

وحدة القانون المدني المعمق

ماستر قانون المنازعات

الفوج الثاني

عرض تحت عنوان :

الغير في الالتزام التعاقدي

تحت إشراف:

الدكتور عبد الصمد عبو

من إعداد الطلبة :

- ✓ نورة جبران
- ✓ يوسف هاشمي
- ✓ يحيى السعيد
- ✓ عادل احسايني
- ✓ حمزة لقوز

مقدمة

يشكل العقد أحد أهم مصادر الالتزام بإعتباره توافق ارادتين أو أكثر على إحداث اثر قانوني سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه¹، فالعقد بهذا المفهوم يعكس إرادة عاقدية مما يفسر أحد المبادئ الكلاسيكية التى تحكم أثار العقد والمتمثل في النسبية العقدية، بحيث أنه من الطبيعي ألا يضر أو ينفع العقد سوى عاقدية - أي أطرافه - دون أن يمتد أثاره إلى ما يعتبر الغير في العقد، غير أن العقد اعتراه نوع من التعقيد في الآونة الأخيرة في ظل تشابك العلاقات المكونة له فلم يعد العقد كما كان محدد في التحليل الكلاسيكي الذي يبنى على مجموعة من المبادئ التقليدية - سلطان الارادة في العقد، النسبية العقدية، مبدأ العدالة التعاقدية، مبدأ القوة الملزمة لعقد - بل أصبح بمثابة مجموعة علاقات متعددة تولد عنها صراع إجتماعي تجاوز أطرافه الأصليين إلى من سواهم².

فالعقد في مراحله الأولى إتسم بالطابع الإلزامي لعاقده فقط بناءً على نظرية الإرادة والمصلحة في حين إقتصر من جهة الغير بالإحتجاج في مواجهته بإعتباره واقعة قانونية دون أن يمتد أثاره إليه - الغير-، غير أن هذا الواقع لم يستمر كما سبق الذكر مع تطور مفهوم العقد وإتساع أثاره إلى غير عاقدية، هذا الواقع أفرز الخلاف الفقهي بشأن فكرة نطاق العقد من حيث الأشخاص أي من هو الطرف في العقد ومن هو الغير، حيث إنقسم الفقه إلى إتجاهين أولهما التقليدي والآخر الحديث أو المتطور، بحيث أن فقهاء الإتجاه الأول ضيقوا من مفهوم فكرة الطرف و قصروها على من اتجهت إرادته الى إبرام العقد ويكتسب هذه الصفة كل من أبرم العقد بشكل مباشر وكذا من أبرم العقد لصالحه ليشمل الغير عند هذا الإتجاه كل من الغير الحقيقي وهو الذي ليست له أي علاقة أو مصلحة مباشرة من العقد وشملت كذلك الغير الوهمي أي من له علاقة وإن كانت غير مباشرة بأحد أطراف العقد، في حين أن فقهاء الإتجاه الحديث يأخذون بالنظرية الموضوعية التى تأخذ بالمفهوم الواسع لطرف العقد حيث إتسع ليشمل حتى من له علاقة وإن كانت غير مباشرة بأحد أطراف العقد (الغير الوهمي)³.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، لبنان، الصفحة 138.

² محمد محروك، مفهوم الغير في العقد التحديد والآثار - دراسة مقارنة -، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، السنة الجامعية 2005-2006، الصفحة 3.

³ محمد محروك، مرجع سابق، الصفحة 6.

ويعتبر مفهوم الغير إذن مفهوم حديث لم يستقطب إهتمام الفقه إلا في القرن التاسع عشر، غير أن مصطلح الغير يرجع إلى القانون الروماني حيث أطلقت كلمة الأجنبية (Alus) على الشخص الذي لا ينفعه الأمر المتفق عليه بين شخصين ولا يضره، وقد أخذ الفقيه الفرنسي Domat هذه الكلمة عن القانون الروماني من خلال تسميتها بـ الشخص الثالث "le tierce personne"، بذلك سار الغير بمنظور الفقه الفرنسي ذلك الوصف الذي يطلق على شخص ما للدلالة على أجنبيته تماماً بالنسبة لمركز قانوني معين، وبالتالي عدم تأثره بهذا المركز أو تأثيره عليه سلباً أو ايجاباً.¹

ومن هذا التضاد والتجاذب الفقهي الذي تمحور حول المفهوم الواسع والضيق للغير تبرز أهمية عرضنا هذا من خلال دراسة فكرة الغير في الإلتزام التعاقدي سعياً منا إلى إجلاء هذا التضاد أو محاولة كشفه وتوضيحه وذلك بتبيان مركز هذا الغير في العقد على أن نطلق مفهوم العقد في دراستنا هذه دون أن نخص به عقداً معيناً، أي دون التركيز على أحد تصنيفات العقد. وعلى ضوء هذه الأهمية تبرز إشكالية موضوع الغير في الإلتزام التعاقدي حول حدود تأثير الغير بالعقد؟

للإجابة عن هذا التساؤل فإننا سنعتمد في دراستنا للغير في الإلتزام التعاقدي على المقاربة القانونية وفق التصميم التالي:

المبحث الأول: الغير بمفهومه الواسع في الإلتزام التعاقدي

المبحث الثاني: الغير بمفهومه الضيق في الإلتزام التعاقدي

¹ محمد محروك، مرجع سابق، الصفحة 29 وما بعدها.

المبحث الأول: الغير بمفهومه الواسع في الالتزام التعاقدي

إنطلاقاً من الجدل الفقهي حول مدلول الغير في الإلتزام التعاقدي، فإن الغير بمفهومه الواسع يشمل كل شخص لم يكن طرفاً في العقد، ولكن تجمعه بأطراف هذا العقد إما علاقة خلافة أو علاقة مديونية. وبذلك فإن الغير بمفهومه الواسع يشمل كل من الخلف العام والخلف الخاص (المطلب الأول) إلى جانب الدائنين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الخلف العام والخلف الخاص

إن الإلتزامات مكتوب لها أن تنتقل إلى الخلف، لذلك كان لا بد من إستحضار الخلف العام (الفقرة الأولى) والخلف الخاص (الفقرة الثانية) وذلك من خلال دراسة إمتداد آثار العقود التي أبرمها السلف إلى الخلف.

الفقرة الأولى: الخلف العام

يُقصد بالخلف العام، كل من يخلف السلف في ذمته المالية بأكملها أو في جزء منها، غير أن هذه الخلافة لا تكون دائماً بشكل مطلق، وبذلك فقد لا تنصرف آثار العقد الذي أبرمه السلف إلى الخلف العام في مجموعة من الحالات.

أولاً: مبدأ انصراف آثار العقد للخلف العام

لما كان التشريع الفرنسي في المادة المدنية يعتبر مرجعاً للتشريع المغربي كان لا بد من إستحضار توجه المشرع الفرنسي في شأن مبدأ إنصراف أثر العقد للخلف العام، حيث يستفاد من المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي بأن الخلف العام يحل محل السلف في كامل ذمته المالية، فيحل محله في كل الحقوق والإلتزامات، وعليه فإن قبل الخلف العام التركة ورُجحت كفة الإلتزامات عن كفة الحقوق وجب عليه الوفاء من ماله الخاص، وله أن يرفض التركة¹.

¹ - يراجع المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي.

أما المشرع المغربي بموجب الفصل 229 من قانون الإلتزامات والعقود¹ فإنه يُقر بمبدأ إنصراف أثر العقد إلى الخلف العام من خلال كون أن الإلتزامات لا تُنتج آثارها فحسب على المتعاقدين، بل تمتد كذلك إلى الورثة وخلفائهما، غير أن الورثة لا يلتزمون إلا في حدود أموال التركة، أي بنسبة مناب كل واحد منهم، وبذلك يكون المشرع المغربي قد خالف المشرع الفرنسي في حدود ما يلتزم به الورثة باعتبارهم خلفا عاما.

وهذا ما أكدته المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في قرار له ورد فيه " أن ديون الهالك تخرج من تركته وأن وارثيه ليسوا بمسؤولين عن ديونه ما دام لم يثبت أن الهالك خلف متروكا وأن الورثة حازوه قبل قضاء الديون المتخلفة في ذمة الهالك² .

