيقسم بينهم قسمة غرماء، أي بنسبة دين كل منهم الى مجموع الديون، ففي حالة تعدد الدائنين للمدين فغنهم يعتبرون متساوين تجاه هذا

<sup>109</sup>بن عمارة محمد، محاضرة حق الضمان العام ووسائل المحافظة عليه، المرجع السابق، ص 1.

الضمان بحيث لا يفضل واحد على الآخر منهم، فلا أفضلية في الضمان العام لدائن على غيره من الدائنين<sup>110</sup>، إلا إذا كان لأحدهم ضمان خاص على مال من أموال المدين وهو ما قرره الفقرة الثانية من المادة 188 ق.م، وإذا كان لأصحاب الحقوق العينية التبعية، كالدائن المرتهن والدائن الممتاز، حق التقدم على غيرهم من الدائنين العاديين، فإن ذلك لا يمس طبيعة الضمان العام، وإنما يترتب على ما لهم من ضمان خاص يخولهم حق التقدم على الدائنين العاديين في اقتضاء حقوقهم من ثمن المال الذي ورد عليه الحق العيني وأصبح تأميناً عينياً لاستيفائه، ذلك لأن لصاحب الحق العيني التبعية ضمانان. أحدهما عام يتمثل في جميع أموال المدين، وثانيهما خاص، وهو الذي ورد عليه حقه العيني التبعية كدار للمدين مرهونة لصالحه، يخوله حق التقدم في استيفاء حقه منه قبل غيره من الدائنين العاديين، وإذا لم يكف ثمنه لإيفاء حقه كاملاً، انقلب الى دائن عادي بالنسبة لما تبقى من حقه وتساوى وغيره من الدائنين في الضمان العام<sup>111</sup>.

- لا يخول الضمان العام للدائن العادي حق تتبع ما يخرج من ملك المدين من مال: فلا يستطيع الدائن العادي ملاحقة مال المدين الى أي يد انتقل إليها، ذلك لأن حقه يترتب في ذمة المدين المالية دون ان ينصب على مال معين تجوز ملاحقته، فإذا خرج المال من ملك المدين بالبيع مثلاً، سرى البيع في مواجهة الدائن ولا يستطيع التنفيذ عليه. وفي ذلك يختلف الضمان العام عن الضمان الخاص او التأمين العيني، ففي الضمان العام تتحدد أموال المدين التي يجوز التنفيذ عليها بما يملكه وقت التنفيذ، ولا سبيل للدائن الى ما خرج من ملك مدينه من مال قبلي، أما في الضمان الخاص فيتعلق الحق بمال معين بذاته تجوز ملاحقته متى انتقل من يد لأخرى.

- لا يخول الضمان العام للدائن حق التدخل في ادارة المدين أمواله والتصرف فيها: فحق المدين في إدارة أمواله والتصرف فيها لا يتأثر بكثرة ديونه أو بتعدد دائنيه، وإنما يظل حقه قائماً حتى تتخذ إجراءات التنفيذ، أو يصدر الحكم بحجره عن التصرف في أمواله إذا اعتبر مفلساً. ويستوي الضمان العام والضمان الخاص من حيث الحيلولة دون المدين والتصرف في أمواله، ولكنهما يختلفان من حيث التأثير على مدى قدرته على التصرف فيها. ذلك لأن

<sup>110</sup> هلاير أسعد أحمد، تتبع المنقول في القانون المدني-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية،

بيروت، لبنان، 2009، ص 103.

<sup>111</sup> المرجع نفسه، ص 103.

الضمان الخاص يثقل مال المدين ويفرض قيوداً على التصرف في المال الذي قدمه ضماناً  
خاصاً لإستيفاء دين ما.

### ثالثاً: المخاطر التي يتعرض لها الضمان العام

يتعرض الضمان العام لنوعين من المخاطر:

1. المدين له الحرية الكاملة في التصرف في أمواله دون أن يكون للدائن العادي الحق في تتبع هذه الأموال ، وهذا ما يؤدي إلى إضعاف الضمان العام وبالتالي إضعاف فرصة الدائن في الحصول على حقه مما سبق من أموال المدين إذا بقي شيء منها.

2. مزاحمة الدائنين الآخرين له بهذا الضمان، وقد ساوى القانون بين الدائنين العاديين الذين لا يتتبعون بضمانات خاصة وهذا يعني أن مجموع الدائنين سيقدمون حصيلة البيع ما أموال المدين بالتساوي وهذا ما يجعل حصول الدائن على كامل حقه أمراً منفرداً من المدين<sup>112</sup>، بل أكثر من ذلك فسيغتم من يبادر أولاً الى التنفيذ على أموال المدين أما الدائن المتأخر عن التنفيذ أو الذي لم يطلب التنفيذ فسيحرم حتماً من حقوقه<sup>113</sup>.

لهذه الأسباب ومن أجلها منح المشرع الدائن عدة وسائل من شأنها أن تحمي حقه حتى يتم التنفيذ بالفعل هذه الوسائل هي الرسائل التنفيذية والرسائل اللفظية والوسائل المتوسطة وهي: الدعوى المباشرة وغير المباشرة والدعوى البولصية الصورية وحق الحبس والحجز.

### الفرع الثاني: دعاوى الضمان العام

تقف الوسائل التي تحمي الضمان العام والممهدة للتنفيذ وسطاً بين الوسائل التحفظية، التي ترمي الى مجرد المحافظة على اموال المدين كوضع ختم على أمواله او قطع تقادم بالنسبة لحقه...ونحو ذلك، وبين الوسائل التنفيذية التي تهدف الى التنفيذ على أموال المدين، و يقصد من التمهيد للتنفيذ تسهيل استيفاء الدائنين لحقوقهم عن طريق التغلب على اهمال المدين وغشّه.

<sup>112</sup> القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص31.

<sup>113</sup> توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام - دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 691 .

وهي على ذلك عديدة ومتنوعة، حصرها المشرع في خمس منها وهي دعاوى ثلاث: هي الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن ودعوى الصورية، وإجراءان: وهما الحق في الحبس للضمان والحجر على المدين المفلس، وندرسها تباعاً.

### أولاً: الدعوى غير المباشرة

يتضح من نص المادة 189 الغرض من الدعوى غير المباشرة هو حماية الدائن من تقصير المدين والدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن مدينه بإسمه شخصياً وإلا اعتبرت دعوى مباشرة وعليه فلا يشترط في الدعوى غير المباشرة وجود علاقة بين الدائن وبين مدين مدينه وإنما يقاضيه باسم مدينه مباشرة. والدائن عندما يستعمل حقوق مدينه يعتبر بمثابة نائب عنه في المطالبة حقوق مدينه، وهي نيابة قانونية اقترتها المادة 109 ق.م، وإذا كانت النيابة بحسب الأصل تتقرر لمصلحة الأصيل إلا أن النيابة التي تقررها المادة 190 ق.م هي نيابة مقررة لمصلحة النائب وليس الأصل لأن الدائن وهو النائب يحافظ على حقه في الضمان العام، وعلى ذلك يمكن تعريفها بأنها وسيلة يستخدم فيها الدائن سلطة مدينه في المطالبة بحقوقه ضد مدين المدين، وذلك باسم مدينه ونيابة عنه.

والغرض من هذه الدعوى هو حماية الدائنين من الضرر الناشئ عن إهمال المدين في استعمال حقوقه لعلمه ان أثر الإهمال لن يصيبه وإنما سيلحق بدائنيه وانه لن يستفيد من استعمالها لان نتيجتها ستؤول إلى ذمته المالية ويستوفي الدائنين حقوقهم منها، حيث تقف هذه الدعوى وسطاً بين الوسائل التحفظية والوسائل التنفيذية، فهي لا ترمي الى مجرد الحفاظ على أموال المدين، وإنما تهدف الى استعمال حق قصر المدين في استعماله إهمالاً أو تعمداً، كما ان مباشرة الدائن لها لا تعتبر تنفيذاً لحقه ولا وسيلة لاستيفائه، وإنما هي للتنفيذ فحسب، فيكون في وسع الدائن استيفاء حقه منه مع بقية الدائنين باللجوء الى وسائل التنفيذ<sup>114</sup>، وتختلف صورة هذه الدعوى باختلاف الوسائل أو الأهداف التي يستطيع الدائن اتخاذها أو تحقيقها من وراء هذه الدعوى. فقد يكون الهدف من الدعوى قطع تقادم يسري في حق مدينه، أو قد يكون الهدف منها تسجيل عقد قام المدين بموجبه بشراء عقار، أو بإعلان خصوم المدين بالحكم الذي صدر لمصلحة مدينه. أو بقاء رهن تم لمصلحة المدين ... إلخ.

<sup>114</sup> بن عمارة محمد، المرجع السابق، ص ص، 2-3.

من خلال المادتين 189 و 109 ق.م التي أقرت مجموعة من شروط الدعوى غير المباشرة وهي شروط يجب توفرها بحق دائن الشروط تتصل بحق الدائن، وشروط تتصل بالمدين، وشروط تتصل بالحق الذي يباشره الدائن باسم المدين.

1- الشروط المتعلقة بحق الدائن: طبيعي أن يكون حق الدائن قبل مدينه محققا وجودا وقت استعمال الدعوى غير المباشرة وبالتالي فلا يجوز استعمال هذه الدعوى بمجرد وجود حق احتمالي للدائن على مدينه ولكن لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، وهو ما عبرت عنه المادة 189 صراحة فيكفي أن يكون موجودا وثابتا في ذمة المدين، واستعمال الدعوى الغير المباشرة الغرض منه المحافظة على الضمان العام للدائن وبالتالي يكون للدائن العادي أو أكثر نص يستعمل هذه الدعوى ويستوي أن يكون حق الدائن قد نشأ قبل المدين قبل الغير أم لاحقا لذلك، وحلول للدائن محل مدينه في استعمال الدعوى لا يشترط فيه لحصول على إذن من القضاء والسبب في ذلك يرجع إلى أن نيابة الدائن في استعمال حقوق مدينه هي نيابة قانونية كرسها نص المادة 190 ق.م.، كما يشترط أن لا يكون حق الدائن محل منازعة في وجوده<sup>115</sup>.

2- الشروط المتصلة بالمدين: للدائن أن يحافظ على الضمان العام كحق لحقوه لمدينه فللدائن مصلحة مشروعة في ذلك هذه المصلحة تقتضي أن يكون المدين مقصرا في استعمال حقوقه و أن يكون هذا التقصير أن يؤدي إلى اعساره، ويظهر ذلك في مايلي:

أ- تقصير المدين في استعمال حقوقه: و عبرت عن هذا المادة 189 عن هذا الشرط لقولها: "إلا إذا أثبتت أن الدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق"، وعلى هذا فإن الدائن لا يستطيع أن يستعمل الدعوى غير المباشرة إلا إذا أثبتت أن المدين لم يستعمل حقه بنفسه تجاه مدينه، و تقصير المدين يستوي أن يكون راجعا إلى إهماله أو يقصد إضرار الدائن.

و للمدين أن يوقف الدعوى غير مباشرة و ذلك بتدخله في الدعوى و حلولة محل الدائن، ويجب على الدائن أن يتوقف عن كافة الإجراءات التي بدأها و يستطيع المدين إيقافها كذلك عن طريق إنهاء النزاع بينه و بين مدينه عن طريق الصلح.

<sup>115</sup> Dr. Mashael A. Alhajeri, LECTURE HANDOUT , Obligations & Evidence ,Indirect (Oblique) Action, Private Law Department, School of Law ,Kuwait University ,2005,p.6.

ب- أن يؤدي تقصير المدين إلى اعساره أو زيادة إعساره: و هو ما عبرت عنه المادة 189: " وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو يزيد فيه"، ويقصد بإعسار المدين زيادة ديونه على حقوقه و يستوي أن تكون هذه الديون مستحقة الأداء أو غير مستحقة و لا يقصد بالإعسار هنا الإعسار القانوني و إنما الإعسار الفعلي.

ت- إدخال المدين كخضم في الدعوى: وهو ما نصت عليه المادة 189: " و لا يجب على الدائن أن يكلف مدينه المطالبة حقه غير أنه لابد أن يدخله في الخصام"، و العلة في هذا أن يكون الحكم الذي صدر فيه حجة عليه.

3- الشروط التي تتصل بالحق الذي يباشره الدائن باسم مدينه: ما دام الغرض من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على حق الدائن بالضمان العام، و لذلك يشترط القانون في الحق الذي سيستعمله الدائن باسم مدينه أن يكون حقا لا رخصة للمدين و أن يكون من الحقوق المالية، ونبينها كما يلي:

أ- أن يكون حقا لا رخصة للمدين: فللدائن الحق في استعمال أي حق من حقوق مدينه و يستوي في ذلك أن يكون حقا شخصيا أو حقا عينيا، ويجوز للدائن بدلا من الدعوى أن يقوم بعدة إجراءات من شأنها أن تحافظ على الضمان العام دون الدعوى هذه الإجراءات قد تكون إجراءات مادية أو تصرفات قانونية و مثل التصرفات القانونية قبول وصية عن المدين أو قبول اشتراط لمصلحة المدين و مثل الإجراءات المادية أن يقيد، هنا لمصلحة المدين أو الطعن في حكم ما ضد المدين و لذلك فلا يجوز للدائن أن يستعمل الرخص المخولة للمدين كحقه في إلغاء عقد من العقود أو حقه بإدارة أمواله حتى و لو كانت إدارته سيئة.

ب- أن يكون حق المدين من الحقوق المالية: و هو ما عبرت عنه المادة 189 ق. م: " إلا ما كان منها خاصا بشخص"، ومن ثم إلا إذا كانت ذات طابع مالي و يستوي بعد ذلك أن تكون حقوقا شخصية أو عينية، أما الحقوق اللصيقة بشخصه، المتصلة بحالته وشخصيته فلا يجوز استعمالها بنص المادة 189 كحق المدين بالطلاق أو دعوى النسب، أي تستبعد الحقوق اللصيقة بشخص المدين ولو كانت حقوقا<sup>116</sup> مالية كحق النفقة والمهر... ونحو ذلك، كذلك لا يجوز أن يستعمل حق من حقوق المدين غير القابلة

<sup>116</sup> Dr. Mashael A. Alhajeri, LECTURE HANDOUT , Obligations & Evidence , Indirect (Oblique) Action, Private Law Department, School of Law ,Kuwait University ,2005,p7.

للحجز وهو ما قررته المادة 189 و بسبب ذلك راجع إلى أن الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها لا يجوز التنفيذ عليها.