وفي نفس السياق، وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من الفصل 229 فإن المشرع المغربي أجاز للخلف العام رفض التركة وعدم إجبارهم على قبولها، وما يؤخذ على المشرع المغربي في هذا الصدد كونه تأثر بشكل كبير بالمشرع الفرنسي ضاربا بعرض الحائط قواعد الشريعة الإسلامية التي لا تُجيز للورثة رفض التركة، غير أنه بتنظيم مسألة الميراث بموجب القواعد الخاصة وإخراجها من نطاق القانون المدني إلى نطاق قانون الأحوال الشخصية في إطار مدونة الأسرة، فإن المشرع المغربي إستطاع تجاوز هذه الإشكالية بموجب المادة 329 من مدونة الأسرة³ حيث يُفهم ضمنا عدم إمكانية رفض الخلف العام للتركة باعتباره وارث⁴ .

ومن جهة أخرى فإن مبدأ إنصراف آثار العقد للخلف العام لا يعتبر مبدأ مطلقا بحيث أنه توجد بعض الحالات التي تكون فيها إمكانية امتداد الآثار للخلف العام غير واردة، وهذا ما تم التنصيص عليه في الفقرة الأولى من الفصل 229 التي أشارت إلى كل من حالة إتفاق الأطراف أو طبيعة العقد بالإضافة إلى حالة القانون⁵ .

¹ ظهير 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 غشت 1913 بمثابة قانون الإلتزامات والعقود، منشور بالجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 12 شتنبر 1913، الصفحة 78.

² -قرار المجلس الأعلى الحكم المدني عدد 670 بتاريخ 4 يونيو 1969 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 69 السنة الأولى يونيو 1969 الصفحة 50، أورده مأمون الكزبري، نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي الجزء الأول، مصادر الإلتزامات، الصفحة 254.

³ ظهير شريف رقم 1.04.22 الصادر بتاريخ 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة الموافق ل 05 فبراير 2004، الصفحة 418.

⁴ - تنص المادة 329 من مدونة الأسرة على ما يلي: " أسباب الإرث كالزوجية والقربة أسباب شرعية لا تكتسب بالترام ولا بوصية، فليس لكل من الوارث أو الموروث إسقاط صفة الوارث أو الموروث، ولا التنازل عنه للغير".

⁵ - جاء في الفقرة الأولى من المادة 229 من ق ل ع ما يلي: " تُنتج الإلتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما ما لم يكن العكس مصرحا به أو ناتجا عن طبيعة الإلتزام أو عن القانون...".

ثانياً: حالات عدم إمتداد آثار العقد إلى الخلف العام

إذا كانت القاعدة العامة تقضي بأن آثار الإلتزامات لا تقتصر على المتعاقدين بل تمتد إلى ورثتهم فإن هذه القاعدة ليست مطلقة وإنما ترد عليها بعض الإستثناءات، والتي ترتبط أحياناً بإرادة المتعاقدين، أو تفرضها طبيعة العقد أو بمقتضى نص قانوني.

✓ حالة اتفاق الأطراف:

تعد هاته الحالة تحصيل حاصل لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، بحيث يمكن للمتعاقدين إذا أرادوا أن حقاً أو إلتزاماً نشأ عن العقد أن يقتصر بينهم فقط دون إمتداده إلى الخلف العام، جاز لهم الإتفاق على ذلك دون الإخلال بالنظام العام أو الآداب الحميدة.

وبذلك فإن آثار العقد منحصرة في الحدود التي رسمها أطراف العلاقة القانونية، فيجوز مثلاً أن يتفق المتعاقدان في بيع على أن يمنح المشتري أجلاً لسداد الثمن دون أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته، فإذا مات المشتري وجب على الورثة دفع الثمن في الحال من التركة، وكذلك يجوز لشركات التأمين أن تشترط على المتعاقد معها عدم جواز تمديد مفعول عقد التأمين للسيارات للورثة في حالة وفاة المؤمن له.

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس بالضرورة أن يرد شرط منع إمتداد أثر الإلتزام التعاقدى في صلب العقد بل يمكن التنصيص عليه في مرحلة لاحقة على إنشاء العقد، ومن جهة أخرى لا يجوز للبائع أن يشترط على المشتري أن ما تبقى من أقساط الثمن في حالة وفاته -البائع- أن يدفع لأحد الورثة دون الورثة الآخرين، لأن من شأن ذلك أن يضرب في قواعد الميراث وفق الشريعة الإسلامية، لكن مع ذلك يجوز له أن يوصي بذلك¹.

✓ حالة طبيعة العقد:

قد يكون الحق أو الإلتزام الناتج عن التعاقد بحكم طبيعته لا يقبل الإنتقال من المتعاقد إلى الخلف العام بغض النظر عن طبيعة المانع الذي يكون سبباً في ذلك، فالعقود التي تقوم على الإلتزام الشخصي كعقود المهن الحرة (الطبيب، المحامي...) فإنها تنقضي بانقضاء أو انتهاء حياة الملتمزم.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، الصفحة 543.

✓ حالة النص القانوني:

قد يرجع السبب في عدم إنصراف آثار العقد إلى الخلف العام إلى وجود نص قانوني يقضي بذلك، كما هو الأمر بالنسبة للفصل 99 من القانون 139-08، حيث يستفاد من هذا الفصل أن حق الانتفاع ينتهي بموت المنتفع، ومن قبيل ذلك أيضا ما جاء في الفصل 344 من قانون الالتزامات والعقود: " الإبراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه لا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة " وهو ما يفيد أن الإبراء الذي يقوم به المريض خلال مرض الموت لصالح أحد الورثة لا يصح إلا إذا وافق عليه بقية الورثة، وكما في الوكالة حيث تنتهي الوكالة بموت الموكل أو الوكيل، ونفس الشيء لعقد الشركة التي تنتهي بموت أحد الشركاء ما لم يكن قد تم الإتفاق على إستمرار الشركة مع الورثة بين باقي الشركاء على قيد الحياة².

الفقرة الثانية: الخلف الخاص

يراد بالخلف الخاص ذلك الشخص الذي يخلف سلفه في شيء معين بالذات سواء كان منقولا أو عقارا أو حقا شخصيا كان السلف دائنا به من قبل³، كما عرفه أستاذنا عبد الرزاق أحمد السنهوري على أن الخلف الذي يخلف الشخص في عين معينة بالذات أوفي حق عيني عليها، كالمشتري الذي يخلف البائع في المبيع، والمنتفع الذي يخلف المالك في حق الانتفاع⁴. أما الأستاذ جميل الشرقاوي فيعرف الخلف الخاص بقوله: " الخلف الخاص هو من يخلف المتعاقد في الحق الخاص الذي يتصل به المتعاقد".

1 الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 25 من دي الحجة 1432 موافق ل 22 نوفمبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 دي الحجة موافق 24 نوفمبر 2011، الصفحة 5587.

2 - جاء في الفقرة الأخيرة من الفصل 1051 من قانون الالتزامات والعقود أن: " تنتهي الشركة...رابعا- بموت أحد الشركاء أو بإعلان فقده قضاء أو بالحجر عليه ما لم يكن قد وقع الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثته أو نائبه أو على استمرارها بين الباقيين من الشركاء على قيد الحياة".

3 - عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، مكتبة دار الأمن 4 ساحة المامونية، الصفحة 336.

4 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، الصفحة 541.

وبذلك يكون الأستاذ الشرقاوي قد أوضح أن الحق محل الاستخلاف هو حق خاص وهذا ما يميزه عن الخلف العام، هذا الأخير الذي يخلفه سلفه في كامل ذمته المالية أو في جزء شائع منها¹.

وتجدر الإشارة على أن المشرع المغربي لم ينظم علاقة السلف بالخلف الخاص، الأمر الذي يتطلب منا دراسة هذه العلاقة على ضوء المبادئ القانونية العامة وما إستقر عليه كلا من الفقه والقضاء بالإضافة إلى بعض التشريعات المقارنة، وحتى نكون فكرة عامة حول موضوع الخلف الخاص يمكن أن نتساءل عن مدى تأثر هذا الخلف بالتصرفات التي أجراها السلف بخصوص الشيء أو الحق الذي كان محل الاستخلاف؟
للإجابة على هذا التساؤل سنميز بين التصرفات المنشأة للحقوق العينية وتلك التي تقتصر على إنشاء الحقوق الشخصية والتي ترتب إلتزامات:

أولاً: الخلف الخاص في التصرفات العينية

إن تأثر الخلف الخاص بتصرفات سلفه المنشأة للحقوق العينية لا تثير أي إشكال من الناحية القانونية، إذ ينتقل الشيء موضوع الإستخلاف إلى الخلف الخاص وهو مثقل بالحقوق العينية سواء كانت إيجابية أو سلبية²، فاعتبار الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأثر العقود التي أبرمها السلف فإن آثار تلك العقود التي أنشأت حقوقاً على الشيء الذي إنتقل إلى الخلف لا ينصرف بقوة القانون وإنما لسبب آخر هو إتصال تلك الآثار بالشيء، فعندما يكون الحق في مصلحة الشيء أو مكمل له فإنه يتبع الأصل، وهكذا فإن إنتقال الآثار هنا بالخلف الخاص يرجع إلى قاعدة الملحقات تتبع الأصل³، ومن أمثلة ذلك الإمتداد من الزاوية الإيجابية الخلف الخاص الذي يخلف سلفه في عقار له حق إرتفاق على عقار آخر فإن الشيء موضوع الإستخلاف ينتقل إلى الخلف مع تلك الحقوق باعتبارها مكملة له، ونفس الشيء ينطبق على الشيء موضوع الإستخلاف الذي يكون مثقلاً بحق مرور أو إرتفاق.