وبالنسبة لآثار الدعوى غير المباشرة فقد قررت المادة 190: "يعتبر الدائن باستعماله حقوق مدينة نائبا عن هذا المدين و كل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين و يكون ضمانا لجميع دائنيه"، من خلال المادة يتضح أن الدعوى غير المباشرة على فكرتين أساسيتين:

1- أن الدائن يعتبر نائبا قانونيا عن المدين في استعماله حقا من حقوق المدين.

2- أن الدائن لا يطالب لنفسه بحق من مدينه و إنما هو يطالب بحق مدينه نيابه عنه و بإسمه.

3- الهدف من ذلك هو المحافظة على الضمان العام و منع ضياع حقوق الدائن.

إذا نجح الدائن في الدعوى غير المباشرة فإنه يحقق الآثار التالية:

1- بالنسبة للمدين: يستطيع المدين على الرغم من رفع الدعوى غير المباشرة أن يتصرف في حقوقه كيفما شاء و على وجه الخصوص الحق الذي له على المدين فله أن ينقله إلى شخص آخر أو يتصلح عليه مع الخصم أو يتنازل عنه فإن فعل ذلك إنقضت الدعوى غير المباشرة، كما يكون للمدين أن يقبض الدين من مدينه و يعتبر مبرئا لذمته رغم وقوعه رغم رفع الدعوى غير المباشرة.

2- بالنسبة لمدين المدين: مادام أن الدائن يرفع الدعوى بإسم مدينه و هو بذلك يعتبر نائبا نيابة قانونية فلمدين المدين أن يدفع في مواجهته بكل الدفع التي كان في إمكانه التمسك بها في مواجهة دائنه مباشرة كأن يتمسك بتقادم الحق أو الإبراء أو البطلان او المقاصة،.....

4- بالنسبة للدائن: الفائدة التي تستوجب على الحكم في الدعوى غير المباشرة تعود بصفة مباشرة إلى المدين لا إلى الدائن رافع الدعوى على أساس أن الدائن لا يعتبر إلا نائبا عن المدين ، و هذا لا يعني أن الدائن لا يستفيد من الحكم و إنما فائدته تقع بصفة غير مباشرة من خلال إدخال ما بكم به للمدين ضمن الضمان العام و هو ما قررته المادة 190 ق م. ويكون للدائن أن يطالب بجميع الحق الذي للمدين على مدينه دون اختيار لمقدار الدين الذي للدائن على مدينه مباشرة<sup>117</sup>.

<sup>117</sup> مسعود الرويصات، المرجع السابق، ص3.

وتجدر الإشارة الى أن المشرع أراد أن يحمي الدائن في بعض الحالات من التزام فقير له بجانب الدعوى غير المباشرة دعوى مباشرة يستطيع أن يستأثر الفائدة ليستوفي منها حقه، لأن من آثار الدعوى غير المباشرة أن الفائدة التي ترتب على الحكم فيها على الدائن وحده الذي رفع الدعوى و إنما يزاحمه بذلك جميع الدائنين فيقتسمون حصيلة الفائدة قسمة غرماء و لهذا قررت الدعوى المباشرة.

ولا تتقرر الدعوى المباشرة بالإتفاق و إنما بنص تشريعي خاص على أساس أن الدعوى المباشرة تعتبر إستثناء من مبدأ نسبة آثار العقد. ومثالها: الدعوى التي يرفعها المؤجر على المستأجر من الباطن حيث تنص المادة 507 على «يكون المستأجر الفرعي ملتزماً مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بذمته للمستأجر الأصلي و ذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر». منح المشرع للمؤجر الأصلي دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن يستطيع بموجبها أن يطالبه بالأجرة و بجميع الإستلزامات التي نشأت عن عقد الإيجار من الباطن.

في الاخير يمكننا التمييز بين الدعوى الغير مباشرة والدعوى المباشرة، حيث تعتبر هذه الاخيرة وسيلة أكثر فعالية من الدعوى غير المباشرة، لأنه في الدعوى المباشرة لا يستعمل الدائن حقوق المدين باسمه ونيابة عنه كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة، وإنما يباشر الدائن هذه الدعوى ويطالب بحقوق مدينه من مدين مدينه باسمه الشخصي، وعندما يفى مدين المدين بما عليه فإن الدائن رافع الدعوى المباشرة يستفيد من هذا الوفاء وحده دون مزاحمة باقي الدائنين له في هذا الوفاء.

وعلى هذا فإن الدعوى المباشرة تعد من قبيل الضمان الخاص الذي يتيح المشرع لصاحب الحق. لذلك فهي لا تتقرر لأي دائن إلا بنص قانوني خاص، ومن هذه النصوص الخاصة التي تقرر الدعوى المباشرة للدائن، لنص المادة 776 ق.مدني، الذي يتيح للمؤجر الأصلي مطالبة المستأجر من الباطن بما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي، ونص المادة 883 ق.مدني الذي يعطي المقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحسابه الحق في مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، وكذلك نص المادة 939 ق.م الذي يعطي الحق لنائب الوكيل في المطالبة بحقوقه قبل الموكل مباشرة. كما يجوز للأخير أن يطالب نائب الوكيل بتنفيذ العمل الموكل به مباشرة.

### ثالثا:الدعوى البولصية - عدم نفاذ التصرف-

تعتبر الدعوى البولصية في القانون الجزائري دعوى خاصة، يقصد منها عدم نفاذ التصرف الذي أبرمه المدين إضرارا بالدائن و تؤدي إلى عدم الإحتجاج بالتصرف في مواجهة الدائن و هو ما عبرت عنه المادة 191:" لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه... "، لذلك فقد تم تعريفها بأنها تلك الدعوى التي يرفعا الدائن بإسمه عندما يلجأ فيها المدين إلى التصرف في أمواله كلها أو بعضها قاصدا غش دائنيه، أي الإضرار بهم.<sup>118</sup> كما وعرفها الفقيه الفرنسي مازو بأنها: " دعوى تمارس من طرف الدائن و باسمه الشخصي في مواجهة مدينه لطلب الحكم بعدم نفاذها"<sup>119</sup>.

تهدف الدعوى غير المباشرة إلى تأمين الدائن من خطر إهمال إمتناع المدين من المطالبة بحقوقه و لكن هذا التأمين يفقد الفائدة منه عندما يقوم المدين بالتصرف في أحد أمواله إلى الغير أو أن يتصالح المدين مع مدينه بالحق، و من هنا جاءت فكرة الدعوى البولصية التي يقصد منها حماية الدائن من التصرفات التي يقوم بها المدين بقصد الإضرار بالدائن كان يبيع المدين أحد القطارات التي يملكها بثمن تافه لا يناسب مع قيمته الحقيقية إضرار بالدائن وإضعاف الضمان العام، والدعوى البولصية لا ترفع من الدائن نيابة عن مدينه و إنما ترفع بإسم الدائن شخصا ضد المتصرف مع المدين مع إدخال المدين أيضا في الدعوى.

#### 1- شروط الدعوى البولصية

يتبين من المادة 191 و 192 أن شروط الدعوى البولصية ثلاثة انواع:

أ/شروط تتعلق بالدائن:

1. أن يكون حق الدائن مستحق الأداء: وهو ما عبرت عنه المادة 191:"لكل دائن حل دينه..."، وهذا يعني أنه إذا كان حق الدائن قبل المدين غير مستحق الأداء فلا يجوز له أن يرفع الدعوى البولصية، كما يتبين من النص السابق أنه إذا كان الدين الذي في ذمة مدينه مضاف إلى أجل معلقا على شرط واقف لم

<sup>118</sup> محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص

131.

<sup>119</sup> MAZEAUDL ( H.L et J ) et CHABAS ( F ) , Leçons de droit civil, Tome II , Volume 1er , obligations , Théorie générale, 9eme Ed, Montchrestien, Paris, 1998, N° 980, P 1055

يتحقق بعد ، فليس لهذا الدائن أن يلجا إلى استعمال دعوى عدم نفاذ التصرفات، ذلك أن الدعوى تعتبر من قبيل مقدمات التنفيذ، فلا يمكن استعمالها إلا ممن كان له حق مستحق الأداء.<sup>120</sup>

ولا يشترط في حق الدائن أن يكون نقديا دائما وإنما يجوز أن يكون إلتزاما بعمل أو بإمتناع عن عمل كما لا يشترط ان يكون حقه ناتجا عن فقط فقد يكون مصدره فعلا ضار كذلك.

2. أن يكون التصرف ضار بالدائن: وهو ما عبرت عنه المادة 191: "وصدر من مدينه تصرف ضاربه..."، ويعتبر هذا الشرط بديهيا، أما إذا كان التصرف غير ضار فلا يجوز رفع الدعوى البولصية ويشترط في المال تصرف فيه ألا يكون غير قابل للحجز ولاحقا شخصي لصيق شخص المدين، وليس من مصلحة الدائن أن يرفع الدعوى البولصية إذا وقع التصرف على مال من أمواله المنتقلة بحقوق عينية لصالح الدائنين الآخرين ،لأنهم يستقدمون قبله في إقتضاء حقوقهم، ويجب أن يكون المال الذي تصرف فيه المدين موجودا في ذمة المدين وقت نشوء دين الدائن أي بتاريخ نشوء الحق و ليس بتاريخ إستحقاقه و يقع عبء إثبات أن تاريخ التصرف الذي أبرمه المدين لاحقا لنشوء حق الدائن على رافع الدعوى (الدائن) و له في ذلك كافة طرق الإثبات.

ب/ الشروط المتعلقة بالتصرف الصادر من المدين:

1- أن يكون تصرفا قانونيا: و هذا يعني وجوب أن يكون تصرف المدين بأحد أمواله من التصرفات القانونية فإن الدائن لا يجوز له إستعمال الدعوى البولصية في أعمال المدين المادية كالاتزامات غير التعاقدية كالفعول النافع أو الفعل الضار، و يستوي في التصرف القانوني أن يكون ملزما لجانب واحد أو لجانبين.

2- أن يكون التصرف مفقر للمدين: وعبرت هذا الشرط المادة 191 و يكون التصرف مفقر للمدين إذا كان من شأنه أن ينقص من حقوق المدين أو يزيد من إلتزاماته و مثال التصرفات التي تنقص من حقوق المدين الهبة و الإبراء رفض قبول الوصية له و مثال التصرفات التي تزيد من إلتزاماته عقد قرض، أو إذا أراد تفضيل أحد الدائنين بإعطائه حق عينيا دون غيره، فقد إشتطرت المادة 196 توافر قصد الغش و يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية. ومع ذلك فإنه يجب التفرقة بين حالتين:

<sup>120</sup> محمد الصبري السعدي ، المرجع السابق ،ص 191-192.

- إذا حصل المدين على مقابل لقاء الضمان الخاص الذي قدمه فالتصرف هذا يعتبر معاوضة و يشترط للطعن فيه أن يثبت الغش المدين و الدائن.

- إذا ما قصد المدين التبرع بالضمان الخاص للدائن فيجوز الطعن بالدعوى البولصية دون وجوب إثبات الغش.

ويقوم كذلك التساؤل حول وفاء المدين بدينه لأحد الدائنين قبل حلول أجله و هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 196، وقد أجاز المشرع الطعن في هذا التصرف و لو لم يقصد المدين الغش أو تواطؤ مع التصرف معه (الموفى له) والعلة من ذلك إعتباره تبرعاً. و كذلك يجوز الطعن في الوفاء الذي يتم بعد حلول الأجل إذا كان نتيجة تواطؤ بين المدين و الدائن على الإضرار بالدائن الطاعن إثبات الغش و تواطؤ الدائن الذي إستوفى حقه.

ج/ الشروط المتطلبة في المدين:

1- أن يؤدي التصرف إلى إعسار المدين أو زيادة إعساره: و هو شرط عبرت عنه المادة 191 ق م فيجب أن يؤدي التصرف إلى إعسار المدين أو زيادة إعساره أما إذا لم يؤدي إلى إعساره أو زيادة إعساره فلا يجوز الطعن فيه، ويقع عبء إثبات إعسار المدين على عاتق الدائن باعتباره المدعي في الدعوى البولصية، بأن يكتفي بإثبات ديون مدينه، أي ما في ذمة مدينه من ديون و على المدين إذا أنكر الإعسار أن يثبت أن أمواله تكفي للوفاء بما عليه من ديون أو تزيد عليها أي أن يثبت أن له مالا يزيد عن قيمة الديون، فإذا لم يستطع ذلك اعتبر معسراً.<sup>121</sup>

2- الغش و التواطؤ: يعتبر أهم شروط الدعوى البولصية و يقصد بالغش في هذا المجال بنية الإضرار بحقوق الدائن، ويعتبر غش المدين هو أهم شروط الدعوى البولصية، بل هو العمود الفقري لهذه الدعوى التي تقوم على محاربة الغش.<sup>122</sup> ويكون اثبات الغش اجمالاً في التصرفات بعوض، أما إذا كان التصرف تبرع دون عوض فليس من الضروري أن يثبت الدائن غش المدين أم علم المتصرف إليه بغش المدين وإنما على الدائن أن يثبت أن التصرف تبرع فقط وأنه يؤدي إلى اعسار المدين .

<sup>121</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص160.

<sup>122</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح الالتزام، ص 1034.

ونصت الفقرة الأخيرة من المادة 192 على الحالة التي ينتقل المتصرف إليه الأول الحق الذي تلقاه إلى متصرف إليه آخر فإن الدائن لا يستطيع أن يرفع دعوى البوليصية إلا إذا أقام الدليل على أن المتصرف إليه الثاني والأول كانا يعلمان بغش المدين أثناء نقله للمال للمتصرف إليه الأول، وعلى الدائن أن يختصم في الدعوى جميع أطراف التصرف الضار به وهم المدين والمتصرف معه إذا كان هذا الأخير قد تصرف بالحق إلى شخص آخر أو المتصرف إليه الثاني فإنه لا بد من إختصامه.

كما إن إعتبار التصرف الذي أبرمه المدين غير نافذ في حق الدائن يؤدي إلى إعتبار أن المال الذي تصرف فيه المدين كأن لم يخرج من الضمان العام.

## 2- آثار الدعوى البوليصية

1- بالنسبة للدائن: يباشر الدائن الدعوى البوليصية باسمه شخصيا وبصفته دائئا للمدين لا بصفته نائبا غدا المدين وهذا يعني أن الدائن إذا فقد صفته كدائن فإنه يفقد حقه دفع الدعوى أو الاستمرار فيها، ويفقد الدائن هذه الصفة إذا قام المدين بالوفاء لكن هذا الفرض نادر الوقوع ويجوز للمتصرف إليه إذا كان مشتريا وكان الثمن الذي اشترى به هو ثمن المثل أن يتوقى الحكم بالدعوى البوليصية عن طريق ايداع ثمن المثل لدى خزانة المحكمة<sup>123</sup> وهو ما قرره المادة 195. ولقد قررت المادة 194 ق م أنه متى تقرر عدم نفاذ التصرف إستفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إجحافا بحقهم.