¹ - محمد اليوناني، الغير في الإلتزام التعاقدى، رسالة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بفاس، الموسم الجامعي 2014/2013 الصفحة 29.

² - عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، الصفحة 338.

³ - محمد اليوناني، مرجع سابق، الصفحة 33.

ثانيا: الخلف الخاص في التصرفات المنشئة للإلتزامات والحقوق الشخصية

تري الأستاذة Gueflucci thibierge أن الخلف الخاص غير مسؤول كمبدأ عام عن الإلتزامات الشخصية لسلفه، بحيث يبقى « غيرا » اتجاه العقود المبرمة من قبل هذا الأخير، وذلك لعدم وجود الإرادة أو مقتضى قانوني يخضعه للآثار الإلزامية للعقد¹، وبالرجوع لقانون الإلتزامات والعقود المغربي فإن الخلف الخاص يعد «غيرا» حسب منطوق الفصل 288 لذلك فإنه لا يلتزم بما أبرمه سلفه .

وهكذا فإن الإلتزامات التي تتسم بالطابع الشخصي لا يخلف الخلف الخاص سلفه فيها، وبالتالي فالديون والكفالات الشخصية للسلف لا تنتقل للخلف إذا تعلق الأمر بتقويت أصل تجاري، وأيضا إذا تعلق الأمر بشراء طبيب لأرض من أجل أن يقيم عليها مستشفى متنقل ويتعاقد مع بعض المعامل على توريد أدوية معينة لهذا المستشفى فحقه في توريد الأدوية لا ينتقل إلى المشتري للأرض بعد نقل المستشفى لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب وبالمستشفى لا بالأرض التي بيعت².

غير أن مبدأ " الخلف الخاص غير مسؤول عن الإلتزامات الشخصية لسلفه " ترد عليه مجموعة من الاستثناءات منها ما هو مقرر بالقانون ومنها ما تفرضه طبيعة التصرف.

✓ الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون:

قد يتدخل المشرع في بعض الأحيان بشكل صريح فيقضي باستمرار التصرفات القانونية التي أبرمها السلف والمنشأة للإلتزامات، وذلك من خلال إلزام الخلف بها، ومن قبيل ذلك ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 754 من قانون الإلتزامات والعقود في إطار العقود التي يبرمها رب العمل مع الأجراء، وعليه، فإن التغيير الذي ينشأ في المركز القانوني لرب العمل لا يؤثر على تلك العقود وبالتالي فإن المالك الجديد للمشروع يلتزم بها باعتباره خلفا خاصا³.

¹ - محمد اليوناني، مرجع سابق، الصفحة 33.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، تاجزء الأول، مرجع سابق، الصفحتان 550 و 551.

³ - الفقرة الخامسة من الفصل 754 من قانون الإلتزامات والعقود تنص على ما يلي: "...إذا طرأ تغيير في المركز القانوني لرب العمل، وعلى الأخص بسبب الإرث أو البيع أو الإدماج أو تحويل المشروع، أو تقديمه حصة في شركة فإن جميع عقود العمل الجارية في يوم حصول هذا التغيير تستمر بين المالك الجديد للمشروع وبين عماله وخدمه ومستخدميه..."

وكذلك ما يستفاد من الفصل 694 من قانون الالتزامات والعقود، فإن التفويت الاختياري أو الجبري للعين المكتراة لا يغير عقد الكراء، وبذلك فالمالك الجديد يخلف سلفه في كل حقوقه والالتزامات الناتجة عن الكراء القائم¹.

✓ الاستثناءات الناجمة عن طبيعة التصرف:

هناك بعض التصرفات القانونية التي يبرمها السلف والتي تفرض بحكم طبيعتها أن يلتزم بها كذلك الخلف الخاص حتى وإن لم يكن طرفا فيها ولم يعبر عن إرادته وقت إنشائها، وهكذا فإن مشتري العقار له الحق في الاستفادة من دعوى الضمان للعيب والإستحقاق التي كانت من حق سلفه كما له كذلك أن يستفيد من رخص البناء التي حصل عليها السلف.

وعموما فإنه لا يمكن أن نتصور خلافة الخلف الخاص للسلف في الالتزامات والحقوق إلا إذا توفرت بعض الشروط والمتمثلة في²:

- أن يكون الالتزام أو الحق الذي قرره السلف من مستلزمات الشيء أو الحق موضوع الإستخلاف.
- يجب أن يكون عقد السلف سابقا من حيث التاريخ على العقد الذي إنتقل منه الحق إلى الخلف الخاص.
- أن يكون الخلف الخاص عالما بالحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه سلفه

المطلب الثاني: الدائنين

إذا كان كل من الخلف العام والخلف الخاص يتأثران بصورة مباشرة من تصرفات سلفهم، فإن الدائنين لا يتأثرون بالعقود التي يبرمها المدين إلا بكيفية غير مباشرة وذلك لأنهم يُعتبرون من الغير بخصوص هذه التصرفات³، فالعقود التي يبرمها المدين قد تنقص من الضمان العام، لذلك فالمشرع لم يترك المدين حرا في إبرام العقود التي تضر بالدائن من خلال

¹ - الفصل 694 من قانون الالتزامات والعقود ينص على: " لا يفسخ عقد الكراء بالتفويت الاختياري أو الجبري للعين المكتراة. ويحل المالك الجديد محل من تلقى الملك عنه في كل حقوقه والالتزامات الناتجة من الكراء القائم، بشرط أن يكون هذا الكراء قد أجري بدون غش، وأن يكون له تاريخ سابق على التفويت".

² - عبد الرحمان الشرفاوي، القانون المدني، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديد، الرباط، 2015، الصفحة 281.

³ - عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، الصفحة 342.

إقراره لمجموعة من الوسائل الحمائية للدائن إذا صدر من المدين تصرف صوري، كما خول الدائن كذلك مجموعة من الإجراءات التحفظية التي يمكن أن يمارسها على أموال المدين حماية للضمان العام، وللإحاطة بموضوع الدائنين في إطار الالتزام التعاقدى الذي يبرمه المدين فإننا سنتطرق لدعوى الصورية (الفقرة الأولى) وباقي الضمانات الحمائية الأخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دعوى الصورية

إستنادا للفصل 22 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه " الإتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما، فلا يحتج بها على الغير إذا لم يكن له علم بها، ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل"، فإن المشرع خول حماية خاصة للدائنين وذلك من خلال إعمال الصورية، لذلك سنعرض لمفهوم الصورية (أولا) ثم سنتطرق بعد ذلك لآثار الصورية وإثباتها (ثانيا).

أولا: الصورية مفهومها وأنواعها وشروطها

1- مفهوم الصورية

الصورية في معناها الواسع تفيد إظهار وضع وهمي بمظهر الوضع الحقيقي، والصورية في الاصطلاح هي توافق إرادتين على إخفاء ما إتفقا عليه سرا تحت ستار عقد ظاهر لا يبيغان بحكمه، فالعقد الصوري إذا هو عقد ينظمه الطرفان ذرا للرماد في أعين الغير ويتفقان على تعطيل كل أو بعض آثاره بمقتضى عقد مستتر يسمى ورقة الضد، يضمنانه حقيقة ما أورده وتراضيا به¹، إذا فالحديث عن الصورية يفضي إلى وجود عقدين، عقد ظاهر وهو العقد الصوري، وعقد مستتر وهو العقد الحقيقي أو ما يسمى بورقة الضد².