2- بالنسبة للمدين والمتصرف إليه: الدعوى البوليصية لا تؤدي إلى بطلان التصرف فيبقى صحيحا في علاقة المدين والمتصرف إليه مع عدم نفاذه في حق الدائن ويترتب على ذلك<sup>124</sup>.

أ- إذا نفذ الدائن على الشيء وهو في حيازة المتصرف إليه وحصل الدائن على حقه فإن تبقى شيء فهو حق المتصرف إليه وليس للمدين.

ب- إذا نفذ الدائن على الشيء المتصرف فيه فللمتصرف ان يرجع على المدين بالدعاوي عن العقد الذي قام بينهما فله ان يطالب بفسخ العقد أو التنفيذ العيني أو بالتعويض تقادم الدعوى البوليصية: يتضح من خلال المادة 197 ان حق الدائن يرفع الدعوى البوليصية يسقط إذا لم يرفع الدعوى خلال ثلاث

<sup>123</sup>نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج الثاني، أحكام الالتزام، ط. الأولى دار المعرفة الجامعية ،

الاسكندرية، مصر ، 1992، ص127.

<sup>124</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص163.

سنوات من علمه بتصرف المدين بأحد امواله بقصد الإضرار بالدائن أو بإنقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر التصرف المطلوب فيه.

#### رابعاً: الدعوى الصورية

يقصد بالصورية بأنها وسيلة يلجأ إليها المدين بقصد إبعاد جزء من امواله مجموع الضمان العام وذلك عن طريق إخفاء حقيقة ما قام بينه وبين المتعاقد الآخر، والصورية تفترض وجود عقد ظاهر وهو العقد الصوري وعقد مستتر وهو العقد الحقيقي<sup>125</sup>، والصورية قد تكون مطلقة وقد تكون نسبية وهذه الأخيرة على أنواع صورية بطريق التستر وصورية بطريقة المضادة وصورية بطريق التسخير.

والصورية المطلقة هي التي تتناول العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة ولا تتضمن الورقة المستترة عقداً يختلف عن العقد الظاهر، وإذا تضمنت على تقرير العقد الظاهر هو عقد صوري لا وجود له، أما الصورية بطريق التستر: فهي تتناول نوع العقد لا وجود كجهة في صورة بيع للمنقول فالعقد الظاهر هو عقد البيع صوري والعقد المستتر هو عقد الهبة هو العقد الحقيقي، ويكون الغرض من الصورية في هذه الطريقة هو التهرب من شكلية ورسمية عقد الهبة.

والصورية بطريق المضادة فهي تتناول ركناً في العقد أو شرط فيه مثل ذلك عقد بيع يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي للتقليل من يوم التسجيل، أما الصورية بطريق التسخير فهي تتناول شخصاً أحد المتعاقدين كان يهب شخصاً لآخر مالا ويكون الموهوب له المذكور في العقد ليس المقصود بالهبة بل المقصود شخص آخر القانون منعه من هذا التصرف 402 ق م.

#### أ/ شروط تحقق الصورية

تتحقق الصورية إذا توافرت الشروط التالية:

1. أن يوجد عقدان، عقد ظاهر وعقد خفي والعقد الظاهر هو الصوري والعقد الخفي هو الحقيقي.
2. أن يبرما في وقت واحد<sup>126</sup>.
3. إختلاف العقد الظاهر عن العقد المستتر في الطبيعة أو الأركان أو الشروط....ونحو ذلك.

<sup>125</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 145.

<sup>126</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 162.

## ب/ أحكام الدعوى الصورية

أ- بين المتعاقدين: من نص المادة 199 أن العبرة بين المتعاقدين بالعقد الحقيقي وليس بالعقد الظاهر على أساس ان العقد الحقيقي هو المعبر عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وللصورية ليست سببا لبطلان العقد ، ويترتب على ذلك ان الصورية لو أفقت تصرف حقيقا وصحيا كانت سائقة وصح التصرف ، أما إذا أخفت تصرفا باطلا يحرمه القانون فإن الجزء لهذا التصرف هو البطلان لمخالفة القانون، وإذا أخفى التصرف الصوري السبب الحقيقي وكان غير مشروع فإن التصرف يعتبر باطلا بطلان مطلقا. وإثبات الصورية بين المتعاقدين يقع على من يدعي الصورية، ويكون بكل طرق الإثبات أي وفقا للقواعد العامة وبناء على ذلك فلا يجوز لطرفي التصرف وخلفهما العام إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة حتى ولو كانت قيمة التصرف لا تزيد عن مائة ألف دينار جزائري، وعلة ذلك أن مدعي الصورية يروم إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة ولذلك كان لزاما أن يكون إدعائه ثابتا بالكتابة أيضا<sup>127</sup>.

ب - بالنسبة للغير: الغير هو كل من اطمأن واعتمد على العقد الصوري وبنى عليه تعامله بحسن نية، ويعتبر من الغير بالمعنى المتقدم ، الخلف الخاص للمتصرف ودائنيه، ويلحق بهما وارث المتصرف والظاهر من نص المادة 142 من القانون المدني أن المشرع قد وحد في حكمه بين مصلحة دائن المتصرف إليه وخلفه الخاص وبين مصلحة دائن المتصرف وخلفه الخاص، وخول لهم جميعا متى كانوا حسن النية أن يتمسكوا بالتصرف الظاهر<sup>128</sup>.

1- الخلف الخاص: هو من ينتقل إليه عيني على كل شيء من أحد طرفي العقد، ويستوي ان يكون قد انتقل إليه هذا الشيء قبل العقد الصوري أو بعده.

2- الدائن الشخص: الدائن العادي لأحد الطرفين يعتبر من الغير ويستوي ان يكون حقه مستحق الأداء أولا.

ويتضح من نص المادة 198 أن الغير له أن يتمسك بالعقد الصوري وللغير ان يتمسك بالعقد المستمر ويثبتون الصورية بكافة طرق الإثبات ويكون للخلف الخاص التمسك به إذا كانت له مصلحة في ذلك.

<sup>127</sup> سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الجزء الثاني والثالث والرابع، مصادر الالتزام وآثاره وأوصافه وانتقاله وانقضاؤه

والنظرية العامة للإثبات، المطبعة العالمية، القاهرة ، سنة 1964، ص 692.

<sup>128</sup> المرجع نفسه، ص 692.

وللغير أيضا ان يتمسك بالعقد السوري طالما كانت له مصلحة في ذلك وكان حسن النية ويعتبر كذلك إذا كان يجهل وقت قيام تعامله على أساس انه عقد صوري وحسن النية مفترض يقبل اثبات العكس .  
ولا تخضع دعوى الصورية للتقادم المسقط ، كما هو الحال في الدعوى البولصية.

### خامسا: الحق في الحبس

يعرّف حق الحبس بأنه: حق يخول لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به، فهو حق مقرر قانونا لكل شخص يكون دائئا ومدينا في نفس الوقت، فيجوز له أن يحتفظ بما لديه من مال يخص مدينه مادام أن هذا الدائن لا يقوم بما وجب عليه، وبالتالي فإن حق الحبس يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب عن الآخر ومرتب به سواء كان هذا العمل القانوني كعقد أو واقعة قانونية كالإثراء بلا سبب.<sup>129</sup>

أ/ شروط التمسك بالحق في الحبس<sup>130</sup>

يتبين من نص المادة 200 ق م أنه يقتضي توافر ثلاثة شروط للتمسك بالحق في الحبس.

1. وجود إلتزام في ذمة الحابس بأداء شيء: فحق الحبس يفترض وجود إلتزام في ذمة الحابس بأداء لشخص آخر ويستوي في هذا الشيء ان يكون عقارا أو منقولا كما يكون إمتناع عن عمل أو اداء عمل ويتمثل الحبس في هذه الحالة عدم تنفيذ العمل أو الإمتناع عن تنفيذه.

ولا يشترط القانون ان يكون الشيء المراد حبسه مملوكا للمدين بل يجوز ان يكون مملوكا للدائن ولا يشترط في الحابس ان يكون حائزا للشيء المحبوس على يد التملك، المهم ألا يكون إلتزام الحائز بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع، ولا يجوز لمن حاز شيئا حيازة مادية أن يحبس هذا الشيء .

2. أن يكون للحابس حق مستحق الأداء في ذمة المدين: يجب لقيام حق الحبس أن يكون إلتزام الشخص الآخر إلتزاما مدنيا حل ميعاد الوفاء به. ويجب أن يكون حق الحابس تاليا او معاصرا لحيازته للشيء المحبوس.

<sup>129</sup> انورسلطان : الموجز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ص74.

<sup>130</sup> راجع في ذلك، مسعود رويصات، المرجع السابق، ص 7.

3. وجود إرتباط بين حق الحابس وبين إلتزامه بأدائه الشيء: وهو ما قصده المشرع بقوله: "وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين".

والارتباط قد يكون ماديا أو قانونيا، فالارتباط القانوني هو الذي نشأ عن علاقة قانونية سواء كانت عقدية أو غير عقدية أما الارتباط المادي فهو الذي ينشأ عن واقعة مادية هي حيازة الشيء أو إحراز وبدون هذا الارتباط لا يقوم حق الحبس فهو شرط جوهري، كما وقد يكون الارتباط معنوياً.<sup>131</sup>

ب/ آثار استعمال حق الحبس<sup>132</sup>

لم يشترط القانون لاستعمال حق الحبس شروط معينة وإنما يجب أن يكون الحابس حسن النية، عند حبسه مال المدين، غير انه يمكننا استنتاج آثار استعمال حق الحبس من نص المادة 201 ق.م، كما على الحابس المحافظة على الشيء المحبوس، وتقديم حساب عن غلة الشيء المحبوس، ورد العين المحبوسة عند الوفاء، ولا يتحمل الحابس تبعة هلاك الشيء المحبوس إلا اذا كان الهلاك بخطأ أو نتيجة إهماله، ويتحقق حبس الشيء دون اعدار ودون اذن قضائي.

وللحابس حق الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس حتى يتم الوفاء، فاذا تم ذلك فلا يجوز الابقاء على حقه في الحبس وإلا عدّ متعسفا في استعمال حقه، كما لا يخول حق الحبس امتيازاً للحابس فليس له حق التتبع، ويبقى دائناً عادياً.

فمتى توافرت شروطه يكون للدائن الحق في أن يبقى الشيء الذي إرتبط به في حيازته، فالحبس إذا عبارة عن إمتناع مؤقت عن تنفيذ الإلتزام وليس وسيلة من وسائل انقضاء الإلتزام،<sup>133</sup> ويعتبر حق الحبس ضمناً عاماً، يستطيع الدائن الحابس أن يحتج بحقه على المدين وعلى دائنيه وورثته، أي الأشخاص الذين يجتمع عليهم بالحق في الحبس.

ج/ انقضاء حق الحبس

<sup>131</sup> المرجع نفسه، ص 7.

<sup>132</sup> خوجة حسينة، حق الحبس ضمان لتنفيذ الإلتزام، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 2،

المجلد 54، لسنة 2017، ص ص 233-247..

<sup>133</sup> جلال علي العدوي، أصول أحكام الإلتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون سنة، ص 02.



ينقضي حق الحبس بخروج العين من يد الحابس ويكون ذلك بطريق أصلي: أي استقلالاً قبل انقضاء الحق المضمون، ويتحقق ذلك في:- تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس. - إخلال الحابس بالمحافظة على العين. - هلاك العين محل الحبس. - و يسقط الحق في الحبس بخروج العين إرادياً من يد الحابس، وبطريق تبعي: ينقضي الحق في الحبس بانقضاء الحق المضمون وتبعاً له، فإنه ينقضي:- إذا وفي المالك بالمصروفات بالوفاء الكلي - أو بما يقوم مقام الوفاء كالتجديد، المقاصة، اتحاد الذمة، كما ينقضي بدون وفاء بالإبراء، أو سقوط الدين باستحالة التنفيذ. ولا ينقضي أبداً الحق في الحبس بتقادم الدين المضمون ولا بالوفاء الجزئي.



## المبحث الثاني: آثار تنفيذ العقد

إذا أخل احد المتعاقدين بالتزاماته في الرابطة العقدية للعقود الملزمة لجانبين جاز للمتعاقد الاخر طلب حل الرابطة العقدية، كحل متاح الى جانب امكانية دفعه بعدم تنفيذ العقد أو المطالبة بتنفيذ العقد، كما أن الاخلال بالالتزامات ترتب المسؤولية المدنية في جانبها العقدي.

### المطلب الأول: جزاءات الاخلال بتنفيذ العقد

تعد العقود أحد صور الالتزام بالإرادة الذي مكن القانون الاشخاص منه ليساعدهم على امتلاك سلطة احداث اثار قانونية استنادا الى ارادتهم الحرة، معترفا لهم أن العقود تعتبر بمثابة شرائع خاصة تلزم اطرافها ببندوها في حدود ما يسمح به القانون ، فإذا برموا عقودهم كان عليهم الوفاء بها، إلا أن ذلك لا يمنع أن البعض قد يخل بالتزاماته التعاقدية فينجر عن ذلك امكانية حل أو فسخ الرابطة التعاقدية أو قيام شروط المسؤولية العقدية. وهو ما سنقف عليه في هذا الفرع.

### الفرع الأول: الفسخ والدفع بعدم التنفيذ

إذا اخل احد المتعاقدين بالتزاماته في الرابطة العقدية للعقود الملزمة لجانبين جاز للمتعاقد الاخر طلب حل الرابطة العقدية ، كحل متاح الى جانب امكانية دفعه بعدم تنفيذ العقد أو المطالبة بتنفيذ العقد ، في حين لا يكون امام الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد إلا المطالبة بتنفيذ العقد لأنه ليس عليه أي التزامات اتجاه المتعاقد الآخر.

### أولاً : فسخ العقد

يعد فسخ العقد في العقود الملزمة لجانبين أحد الخيارات المتاحة للدائن في تعامله مع اخلال المتعاقد الاخر بالتزاماته التعاقدية فماذا نعني بالفسخ وما هي شروطه و كيفية وقوعه.

### أ/ مفهوم الفسخ

الفسخ هو حل الرابط العقدية بناء طلب احد المتعاقدين اذا اخل الطرف بتنفيذ التزاماته التعاقدية، و هذا يعني أن الفسخ جزاء قانوني يترتب على إخلال أحد طرفي العلاقة التعاقدية بالتزاماته العقدية مما يعطي للطرف الاخر سلطة طلب فسخ الرابطة التعاقدية ليتخلص هو ايضا من الإلتزامات التي رتبها العقد في ذمته، اذا فالفسخ هو زوال العقد بجميع آثاره في الماضي والمستقبل، وهو ما يعبر عنه بالآثر الرجعي للفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى<sup>134</sup>.

<sup>134</sup> ضحى مثى داود، فسخ العقد في القانون المدني، قسم القانون، كلية الرافدين الجامعة، بغداد، دون سنة ، ص 3.

قد يقع الفسخ بحكم قضائي بناء على طلب احد المتعاقدين أو استنادا لاتفاق اطراف العلاقة التعاقدية أو استنادا الى القانون.

1-الفسخ القضائي: نصت المادة 119 - من ق م على أن في العقود الملزمة لجانبين اذا لم يوفي احد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعدار المدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين ، اذا اقتضى الحال ذلك.

و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجل حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوفي به المدين قليل الاهمية بالنسبة الى كامل اللتزامات. وهذا يعني أن القاضي يملك سلطة تقديرية في اجابة طلب الدائن بالفسخ أو رفضها و ايجاد بدائل أخرى مثل التنفيذ أو الارجاء .

2- الفسخ الاتفاقي: يمكن للفسخ أن يكون اتفاقي استنادا الى المادة 120 من ق.م التي أكدت على أنه يجوز ان يكون الفسخ اتفاقي ،باتفاق اطراف العقد على أن اعتبار العقد مفسوخا بحكم القانون عند الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها و دون حاجة الى حكم قضائي .

3-الفسخ بمقتضى القانوني: هي الحالة التي نصت عليه المادة 121 من ق.م و التي أكدت أن في العقود الملزمة لجانبين اذا انقضى اللتزام بسبب استحالة تنفيذه معه اللتزامات المقابلة له و انفسخ العقد بحكم القانون.

ب/ شروط الفسخ<sup>135</sup>

أكدت المادة 119 من ق م في فقرتها الأول أن مجال الفسخ هو العقود التبادلية أي الملزمة لجانبين التي ترتب التزامات متبادلة في ذمة اطرافها ، و لقد أكدت ذات الفقرة أن الفسخ ليس امر حتمي بل خيار متاح امام الدائن الذي يمكن اللجوء الى الفسخ أو المطالبة بتنفيذ العقد. لا يقع الفسخ غالبا إلا بحكم قضائي بناء على طلب المدين متى توافرت شروطه، وهي:

-أن يخل المدين بإلتزامه التعاقدية اتجاه الدائن، لأن الفسخ جزاء قانوني مقرر استنادا الى المادة 119 من ق م لمصلحة الدائن في مواجهة مدينه الذي اخل باللتزامات التعاقدية. فإذا تعذر على المدين اداء ما عليه من إلتزامات لسبب خارج عن ارادته لا قبل له بدفعها انفسخ العقد بقوة القانون استنادا الى المادة 121 من ق م.

<sup>135</sup> مشاري محمد العسوسي، فسخ العقد، كلية الدراسات التجارية، تخصص قانون، البحث منشور على الرابط:

بتاريخ 2018/04/25، وتم الاطلاع عليه بتاريخ: 2023/02/10 <https://www.alqabas.com/article>

لم يفرق نص المادة 119 السالفة الذكر بين عدم التنفيذ الكلي و الجزئي بشرط أن لا يكون الجزء الذي لم يوفي به المدين قليل الأهمية بالنظر لقيمة كامل الالتزامات التي وفى بها.

-أن يكون الدائن طالب الفسخ قد نفذ التزامه التعاقدى أو هو على استعداد لتنفيذه وفق ما نستنتجه من نص مادة 119 من ق.م، ضف الى ذلك انه ليس من الانصاف أن يرفع المتعاقد الذي لم يوفي بالتزاماته دعوى فسخ ضد المتعاقد الآخر الذي لم يفي بالتزاماته أيضا، فإذا لم يكن الشخص الذي تقدم بطلب فسخ العقد قادرا على تنفيذ التزامه لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لطلبه، والسبب يكمن في استطاعة الطرف الثاني في أن يدفع بعدم التنفيذ.<sup>136</sup>

ج/ كيفية طلب الفسخ

يحتاج الفسخ الى اعدار المدين ورفع دعوى قضائية إلا في الحالات التي يسمح فيها القانون بوقوع الفسخ دون حاجة للاستصدار حكم قضائي.

1. اعدار المدين : نستنتج هذا الشرط من نص المادة 120 من ق. م التي نصت على أن الاعذار شرط في الفسخ القضائي و الاتفاقي على حد سواء ، و انه يحدد اما عرفا أو اتفاقا.
  2. رفع دعوى فسخ: يتم الفسخ إما اتفاقا أو استنادا الى القانون، لكنه لا يتقرر بالإرادة المنفردة، لذا اجاز القانون المدني للدائن الذي اخل مدينه بالوفاء بالتزاماته التعاقدية أن يرفع دعوى قضائية يطلب فيها إما بتنفيذ تلك الالتزامات أو فسخ العقد، حيث يمكن للقاضي استنادا الى الفقرة الثانية من المادة 119 من ق.م منح المدين اجل حسب الظروف كما يمكنه أن يرفض الفسخ اذا كانت الالتزامات التي اخل بها المدين اقل اهمية بالنسبة لكامل الالتزامات، و هذا يعني أن الفسخ اذا لم يتم استنادا الى القانون بسبب ظروف جعلت تنفيذ الالتزام مستحيل أو بناء على اتفاق بين المتعاقدين ، فلا يمكن أن يتم بالإرادة المنفردة و لكن يمكن للمتعاقد أن يرفع دعوى فسخ الذي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.
- يترتب على الفسخ سواء تم استنادا الى القانون أو الى اتفاق المتعاقدان أو نطق به القاضي ارجاع المتعاقدان الى حالتها الأولى وهو ما اكدت عليه المادة 122 من ق.م التي نصت على أن اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالة التي كان عليها قبل العقد، اما اذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض.

<sup>136</sup> عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، لسنة 1992، ص163.

ويختلف الاثر الرجعي بحسب اذا كان بين المتعاقدين، حيث يكون له علاقة بطبيعة العقد، لأنه في العقود المستمرة فأثر العقد يكون بالنسبة للمستقبل وذلك لاستحالة الرجوع فيه الى الماضي، أما اذا كان أثر الرجعي بالنسبة للغير، فقد يكتسب هذا الاخير حقا على محل العقد.<sup>137</sup>

### ثانيا: الدفع بعدم التنفيذ

عرف الفقه الدفع بعدم التنفيذ بأنه: "الوسيلة التي يلجأ إليها المتعاقد في العقود التبادلية للضغط على المتعاقد الآخر وجعله على تنفيذ التزامه دون حاجة الترافع إلى القضاء"<sup>138</sup>، كما تم تعريفه على أنه: "امتناع المتعاقد بتنفيذ التزامه جزاء عدم تنفيذ المتعاقد الآخر التزامه ويكون هذا في الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة كجانبيين المستحقة الأداء".<sup>139</sup>

ويمكننا استنتاج تعريف من خلال نص المواد 119 و 123 من ق.م ، أن الدفع بعدم التنفيذ هو أن يعلن الدائن عن وقف تنفيذ التزاماته اتجاه المدين الذي أحلّ اتجاهه بتنفيذ الالتزامات التي اتفقا عليها في العقد المبرم بينهما، وأساس هذا الدفع هو التبادلية و تقابل التزامات المتعاقدان في العقود الملزمة لجانبيين ذلك أن في العقود الملزمة لجانبيين يكون الدائن اذا اخل مدينه بالتزاماته التعاقدية مخير بين المطالبة بفسخ العقد أو المطالبة بتنفيذ العقد أو بالدفع بعدم التنفيذ.

### أ/شروط الدفع بعدم التنفيذ

أكدت نصوص المواد من 119 حتى 223 من ق.م أن المطالبة بالفسخ والدفع بعدم التنفيذ من خصوصيات العقود الملزمة لجانبيين، لذا يستطيع المتعاقد الدفع بعدم التنفيذ من توافرت الشروط التالية:

- أن نكون بصدد عقد ملزم لجانبيين و هو ما اكدت عليه المادة 223 من ق.م ، مثل عقود البيع و الايجار و العمل و غيرها من العقود الى تضع في ذمة اطرافها التزامات تبادلية ، يستطيع فيها المتعاقد الذي تعرض لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته أن يدفع هو ايضا بعدم التنفيذ.
- أن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته : لا يستطيع المتعاقد الدفع بعدم التنفيذ إلا في حالة اخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته الحالة مستحقة الدفع لا المؤجلة، لأن الالتزامات المؤجلة لم يحين أجلها بعد و

<sup>137</sup> مصطفى ابراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، الطبعة الاولى، شركة الخنساء، دون سنة، ص ص 158-159.

<sup>138</sup> خليل احمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 50.

<sup>139</sup> حورية لشهب، الطبيعة القانونية لدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي، دراسة قانونية مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد 2، لسنة 2018، ص ص 5-6.

هو ما نصت عليه المادة 223 من ق م ج ، التي اكدت على أن : " في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء لكل من المتعاقدين أن يتمتع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الاخر بتنفيذهما التزم به.

- يجب أن لا يكون الجزء الذي لم ينفذ من التزام قليل الاهمية بالنسبة الى قيمة كامل الالتزام : فمثلا لا يجوز للبائع أن يدفع بعدم التنفيذ بتسلم المبيع إذا كان المشتري لم يوفي بكامل الثمن إلا أنه قد وفى بنسبة كبيرة من الثمن وهذا ما يتعارض أيضا ومبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات من جهة كما أنه قد يحدث أن لا يكون محل أو جدوى من جراء التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لظروف انسانية مثل المجال الطبي<sup>140</sup>.

- شرط استحقاق الاداء: وهو أن يكون الالتزام واجب الوفاء حالا، فلا يجوز الدفع بعدم التنفيذ إذا كان الالتزام مقترن بأجل واقف طبقا لنص م 212 ق م أي أنه إذا كان الالتزام مقترن بأجل واقف، فإنه لا يكون نافذا إلا في الوقت الذي ينقض فيه الأجل، ومثال ذلك في عقد العمل لا يحق تمسك بالدفع بعدم التنفيذ فالعامل يقوم بأداء عمله والأجرة تكون مثلا بعد أسبوع أو شهر أي بعد أن ينفذ التزامه أولا خلال هذه الفترة، مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك.<sup>141</sup>

#### ب/ كيفية الدفع بعدم التنفيذ

يعتبر الدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية و ليس هجومية أي أن المتعاقد لا يتمسك بها إلا اذا طوالب بما عليه التزامات، فيرد المطالبة و يدفعها بعدم التنفيذ لأن المتعاقد الاخر لم ينفذ التزاماته، يستطيع المتعاقد توجيه هذا الدفع بإرادته المنفردة ودون حاجة الى اعدار أو حكم قضائي كما هو مطلوب في الفسخ، غاية المتعاقد من الدفع هو التمسك بالامتناع عن تنفيذ التزاماته التعاقدية الى حين قيام الطرف الأخر بتنفيذ التزاماته، ويترتب على الدفع بعدم التنفيذ توقيف اثار العقد لا حله أو الغائه، حيث يتوقف المتعاقد التي تمسك بالدفع عن تنفيذ جانبه من العقد الى حين قيام الطرف الأخر بتنفيذ الجزء الخاص به من الالتزام.

#### ج/ أثار الدفع بعدم التنفيذ

من بين أثار وقف التنفيذ حيث يتم تجميد تنفيذ الالتزامات العقدية كأثر مؤقت إلا أن الإشكال في مدة وقف التنفيذ العقد المترتبة على الدفع لأنها غير محددة بأجال معينة مما يجعله وسيلة دفاعية ولكن رغم ذلك لا ننكر أهمية الدفع بعدم التنفيذ حيث يجنبنا خطر فسخ العقد . كما أن اعتبار الدفع بعدم التنفيذ

<sup>140</sup> أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي، دون طبعة، منشأة المعارف، سنة 2006، ص ص 629-633.

<sup>141</sup> غنيمة لحول خيار، نظرية العقد، بيت الأفكار للنشر و التوزيع ، دار البيضاء، الجزائر 2018 ، ص 19.

وسيلة ضمان فإنه ينتج عنه ضمان البقاء العقد موجودا مع إمكانية تنفيذه مستقبلا، كما للمتمسك بالدفع حبس العين، وهذا ما يعطي ضمان أكثر واطمئنان عن مصالح الدائن، وهذا هو الدور الحقيقي لدفع بعدم التنفيذ، كما يمتد أثر الدفع بعدم التنفيذ على الغير حيث يسري في حق الغير إذ تمسك به قبل ثبوت الحق والعكس لا تسري إذا كان بعد ثبوت الحق، إلا أننا عندما نتكلم على آثار الدفع يجب أن نرى تطبيقها من خلال العقود التي تتلاءم مع الدفع بعدم التنفيذ، حيث نجد أن عقد البيع تطبيق واضح المعالم لدفع هذا ما أكد عليه المشرع عندما تناول نصوص قانونية صريحة حسب نص المادة 388 ق.م.ج بحبس المشتري للثمن ونص المادة 390 ق م ج بحبس البائع لثمن معتمدا في ذلك على أساس قانوني ثابت يتمثل في أساس حسن لنيته وهو الأساس الأقرب لتبرير التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، كما يظهر تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في عقد الإيجار باعتباره من العقود الزمنية من خلال النص الذي جاء به المشرع في نص المادة 476 ق.إ.م، أما بالنسبة لعقد التأمين فقد حوّل المشرع لأطراف عقد التأمين التمسك بالدفع بعدم التنفيذ من خلال نص المادة 16 من ق.ت ، كما حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي، وأقر لمضرور ضد المؤمن حق رفع الدعوى المباشرة بموجب نص المادة 59 ق.ت.

في الاخير يمكننا القول أنه لا يحتج بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة المتعاقد فقط ولكن يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير، فالمشتري مثلا أن يستعمل حقه في حبس الثمن قبل البائع وقبل الخلف الخاص كالمحلل بالثمن، كذلك البائع له أن يحتج بحقه في الحبس قبل الدائنين العاديين للمشتري ومن رتب المشتري حقوق عينة على المبيع كالدائن المرتهن<sup>142</sup>.