¹ - مأمون الكزبري، مرجع سابق، الصفحة 294.

² - عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني، الإثبات، آثار الالتزام، الصفحة 1073.

وتجدر الإشارة، أن الصورية نوع من الخداع المحرم في الشرع بدليل القرآن الكريم والسنة، حيث يقول سبحانه وتعالى في محكم كتابه الكريم في الآية 231 من سورة البقرة "ولا تتخذوا آيات الله هزءاً"، وكما جاء في الحديث الشريف "ولا تحل الخديعة لمسلم" ¹.

2- أنواع الصورية:

الصورية نوعان، صورية مطلقة وصورية نسبية.

يُقال عن الصورية أنها مطلقة أو يقال إن العقد الظاهر وهمي، عندما تكون الصورية في أصل العقد، أي عندما يكون العقد المنظم في السر قد عطل كل آثار العقد المنظم في العلانية². فالصورية المطلقة إذن، تتحقق عندما يلجأ أطراف العقد إلى هدم أو تعطيل العقد، كالبيع الصوري الذي يهدف به المدين إلى إخراج المال من ذمته وتهريبه عن الدائن بينما يضل المال بذمة البائع حسب الوضع السليم³.

أما الصورية النسبية فتتحقق عندما يوجد تصرف قانوني حقيقي بين أطراف العقد فتستخدم الصورية قصد إخفاء جانب من جوانب هذا العقد، وهكذا تختلف الصورية النسبية باختلاف الجانب الخفي، وهذا الجانب إما يتناول طبيعة العلاقة القانونية الواقعة بين أطراف العقد فنكون عندئذ أمام صورية بواسطة التستر، أو يتناول بعض شروطها أو أركانها، وهذه هي الصورية بالطريقة المضادة، وإما أن يهدف المتعاقدين في الصورية إلى إخفاء أحد أطراف العقد فتكون بذلك الصورية بطريق التسخير⁴.

3- شروط الصورية

إ نطلاقاً مما سبق فإن الصورية لا تتحقق إلا إذا استجمعت الشروط التالية:

- أن يوجد عقدان بموجبهما يتحد الطرفان والموضوع، ويختلفان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط

¹ - عز الدين الديناصورى وعبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، مطابع المعارف، 1986، الصفحة 14.

² - مأمون الكزبري، مرجع سابق، الصفحة 295.

³ - المختار بن احمد العطار، النظرية العامة للإلتزامات والعقود في ضوء القانون المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2011، الصفحة 247.

⁴ - الصورية بأسلوب التستر، كالهبة إذا اتخذت صورة عقد بيع ظاهر بقصد التهرب من أحكام الرسمية أما الصورية بأسلوب المضادة كأن يذكر المتعاقد تاريخاً للعقد هو غير تاريخه الحقيقي أو يذكر ثمناً أكثر الثمن الحقيقي أما الصورية عن طريق التسخير يلجأ إليها المتعاقدين في الحالة التي يمنع القانون على بعض الأشخاص شراء المتنازع فيه فيعتمد إلى تسخير شخص ثالث ليشتري باسمه.

- أن يكون العقدان معاصرين فيصدر في نفس الوقت، والمعاصرة المقصودة هنا ليست المعاصرة المادية وإنما المعاصرة الذهنية للمتعاقدين أي المعاصرة التي إنعقدت عليها نية المتعاقدين وقت صدور التصرف الظاهر وإن صدر التصرف المستتر بعد ذلك¹.
- أن يكون العقدان أحدهما ظاهراً علنياً وهو العقد السوري والآخراً مستتراً سرياً وهو العقد الحقيقي.

ثانياً: آثار الصورية وإثباتها

يشمل المتعاقد في عقد الصورية كل من شارك في التصرف القانوني السوري، سواء بشخصه أو بمن يمثله، ويأخذ الخلف العام حكم المتعاقد فيما يتعلق بالعقد السوري، وبذلك فإن الغير في حقل الصورية يشمل الخلف الخاص والدائنون العاديون²، لذلك فإننا سنحاول التطرق لآثار الصورية من زاوية الغير، كما سنعرض لإشكالية إثبات الصورية في إطار دعوى الصورية.

1- آثار الصورية على الدائنين باعتبارهم غيراً

تختلف آثار الصورية بالنسبة للغير حسب ما إذا كان هذا الأخير حسن النية أم سيء النية. فبالنسبة للغير حسن النية، فإنه بالرجوع إلى الفصل 22 من قانون الإلتزامات والعقود³، يحق له التمسك بالعقد الحقيقي ويطالب بالحقوق التي تنتج عنه كما لو كان العقد السوري المستتر غير موجود، هذا ومن حق الغير إذا أثبت الصورية أن يتمسك بالعقد السوري المستتر إذا إقتضت مصلحته ذلك أن يستفيد منه، وذلك كما لو كان مثلاً عقد الإيجار الحقيقي المنظم بين مدينه وبين المستأجر يتضمن أجراً أعلى من الأجر المصرح به في عقد الإيجار الظاهر حيث يسوغ له التمسك بالأجر الحقيقي⁴.

أما إذا كان الغير سيء النية، أي كان قد تعاقد مع أحد طرفي العقد السوري مع علمه بالصورية، فإنه بمفهوم المخالفة للفصل 22 من نفس القانون تسري عليه أحكام العقد الحقيقي.

1 - عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثاني، مرجع سابق، الصفحة 1077.

2 - مأمون الكزبري، مرجع سابق، الصفحة 297.

3 - ينص الفصل 22 من ق ل ع على أن: "الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما، فلا يحتج بها على الغير، إذا لم يكن له علم به ويعتبر الخلف الخاص غيراً بالنسبة لأحكام هذا الفصل".

4 - مأمون الكزبري، مرجع سابق، الصفحة 297.

لكن الإشكال يثور في الحالة التي يكون لطرفي عقد الصورية دائنين، فيتمسك البعض منهم بالعقد الظاهر، بينما تقتضي مصلحة الآخر التثبيت بالعقد المستتر، وذلك كما لو كان للبائع الصوري دائن، وللمشتري الصوري دائن، فالأول يرى مصلحته في التمسك بالعقد الحقيقي ليطالب بحقه باعتباره قائماً وموجوداً في ذمة مدينه، ودائن المشتري له مصلحة مؤكدة تدفعه للتمسك بالعقد الصوري¹.

وهذه الإشكالية لم يتطرق لها المشرع المغربي في قانون الإلتزامات والعقود، وبذلك فالحل حسب بعض الفقه² هو ترجيح العقد الظاهر الذي يعبر عنه العقد الصوري، وعلى خلاف التشريع المغربي فالمشرع المصري قد تعرض لهذه الإشكالية في الفقرة الثانية من المادة 244 من القانون المدني بقوله " وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين ".

ويرى الدكتور الكزبري على أن القضاء المغربي قد أحسن صنعا عندما سار على توجه الفقه والقضاء الفرنسي رغم إنتفاء النص الذي يقر في حالة تضارب مصالح الغير، أرجحية من يدلي منهم بالعقد الظاهر، وهذا الحل هو السائد في التشريع المقارن³.

1- إثبات الصورية:

تختلف طرق إثبات الصورية باختلاف الطرف الملزم بالإثبات حسب ما إذا كان طرفاً أو غيراً، وما يهمننا هنا هو علاقة الغير بمسألة إثبات الصورية.

وهكذا فإن الدائنين يحق لهم باعتبارهم غيراً إثبات الصورية بكافة الطرق الثبوتية ما دام أنه لم يكن طرفاً في العقد الصوري، ذلك أن الصورية بالنسبة للغير تشكل مجرد واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع الوسائل، وليس من العدل أن ينسب أي إهمال للغير لعدم حصوله على الدليل الكتابي من المتعاقدين يثبت به إقدامهم على التعاقد صورياً، لذلك فإن منطق العدالة والإنصاف يقضي بتسهيل مهمة الغير وتخويله حق إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات كالقرائن والشهادة⁴.

¹ - عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، الصفحة 253.

² - عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، الصفحة 253.

³ - مأمون الكزبري، مرجع سابق، الصفحة 300.

⁴ - مأمون الكزبري، مرجع سابق، الصفحة 301.

الفقرة الثانية: الضمانات الأخرى لحماية الضمان العام

من أهم الوسائل المقررة في التشريع المغربي لحماية الضمان العام نجد حق الحبس (أولا) والحجز التحفظي (ثانيا) والدعوى المباشرة (ثالثا).