ونجد تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة لجانبين ومن أهم تطبيقاته عقد البيع وعقد الإيجار وعقد التأمين، حيث نص المشرع صراحة على تطبيق الدفع بعدم التنفيذ في عقد البيع وذلك بحبس المشتري الثمن وفقا لنص المادة 388 ق. م . ج في مقابل نص على حق البائع في حبس المبيع وفقا لنص المادة 390 ق.م.ج، أما مجال تطبيق عقد الإيجار باعتباره من العقود الزمنية فقد تطرق له المشرع من خلال نص المادة 476 ق. م . ج عند إخلال المؤجر بالتزامه بصيانة العين المؤجرة فيمتنع المستأجر نتيجة ذلك بعدم دفع الأجرة، أما بالنسبة لتطبيق الدفع بعدم التنفيذ في عقد التأمين فإن المشرع تطرق له من خلال نص المادة 16 من قانون التأمينات الذي يعتبر وقف الضمان كجزاء للإخلال المؤمن له عن دفع الأقساط التأمين مع إمكانية احتجاج المضرور تجاه المؤمن بالدعوى المباشرة من خلال نص المادة 59 من قانون التأمين لسنة 1995.

<sup>142</sup> أنور سلطان، المرجع السابق، ص 289 .

## الفرع الثاني: قيام المسؤولية العقدية

اعترف القانون للأشخاص بسلطة ترتيب التزامات في ذم بعضهم البعض استنادا الى ارادتهم الحرة، و ألزمهم باحترام و اداء تلك الالتزامات أو فسخ تلك الروابط العقدية اذا تعثر تنفيذها اما استنادا الى القانون أو جراء اتفاق بين اطراف العقد على فسخ علاقتهما التعاقدية أو استنادا الى حكم قضائي الذي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، حيث يمكن للقاضي إلزام الاطراف على تنفيذ ما اتفق عليه من التزامات عينا أو تعويضا وتسمى الصورة الاخيرة المسؤولية العقدية التي تترتب عن تعذر التنفيذ العيني للعقد وهو اخلال بالالتزامات العقدية، وبذلك يمكن تعريف المسؤولية العقدية بأنه: " جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها، والمسؤولية العقدية لا تقوم إلا عند استحالة التنفيذ العيني، ولم يكن من الممكن اجبار المدين على الوفاء بالتزاماته المتولدة عن العقد عينا فيكون المدين مسؤولا عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد"<sup>143</sup>. وهو ما سنقف عليه من خلال نقطتين:

### أولا: أركان المسؤولية العقدية

تقتضي القوة الملزمة للعقد قيام أطرافه بتنفيذ ما يقع على عاتقهم من إلتزامات ، فإن عدول أي الطرفين عن تنفيذ إلتزاماته وتأخر في تنفيذها بإمكان إجباره على التنفيذ العيني إذا كان ممكنا، أما المسؤولية العقدية فلا تقوم إلا عند استحالة التنفيذ العيني، لذلك تقوم المسؤولية العقدية كالمسؤولية التقصيرية على ثلاث اركان هي الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بينهما.

### أ/الخطأ العقدي

يقصد بالخطأ العقدي عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية سواء كان ذلك عمدا أو إهمالا، ولا فرق بين أن يكون عدم التنفيذ كلي أو جزئي و قد يتخذ شكل تأخر في تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية، و يقرر نص المادة 176 ق م ج مبدأ المسؤولية والالتزام بالتعويض جزاء عدم الوفاء بالالتزام الناشئ عن العقد، ولا يستطيع المدين نفي افتراض الخطأ من نفسه إلا إذا أثبت عدم التنفيذ راجع لسبب أجنبي وتقتصر على الحالات التي يستحيل فيها التنفيذ العيني لأنه لو كان ممكنا فلا محل للتعويض<sup>144</sup>، وحتى نقف على مضمون الخطأ التعاقدى علينا أن نميز بين الصورة التي قد يتخذها الاخلال في حالة الالتزام ببذل العناية أو التزام بتحقيق النتيجة.

<sup>143</sup> بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص ص265-266.

<sup>144</sup> المرجع نفسه، ص 268.

ونعني بالالتزام ببذل النتيجة هو التزام الذي يكون فيه المدين ملتزم بعمل يفضي الى تحقيق نتيجة ما، مثل التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع في عقد البيع، أو التزام الناقل بنقل الاشخاص أو البضائع الى وجهة معينة ، حيث يتوافر الخطأ في هذا النوع من العقود بإخلال المدين النتيجة التي التزم بها مع المتعاقد الآخر، أما اذا كان التزام المدين التزام ببذل العناية، فيتمثل خطأ المدين في الإخلال في بذل العناية التي يقتضيها منه الالتزام. حيث يقتضي هذا النوع من الالتزامات من المدين أن يبذل جهده و يتخذ كل الوسائل الضرورية من اجل الوفاء بالتزامه مثل الطبيب الذي يبذل جهده لعلاج المريض والمدرس الذي يبذل جهده لتدريس الطالب.

وتجدر الملاحظة يمكن اضافة الالتزام بالسلامة كما هو الشأن في ناقل المسافرين ، وجراح الأسنان وعيادة الأمراض النفسية...إلخ، وقد طبقت المحكمة العليا ذلك في مسؤولية ناقل المسافرين حيث اعتبرت الناقل ملتزم بتوصيل الراكب سالما إلى الجهة المتفق عليها، ولا يجوز إعفاء من هذه المسؤولية إلا إذا ثبت أن الضرر سببه القوة القاهرة أو الخطأ الجسيم ولم يكن متوقع ولا يمكن تفاديه<sup>145</sup>.

ويتم اثبات ركن الخطأ بحسب نوع الالتزام فإذا كان الإلتزام بتحقيق نتيجة كالتزام المؤجر بتسليم العين للمؤجرة اتجاه المستأجر يقوم في هذه الحالة المستأجر بإثبات خطأ المؤجر الممتنع عن تسليم العين المؤجرة لغرض الإنتفاع به، وقد يثبت المؤجر العكس فيدعي أن المستأجر لم يقوم بدفع الأجرة<sup>146</sup> . أما إذا كان الإلتزام ببذل عناية وجب على الدائن إثبات أن المدين لم يبذل العناية التي يبذلها الشخص العادي، وإثبات عدم التنفيذ في الحالة الأولى أيسر من الإثبات في الحالة الثانية، أما بالنسبة لإثبات الالتزام بالسلامة، فإن مسؤولية ناقل المسافرين وفقا للمادة 62 القانون التجاري تلغي على عاتقه الإلتزام بضمان السلامة فإن أصيب المسافر بضرر أثناء تنفيذ عقد النقل تقوم مسؤولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة لإثبات وقوع خطأ في جانبه.

ب/ الضرر

يعد الضرر الركن الثاني في المسؤولية المدنية سواء كانت تقصيرية أو عقدية، و نعني به الاذى الذي قد يصيب الشخص في مصلحة مشروعة، أو يمكن وصفه بأنه ما يلحق الانسان من خسارة أو ما يفوته

<sup>145</sup> المرجع نفسه ص ص 276-277.

<sup>146</sup> منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني ( مصادر الإلتزامات وأحكامها) ، معززة بأراء الفقه وأحكام الفقهاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن 2012 ، ص 220.

من كسب، فالضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة ذا قيمة مالية أو غير ذلك.<sup>147</sup>

وكثيرا في المسؤولية العقدية التي تنصب على اخلال احد المتعاقدين بالتزاماته العقدية وهي التزامات مالية، يكون فيها الضرر ماديا حتما، ونعني بالضرر المادي ذلك الضرر الذي يمس بمصلحة مادية للمضرور والذي قد يقابل الضرر الادبي، ويكون الضرر في المسؤولية العقدية ماديا دائما لأنه ينجر عن الاخلال بالتزام له قيمة مالية، مثل اخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه العقدي مما افضى اليه من ضرر بالمتعاقد الاخر مما يعطيه الحق في التعويض عما فاته من كسب و ما لحقه من خسارة.

يشترط في الضرر، سواء كان الضرر ماديا أو أدبيا أن يكون الضرر محققا والضرر يكون محقق إذا كان حالا، أي وقع بالفعل بالنسبة للدائن جراء الخطأ العقدي الذي ارتكبه المدين أثناء تنفيذ التزامه العقدي، كإصابة المسافر بخطأ أمين النقل فالإصابة هنا تمثل الضرر الواقع فعلا، وهذا النوع من الضرر يستوجب التعويض، وقد يكون الضرر مستقبلا، أي لم يقع بعد وإنما يكون محقق الوقوع في المستقبل فإذا كان في الإمكان تقدير الأضرار التي يمكن أن تقع بالفعل كان للدائن أن يطالب بالتعويض عن الضرر المستقبل، أما إذا كان التقدير غير ممكن في الحال فإن القاضي يحكم بالتعويض عما وقع من ضرر ويحتفظ للمضرور الحق في أن يرجع بعد ذلك بالتعويض عند استئصالا لضرر في المستقبل، أما بالنسبة للضرر المحتمل فإنه لا يعوض عنه إلا إذا تحقق فعلا، لأن المدين لا يسأل عن تعويض غير المتوقع إلا إذا ارتكب في إخلاله بالالتزام غشا أو خطأ جسيما، ويجب أن يكون الضرر مباشرا أي مرتبطا سببيا بعدم تنفيذ العقد أي الخطأ العقدي، يعتبر الضرر مباشرا عندما يتحقق كنتيجة طبيعية للخطأ العقدي لعدم التنفيذ فعدم استلام البضاعة نتيجة لعدم تنفيذ عقد البيع من قبل البائع يسبب ضررا مباشرا للمشتري، وهو مرتبط سببيا بعدم التنفيذ<sup>148</sup>، ولا يقصد بالضرر المتوقع ذلك الضرر الذي توقعه المدين فعلا وقت إبرام العقد، بل الضرر الذي يتوقعه وقت تعاقد الرجل العادي، ويرجع في تقديره إلى معيار ذاتي، ومثال ذلك ضياع حقيبة من الحقائب المشحونة عن طريق السكك الحديدية، فالشركة هنا لا تسأل إلا عن القيمة

<sup>147</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 284.

<sup>148</sup> مصطفى العويجي، القانون المدني، الجزء الثاني (المسؤولية المدنية)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية،

لبنان 2004، ص 61.

المعقولة لحقبة عادية أي الضرر المتوقع، ولو كان داخل الحقبة مجوهرات ثمينة لأنه من غير متوقع وضع المجوهرات في الحقبة<sup>149</sup>.

ويقع عبئ إثبات الضرر كركن من أركان المسؤولية على عاتق الدائن لأن البينة على من ادعى، وهنا الدائن هو الذي يدعي بأنه قد وقع عليه ضرر من جراء عدم التنفيذ، فإذا طالب الدائن بالتنفيذ العيني فإنه لا يطالب بإثبات الضرر لأن عدم التنفيذ يؤدي إلى ثبوت الضرر حتماً، أما إذا طالب بالتنفيذ عن طريق التعويض فعليه أن يقيم الدليل على الضرر الذي لحقه من عدم تنفيذ المدين لإلتزامه، أو من جراء تأخيره في القيام بتنفيذه<sup>150</sup>.

### ج/ العلاقة السببية

تعتبر العلاقة السببية هي الركن الثالث في المسؤولية العقدية، فلا يكفي أن يقع خطأ من المدين هو أن يلحق ضرر بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في الضرر وهذا ما يعبر عنه بالعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وبمعنى آخر أن تقوم المسؤولية العقدية عند قيام خطأ جانب المدين وأن يترتب على ذلك ضرر لنتيجة لعدم تنفيذ المدين لهذا الإلتزام أي أن توجد بين الخطأ والضرر رابطة وهو ما يعبر عليه بالعلاقة السببية.

فقد يكون هناك خطأ من المدين ، كما قد يكون هناك ضرر أصاب الدائن ، ولكن ليس بسبب خطأ المدين ، بل من الدائن ، ومثال ذلك أن يقود سائق الأجرة السيارة التي ينقل فيها البضاعة بسرعة أكبر مما يجب ، وكانت البضاعة عبارة عن أواني زجاجية قابلة للكسر وغير مرتبة في وضعها في السيارة بحيث كانت ستتكرر حتى ولو قاد السائق بسرعة عادية ، فيكسر الزجاج هنا يصاب الدائن بضرر لكنه غير ناشئ عن خطأ الدائن نفسه<sup>151</sup>.

يقع على الدائن عبأ إثبات العلاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي لحقه، أما العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الإلتزام وسلوك المدين فهي مفترضة في نظر المشرع الذي يفترض أن الخطأ راجع إلى الضرر وعلى المدين إذا كان يدعي عكس ذلك أن يقوم بنفي السببية بين عدم التنفيذ وفعله .

<sup>149</sup> بلحاج العربي، ص 288.

<sup>150</sup> خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص152.

<sup>151</sup> عبد القادر الفار، بشار عدنان مكاي، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الرابعة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2012، ص 148 .

لا يستطيع المدين أن يدفع المسؤولية عنه، إلا بنفي علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وسلوكه ، وذلك بإثبات السبب الأجنبي، ويقصد به كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق الدائن، والسبب الأجنبي الذي يجعل التنفيذ مستحيلا، قد يكون قوة قاهرة، أو حادثا فجائيا، أو يكون فعل الدائن أو يكون فعل الغير .

فبالنسبة للقوة القاهرة<sup>152</sup>: لم يفرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لا الفقه ولا القضاء كما أن المشرع الجزائري جريء على اعتبارهما مترادفين 127 ق.م.ج ويشترط فيها أربعة شروط:

\* أن يكون امرا لا يمكن توقعه.

\* أن يكون امرا لا يمكن دفعه.

\* أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

\* أن لا يكون ثمة خطأ من جانب المدين.

ومن أمثلة السبب الأجنبي الحرب والفيضانات و الزلازل وكذلك صدور قانون جديد إذا كان القوة القاهرة مانعة من تنفيذ الالتزام بصفة نهائية فإن المدين تبرأ ذمته من التزامه، أما إذا كانت مؤقتة، فإنها توقف تنفيذ الالتزام.

أما بالنسبة لفعل الدائن فإذا كان يجمع بين عدم إمكان توقعه واستحال دفعه، فإنه يعتبر سببا أجنبيا، كوقوع المسافر لمحاولته ركوب القطار في أثناء سيره أو ضياع الرسالة في أثناء نقلها نتيجة لسوء التعبئة وهو ما نص عليه القانون الجزائري في المادة 177 ق م .إذا كان الضرر رجعا إلى خطأ الدائن ففتنتفي العلاقة السببية وتبرأ ذمة المدين.