أولا: حق الحبس

عرف الفصل 291 من قانون الالتزامات والعقود حق الحبس بقوله: "حق الحبس هو حق حيازة الشيء المملوك للمدين وعدم التخلي عنه إلا بعد وفاء ما هو مستحق للدائنين، ولا يمكن أن يباشر إلا في الأحوال الخاصة التي يقررها القانون".

وهكذا فإن الدائن باعتباره غيرا على التصرفات القانونية التي يبرمها المدين له الحق في ممارسة الحبس كوسيلة حمائية لضمانه العام، متى أقدم المدين على إبرام تصرفات على الأشياء المنقولة أو الثابتة¹ وهي بحوزة الدائن شريطة أن يكون الدين حالا² وهذا ما يميز حق الحبس عن الحجز التحفظي.

ثانيا: الحجز التحفظي

يتمثل الحجز التحفظي في وضع القضاء يده على أموال المدين سواء أكانت منقولات أو عقارات وذلك لمنع المدين من التصرف فيها تصرفا ضارا بدائنيه، وعليه فإن أي تصرف قانوني للمدين مع وجود الحجز التحفظي يعد باطلا وعديم الآثار، وهذا ما أكدته الفصل 453 من قانون المسطرة المدنية³.

وهكذا فإن الحجز التحفظي باعتباره ضمانا للدائن على أموال المدين يعتبر إجراء قضائيا عكس حق الحبس، من خلاله يلجأ الدائن للقضاء طالبا حجزا تحفظيا على أموال المدين حتى يحول دون ضياع حقه في الضمان العام، أي أن التصرفات التي يبرمها المدين تعد باطلة رغم

¹ - الفصل 294 من قانون الالتزامات والعقود ينص على: "يمكن أن يكون محلا لحق الحبس الأشياء المنقولة أو الثابتة، وكذلك السندات الإسمية والسندات التي لأمر أو لحاملهما".

² - الفصل 296 من قانون الالتزامات والعقود ينص على: "لا تجرز مباشرة حق الحبس إلا بالشروط الآتية: 1- أن يكون الشيء في حيازة الدائن، 2- أن يكن الدين حالا، وإذا كان الدين غير محدد المقدار تضرب المحكمة للدائن أقصر أجل ممكن ليعمل على تحديده، 3- أن يكون الدين ناشئا من معاملات قائمة بين الطرفين أو أن يكون ناشئا من ذات الشيء محل الحبس".

³ - ينص الفصل 453 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: لا يترتب عن الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات والعقارات التي انصب عليها، ومنع المدين من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنيه ويكون نتيجة لذلك كل تفويت تبرعا أو بعوض مع وجود الحجز باطلا وعديم الأثر".

أن الدائن يعتبر غيرا بالنسبة لها لأنه في هذه الحالة مارس حق الحجز التحفظي الذي يحول دون نفاذ تلك التصرفات.

ثالثا: الدعوى المباشرة

بالرغم من أن المشرع لم يتطرق لهذه الدعوى بموجب نص قانوني عام، إلا أنه أكد على هذه الدعوى بواسطة بعض النصوص الخاصة والتي بمقتضاها خول للدائن الحق في مباشرة الدعوى من خلال الحلول محل المدين في ممارستها من أجل استخلاص ديونه المستحقة على الغير¹.

والدعوى المباشرة هي الدعوى التي يرفعها الدائن باسمه شخصيا لا باسم مدينه ليستأدي من مدين مدينه ما يجب على الأخير أن يؤديها للمدين، وتهدف الدعوى المباشرة، السماح لدائن دائن العقد بالتحرك ضد مدين مدينه على الرغم من إنتفاء أي رابطة قانونية تجمعهما²، ومن الأمثلة البارزة للدعوى المباشرة نجد ما نص عليه المشرع المغربي في إطار الفصل 780 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه: "للعامل والصناع والمستخدمين في تشييد بناء أو أي عمل آخر يقع بالمقولة الحق في إقامة دعوى مباشرة ضد من أجري الصنع لصالحه في حدود المبالغ التي يكون ملتزما بها المقاول عند إجراء أحدهم حجزا صحيحا عليها وما يلتزم به له بعد هذا الحجز".

وهناك وسائل أخرى يأخذ بها المشرع المغربي بالرغم من أن القضاء أخذ ببعض تطبيقاتها ويتعلق الأمر هنا بالدعوى البوليانية أو الدعوى البوليصية والتي تهدف إلى تجريد تصرفات المدين حيث أخذ بها كل من المشرع المصري من خلال المادة 237 من القانون المدني المصري، والمشرع الفرنسي في المادة 1167 من القانون المدني الفرنسي³.

ومن تطبيقاتها في القضاء المغربي ما جاء في الحكم الصادر عن محكمة الدار البيضاء بتاريخ 05 ديسمبر 1938: "حتى ولو كانت الدعوى البوليانية لم تذكر صراحة وبالإسم في القانون المغربي، فمن الواجب إبطال التصرفات التي يجريها المدين غشا في حقوق دائنيه"⁴.

¹ - عبد الرحمان الشرقاوي. مرجع سابق، الصفحة 283.

² - محمد اليوناني، مرجع سابق، الصفحة 136.

³ عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، الصفحة 343.

⁴ - جريدة المحاكم المغربية، عدد 811، 4 مارس 1939، الصفحة 63، أورده عبد الرحمان الشرقاوي، مرجع سابق، الصفحة 283.

المبحث الثاني: الغير بمفهومه الضيق في الإلتزام التعاقي

إذا كانت آثار العقد تقتصر على عاقيه ومن يرتبط بهما بموجب علاقة قرابة أو مديونية، فإن الغير بمفهومه الصحيح الضيق هو الذي لا علاقة له بأطراف العقد والذي لا يتأثر كقاعدة عامة بالعقود التي لم يساهم في إنشائها طبقا لمقتضيات الفصل 33 من قانون الإلتزامات والعقود¹، وكذلك الفصل 228 من نفس القانون²، غير أن هذه القاعدة غير مطلقة، بل ترد عليها إستثناءات بموجبها يتأثر الغير ببعض الحقوق والإلتزامات سواء كان تأثيرا إيجابيا كالإشتراط لمصلحة الغير (المطلب الأول) أو سلبيا كالإلتزام عن الغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإشتراط لمصلحة الغير

يقصد بالإشتراط لمصلحة الغير تعاقد بين شخصين أحدهم يسمى المشتراط والآخر الواعد أو المتعهد حيث يشترط فيه الأول على الثاني أن يلتزم هذا الأخير إزاء شخص ثالث أجنبي عن التعاقد يسمى المنتفع فينشئ بذلك للمنتفع حق مباشر يستطيع أن يطالب به المتعهد³، وقد أقره المشرع المغربي بموجب الفصل 34 من قانون الإلتزامات والعقود⁴، كما أقره المشرع المصري بموجب المادة 154 من القانون المدني المصري⁵. وحتى يكون العقد عقد إشتراط لمصلحة الغير لا بد من توفر مجموعة من الشروط (الفقرة الأولى) لينتج آثاره القانونية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شروط تحقق الإشتراط لمصلحة الغير

تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

¹ - ينص الفصل 33 من ق ل ع على: " لا يحق لأحد أن يلزم غيره، ولا أن يشترط لصالحه إلا إذا كانت له سلطة النيابة عنه بمقتضى وكالة أو بمقتضى القانون".
² - ينص الفصل 228 من ق ل ع على: " الإلتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون".
³ - مأمون الكزبري، مرجع سابق، الصفحة 271.
⁴ - ينص الفصل 34 من قانون الإلتزامات والعقود: " ومع ذلك، يجوز الإشتراط لمصلحة الغير ولو لم يعين....".
⁵ - المادة 154 من القانون المدني المصري تنص على: " يجوز للشخص أن يتعاقد مع باسمه على التزماتها بشرطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية".

✓ يجب على المشتراط أن يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع

إن ما يميز الإشتراط لمصلحة الغير عن النيابة هي كون المشتراط يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع، وبذلك يكون أطراف العقد الذين أبرموا العقود باسمهم كل من المشتراط والمتعهد في حين يظل المنتفع غيـرا، وهكذا لا يعد من قبيل الإشتراط لمصلحة الغير إذا كان العقد مبرما باسم المنتفع، فالمشتراط يتعاقد باسمه ولا ينوب عن المنتفع.