ويكون بفعل الغير والمراد بالغير هو الشخص الأجنبي عن العقد، لا يسأل عنه المدين تعاقديا، ويعتبر سببا أجنبيا ويترتب عليه نفي علاقة السببية إذا توافرت شروط القوة القاهرة.<sup>153</sup>

في الأخير يمكننا الجزم أنه لا تقوم المسؤولية العقدية إلا اذا اجتمعت اركانها كاملة وهي الخطأ و الضرر ورابطة السببية بينهما، اذا لابد أن يرتبط الخطأ والضرر بعلاقة السببية، بأن يكون الضرر نتيجة حتمية لوقوع الخطأ، ويقع على المضرور أي الدائن واجب اثبات كل من الخطأ ، و الضرر و علاقة السببية ، بإثبات أن الضرر يعد نتيجة طبيعية للخطأ المرتكب من قبل المدين.

<sup>152</sup> فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، الطبعة الاولى، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2015، ص 149.

<sup>153</sup> المرجع نفسه، ص 149.

يستطيع المدين التخلص من المسؤولية بالإثبات أن الضرر الذي لحق الدائن وقع لسبب لا دخل له فيه وأن وقوعه لم يكن نتيجة لعدم الوفاء بالتزامه ولكنه يعود لسبب الاجنبي خارج عن نطاق مسؤوليته ، مثل خطأ الدائن نفسه أو خطأ الغير أو انه يعود لقوة القاهرة أو حادث مفاجئ .

#### ثانيا: الطبيعة القانونية للمسؤولية العقدية

تتعلق المسؤولية العقدية بإخلال المدين بالتزاماته العقدية اتجاه الدائن، إلا أن قواعد هذه المسؤولية ليست من النظام العام مما يجعلها قابلة للتعديل باتفاق المتعاقدين.

أولاً: المسؤولية العقدية ليست من النظام العام

تتعلق المسؤولية العقدية بإخلال بالتزامات ارادية، لذا هي قد تخضع لتحكم الارادة لأنها لا تتعلق بالنظام العام كما هو حال المسؤولية التقصيرية التي تضع على عاتق الاشخاص التزام قانوني عام بعدم الاضرار بالغير. إلا أن تطور قواعد حماية المستهلك قد ادخلت استثناء في مجال المسؤولية العقدية التي تندرج ضمن علاقات الاستهلاك و جعلتها اقرب للمسؤولية التقصيرية منها للمسؤولية العقدية.

ثانيا: قابلية احكام المسؤولية العقدية للتعديل

مثلا سبق لنا توضيحه يمكن للمسؤولية العقدية أن تخضع لما تنص عليه اتفاقات طرفي العقد ، نصت في هذا الصدد المادة 178 من ق.م أنه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو قوة القاهرة، و يجوز ايضا الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم غير انه يجوز للمدين أن يشترط اعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من شخص يستخدمه في تنفيذ التزامه. وهذا يعني أنه يمكن الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية كما يمكن الاتفاق على تخفيفها، إلا أنه لا يستحق الدائن التعويض إلا بعد اعدار المدين ما لم يوجد نص يخالف ذلك .

ثالثا: تمييز المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية، تميز كل من المسؤوليتين عن بعضهما في بعض النقاط الجوهرية نبيتها كما يلي<sup>154</sup>:

<sup>154</sup> مقال دون مؤلف، بعنوان: الفروق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، منشور على الرابط:

<https://almerja.com/reading>

بتاريخ 2019/01/13، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2023/02/11.

- من حيث الأهلية: تشترط المسؤولية العقدية أهلية التمييز، في حين لا تشترط المسؤولية التقصيرية، أهلية التمييز في بعض القوانين.
  - من حيث الإثبات: يتحمل الدائن إثبات وجود العقد، فيما يتحمل المدين عبء إثبات أنه قام بالتزامه العقدي، أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن يتحمل عبء الإثبات بشكل كامل.
  - من حيث التعويض: يقتصر التعويض في المسؤولية العقدية على الأضرار المتوقعة، فيما يمتد ليشمل الأضرار غير المتوقعة في المسؤولية التقصيرية.
  - من حيث الاعذار: ففي المسؤولية التقصيرية لا يلزم الاعذار، بينما في المسؤولية العقدية فهو لازم لاستحقاق التعويض ما لم ينص على غير ذلك.
  - من حيث التضامن بين المدينين: لا يقوم التضامن في المسؤولية العقدية إلا بالاتفاق أو بنص القانون، فيما يقوم التضامن بين المدينين في المسؤولية التقصيرية دوماً، فهو مقرر بحكم القانون.
  - من حيث التقادم: مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية فالقاعدة العامة انها تسقط بمضي ثلاث سنوات واستثناء بمضي خمس عشرة سنة، في حين أن التقادم في المسؤولية العقدية -كقاعدة عامة- خمسة عشر سنة.
  - من حيث درجة الخطأ: يكون الخطأ في المسؤولية العقدية إما إخلال بالتزام بتحقيق نتيجة، أو إخلال بالتزام ببذل عناية، أما في التقصيرية، فهو دوماً إخلال ببذل عناية.
  - اتفاقات الإعفاء من المسؤولية: هي صحيحة وجائزة -كأصل عام- في المسؤولية العقدية، في حين أنها غير جائزة وباطلة في المسؤولية التقصيرية.
- وتترتب على الاختلافات بين نوعي المسؤولية نتائج عملية مهمة، وهي أن أحكام المسؤولية التقصيرية أفضل للمضرور من زوايا عدة لأن التعويض فيها يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع بعكس المسؤولية التعاقدية، كذلك في المسؤولية التقصيرية يقوم التضامن بين المسؤولين بنص في القانون بينما لا تضامن

في غياب اتفاق عليه في المسؤولية العقدية، وتبطل شروط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية بعكس المسؤولية العقدية.<sup>155</sup>

### المطلب الثاني: التعويض كأثر للمسؤولية العقدية

لقيام دعوى المسؤولية لابد من وجود طرفين الأول المدعي المتضرر من الإخلال بالالتزام، والمدعى عليه المسؤول عن الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية، وتشترب الصفة والمصلحة لأطراف الدعوى حتى تقبل أمام الجهة القضائية المختصة، بالإضافة الى اذار المدين كما سبق توضيحه. يعتبر التعويض هو الأثر الذي يترتب على تحقق المسؤولية، وهو جزاؤها وللمطالبة بهذا الضرر يلجأ المضرور إلى رفع دعوى على المسؤول تسمى دعوى المسؤولية، وفق شروط معينة وبعد قبول الدعوى ينتج أثرها الذي يتمثل في التعويض، ويتم تقدير التعويض إما باتفاق الطرفين أو عن طريق القانون أو يقوم القاضي بتقدير التعويض بما يتلائم مع الضرر الحاصل، تتنوع صور التعويض بين التقدير القانوني، الإتفاقي والقضائي .

### الفرع الأول: التعويض القانوني

نعني بالتقدير القانوني، أن يتم تقدير التعويض بمقتضى النص القانوني و لقد جاء النص على هذه الصورة في حالة وحيدة هي ما يعبر عنه بفوائد التأخير، ونعني بالفوائد التأخيرية التعويض الذي يدفعه المدين للدائن عن تأخيره في تنفيذ التزامه النقدي وهي قد تكون فوائد اتفاقية أو فوائد يحددها القانون، خرج فيها المشرع عن قواعد المسؤولية مراعاة منه لحماية التوازن بين مصالح الدائن والمدين، يحدد فيه المشرع التعويض عوضاً عن اتفاق المتعاقدان و أو تقدير القضائي .

وتقدير التعويض يتم بمعرفة القاضي غير أنه قد يتولى القانون تقدير التعويض<sup>156</sup>، بحيث أن القانون هو الذي يحدد قيمة التعويض وكيفيته بموجب النص عليه وما على القاضي سوى تطبيق هذا النص<sup>157</sup>.

<sup>155</sup> مدحت جلال الدين، المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، مقال منشور على الرابط: <https://www.linkedin.com/pulse> بتاريخ 2019/09/2، تم لاطلاع عليه بتاريخ: 2023/02/11.

<sup>156</sup> محمد رفعت عبد الرؤوف، تقدير التعويض عن الخطأ، مطبعة بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس، مصر، 2019، ص433 .

<sup>157</sup> مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، (د ط )، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.س.ن ، ص ص 189-191 .

## أولاً : شروط استحقاق التعويض القانوني

جاء النص على هذه الشروط في المادة 186 من ق م و التي اكدت على أنه : " اذا كان محل الالتزام بين افراد مبلغا من النقود عين مقدراه وقت رفع الدعوى و تأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعوض لدائن الضرر الاحق من هذا التأخير".

تتمثل هذه الشروط في :

1- يجب أن يكون محل الالتزام مبلغ من النقود.

2- أن يكون معين المقدار وقت رفع الدعوى.

3- أن يتأخر المدين في الوفاء به.

4- أن يطالب الدائن بالتعويض قضائيا.

يلاحظ أن المشرع في هذا النوع من التعويض خرج عن القواعد العامة للمسؤولية لأنه افترض الضرر و لم يلتزم بشرط اذار المدين .

## ثانيا: كيفية تقدير التعويض القانوني

الاصل أن يحدد المشرع نسبة التعويض القانوني في نص قانوني، إلا أن المشرع لم يفعل و اكتفى في المادة 186 من ق.م الى النص على حق الدائن في التعويض التي ربطت بين التعويض و التأخير و اعتبرت ذلك التأخير خطأ قد وُلد ضررا افتراضيا رعاية لمصلحة الدائن.

## الفرع الثاني: التعويض الإتفاقي

يعد التعويض كما سبق لنا ذكره اثر عن قيام المسؤولية المدنية هدفه جبر الضرر الذي لحق الدائن و تسبب فيه المدين من جراء إخلاله بالتزامه التعاقدى أو لتأخره في الوفاء به، الأصل أن يتولى القاضي تقدير التعويض، الى أن التعويض قد يقدر اتفاقا بين الدائن و المدين وهو ما يعرف بالشرط الجزائي .

طبقا لمبدأ سلطان الإرادة يجوز للمتعاقدين تحديد تقدير التعويض، أما في العقد أو في اتفاق لاحق، ويسمى هذا الاتفاق الشرط الجزائي الخاضع لأحكام المواد من 183 إلى 185 ق م ج. ولكن هذا المبدأ غير مطلق، بل يسمح للقاضي أن يتدخل في التقدير المتفق عليه بين المتعاقدين.

## أولاً: ماهية الشرط الجزائي

قد يتفق المتعاقدان على الاتفاق على تفاصيل المسؤولية العقدية اضافة الى اتفاقهما على مضمون الاتفاق فيحددان مقدار المسؤولية سواء الاعفاء او التشديد أو الانقاص أو بتحديد نسبة التعويض اتفقا في حالة اخلال المدين بالتزاماته .

أ- تعريف الشرط الجزائي<sup>158</sup>

نصت في هذا الصدد المادة 183 من ق.م : "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق و تطبق في هذه الحالة احكام المواد 176 الى 181 من ق.م . يقصد بالشرط الجزائي مبلغ التعويض الذي يتفق عليه الطرفان مقدما قبل ارتكاب أي اخلال و يضمناؤه عقدها الاصيلي أو يتفقان عليه في عقد لاحق ضمانا لتنفيذ العقد و تعويضا للمتعاقد الآخر بمجرد أن يتحقق الاخلال .

يعتبر الشرط الجزائي بمثابة تعويض في حالة اخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية سواء بعدم التنفيذ أو بالتأخر في التنفيذ و هو في ذات الوقت يحمل في طياته ضغط و تهديد له لدفعه الى اداء ما عليه من التزامات تقاديا لتحمل الشرط الجزائي<sup>159</sup> .

كما شرط يوفر للمتعاقدان مزيد من الحرية في تنظيم علاقتهما و اضفاء مزيد من الزامية على تعاقدتهما و تقادي صعوبات الاثبات الناجمة عن اللجوء الى القضاء .

ب/ خصائص الشرط الجزائي

يمكننا استخلاص خصائص الشرط الجزائي من النصوص القانونية التي اعترفت بوجوده و يمكن اجمالها في ما يلي:

<sup>158</sup> محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام ( أحكام الإلتزام ) ، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية، 2006، ص71 .

<sup>159</sup> محمد شتا أبو السعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية،( دون طبعة ) ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2001 ، ص71 .

أ- الشرط الجزائي اتفاق<sup>160</sup>: أول صفة للشرط الجزائي هو انه جوازي و أن مصدره الاتفاق و ليس القانون أو الحكم القضائي، حيث نصت المادة 183 من ق.م على أنه يجور للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق .

ب- الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الاصلي ليس الشرط الجزائي التزام جديد، بل التزام تابع للالتزام الاصلي في نشأته و استمراره و انقضائه لأنه محض ضمان يضمن تنفيذ ذلك الالتزام أو تعويض في حال الاخلال المدين به .

ت- الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض يعد الشرط الجزائي تقدير جزافيا للتعويض لأنه تقدير مسبق و احتمالي للتعويض يتزامن الاتفاق على تحديده مع نشأة العقد أو يليه بعقد لاحق، لكنه سابق على وقوع الاخلال و وقوع الضرر لذا يمكن للقاضي أن ينقص منه أو يزيده فيه بحسب ما ترتب عن الاخلال بالالتزام التعاقدى من الضرر .

ث- الشرط الجزائي طريق احتياطي يوصف الشرط الجزائي على انه طريق احتياطي لتنفيذ الالتزام أي هو طريق بديل في حالة اخلال المدين بتنفيذه التزامه التعاقدى وتعذر التنفيذ العيني لسبب يعود اليه .

### ثانيا: أحكام الشرط الجزائي

يقصد بالشرط الجزائي وفق ما سبق لنا الإشارة عليه، لجوء المتعاقدان الى اتفاق مسبق بينهما يقدران من خلاله تعويضا تحسبا لاحتمال ترتب ضرر على اخلال المدين بالتزاماته التعاقدية، و تقاديا للتضييع الوقت في السير في طريق التقاضي الطويل والمكلف، فيعتمد المتعاقدان الى تضمين عقدهما شرطا جزئيا يحفز حرص المدين على تنفيذ التزامه ويضمن في ذات الوقت حقوق الدائن في استقاء حقه، ولاستحقاق الشرط الجزائي يجب توافر شروط أهمها:

أ/يجب توافر اركان المسؤولية العقدية

لاستحقاق الشرط الجزافي، وبالتالي فالشرط الجزائي ما هو إلا تعويض يتم تحديده اتفاقا عوضا عن قضاء، لذا يجب ان تتوافر لاستحقاقه جميع اركان المسؤولية العقدية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية واعذار المدين .