✓ أن يتم الاتفاق على إنشاء عقد مباشر للمنتفع

يُقصد بهذا الشرط أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى ترتيب حق للمنتفع بشكل مباشر على المتعهد دون أن يكون المنتفع طرفا في العقد حيث إن الاتفاق الحاصل بين المشتراط والمتعهد يمتاز بأنه يخلق حقا مباشرا لمصلحة الطرف المستفيد من الإشتراط من غير أن تكون هناك رابطة لنقل هذا الحق إلى المنتفع بإشتراط¹.

والإشتراط لمصلحة الغير بهذا الشرط يجعل مجموعة من التصرفات التي يقدم عليها أطراف العقد والمثابـهة تخرج من إطار الإشتراط لمصلحة الغير، ومن قبيل ذلك إذا كان المشتراط قد إشتراط لاحق لنفسه ثم حوله بعد ذلك إلى شخص آخر كما لو باع شخص عقارا له ثم حول الثمن إلى دائنه، ففي هذه الحالة يوجد عقدان متعاقبان لا آثار فيهما للإشتراط لمصلحة الغير²، وكذلك كأن يشترط المشتراط حقا لنفسه ويكون الغير مستفيدا من هذا الحق، كأن يتعاقد رب العمل مع طبيب من أجل تطبيق مستخدميه دون أن تكون نية الطرفين (رب العمل، الطبيب) تهدف إلى منح حق مباشر إلى المستخدمين.

وتجدر الإشارة أنه لا يشترط في المنتفع أن يكون معيناً وقت إنشاء العقد أو موجودا في الحال لكنه قابل الوجود في المستقبل ثم إنه ليس هناك ما يمنع من نشوء الإشتراط لمصلحة الغير ولو كان هذا الغير غير محدد المواصفات، ويكفي أن يكون قابلا للتحديد عند استحقاق الحق، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الأولى من الفصل 34 من قانون الإلتزامات والعقود³، ومع ذلك يجوز الإشتراط لمصلحة الغير ولو لم يكن معيناً.

1- عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، الصفحة 378.

2- مأمون الكزبري، مرجع سابق، الصفحة 274.

3- يراجع الفصل 34 من قانون الإلتزامات والعقود.

✓ أن تكون مصلحة شخصية للمشتراط في الاشتراط

حين يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير لا بد أن يكون للمشتراط من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية سواء كانت مصلحة مادية أو معنوية، والمصلحة هنا مفترضة لفائدة المشتراط، مادام أنه يعمل لحسابه ويتعاقد باسمه، إذ لا بد أن تكون له مصلحة شخصية في الإشتراط للغير وإلا كان فضوليا، ذلك أن المصلحة الشخصية هي الفرق الجوهرى ما بين الفضالة والإشتراط لمصلحة الغير¹.

وقد تكون المصلحة مادية عندما يهدف المشتراط إلى تحقيق هدف مادي، كمن يبيع شيئا للمشتري ويشترط عليه تسليم ثمنه لشخص ثالث كان دائنا للمشتراط بمبلغ يوازي ثمن البضاعة، كما يمكن أن تكون هذه المصلحة معنوية عندما يهدف المشتراط إلى الحصول على الأجر والثواب كمن يبيع مالا له ويشترط على المشتري تسليم الثمن إلى جهة خيرية أو مؤسسة علمية².

ولا يفوتنا في هذا الصدد أن نشير أن المصلحة الشخصية هي الدافع لمطالبة المتعهد بتنفيذ إلتزامه نحو المنتفع، ما لم يكن حق المطالبة بالتنفيذ مقصور على المنتفع طبقا لمقتضيات الفصل 35 من قانون الإلتزامات والعقود³.

الفقرة الثانية: آثار الاشتراط لمصلحة الغير

إذا تحقق الاشتراط لمصلحة الغير فإنه يرتب آثارا تختلف بين جهات ثلاث، علاقة المشتراط بالمتعهد(أولا) وكذا علاقة المشتراط بالمنتفع (ثانيا) وأخيرا علاقة المتعهد بالمنتفع (ثالثا).

أولا: علاقة المشتراط بالمتعهد

إن العلاقة التي تربط المشتراط بالمتعهد تخضع لمقتضيات العقد الذي يربط بينهما والذي ورد فيه حق الإشتراط لمصلحة الغير، وبالرغم من هذه الخصوصية الأخيرة فإن ما يحكم العلاقة ما بين المشتراط والمتعهد يمكن إجمالها فيما يلي:

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثاني، مرجع سابق، الصفحة 579.

² - عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، الصفحة 350.

³ - الفصل 35 من قانون الإلتزامات والعقود ينص على: "يسوغ لمن اشترط لمصلحة الغير أن يطلب مع هذا الغير تنفيذ الإلتزام ما لم يظهر منه أن طلب تنفيذه مقصور على الغير الذي أجري لصالحه".

- يتوجب على المشتراط أن يفي بالتزامه إتجاه المتعهد وذلك من خلال تمكينه من موضوع الإشتراط حتى يتسنى له تنفيذ التزامه تجاه المتعهد.
- إن إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه إتجاه الطرف الآخر تمكن من المطالبة بتنفيذ العقد أو المطالبة بالفسخ وفق القواعد العامة.

ولا بد أن نشير هنا على أنه ثار خلاف فقهي على أحقية المشتراط في إقامة دعوى ضد المتعهد مطالبا إياه بتنفيذ التزامه وتمكين المنتفع مما إشتراط له¹، غير أنه بالرجوع لمقتضيات الفصل 35 من قانون الإلتزامات والعقود نجد أن المشرع قد أجاز للمشتراط مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه ما لم يتم الاتفاق على مخالفة ذلك مسبقا.

ثانيا: علاقة المشتراط بالمنتفع

إن علاقة المشتراط بالمنتفع هي علاقة غير مباشرة، بمعنى أن المشتراط لا يرتبط بالمنتفع بمقتضى عقد مستقل، غير أنه يتأثر بكل تصرف يُجرّيه المشتراط قبل نفاذ هذا الإشتراط، لذلك فإن علاقة المشتراط بالمنتفع قد تكون علاقة سببها معاوضة أو تبرع، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من الفصل 34 من قانون الإلتزامات والعقود حيث جاء فيه: "يجوز الإشتراط لمصلحة الغير، ولو لم يعين، إذا كان ذلك سببا لإتفاق أبرمه معاوضة المشتراط نفسه أو سببا لتبرع لمنفعة الواعد".

وعلى هذا الأساس، إذا كان المشتراط يهدف من وراء هذا الإشتراط أن يكون من قبيل المعاوضة سواء كانت عن طريق دين أو التزام سابق في ذمة المشتراط، كأن يبيع هذا الأخير سلعة للمشتري ويشترط عليه تسليم ثمنها للغير الذي كان دائئا له، مما يوازي ثمن تلك السلعة²، أما إذا كان غرض المشتراط إقراض المنتفع بواسطة الإشتراط فإن العلاقة بينهما تخضع لأحكام القرض³، أما إذا كانت إستفادة المنتفع على وجه التبرع فإنها تأخذ شكل هبة غير مباشرة، غير أنها لا تخضع لأحكام الهبة من حيث الشكل لكنها تخضع لها من حيث

1 - عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، الصفحة 355.

2 - عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، الصفحة 356.

3 - مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 282

الموضوع، ويفترض في هذه الحالة ضرورة توفر أهلية التبرع في المشترك وقت صدور الاشتراط .

وما يميز هذه العلاقة هو مسألة جواز العدول عن فكرة الإشتراط (أ) وأيضا خيار المنتفع في قبول الإشتراط أو رفضه (ب).

أ- حق المشترك في الرجوع عن الإشتراط:

بالرغم من أن قانون الالتزامات والعقود لم ينص صراحة على إمكانية عدول المشترك عن فكرة الإشتراط إلا أن ذلك لا يعني حرمانه من ممارسة هذا الحق إذا توفر الشرطان الآتيان:

- أن يتم العدول عن فكرة الإشتراط قبل صدور القبول من الطرف المنتفع من الإشتراط.
- أن لا يكون في هذا العدول ما يتنافى مع عقد الإشتراط¹.

وخلافا للمشرع المغربي فإن غالبية التشريعات الحديثة نصت على إمكانية عدول المشترك عن الإشتراط كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدني الأردني الذي أجاز بمقتضى المادة 1/211 نقض المشاركة من طرف المشترك قبل قبول المنتفع، ونفس التوجه سار عليه المشرع المصري إذ نص في المادة 155 من القانون المدني المصري على أنه " يجوز للمشتراط أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع رغبته في الاستفادة منها "².