<sup>160</sup> حسني محمد جاد الرب، التعويض الإتفاقي عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه، (دون طبعة) ، دار الفكر الجامعي،

الإسكندرية، 2007 ، ص27 .

ولاستحقاق الشرط الجزائي يجب أن تتوفر اركان المسؤولية كاملة وهي الخطأ وضرر وعلاقة السببية، لأن الشرط الجزائي كما سبق لنا شرحه تعويض والتزام تابع للالتزام الاصيلي وطريق احتياطي أي وسيلة بديلة لتنفيذ الالتزام الاصيلي الذي يفترض أن ينفذ عينا حتى اذا استحال ذلك تحولنا الى التنفيذ عن طريق التعويض متى توافرت اركان المسؤولية كاملة، إلا أن التعويض في هذه الحالة اتفاقي عوضا أن يكون قضائي .

وهو ما نستشفه من نص المادة 184 من ق.م التي نصت على أنه: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا اذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي الضرر. ويكون باطلا كل الاتفاق يخالف احكام الفقرتين اعلاه".

ب/ وجوب اعدار المدين

يجب زيادة على توافر اركان المسؤولية العقدية، أن يقوم الدائن بأعدار المدين لذات المبررات التي ذكرناها، قبل أن يطالب المدين بالتعويض.

**ثالثا: امكانية تعديل الشرط الجزائي**

بما الشرط الجزائي ليس إلا تعويض تم تضمينه العقد المبرم بين الدائن و المدين أو اتفقا عليه لاحقا تحسبا لاختلال قد يقع من المدين في تنفيذ التزاماته التعاقدية اتجاه الدائن، فإنه حق الدائن في تحصيل التعويض لا يثبت إلا اذا تعذر التنفيذ العيني واكتملت اركان وشروط المسؤولية العقدية وكان التعويض المنفق عليه مناسب للضرر الذي وقع فعلا ، فإذا اختلف ذلك التناسب أو فقد الضرر جاز تعديل قيمة ذلك التعويض بما يقتضيه الحال سواء بالإعفاء أو الانقاص أو الزيادة .

أ/ الاعفاء من الشرط الجزائي

يجوز للقاضي اعفاء المدين من الشرط الجزائي اذا اثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر من جراء اخلال المدين بالتزامه اتجاهه، وهو ما نصت عليه المادة 184 السابق ذكرها و التي اكدت على أن التعويض المحدد في الاتفاق لا يكون مستحقا اذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي الضرر .

يمكن للقاضي الانقاص والتخفيض من الشرط الجزائي للحد الذي يتناسب فيه مع الضرر، لأن للشرط الجزائي اثر تهديدي، الغاية منه كما سبق لنا شرحه هو الضغط على المدين لينفذ التزامه تقاديا لدفع مبلغ الشرط الجزائي، لذا قد يبالغ في تحديد مبلغ الشرط الجزائي الوارد ذكره في اتفاق المتعاقدين، أو قد يكون سبب الحاجة لذلك الانقاص قيام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذًا جزئيًا .

- حالة المبالغة في التقدير الوارد ذكره للشرط الجزائي يلعب الشرط الجزائي كما سبق لنا التنبيه إليه، بالنسبة للدائن مهمة التحديد الاتفاقي للتعويض لما قد يصيبه من ضرر من جراء اخلال المدين بالتزاماته التعاقدية زيادة عن كونه وسيلة ضغط على المدين من اجل تنفيذ تلك التزامات .

إلا أن وصف قيمة الشرط الجزائي المتفق عليها على انها المبالغة فيها يحتاج من القاضي بعض الحذر، اذ لا يكفي ادعاء المدين بأن مبلغ الشرط الجزائي مبالغ فيه ليعتبر فعلا كذلك، لأن للشرط الجزائي كما سبق لنا التنبيه اليه يعد اضافة الى كونه تعويض اتفاقي عن الضرر الذي قد يلحق الدائن ، فهو وسيلة ضغط عليه لحثه على تنفيذ التزاماته التعاقدية و ثنيه عن الاخلال بها .

لذا يقع على المدين دون غيره عبء اثبات أن المبلغ شرط جزائي مبالغ فيه، اذا اقتنع القاضي بدعوى المدين وما قدمه من اثبات حكم بتخفيض مبلغ الشرط الجزائي للحد المعقول بناء على ما يملكه من سلطة تقديرية ليتناسب ذلك المبلغ مع الضرر الذي لحق الدائن بالغض النظر عن الظروف الشخصية لأطراف العلاقة التعاقدية، لكن دون اهمال لإرادتهما التي عبر عنها في العقد و مصالحهما و مدى حسن نية كل منهما .

ويوضع الشرط الجزائي ليكون تعويضا للدائن وتهديدا للمدين لضمان حقوق الدائن و حث المدين على تنفيذ التزاماته، لذا اذا نفذ المدين جزء من التزامه التعاقدية ، جاز للقاضي أن يخفض قيمة الشرط الجزائي لتتناسب مع قيمة مع الجزء المتبقي من قيمة الالتزام الغير منفذ اذا رأى ضرورة في ذلك، كما يمكنه أن يبقي الشرط الجزائي كما هو اذا اثبت الدائن أن نسبة الدين التي وفى بها المدين تعد تافهة بالنظر للقيمة الكلية للدين .

<sup>161</sup> بيطار صابرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الج ا زري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في

القانون ، جامعة أدرار، 2015، ص ص 74-75..

اضافة الى الاعفاء من الشرط الجزائي والانقاص منه يمكن للقاضي الزيادة فيه اذا رأى أن قيمة الشرط الجزائي اقل من الضرر الذي اصاب الدائن من جراء اخلال المدين بالتزاماته، على ضوء ما نصت عليه المادة 185 من ق.م. ، التي بينت أن الضرر اذا جاوز قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا اذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، و هذا يعني أن الخطأ العادي لا يعتبر كافيا للمطالبة بزيادة قيمة الشرط الجزائي .

لقد منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل الشرط الجزائي بالإلغاء والإنقاص والزيادة ليتناسب مع الضرر وعدّ ذلك من النظام العام و منع بالتالي أي اتفاق قد يخالف ذلك، وهو ما نصت عليه المادة 184 من ق.م. والتي جاء فيها: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا اذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض اذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ويكون باطلا كل اتفاق يخاف احكام الفقرتين اعلاه " .

### الفرع الثالث: التعويض القضائي

يعد التقدير القضائي للتعويض الطريق الطبيعي لحصول الاشخاص على التعويض لجبر ما لحقهم من ضرر، اذا اخل من حولهم بالتزاماتهم القانونية أو التعاقدية اتجاههم و ترتب عن ذلك ضرر، حيث يملك القاضي سلطة تقديرية واسعة للتأكد من توافر قيام شروط المسؤولية و تقدير التعويض الذي يستحق المضرور ترتيبا على ذلك على ضوء ما فاته من كسب و ما لحقه من خسارة.

### أولاً: شروط استحقاق التعويض القضائي<sup>163</sup>

يلزم القانون استنادا الى قواعد المسؤولية المدنية من تسبب بالضرر للغير بسبب اخلاله بواجب قانوني أو تعاقدية اتجاه المضرور بوجوب تعويضه، متى توافرت شروطها وهي اركان المسؤولية و وجوب اعذار المدين متى اشترطه المشرع.

<sup>162</sup>بيطار صابرينة، المرجع السابق، ص ص 210-220.

<sup>163</sup> زهية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2009، ص ص 321-322..

أ/ وجوب توافر اركان المسؤولية المدنية

اركان المسؤولية كما تناولنها في الجزئيات السابقة هي:

- وجود اخلال بالتزام قانوني أو تعاقدي

- وجود ضرر

- ثبوت علاقة السببية بين الخطأ و الضرر

ب/ وجوب اعذار المدين عند اللزوم

يشترط المشرع في بعض الحالات من المدين اعذار المدين قبل مفاجئته بطلب سداد الدين، لأن قانونا المدين لا يعد مرتكبا لخطأ التأخر في تنفيذ التزامه إلا بعد الاعذار على النحو المنصوص عليه في المادة 179 من ق.م التي نصت على أنه: " لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك .

ج/ عدم وجود اتفاق على الاعفاء من مسؤولية

يسمح القانون للمتعاقدين في المسؤولية العقدية بالاتفاق على تعديل احكام المسؤولية العقدية على النحو المنصوص عليه في المادة 178 من ق.م التي تجيز اعفاء المدين من المسؤولية في نطاق ما تسمح به المادة 2/178.

ثانيا: تقدير القاضي للتعويض<sup>164</sup>

اذا توافرت شروط المسؤولية أو استحقاق التعويض كما نص عليها القانون و بينها في النقاط السابقة، اصبح التعويض مستحقا للدائن، سواء كان سببه استحقاقه له هو عدم وفاء المدين بالتزامه أو لأنه تأخر في الوفاء به حيث يختص القاضي بتقدير ذلك التعويض بناء على طلب يرفع اليه من المضرور.

أ/كيفية التعويض

<sup>164</sup> بيطار صابرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون جامعة أدرار، 2015، ص ص 74-75..

يتمتع القاضي بسلطة واسعة لتقدير التعويض المستحق المهم أن يعمل على أن يكون هذا التعويض مساوياً للضرر فلا يزيد عليه أو ينقص عنه<sup>165</sup> ، ولكن يلتزم باعتماد بعض المعايير في هذه العملية، إذ على القاضي أن يتأكد أن التعويض حقق جبر الضرر، أي إصلاحه، فيقدر مدى التعويض على أساس الضرر الذي لحق الدائن بشرط أن يكون هذا الضرر "نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعته الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول" طبقاً لنص المادة 182 ق.م.

وينبغي على القاضي أن يتقاضي أثناء تحديده لمقدار التعويض، اثر الدائن وافتقار المدين، ليس شرط أن يدفع المدين مقدار التعويض دفعة واحدة، بل يمكن أن يكون التعويض مقسطاً، أو أن يكون في شكل إيراد لكن حفاظاً على حقوق الدائن، يمكن أن يلزم المدين بتقديم تأميناً م 132 ق.م، كما يتمتع القاضي بسلطة اختيار طريقة التعويض التي يراها ملائمة نظراً للظروف.

الأصل أن يكون التعويض المحكوم به نقدياً سواء تعلق الأمر بالمسؤولية العقدية أو التقصيرية، حيث يجوز للدائن استفتاءه جبراً على المدين، إلا أنه يمكن إذا اقتضت الظروف أن يحكم القاضي بتعويض عيني إذا طالب به المضرور على النحو المنصوص عليه في المادة 132 نصت على أنه يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف و بناء على طلب المضرور أن يعيد الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم على سبيل التعويض أيضاً ببعض الإعانات تتصل بالعمل الغير مشروع.

مبدئياً يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع م/1322 ق م ج.

وفي الحالة التي يلتزم فيها بالامتناع عن الفعل، وهذا كون فيها وهذا ما نصت عليه المادة 173 ق.م: "إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب بإزالة ما وقع مخالفاً للالتزام ويمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين"، أما فيما يتعلق بالالتزام

<sup>165</sup> محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995 ، ص ص

بين الأفراد والذي يكون محله مبلغ من النقود، وفي حالة تأخر في تنفيذه، يلتزم المدين بتعويض الضرر الناتج عن هذا التأخير.

أي أن الاصل في التعويض أن يكون نقدياً إلا أن ذلك لا يمنع القاضي من الحكم بالتعويض العيني إذا طلبه الدائن و قدر القاضي ذلك، حيث قد يتخذ التعويض العيني استناداً الى المادة 132 من ق.م ثلاث صور هي: اما اعادة الحالة الى ما كانت عليه، أو رد المثل في المثليات أو القيام بأداء معين .

وتجدر الإشارة أن سوء نية الدائن يؤثر على تقدير تعويض الضرر الذي أصابه، بحيث أنه إذا تسبب بسوء النية في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر م 187 ق.م.

ب/عناصر التعويض<sup>166</sup>

يهدف التعويض الى جبر الضرر الذي لحق الدائن بسبب اخلال المدين بالتزامه القانوني أو العقدي، سواء كان ذلك الاخلال في شكل عدم الوفاء أو في شكل تأخر في الوفاء، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب وهو ما أكدت عليه المادة 182 من ق.م التي نصت على أنه: " اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانوني فالقاضي هو الذي يقدره و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالالتزام أو 131 للتأخر في الوفاء به، و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في الاستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

غير أنه اذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، وهذا يعني أن في المسؤولية العقدية لا يسأل المدين إلا عن الضرر المتوقع وقت التعاقد ولا يسأل عن الضرر الغير المتوقع إلا اذا ارتكب غشاً أو صدر منه خطأً جسيماً، في حين يكون المسؤول في المسؤولية التقصيرية مسؤولاً عن الضرر المتوقع منه والغير متوقع .

<sup>166</sup> بيطار صبرينة، المرجع السابق، ص ص 74-83.

أما التعويض عن الضرر الادبي فيقدره القاضي بحسب ما يتوجب للمضرور من ترضية تجبر ما لحقه من ضرر خارج دائرة الكسب و الخسارة على النحو المنصوص عليه في المادة 182 مكرر التي اكدت أن التعويض عن الضرر المعنوي يشمل كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة .

يشمل التعويض أيضا وفق ما جاء النص عليه قانون سواء تعلق الامر بالمسؤولية العقدية أو التقديرية الضرر المحقق سواء كان واقع أو متوقع لكنه وقوعه تراخى الى المستقبل على النحو المنصوص عليه في المادة 131 من ق.م يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملازمة فإذا لم يتيسر وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في ان يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير.

## خاتمة:

يتمثل الأثر الجوهري للعقد بعد نشوئه صحيحا من مصدره، هو وجوب تنفيذه بما اشتمل عليه وبحسن نية، تحقيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، ووفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، والأصل ان يقوم المدين بتنفيذ التزامه مختارا، أما إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه، يلجأ الدائن إلى إجباره على التنفيذ وفي الحالتين إما أن ينصب التنفيذ على ذات الالتزام أو عينه، بأن يؤدي الدين عين ما التزم به ويطلق عليه التنفيذ العيني، وإما ان يتم التنفيذ عن طريق إلزام المدين بأداء تعويض للدائن بدلا عن تنفيذ التزامه عينا، ويطلق عليه التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض، هذا الأخير قد يترتب عن عدم التنفيذ، أي أن التعويض يحل محل التنفيذ للالتزام، وقد يكون التعويض عن التأخر في التنفيذ.