ب- خيار المنتفع بين قبول الإشتراط أو رفضه:

لما كان المنتفع غيرا، فمن الطبيعي أنه حر في قبول الإشتراط ورفضه وعليه فإنه ليس ملزما بقبول الإشتراط، كما أن إظهار رغبته يمكن أن يكون في أي وقت شاء باستثناء الحالة التي يحدد فيها المشترك مدة معينة لإعلان المنتفع عن موقفه من الإشتراط.

وبالتالي فإن قبل المنتفع الإشتراط نتج عن ذلك تثبيت حقه في الاستفادة منه مع ما يترتب عن ذلك من زوال حق المشترك في العدول عن إشتراطه، أما إذا رفض المشترك لفكرة الإشتراط فإن الحق الناتج عن الإشتراط ينتقل إلى المشترك أو لورثته بأثر رجعي³.

وفي الأخير نشير على أن المشرع المغربي قد أعرب عن حق المنتفع في رفض الإشتراط بموجب الفقرة الأخيرة من الفصل 34 من قانون الالتزامات والعقود التي تنص على

¹ - عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، الصفحة 356.

² - عبد الرحمان الشرقاوي، مرجع سابق، الصفحة 293.

³ - عبد الرحمان الشرقاوي، مرجع سابق، الصفحة 293.

ما يلي: " يعتبر الإشتراط كأن لم يكن إذا رفض الغير الذي عقد لصالحه قبوله مبلغا الواعد هذا الرفض".

ثالثا: علاقة المتعهد بالمنتفع:

تعد علاقة المتعهد بالمنتفع أقوى علاقة تنشأ في إطار الإشتراط لمصلحة الغير، ذلك أن المنتفع ولو لم يكن طرفا في العقد الذي يلتزم به المتعهد فإنه يكتسب حقا شخصيا مباشرا إزاء المتعهد، وهذا الإكتساب المباشر للحق يمكن المنتفع من الرجوع مباشرة على المتعهد لمطالبته بالوفاء بالتزاماته التي تعهد بها بموجب العقد المنشئ للإشتراط¹ ما لم يرد في العقد إستبعاد الغير في ممارسة هذه الدعوى² أو علقت مباشرتها على شروط محددة، وهكذا سنحاول الإحاطة بالعلاقة التي تجمع بين المتعهد والمنتفع من جانبين:

✓ المنتفع لا يتلقى حقه من المشتراط

بمعنى أن الحق الذي يكون موضوع الإشتراط لا يتلقاه المنتفع من المشتراط، ويترتب عن ذلك مجموعة من النتائج أهمها:

- لا يمكن لدائني المشتراط استخلاص ديونهم من المنتفع لأن ذلك لا يعتبر عنصرا من عناصر الضمان العام الذي يتمتعان به.
- في حالة وفاة المشتراط فإن حق المنتفع لا يدخل في تركته

✓ حق المنتفع مصدره عقد الإشتراط

ومعنى ذلك أن حق الإنتفاع الذي ضمن في الإشتراط لمصلحة المنتفع مصدره الأساسي العقد المبرم من طرف المشتراط والمتعهد، وينتج عن ذلك نتائج في غاية الأهمية نذكر منها:

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الجزء الأول، مرجع سابق، الصفحة 510.

² - تنص الفقرة الثانية من الفصل 34 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: "... وفي هذه الحالة ينتج الإشتراط أثره مباشرة لمصلحة الغير، ويكون لهذا الغير الحق في أن يطلب باسمه من الواعد تنفيذه وذلك ما لم يمنعه العقد من مباشرة هذه الدعوى أو علقت مباشرتها على شروط معينة...".

- للمتعهد الحق في التمسك تجاه المنتفع بكافة الدفوع الناشئة عن عقد الإشتراط فمثلا لو كان العقد قابلا للإبطال جاز للمتعهد الإدعاء بذلك، وبالتالي الإمتناع عن تنفيذ إلتزاماته إزاء المنتفع إذا تقرر الإبطال
- عقد الإشتراط يُنشأ حقا للمنتفع بمجرد التعاقد، لا من وقت إعلان المنتفع رغبته في الإستفادة من الإشتراط.
- إن حق المنتفع يثبت في الحدود التي وردت في عقد الإشتراط¹.

المطلب الثاني: الإلتزام عن الغير بشرط إقراره إياه

إن الأصل في التصرفات القانونية أنها تعكس إرادة عاقيها (أطراف العقد) وذلك تطبيقا للمبدأ الذي جاءت به المادة 228 من قانون الإلتزامات والعقود كون أن الإلتزامات لا تنفع ولا تضر إلا من كان طرفا في العقد، غير أن المشرع المغربي بموجب الفصل 36 أجاز الإلتزام عن الغير شرط إقراره إياه، ويعد مثل هذا التصرف من التصرفات التي تعكس الغير في الإلتزام التعاقدي، لذلك سنحاول أن نحيط بموضوع الإلتزام عن الغير بشرط إقراره إياه من خلال مفهومه وحكمه (الفقرة الأولى) على أن نتطرق كذلك إلى تمييز هذا التصرف عن التعهد عن الغير (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الإلتزام عن الغير شرط إقراره إياه وحكمه

سنبحث في هذا الإطار حول مفهومه (أولا) ثم حكمه (ثانيا).

أولا: مفهوم الإلتزام عن الغير شرط إقراره إياه

يقصد بالإلتزام عن الغير شرط إقراره إياه أن يبرم شخص إلتزاما بإسم غيره شرط أن يقر هذا الغير الإلتزام الذي أبرم باسمه، ويتم اللجوء إلى هذا التصرف من الناحية العملية في الحالة التي يتعذر فيها الحصول على رضى صاحب الشأن في خصوص أمر معين²، ومن بين صور الإلتزام عن الغير شرط إقراره إياه أن يرغب الحاضرون من الشركاء في الملكية المشاعة المراد بيعها دون حضور أحدهم، ففي هذه الحالة يمكن للشركاء أن يبرموا عقد البيع أصالة عن

¹ - مأمون الكزبري، مرجع سابق، الصفحة 289.

² - مأمون الكزبري، مرجع سابق، الصفحة 265.

أنفسهم وباسم الشريك الغائب بشرط أن يقر هذا الأخير البيع الذي تم باسمه، وكذلك الوكيل الذي يتجاوز حدود الوكالة ولم يتمكن من الحصول على إذن من الموكل، وبالتالي فالتصرف الذي يقوم به الوكيل يمكن أو يوقفه على إقرار الموكل له¹.

ثانياً: حكم الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه

يملك الغير في هذا التصرف كامل الحرية بقبول الالتزام أو رفضه، حيث لا يمكن إلزامه بقبول ذلك الالتزام تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة.

أما بالنسبة للملتزم عن الغير فإنه لا تترتب عليه أية مسؤولية تجاه المتعاقد في حالة رفض الغير إقرار هذا الالتزام، لأنه لم يتعهد للمتعاقد بالحصول على هذا الإقرار، لكن المتعاقد - الطرف الآخر - يكون ملزماً ما لم يصدر من الغير ما يعبر عن رفضه إقرار هذا الالتزام، وقد أعطى المشرع للمتعاقد الحق في أن يطلب من الغير إعلان موقفه من الالتزام الذي أبرم باسمه، فإذا لم يعلن الغير قبوله داخل أجل 15 يوماً على الأكثر بعد إخطاره، فإن المتعاقد يتحلل من هذا الالتزام²، وهكذا فليس بالضرورة أن يكون هذا الإقرار صريحاً، بل قد يكون ضمناً، كأن يقوم هذا الغير بالشروع في تنفيذ العقد الذي أبرم باسمه³.

وبالرجوع إلى الفصل 38 قانون الالتزامات والعقود فإنه يمكن اعتبار السكوت بمثابة إقرار إذا كان الشخص الذي يجرى التصرف في حقوقه حاضراً أو أخطر به على وجه صحيح ولم يعترض عليه، دون أن يكون سبب مشروع يبرر سكوته⁴ كأن يكون عرضة للتهديد والوعيد إن هو إعترض فيضطر الالتزام بالسكوت تحت وطأة الإكراه فلا يعتد عندها بسكوته⁵.

وتجدر الإشارة على أن الإقرار ينتج آثاره من وقت إبرام العقد فيما بين المقر والمتعاقد الآخر كما هو الحال بالنسبة للوكالة، أما في مواجهة الأغيار فلا يكون للإقرار أثر إلا من تاريخ حصوله، فإذا ما اكتسب شخص حقاً على الشيء الذي ورد عليه الالتزام عن الغير

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الأول، مرجع سابق، الصفحة 557.

² - جاء في الفصل 36 من قانون الالتزامات والعقود ما يلي: "يجوز الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه، وفي هذه الحالة يكون للطرف الآخر أن يطلب قيام هذا الغير بالتصريح بما إذا كان ينوي إقرار الاتفاق. ولا يبقى هذا الطرف ملتزماً إذا لم يصدر الإقرار داخل أجل معقول، على أن لا يتجاوز هذا الأجل خمسة عشر يوماً بعد الإعلام بالعقد".

³ - نص الفصل 37 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: "يعتبر الإقرار بمثابة الوكالة، ويصح أن يجيء ضمناً وأن ينتج من قيام الغير بتنفيذ العقد الذي أبرم باسمه".

⁴ - يراجع الفصل 38 من قانون الالتزامات والعقود.

⁵ - مأمون الكزبري، مرجع سابق، الصفحة 267.

شرط إقراره إياه، وذاك في الفترة ما بين وقوع هذا الالتزام وصدور الإقرار، فإن مكتسب الحق يسان حقه ولا يتأثر بالإقرار، أي أن المتعاقد مع الملتزم يتلقى الشيء من المقر مكلفا بالحق الذي رتبته عليه قبل الإقرار¹.

الفقرة الثانية: تمييز الالتزام عن الغير شرط إقراره عن التعهد عن الغير

لم يتطرق المشرع المغربي في مقتضيات قانون الالتزامات والعقود للتعهد عن الغير عكس التشريعات المقارنة الأخرى، كالمشرع الفرنسي في المادة 1120، والمشرع المصري في المادة 153، وأيضا المشرع السوري في المادة 154.

ويرى الأستاذ الدكتور مأمون الكزبري على أنه بالرغم من إنتفاء النص في التشريع المغربي فإنه لا مانع من الأخذ بما سارت عليه التشريعات المقارنة مادامت لا تتعارض والنظام العام².

ويقصد بالتعهد عن الغير عقد بمقتضاه يلتزم شخص إتجاه شخص آخر يسمى المتعهد له بأن يحمل شخصا ثالث على قبول التعهد³، ويراد به أيضا إبرام شخص عقدا باسمه يتعهد فيه بحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين تحت طائلة المسؤولية إتجاه الطرف الآخر في حالة رفض الغير أن يلتزم.

والتعهد عن الغير بهذا المفهوم يتميز عن الالتزام عن الغير بشرط إقراره إياه في مجموعة من النقاط أهمها:

✓ في التعهد عن الغير يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه، عكس الالتزام عن الغير بشرط إقراره إياه فإنه لا يتعاقد باسمه وإنما يتعاقد باسم الغير.

✓ في التعهد عن الغير يلتزم المتعهد بالقيام على تحميل الغير بقبول التعهد، أما الملتزم عن الغير بشرط إقراره فإنه يتعاقد على شرط إقرار الغير ولا يلتزم بشيء.

✓ إذا قبل الغير التعهد، فإن قبوله لا ينتج آثارا إلا من وقت صدوره، أي بأثر فوري ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك، أما في الالتزام عن الغير فإن الإقرار يرتب أثره من وقت إبرام التصرف، أي بأثر رجعي ما لم يصرح بغير ذلك، أما إذا رفض الغير في التعهد

1 - مأمون الكزبري، مرجع سابق، الصفحة 268.

2 - مأمون الكزبري، مرجع سابق، الصفحة 270.

3 - عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، الصفحة 362.

عن الغير كان ذلك سببا في ترتيب المسؤولية عن المتعهد وفي إلزامه بالتعويض، أما في الإلتزام عن الغير فإن رفض هذا الأخير للإقرار لا يرتب أي مسؤولية عن الملتزم. ✓ في التعهد عن الغير إذا قبل الغير التعهد فإن عقدا جديدا ينشأ بين هذا الغير وبين من تعاقد والمتعهد، أما في الإلتزام عن الغير شرط إقراره إياه إذا أقر الغير ذلك الإلتزام فليس هناك عقد جديد ينشأ، بل إن العقد الذي أبرم من قبل هو الذي ينتج آثاره.

خاتمة:

نخلص إلى أن الأخذ بالمفهوم الحديث للغير قد أدى إلى توسيع دائرة الطرف في العقد، مما جعل المفهوم التقليدي القائم على أساس مبدأ سلطان الإرادة يتعرض لانتكاسة بسبب تراجع هذا المبدأ نفسه، سيما أن آثار العقد ينصرف إلى أشخاص مع إحتفاظهم بصفة الغيرية.

ومن هذا المنطلق لم تعد الإرادة بوحدها هي المعيار المحدد لصفة الطرف في العقد، ومن ذلك حالة الإشتراط لمصلحة الغير، إذ يستفيد المنتفع من الحقوق المشترطة لمصلحته من عقد أجنبي بصفته غيرا وليس بصفته طرفا في العقد.

وهكذا أصبحت الحدود الفاصلة بين الطرف والغير في إطار الإلتزام التعاقدى متجاوزة في أغلب الحالات، على الرغم من إقرار معظم التشريعات المدنية بمبدأ نسبية آثار العقد، وذلك راجع إلى القانون بحد ذاته الذي ساهم في تهديد قدسية هذا المبدأ المتعلق بنسبية الآثار الملزم للعقد، من خلال إقرار إستثناءات عدة سبقت الإشارة إليها، كما أن التحولات الاقتصادية التي شهدتها العالم أضفت للعقد وظيفة إجتماعية، وجعلت من الإرادة مجرد أداة لتحديد القانون وإعماله، وضلت القوة الإلزامية للعقد تنبع من المصالح المشتركة، ولم يعد لخاصية الإلزام في العقد تلك الهبة التي تفرض إحترامها على الجميع .

لائحة المراجع:

الكتب:

- _ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
- _ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني، الإثبات، آثار الالتزام.
- _ مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزام، بدون ذكر الطبعة والمطبعة.
- _ عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، مكتبة دار الأمن 4 ساحة المامونية.
- _ المختار بن احمد العطار، النظرية العامة للإلتزامات والعقود في ضوء القانون المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2011.
- _ عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديد، الرباط، 2015.
- _ عز الدين الديناصورى وعبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، مطابع المعارف، 1986.

الأطروحات والرسائل الجامعية:

- _ محمد محروك، مفهوم الغير في العقد التحديد والآثار 6 دراسة مقارنة -، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، الموسم الجامعي 2005-2006.
- _ محمد اليوناني، الغير في الالتزام التعاقدى، رسالة لنيل شهادة الماستر، جامعة المولى عبد الله، كلية العلوم القانونية والاجتماعية بفاس، الموسم الجامعي 2013/2014.

النصوص القانونية:

_ ظهير 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 غشت 1913 بمثابة قانون الإلتزامات والعقود، منشور بالجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 12 شتنبر 1913، الصفحة 78.

_ ظهير شريف رقم 1.04.22 الصادر بتاريخ 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة الموافق ل 05 فبراير 2004، الصفحة 418.

_ الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 موافق ل 22 نوفمبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذي الحجة موافق 24 نوفمبر 2011، الصفحة 5587.

الفهرس:

1	المقدمة
3	المبحث الأول: الغير بمفهومه الواسع في الإلتزام التعاقدى
3	المطلب الأول: الخلف العام والخلف الخاص
3	الفقرة الأولى: الخلف العام
6	الفقرة الثانية: الخلف الخاص
9	المطلب الثاني: الدائنين
10	الفقرة الأولى: دعوى الصورية
14	الفقرة الثانية: الضمانات الأخرى لحماية الضمان العام
16	المبحث الثاني: الغير بمفهومه الضيق في الإلتزام التعاقدى
16	المطلب الأول: الإشتراط لمصلحة الغير
16	الفقرة الأولى: شروط تحقق الإشتراط لمصلحة الغير
18	الفقرة الثانية: آثار الإشتراط لمصلحة الغير
22	المطلب الثاني: الإلتزام عن الغير بشرط إقراره إياه
22	الفقرة الأولى: مفهوم الإلتزام عن الغير بشرط إقراره إياه وحكمه
24	الفقرة الثانية: تمييز الإلتزام عن الغير بشرط إقراره عن التعهد عن الغير
26	خاتمة
27	لائحة المراجع
29	الفهرس