ومن آثار عدم التنفيذ امكانية طلب فسخه من الدائن، كما له الحق في الدفع بعدم تنفيذ التزاماته العقدية المقابلة، وفي كل الاحوال له طلب التعويض، ومن شروط هذا الأخير قيام أركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وقيام الدائن بإعذار المدين بالوفاء بالتزامه، وقد يسقط شرط الاعذار في حالات حددها القانون، ويتم تقدير التعويض بالاتفاق، أو بنص في القانون، وفي كل الحالات القاضي هو الذي يقدره بم يتناسب والضرر الحاصل في جانب الدائن بالتنفيذ.

في الأخير ومن خلال هذه المحاضرات تبين لنا أهمية نظرية العقد بالنسبة لكل التصرفات القانونية خاصة في مرحلة التنفيذ والتي مازالت ترتبط بالأحكام العامة لتنفيذ الالتزام، لهذا على المشرع الجزائري مواكبة التطورات الحاصلة في العقود كالعقد الإلكتروني، واستحداث نصوص تتماشى والتطور الحاصل لتقادي النقص والغموض سواء في نصوص الشريعة العامة للقوانين " القانون المدني"، أو في النصوص الخاصة الجديدة كقانون التجارة الإلكترونية.

تمت بحمد الله.

## قائمة المراجع والمصادر:

- 1- احمد شوقي محمد عبد الرحمان، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية، دراسة فقهية وقضائية، توزيع المعارف بالاسكندرية جلال حزي وشركاه، مصر، 2002.
- 2- احمد سلمان شبيب السعداوي، جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقہ الاسلامي، مكتبة زين الحقوقية والادبية، الطبعة الاولى، بيروت لبنان، 2015.
- 3- اسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزامات ، القسم الاول، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الاولى، الاسكندرية مصر، 2013.
- 4- اسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالالغاء والرجوع في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه، 2013.
- 5- القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 6- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998.
- 7- بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار هومة الجزائر، دون سنة.
- 8- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2015.
- 9- بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، المصادر الارادية، العقد الارادة المنفردة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2014.
- 10- تناغو سمير، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، سنة 1999.
- 11- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام -نظرية العقد-، مصر، الدار الجامعية، 1993.
- 12- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2002.
- 13- توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام- دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- 14- جلال علي العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون سنة.
- 15- حسني محمد جاد الرب، التعويض الإتفاقي عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه، (دون طبعة ) ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 .

- 16- حلمي محمود، العقد الإداري، الطبعة الأولى دار الفكر العربي القاهرة، 1974.
- 17- حمدي عبد الرحمان، الوسيط في نظرية الالتزام، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، 1999.
- 18- خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيمًا، منشأة المعارف، القاهرة، 2009.
- 19- خليل احمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2005.
- 20- خليل احمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 21- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 .
- 22- رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية مصر، 2007.
- 23- زهير المارتيني، الوجيز في نظرية الالتزام ، مطبعة الاصيل، حلب سوريا، 1967.
- 24- زهية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2009.
- 25- سعد نبيل، الضمانات غير المسماة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1999.
- 26- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الجزء الثاني والثالث والرابع، مصادر الالتزام وآثاره وأوصافه وانتقاله وانقضاؤه والنظرية العامة للإثبات، المطبعة العالمية، القاهرة ، سنة 1964.
- 27- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.
- 28- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، 2015.
- 29- سوزان علي حسن، الوجيز في القانون المدني النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، جلال حزي وشركاه ، الاسكندرية مصر، 2004.
- 30- ضحى مثى داود، فسخ العقد في القانون المدني، قسم القانون، كلية الرافدين الجامعة، بغداد، دون سنة.
- 31- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، بيروت: دار احياء التراث العربي، دون سنة.

- 32- عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 1998.
- 33- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1998.
- 34- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، آثار الالتزام، الجزء الثاني، دون دار نشر، سنة 2007.
- 35- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجعه عام"، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، 1968.
- 36- عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري نظرية العقد والارادة المنفردة، الجزء الاول، 1984.
- 37- عبد القادر الفار، مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة، العمل غير المشروع، الاثراء بلا سبب والقانون، مكتبة الوفاء الحقوقية، الطبعة الاولى، الاسكندرية مصر، 2009.
- 38- عبد القادر الفار، بشار عدنان مكاوي، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2012.
- 39- عبد المجيد زعلاني، موسوعة القانون الجزائري، طبعة مصغرة، دار بيرتي للنشر، الجزائر، 2013.
- 40- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، لسنة 1992.
- 41- علي فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد-، موفم للنشر، الجزائر، 2008.
- 42- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة التاسعة، بن عكنون، الجزائر، 2015.
- 43- غنيمة لحول خيار، نظرية العقد، بيت الأفكار للنشر و التوزيع ، دار البيضاء، الجزائر 2018.
- 44- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الطبعة الاولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
- 45- ليلي جمعي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، محاضرات لطلاب السنة الثانية شريعة، جامعة وهران.
- 46- محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

- 47- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006.
- 48- محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، القصر للطباعة والدعاية والاعلان، القاهرة، 2007
- 49- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام ( أحكام الإلتزام)، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006 .
- 50- محمد رفعت عبد الرؤوف، تقدير التعويض عن الخطأ، مطبعة بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس، مصر، 2019 .
- 51- محمد شتا أبو السعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، (دون طبعة ) ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2001 .
- 52- محمد صبري السعدي، الواضح في شروح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العام - العقد والإرادة المنفردة- الطبعة الرابعة دار الهدى، الجزائر، 2009 .
- 53- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 54- محمد حسن منصور، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية لطباعة والنشر، الاسكندرية، 2000.
- 55- محمد عبد الله شريف النعيمي، الالتزامات والحقوق التي يربتها العقد الاداري تجاه الغير، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية مصر، 2014.
- 56- مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، (د ط)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.س.
- 57- مصطفى ابراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، الطبعة الاولى، شركة الخنساء، د.س.
- 58- مصطفى العويجي ، القانون المدني، الجزء الثاني (المسؤولية المدنية) ، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2004 .
- 59- مصطفى أحمد عمران الدراجي، الحقوق المتعلقة بالذمة المالية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008.
- 60- مصطفى الجمال، رمضان محمد ابو السعود، نبيل ابراهيم سعد، مصادر واحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2006.

61- مصطفى الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى، العراق،إحسان للنشر والتوزيع، 2014.

62- نابلسي نصري منصور، العقود الادارية ، دراسة مقارنة ، منشورات زمن الحقوقية،2010.

63- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام دار الجامعة الجديدة، الازرطية، مصر، 2004.

64- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، الطبعة الاولى، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1992 .

65- هلاير أسعد أحمد، تتبع المنقول في القانون المدني-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

66- وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، 1971.

67- يخلف نسيم، الوافي في طرق التنفيذ، دار الجسور للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر، 2015.

68- يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الثانية، عمان الاردن، 2011.

#### المقالات:

69- حميد سلطان الخالدي & لؤي سطات حمود، السلطة التقديرية للقاضي في منح الأجل القضائي في دعوى التنفيذ-دراسة مقارنة-، مجلة العلوم القانونية، مجلد34، العدد5، كلية القانون، جامعة بغداد، لسنة 2019.

70- حورية لشهب، الطبيعة القانونية لدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي، دراسة قانونية مقارنة، العدد الثاني، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، لسنة 2018.

71- خوجة حسينة، حق الحبس ضمان لتنفيذ الالتزام، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 2، المجلد 54، لسنة 2017.

#### الرسائل والمذكرات:

72- بيطار صابرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في القانون، جامعة أدرار، 2015.

73- زازومة شيماء، سلطة القاضي والأطراف في تعديل العقد في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج، تخصص الحقوق، جامعة لمسيلا، 2021/2020.

74- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، مذكرة تخرج، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012/2011.

75- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائري وأثره على العقود المعاصرة-دراسة فقهية مقارنة- المملكة العربية السعودية، تخصص فقه وقانون، جامعة الملك سعود، 1426/1425 هـ.

76- محمدي سليمان، ضرورة اعادة النظر في مركز الخلف العام، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد الاول، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

77- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، 2008 /2007.

78- عامر رحمون، عقد الاذعان في الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر 1، يوسف بن خدة، 2013/2012.

#### دروس منشورة على المنصة الالكترونية:

79- بن عمارة محمد، محاضرة حق الضمان العام ووسائل المحافظة عليه، دروس موجهة الى طلبة السنة الثانية ليسانس، منشورة على منصة مودل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، سنة 2020.

80- جبارة نورة، تنفيذ العقد، محاضرات لطلاب السنة الثانية ماستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بومرداس، السنة الجامعية 2021/2020.

81- مسعود رويصات، درس التنفيذ بطريق التعويض " التنفيذ بمقابل"، موجه لطلبة سنة ثالثة ليسانس، منشور على منصة مودل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، حصتي 5 و6 أفريل 2020.

82- موسى شحادة، القانون الإداري، جامعة القدس المفتوحة، برنامج الإدارة والريادة، رقم المقرر 4271.

#### المواقع الالكترونية:

83- مقال دون مؤلف، بعنوان: الفروق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، منشور على الرابط:

بتاريخ 2019/01/13، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2023/02/11. <https://almerja.com/reading>

84- المدونة القانونية، مقال دون مؤلف، بعنوان : الإغذار ووسائله، على رابط :

<https://www.elmodawanaeg.com>، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2023/02/09.

85- مدحت جلال الدين، المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، مقال منشور على الرابط:

بتاريخ 2019/09/2، تم لاطلاع عليه بتاريخ: <https://www.linkedin.com/pulse.2023/02/11>  
86-مشاري محمد العسوسي، فسخ العقد، كلية الدراسات التجارية، تخصص قانون، البحث منشور على  
الرابط: <https://www.alqabas.com/article> بتاريخ 2018/04/25، وتم الاطلاع عليه،  
بتاريخ: 2023/02/10  
**النصوص التشريعية:**  
-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة  
الرسمية عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، العدل والمتمم بالقانون 05/07، المؤرخ في 13 ماي  
2007، الجريدة الرسمية العدد. 31  
-القانون 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية،  
الجريدة الرسمية رقم 41 المؤرخة في 27 جوان 2004.  
**المراجع باللغة الأجنبية:**

### **Book**

- 1- Mashael A. Alhajeri, LECTURE HANDOUT, Obligations & Evidence , Indirect (Oblique) Action, Private Law Department, School of Law, Kuwait University ,2005 .

### **Livres:**

- 1- Brigitte Hess-Fallon. Anne-Marie Simon .Droit Civil.5o édition Dalloz paris .Année 1999.
- 2- Stephanie Porchy, Simon, droit civil, les obligations, Dalloz, paris, 2002.

### **Article:**

- 1- Cabrillac Rémy, Droit des Obligations, 3 e édition, Dalloz, année1998, no 485.
- 2- BénabentAlain. Droit Civil. Les Obligations.7<sup>ème</sup> édition. Montchrestien. E.J.A.paris. Année 1999. No 262.

### **Thèses:**

- MAZEAUDL ( H.L et J ) et CHABAS ( F ) , Leçons de droit civil, Tome II , Volume 1er , obligations , Théorie générale, 9eme Ed, Montchrestien, Paris, 1998, N° 980.
- Marianne Faure-Abbad, L'action directe En paiementen Droit Français, Académieéd. Français, Année2000.
- 10-Marc Richevaux, Régime Général Des Obligations, Bréal France, année 2012.
- ALI BENCHENAB, le droit algérien des contrats, données fondamentales, éd ajeb enag Algérie 2011,

- P.dauchy. une conception objective du lien d'obligation. Les apports du structuralisme a la théorie du contrat archives de philosophie du droit, t26, 1981  
14-Malinvaud, droit des obligations, Litec, 7ème édition ,Paris, 2001.

الفهرس:

01.....مقدمة:

03.....الفصل الأول: القواعد التي تحكم تنفيذ العقد

03.....المبحث الأول: تدخل ارادة المتعاقدين في تنفيذ العقد

03.....المطلب الأول: مبدأ سلطان الارادة في العقد

04.....الفرع الأول: الالتزامات الارادية هي الاصل

05.....الفرع الثاني: العقد شريعة المتعاقدين

06.....المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد

07.....الفرع الأول: حالة وجود ظروف طارئة

11.....الفرع الثاني: احتواء العقد على شروط تعسفية

12.....الفرع الثالث: حالة تفسير العقد

13.....الفرع الرابع: حالة مراجعة الشرط الجزائي

14.....الفرع الخامس: حالة منح اجل تنفيذ العقد

16.....المبحث الثاني: الاثر النسبي للعقد

16.....المطلب الأول: تنفيذ العقد بالمتعاقدين وخلفهما

16.....الفرع الأول: امتداد اثار العقد للخلف العام

20.....الفرع الثاني: امتداد اثار العقد للخلف الخاص

25.....المطلب الثاني: امتداد اثار العقد للغير

25.....الفرع الاول: الاشتراك لمصلحة الغير

38.....الفرع الثاني: الدعوى المباشرة

41.....الفرع الثالث: التعهد على الغير



49	الفصل الثاني: طرق واثار تنفيذ العقد
49	المبحث الاول: الكيفيات التي يتم بها تنفيذ العقد وضماناته
50	المطلب الاول: التنفيذ العيني
50	الفرع الاول: شروط التنفيذ العيني
50	الفرع الثاني: محل التنفيذ العيني
54	الفرع الثالث: وسائل التنفيذ العيني
57	المطلب الثاني: التنفيذ بطريق التعويض -التنفيذ بمقابل-
58	الفرع الاول: الحالات التي يطلب فيها التنفيذ عن طريق التعويض
58	الفرع الثاني: شرط الاعذار
61	المطلب الثالث: ضمانات تنفيذ العقد
61	الفرع الاول: مفهوم الضمان العام
64	الفرع الثاني: دعاوي الضمان العام
79	المبحث الثاني: اثار تنفيذ العقد
79	المطلب الاول: جزاءات الاختلال بتنفيذ العقد
79	الفرع الاول: الفسخ والدفع بعدم التنفيذ
85	الفرع الثاني: قيام المسؤولية العقدية
92	المطلب الثاني: التعويض كآثر للمسؤولية العقدية
92	الفرع الاول: التعويض القانوني
93	الفرع الثاني: التعويض الاتفاقي
98	الفرع الثالث: التعويض القضائي
103	خاتمة
104	قائمة المراجع والمصادر:
110	الفهرس: