وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : القانون الخاص

المرجع: السجل رقم 02

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الغير في القانون المدني

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة : حقوق

التخصص: قانون خاص

من إعداد الطالب(ة):
عصمان الحو هشام

تحت إشراف الأستاذ(ة):
زواتين خالد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	رحوي فؤاد	رئيسا
الأستاذ(ة)	زواتين خالد	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)	بوزيد خالد	مناقشا

السنة الجامعية: 2019/2018

نوقشت يوم:**2019/06/29**

اهداء

الى من في حنانها و بفضل دعواتها شقت طريقي نحو النجاح نبض قلبي امي الغالية.

الى من حفزني على حب العالم و تحمل الصعاب ابي العزيز .

الى زوجتي التي كانت لي اكبر سند و قدمت لي كل ما احتاجه من دعم معنوي و مادي .

الى ابنائي نور عيني و ثمرة حياتي.

الى كل من ساهم في انجاح عملي المتواضع هذا دون ان انسى الاستاذ المشرف الذي اقدم له جزيل الشكر الاستاذ *

زواتين خالد*

الى كل طلبة الحقوق بجامعة مستغانم.

المقدمة:

إن العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني يتمثل في إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون المدني[1]، التي تنص على :" العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، كما تنص المادة 106 من نفس القانون على أن: "العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون "، و العقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله[2]، أي أن آثار العقد في الأصل لا تمتد إلى غير المتعاقدين لما له من قوة ملزمة، بحيث يلتزم المتعاقدان بما نشأ عنه من التزامات و يكتسبان ما تولد عنه من حقوق[3]، ويعتبر العقد نسبيا في أثره، معنى ذلك أن قوته الملزمة لا تتعدى المتعاقدين و أن آثاره لا تنتج إلا في مواجهتهما، ولا تتعدى إلى غيرهما.

إذا فالأصل أن المتعاقدين ملزمون بإحترام و تنفيذ ما أنشأته إ رادتهما كما أنه لا يجوز لأحدهما نقض العقد أو التعديل منه ، و أساس ذلك خلقي من جهة و إقتصادي من جهة أخرى، فالأساس الخلقي يتمثل في وجوب إحترام العقد الذي يقطعه الإنسان، أما الأساس الإقتصادي فهو يتمثل في ضرورة توفير إستقرار المعاملات بين الأفراد[4].

---

[1]– الأمر 75_58 المؤرخ في 20رمضان عام 1395الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، جريدة رسمية رقم 78 المؤرخة في 30سبتمبر 1975.

[2]– الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، طبعة 1952، ص 137.

[3]- JEAN-CHRISTOPHE WERENNE, Théorie Générale Des Obligations, ANNEE ACADEMIQUE 2001-2002, page 09-42.

[4]– أنظر:د/محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد الإرادة المنفردة، الجزء 01، الطبعة 04، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2008/2007 ص 298.

والمقصود بالغير هنا من لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا لأحد المتعاقدين، فالغير هو كل من ليس طرفا في العقد حيث لا تترتب أثار العقد في مواجهته[1]، غير أنه تظهر حالات استثنائية يتدخل فيها الغير في تنفيذ العقد خلافا للقواعد العامة التي يمثلها مبدأ نسبية أثر العقد.

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى الغير، في نص المادة 113 من القانون المدني الجزائري في القسم الثالث المعنون آثار العقد من الفصل الثاني المتعلق بالعقد بنصها: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا".

وتظهر أهمية هذا الموضوع في تحديد كيفية تنفيذ العقد بواسطة الغير، واستخلاص بعض الحلول بالنسبة للحالات التي لا يمكن فيها تنفيذ العقد من خلال المتعاقدين اللذين قاما بإبرامه، فالواقع العملي يؤكد الدور الحيوي الذي يلعبه الغير في تنفيذ العقود، و تنوع صور تدخله فيها.

ولعل الأهداف الرئيسية لهذا البحث تتمثل في تحديد مفهوم الغير بالنسبة لآثار العقد، ذلك أنه رغم أن هذا المصطلح شائع الاستعمال في القانون، إلا أن المشرع لم يحدد معناه، مما أدى إلى عدم وجود معيار أو قاعدة بموجبها يمكن تحديد من هو المتعاقد ومن هو غير المتعاقد الذي بدوره قد يتدخل في تنفيذ العقد ويأخذ حكم أطرافه، وكذا بيان إمكانية انصراف آثار العقد إلى الغير باعتباره استثناء عن القاعدة العامة المتمثلة في نسبية آثار العقد[2]، وتبرير هذا التدخل، رغم أن الغير لم يشارك في العقد ولم يكن طرفا فيه حتى يتأثر به.

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أنه واجهتنا عدة صعوبات في دراسة هذا الموضوع، كقلة المراجع المتخصصة في هذا المجال، وتشعب المواضيع المتصلة به ضمن النظرية العامة

---

[1]– دراح سعاد، نظرية عيوب الإرادة، في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي والمصري واللبناني، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 2015، ص129.

[2]-Marie Annik Grégoire, professeure, Faculté de droit, Université de Montréal, Marième Lacroix, professeure, Section de droit civil, Université d'Ottawa, TIERS ET CONTRAT Dans le cadre des Journées internationales Henri Capitant - Journées panaméennes -, page 02.

للعقد في القانون المدني، ولعل أهم هذه المواضيع مبدأ نسبية أثر العقد، الخلف العام، الخلف الخاص، الدائنين العاديين، التعهد عن الغير، الاشتراط لمصلحة الغير، الوكالة...إلخ، حيث أن كل موضوع من هذه المواضيع يصلح أن يكون بحثا مستقلا، إلا أننا حاولنا التطرق إلى النقاط التي تهم الدراسة التي نحن بصدد انجازها، واعتمدنا في ذلك على المنهج التحليلي، لأننا بصدد الإحاطة بموضوع يتطلب استقراء بعض نصوص القانون المدني للوصول إلى قواعد وأحكام وعرض الآراء وتحليلها، كما استخدمنا المنهج التاريخي لإظهار وإبراز ما كان عليه الوضع في القانون الروماني، كما اعتمدنا على المنهج الاستدلالي عند استعراض مختلف الصور أو الحالات التي يتدخل الغير في تنفيذها.

و لدراسة موضوع الغير في القانون المدني ننطلق من طرح الإشكالية التالية:

هل يمكن أن تنصرف آثار العقد إلى الغير الأجنبي عن العلاقة التعاقدية، وماهي صور تدخل الغير في تنفيذ العقد؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا أن نجزئ خطة البحث إلى فصلين: تناولنا في الفصل الأول إمكانية تدخل الغير في تنفيذ العقد، وتناولنا في الفصل الثاني صور تدخل الغير في تنفيذ العقد.

الفصل الأول: إمكانية تدخل الغير في تنفيذ العقد

إن تحديد مفهوم أطراف العقد والغير الأجنبي عن العقد أمر صعب بسبب وجود طائفة قد تعتبر من الغير أحيانا وأحيانا أخرى تكون في مركز المتعاقد[1]، وتجدر الإشارة إلى أن الفقه التقليدي كان يرى أن أثر العقد لا ينصرف لغير أطرافه، وأن الغير غير معني على الإطلاق بالعقد تطبيقا لمبدأ نسبية أثر العقد، التي تقتضي أن العقود لا تنفع لا تضر إلا المتعاقدين، ومن ثم فإن الغير قد عرف اصطداما بالنظريات التي تأبى تدخله وتأثره بالعقد كالنظرية الشخصية للالتزام وفكرة الاعتبار الشخصي، غير أن هذا التأثر بالعقد قد أصبح واقعا لا بد منه ولتبيان ذلك نجزئ هذا الفصل إلى مبحثين: نخصص المبحث الأول لتحديد مركز الغير في العقد، من خلال تمييز الغير عن أطراف العقد، وتمييزه عن خلفهم الخاص والعام، وبعد تحديد مركزه نتطرق إلى مدى إمكانية تدخل الغير في تنفيذ العقد وتأثره به، بناء على نظرية الالتزام وفكرة الاعتبار الشخصي، في المبحث الثاني.

---

[1]– محمدي سليمان، نفاذ العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، السنة الجامعية 2004/2003، ص 53.

المبحث الأول: مركز الغير في العقد

إن لمفهوم الغير دلالات مختلفة باختلاف المواضيع، فالغير في الصورية يختلف عن الغير في الشهر[1]، وأن مجمل التعريفات التي أعطيت للغير أن هذا الأخير هو الشخص الذي لم يكن طرفا في العقد، ولا خلفا لأحد المتعاقدين، وهو ما يسمى بالغير الأجنبي عن العقد أصلا [2]، أي أنه لم يكن طرفا في العقد وأن العقد لم يبرم باسمه ولا لحسابه، وفي خذا الصدد يكون الوكيل والنائب من الغير لأنهما لم يتعاقدا باسمهما ولا لحسابهما، ويكون الشخص من الغير كذلك إذا لم تكن له صفة الخلف العام والخلف الخاص لأحد المتعاقدين، ولهذا السبب ولتحديد مفهوم الغير يجب تمييزه عن أطراف العقد وهو ما نتولاه في المطلب الأول، وتمييزه عن الخلف وهو ما نتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تميز الغير عن أطراف العقد

إن الشخص العلاقة التعاقدية، إما أن يكون طرفا في العقد إذا شارك في إبرامه، وفي هذه الحالة فإنه لا يمكن القول أنه من الغير، وإما أن لا يكون قد شارك فيه فإنه يعتبر في هذه الحالة من الغير، ورغم أن مصطلح طرف العقد مصطلح شائع الاستعمال إلا أنه مصطلح غامض جعله محل اختلاف في الفقه، لذلك لا بد من تحديد مفهومه وهذا من خلال الفرع الأول، وكذا معايير تحديد وصف الطرف الذي نوضحه في الفرع الثاني.

---

[1]– علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الطبعة الثالثة 2013، ص 437.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 554.

الفرع الأول: تحديد مفهوم الطرف

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تعريف أطراف العقد أنهم: "كل الأشخاص الذين قبلوا أن يبقوا، أو أن يصبحوا دائنين أو مدينين بالأثر الملزم للعقد"[1]، أي أن وصف الطرف وفقا لهذا التعريف يمكن أن ينصرف إلى كل الأشخاص الذين ارتضوا بإرادتهم الالتزام بالآثار الملزمة للعقد، أيا كان الشكل أو التوقيت، ومن خلال هذا التعريف فإنه ميز بين مرحلتين مرحلة إبرام العقد، مرحلة تنفيذه ولحظة تحديد الطرف كالتالي:

أولا – مرحلة إبرام العقد:

يعد طرفا في مرحلة إبرام العقد بالتعبير بنفسه عن إرادته في الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، وقد يباشر المتعاقد عملية التعاقد إما بنفسه أو بواسطة شخص آخر يكون وكيلا أو نائبا عنه، وهذا الوكيل أو النائب لا يعد طرفا في العقد وإنما أجنبيا عنه وما ينشئه العقد من حقوق وواجبات تضاف لذمة الأصيل[2].

ثانيا– مرحلة تنفيذ العقد:

يعد طرفا فيها الأشخاص الذين أعطوا رضاهم قبل إبرام العقد، ومثالها المتبوع الذي يسمح لشخص آخر يسمى التابع بإبرام عقد باسم ولحساب المتبوع، في هذه الحالة يكون هذا الأخير قد قبل مسبقا أن يكون دائنا أو مدينا وفقا للعقد المبرم بواسطة التابع ولكن لحسابه، فمتى أعطى المتبوع رضاه بصورة مسبقة فإنه يكتسب صفة الطرف، وكذا الأشخاص الذين أعطوا رضاهم عند إبرام العقد الأصلي كالمستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير، كما يعد طرفا المحال إليه في حوالة الدين أو حوالة الحق، كما يعد طرفا المنضم إلى شخص معنوي.

---

[1]– أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى 2016، ص 210.

[2]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص 426 .

وقد تعرض هذا التعريف للنقد، كونه لا يتضمن جميع حالات مفهوم الطرف، وعليه تدخل جانب آخر من الفقه وأضاف إلى جانب تحديد مفهوم الطرف عن طريق الزمن، تحديدا لمفهوم الطرف عن طريق تدخل القانون لإضفاء صفة الطرف إلى شخص لم يبرم العقد، وعلى إثر ذلك قام الفقه بتعريف أطراف العقد أنهم الأشخاص جميعا الذين أبرموا العقد بأنفسهم، أو بمفعول التمثيل ألاتفاقي أو القانوني، أو انضموا إليه عندما يجيز القانون ذلك أو الذين استبدلوا بالأطراف المتعاقدين، بنقل وضعهم العقدي الذي يسمح به القانون أو يفرضه، ويكونون مرتبطين إيجابا أو سلبا بآثاره الملزمة، ويمتلكون الامتيازات الخاصة بهذه الصفة، أي إمكانية تعديل العقد أو انتهائه بإجراء عقدي، هم أطراف العقد"[1].

غير أن هذا التعريف تلقى بدوره انتقادات، ذلك أنه حدد بشكل يوحي للحصر مفهوم الطرف، في حين أن الواقع العملي يشير إلى إمكانية ظهور حالات أخرى، كما أنه من الصعب تحديد مفهوم الطرف من خلال حق الشخص في طلب الإبطال، ذلك أن البطلان قد يكون حقا حتى بالنسبة للغير في حالة البطلان المطلق.

ثالثا- لحظة تحديد الطرف:

اختلف الفقه بشأن لحظة تحديد الطرف، وانقسموا إلى فريقين، فريق يرى بأن تحديد الطرف يتم أثناء إبرام العقد، وطرف آخر يجعلها تشمل لحظة إبرام العقد وتنفيذه.

الاتجاه الأول: تحديد الطرف يتم لحظة إبرام العقد:

أصحاب هذا الاتجاه يؤكدون أن صفة الطرف تنطبق على الشخص الذي ساهم في تكوين العقد، وما يؤخذ على أصحاب هذا الاتجاه أنه رغم أن هناك أشخاص يساهمون في تكوين العقد غير أن أثره لا ينصرف إليهم كالنيابة في التعاقد، ولا يمكن بالنسبة لأصحاب هذا الاتجاه إضفاء صفة الطرف على من يتدخل لاحقا في تنفيذ العقد.

---

[1]- أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، المرجع السابق، ص 212.

الاتجاه الثاني: تحديد الطرف يشمل مرحلتي الإبرام و التنفيذ معا

يتجه أصحاب هذا الرأي على إضفاء صفة الطرف على كل من يلتزم بآثار العقد حتى وإن لم يسهم في مرحلة تكوينه، وعليه فإن لحظة تحديد الطرف تكون في مرحلة تكوينه وكذا في مرحلة تنفيذه باعتبارها أنسب مرحلة لتحديد الأشخاص الملتزمة بآثار العقد، وباعتبار أن المسؤولية العقدية لا تتحرك إلا عندما يدخل العقد حيز التنفيذ.

وعليه وبناء على ما تقدم فإن الطرف في العقد هو كل من شارك في إبرامه على أن تسري إليه آثار العقد، كما يمكن أن تتحدد صفة الطرف أثناء تنفيذ العقد من قبل الغير الذي يكتسب صفة الطرف في مرحلة التنفيذ، كما قد يصير الطرف المتعاقد من الغير خلال نفس المرحلة.

الفرع الثاني: معايير تحديد صفة الطرف:

حاول الفقه ربط تحديد مفهوم الطرف بعدة معايير، لتحديد ما إذا كان طرفا في العقد أم لا، وقد أجمع الفقه على أن الإرادة والمصلحة هما الواجب الاعتماد عليهما لتحديد ما إذا كان الشخص طرفا في العقد أم لا، فالطرف المتعاقد هو من يعبر بالتصرف عن مصلحة ذاتية قانونية ومباشرة فيتأثر بأحكامه[1].

أولا- الإرادة:

تعتبر الإرادة الأساس العام للتصرفات القانونية، فلا مجال لقيام الالتزام إلا إذا أراد الشخص قيام مثل هذه العلاقة، وعليه كل من يتمتع بإرادة سليمة مستوفية الأركان والشروط القانونية يمكن أن يوصف صاحبها بطرف في العقد، والإرادة هي الركن الأساسي في التصرف القانوني وهي التي تسهم في تكوينه، وترتيب الآثار القانونية عليه، غير أن هذه

[1]- مزوغ يقوتة، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، فرع المعاملات المالية، جامعة وهران1، للعلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، السنة الجامعية 2014-2015 ص 39.

الإرادة يجب أن تصدر من شخص يتمتع بالشخصية القانونية، وإن كان كل من يتصف بالشخصية القانونية، ليس صالحا لاكتساب صفة الطرف في التصرف، بل لابد من توافر شرط الأهلية، وذلك حتى ينتج تعبيره الآثار القانونية اللازمة، فمن المستقر عليه أن الأهلية وإن لم تكن عنصرا في التصرف القانوني ذاته، إلا أنها تعد شرطا في المتعاقد نفسه.

ثانيا- المصلحة:

لاشك أنه يترتب على أي تصرف قانوني أثر معين، وهذا الأثر الناتج عن التصرف يشكل في حقيقة الأمر المصلحة التي اتجهت إرادة الطرف إلى تحقيقها.

ويشترط في المصلحة أن تكون مصلحة قانونية أي مشروعة أي تكون من المصالح التي يعترف بها القانون ويحميها[1]، وبالنتيجة لا تكون من المصالح المخالفة لنص القانون أو مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

وأن تكون مصلحة جادة، حقيقية وذات قيمة، ولبيان مدى جدية المصلحة يجب موازنتها مع المصالح المتعارضة، فإذا كانت المصلحة المرجوة من العقد أقل بكثير من الضرر الذي طال الغير فإن هذه المصلحة تعد من المصالح غير الجدية، كما تكون غير جدية إذا كان التصرف قد حقق غرضا آخر غير الغرض الاجتماعي أو الاقتصادي للتصرف.

وخلاصة القول أن أطراف العقد هم الأشخاص الذين شاركوا في إبرام العقد أو انضموا إليه وتأثروا به، ولكي يوصف الشخص بالطرف يجب توافر معياري الإرادة والمصلحة، لأن اجتماع المصلحة مع الإرادة هو مناط اعتبار الشخص طرفا، فالمصلحة هي الهدف، والتعبير عن الإرادة هي الوسيلة والأداة .

[1]-عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، ENCYCLOPEDIA، سنة النشر غير مدرجة،ص 47.

المطلب الثاني: تمييز الغير عن الخلف

إذا قلنا أن العقد لا يسري أثره إلا على المتعاقدين، فإنه ينبغي التوسع في مفهوم المتعاقدين وجعلها تنطبق على خلفهما[1]، ويصبح بذلك المتعاقد يمثل بتصرفه خلفه الذي يكون إما خلفا عاما أو خاصا، وتبعا لذلك نخصص الفرع الأول للخلف العام والفرع الثاني للخلف الخاص.

الفرع الأول: الخلف العام

نصت المادة 108 من القانون المدني على: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"، ويفهم من نص هذه المادة أن ما يبرمه السلف ينصرف إلى ورثته دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، وفي هذا الصدد يجب تحديد المقصود بالخلف العام أولا، الحالات التي ينصرف فيها العقد إلى الخلف العام ثانيا، ثم تحديد الحالات التي يصبح فيها الخلف العام من الغير ثالثا.

أولا _ تحديد مفهوم الخلف العام:

الخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق أو التزامات ، أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال، كالوارث أو الموصى له بجزء من التركة في مجموعها[2]، و يستفاد من نص المادة 108 من القانون المدني أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف، فإذا كان السلف قد أبرم عقدا ترتبت عنه حقوق والتزامات، فإنها تمتد إلى خلفه العام، فيتمتع بما أكسبه خلفه من حقوق وينفذ بما أوجبه من التزامات إلا الديون الثابتة في ذمة السلف تكون مسؤوليته عنها في حدود التركة، وما يزيد عن ذلك لا يتعدى لأمواله الخاصة.

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 541 .

[2]– عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 541 .

والقاعدة بالنسبة للخلف العام أن أثر العقد ينصرف إليه بعد موت السلف[1]، ويشترط لانتقال الحق من السلف إلى الخلف العام أن يكون من الحقوق القابلة للانتقال، أما إذا كان من الحقوق غير القابلة للانتقال كحق النفقة وحق الانتفاع فإنها لا ينصرف إلى الخلف العام.

وبالنسبة للالتزامات، فإن المشرع الجزائري جعل قواعد الميراث من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، استنادا لأحكام الشريعة الإسلامية، حيث لا تركة إلا بعد سداد الديون، وهو الوارد في نص المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري[2] التي تنص:" يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع.

2-الديون الناشئة في ذمة المتوفي.

3-الوصية ..."

وهي أحكام من النظام العام حتى لا يمكن للمورث الخروج عنها إضرارا بالورثة، وعليه فإن الوارث لا يلتزم إلا بقدر نصيبه، ولا يرث شيئا إلا بعد سداد الديون، وكأصل عام فإن الخلف لا يعتبر من الغير ويكون في حكم المتعاقد بالنسبة لتصرفات مورثه، غير أنه استثناء لا يسري أثر العقد إلى الغير.

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 731 .

[2]- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم.

ثانيا _ الحالات التي لا ينصرف إليها أثر العقد إلى الغير:

تطرق المشرع الجزائري في المادة 108 من القانون المدني المذكورة أعلاه، إلى حالات استثنائية لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام مع احتفاظه بصفة الخلف[1]، وهي ثلاث حالات:

1- بنص القانون:

قد يمنع القانون في بعض الحالات على وجه الاستثناء انصراف العقد إلى الخلف العام، ومثالها ما ذهبت إليه المادة 439 من القانون المدني بنصها:" تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه، أو بإعساره أو بإفلاسه"، وعليه فإنه بموت أحد الشركاء لا ينصرف أثر العقد إلى خلفه بقوة القانون، ومن أمثلتها كذلك ما نص عليه المشرع في عقد الإيجار في نص المادة 467 من القانون المدني[2]، وكذا عقد الوكالة في نص المادة 586 من القانون المدني[3]، وما يتعلق بحق الانتفاع في نص المادة 852 من القانون المدني[4]، وفي كل هذه الحالات تنقضي العقود أو الحقوق بوفاة الخلف، وما يلاحظ أن القانون نص على هذه الحالات في مسائل يفهم من ظروفها أن المتعاقدين أرادا هذا ضمنا.

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 543 .

[2]- تنص المادة 467 من القانون المدني الجزائري، على أنه: "الإيجار عقد يُمكّن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم.
يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر".

[3]- تنص المادة 586 من القانون المدني الجزائري، على أنه: "تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة وتنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل. كما تنتهي الوكالة أيضا بعزل الوكيل أو بعدول الموكل".

[4]- تنص المادة 852 من القانون المدني الجزائري، على أنه: " ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فان لم يعين اجل عد مقررا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين،
و إذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو عند موت المنتفع بزرع قائم، أبقيت للمنتفع أو لورثته الى حين إدراك الزرع، يشرط أن يدفعوا أجرة إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن"

2- طبيعة التعامل:

يقصد بطبيعة التعامل أن تأبى طبيعة الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد الذي أبرمه السلف أن تنتقل إلى الخلف العام، ومثالها حق النفقة الذي يعتبر حقا شخصيا غير قابل للانتقال، كما تمنع طبيعة التعامل كذلك انتقال آثار هذا لعقد إلى الخلف العام إذا كان شخص الخلف محل اعتبار، كالعامل أو الرسام أو المحامي أو الوكيل، ففي كل هذه الحالات يؤدي موت المتعاقد إلى انقضاء العقد[1].

3- إرادة المتعاقدين:

إذا اتفق المتعاقدان على عدم جواز انتقال العقد إلى الخلف العام فإن العقد ينقضي بالوفاة باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، فإذا أرادا أن حقا أو التزاما نشأ من العقد يقتصر أثره على شخص المتعاقد فلا ينتقل إلى الوارث من بعده[2]، على أن لا يكون هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام و الآداب العامة.

ثالثا _ حالات يصبح فيها الخلف العام من الغير:

في هذه الحالة فإن أثر العقد لا يسري إلى الخلف العام، غير أنه لا يبقى محتفظا بصفة الخلف، وإنما ينظر فيه باعتباره من الغير، ويقصد بها حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به، ولذلك يعتبر الوارث في هذه الحالات من الغير بالنسبة لهذه التصرفات[3]، وهي تتمثل في حالتين:

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 431.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 543 .

[3]- عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 544 .

I_ الوصية :

إن أحكام الميراث من النظام العام لا يجوز الخروج عنها، ولحماية الوارث أوجد المشرع ضمانات عديدة منها النص على عدم نفاذ الوصية في حق الورثة فيما زاد عن ثلث التركة إلا إذا أجازوها بعد وفاة مورثهم، وهو ما نصت عليه المادة 185 من قانون الأسرة: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة".

II – التصرف في مرض الموت :

تنص المادة 408 من القانون المدني: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال".

يتبين من هذه المادة أن كل تصرف صدر من المورث في مال من أموال التركة وهو في مرض الموت سواء لوارث أو لأجنبي قاصدا به التبرع وتصرفا مضافا لما بعد الموت، يأخذ حكم الوصية، ويأخذ الورثة في هذه الحالة حكم الغير، ولا يسري هذا التصرف في حقهم لأن القانون اعتبرهم من الغير ويتوقف سريانه في حقهم على إقرارهم، ويترتب على ذلك أنه إذا باع المورث عينا في مرض الموت لأحد الورثة أو لأجنبي، وكان البيع يزيد على ثلث التركة، فإن التزام المورث لا ينتقل للورثة الذين لم يجيزوا البيع إلا فيما يخص الحصة الزائدة، ولا يسري العقد في حقهم لأنهم يعتبرون من الغير، ويترتب على ذلك أن عقد البيع لا يكون حجة عليهم إلا إذا كان ثابت التاريخ، ولهم أن يثبتوا بكافة الطرق أن التاريخ تم تقديمه عمدا حتى لا يتبين أن التصرف أبرم في مرض الموت[1].

[1]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 544.

تمتد آثار العقد إلى الخلف الخاص لأحد المتعاقدين بالنسبة للحقوق والالتزامات المترتبة في العقود التي أبرمها الخلف، ويختلف انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص عنه في الخلف العام، فلا ينتقل الحق إلى الخلف الخاص إلا بتوافر شروط معينة تطرقت إليها المادة 109 من القانون المدني بنصها: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه."

وفي هذا المجال لا بد من تحديد المقصود بالخلف الخاص، ثم تحديد مدى انصراف أثر العقد إليه.

أولا _ المقصود بالخلف الخاص:

يقصد بالخلف الخاص من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها كالمشتري يخلف البائع في المبيع، والموصى له بعين في التركة يخلف فيها الموصي، وأصلا الخلف الخاص لا يعتبر من الغير، ويسري إليه أثر العقد[1].

والشيء الذي يتلقاه الخلف الخاص، إما أن يكون حقا عينيا كما هو الغالب، كما قد يكون حقا شخصيا، وعليه فإن الخلف الخاص هو من يتلقى شيئا، أما من يترتب له حق شخصي في ذمة شخص آخر، فلا يكون خلفا خاصا بل دائنا، فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر بل هو دائن له، ولا يعتبر خلفا خاصا البائع الذي يسترد العين المبيعة من المشتري بعد فسخ

[1]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 546 .

العقد أو إبطاله، وهذا بمقتضى الأثر الرجعي للفسخ أو البطلان، لأن الملكية تعتبر كأنها لم تنتقل أصلا إلى المشتري وأنها لم تخرج أبدا من ذمة البائع[1].

ثانيا _ شروط انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص :

من خلال نص المادة 109 من القانون المدني السالف ذكرها، يتضح أنه يجب لانصراف أثر العقد أو تصرف السلف إلى الخلف أن تتوفر الشروط التالية:

1- أسبقية تاريخ العقد على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص:

يجب أن يكون العقد قد أبرم قبل انتقال الحق إلى الخلف الخاص، لأنه بعد انتقاله إليه يصبح مالكا ولا يمكن للغير إبرام عقود تتعلق به، فإذا كان تصرف السلف لاحقا لانتقال المال لا ينصرف أثر التصرف للخلف الخاص، وحتى تتحقق هذه الأسبقية قانونا يجب أن يكون تصرف السلف بتاريخ ثابت قبل انتقال المال إلى الخلف الخاص[2].

2- تعلق الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد بمستلزمات الشيء:

ويقصد بذلك أن يكون العقد الذي ينصرف أثره إليه قد أبرم بخصوص الشيء الذي انتقل إليه، فإذا كان هذا التصرف أبرم في شأن آخر غير المال الذي انتقل إلى الخلف الخاص، فلا ينصرف أثر هذا التصرف إلى الخلف الخاص.

وتكون الحقوق والواجبات من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، إذا كانت هذه الحقوق مكملة له، أي من شأنها أن تزيد في قيمته وفائدته من حيث الانتفاع به أو

---

[1]-عبتوت سيد بلحاكم، أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص، رسالة ماجستير في القانون الخاص، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق و العلوم الادارية، بن عكنون، ص 19-20 .

[2]- منصوري نادية، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص معمق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق بودواو، السنة الجامعية 2015، ص 36.

تنقص من هذه القيمة، بحيث تحد من استعماله[1]، كالارتفاقات العينية إذا كانت قد أشهرت طبقا للقانون، فإن العين تنتقل مثقلة بهذا الحق إلى الخلف[2].

كما تكون الحقوق على وجه الخصوص من مستلزمات الشيء إذا كان لا يمكن التعرف عليها إلا من خلاله، فهي توابع للشيء ذاته ولا يمكن فصلها عنه، وإلا أصبحت بدون معنى كحق الرهن إذا فصلناه عن الشيء المرهون، ويتولى القاضي تكييف هذه الحقوق والواجبات، فيقرر ما إذا كانت من مستلزمات الشيء أم لا[3].

3-علم الخلف الخاص بالحق أو الالتزام وقت انتقال الشيء:

يجب لكي تنصرف آثار التصرف القانوني إلى الخلف الخاص أن يكون هذا الأخير على علم بهذه الحقوق والالتزامات وقت انتقال المال إليه، فلا يجوز أن يلتزم الخلف الخاص بشيء لم يعلم به[4]، كما أنه يمكن له أن يحجم عن التعاقد بسبب الالتزامات التي تحد من استعماله للشيء الذي انتقل إليه، لأن العدالة تظهر في ضرورة العلم بهذه الالتزامات حتى لا يتفاجأ بقيود لم يكن يتوقعها[5]، ويشترط في العلم أن يكون يقينيا لا مجرد استطاعة العلم، ويغني الشهر في مجال الحقوق العينية عن اشتراط العلم[6]، ويقع عبء إثبات علم الخلف على المتعاقد مع السلف، أما بالنسبة للحقوق فلا يشترط ضرورة العلم بها من قبل الخلف الخاص لكي يتمتع بها.

وكخلاصة لما قيل، أن الغير هو الشخص الأجنبي عن العقد والذي لا يعتبر من أطرافه المتعاقدة، ولا من خلفهم العام أو الخاص، وينبغي الإشارة أن الدائن العادي يعتبر من قبيل

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 435.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 551.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 551.

[4]- منصوري نادية، المرجع السابق، ص 15.

[5]-عبتوت سيد بلحاكم، المرجع السابق، ص 73-75.

[6]عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 553.

الغير، وهو ما ذهب إليه بعض الفقهاء من بينهم السنهوري[1]، باعتبار أنه لا يمكن اعتبارهم لا خلفا عاما ولا خلفا خاصا.

وقد حذا المشرع الجزائري حذو هذا الاتجاه من الفقه، وذلك من خلال نص المادة 191 من القانون المدني التي تنص: "لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان هذا التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية".

وعليه، فلما كانت دعوى عدم نفاذ التصرف دعوى مقررة لفائدة الغير، فإن المشرع الجزائري ونتيجة لذلك فقد اعتبر الدائن العادي من الغير.

[1]– منصوري نادية، المرجع السابق، ص 17.

المبحث الثاني: تأثر الغير بالعقد

سبق القول أن العقد يمس أطراف العقد ولا يمنح حقا للغير ولا يرتب التزاما في ذمته، وأن الفقه التقليدي رفض تدخل الغير في تنفيذ العقد وتأثره به، ويظهر ذلك جليا من خلال نظرية الالتزام لاسيما نظرية الالتزام الشخصي التي تمنع انتقال العقد إلى غير أطرافه لتظهر بعد ذلك النظرية الموضوعية للالتزام لتعدل من حدة النظرية الشخصية للالتزام، و هو ما سنتطرق إليه في المطلب الأول، وإذا كان العقد قائما على فكرة الاعتبار الشخصي و تأثيرها على تدخل الغير في تنفيذ العقد، والتي نخصص لها المطلب الثاني.

المطلب الأول: تأثر الغير بالعقد وفقا لنظرية الالتزام

إن البحث عن دور الغير في تنفيذ العقد وتأثره به من خلال نظرية الالتزام يقتضي التعرف على مراحل تطور نظرية الالتزام، فيما يتعلق بأطرافه، لأن التنفيذ كان يقع على شخص المدين باعتبار أن الالتزام عبارة عن رابطة بين شخصين دائن ومدين، ولا ينتقل لغيرهما وفقا للنظرية الشخصية للالتزام، وهو ما سوف نتناوله في الفرع الأول، ثم تطور الأمر شيئا فشيئا إلى أن تقرر أن وجود الالتزام يفترض وجود رابطة قانونية بين المدين والدائن من جهة، ووجود محل الالتزام وهو الأداء الذي يتعين على المدين القيام به لمصلحة الدائن وهي النظرية الموضوعية للالتزام والتي نتناولها في الفرع الثاني.

تعتمد النظرية الشخصية للالتزام على الرابطة القائمة بين الدائن والمدين، ويرى الأمر الجوهري في الالتزام أنه رابطة بين الدائن والمدين[1]، والتي بمقتضاها يلتزم المدين وحده دون غيره بتنفيذ التزامه، وعليه فإن لها تأثيرا كبيرا على من يتدخل في تنفيذ الالتزام، قد نشأت النظرية الشخصية للالتزام وتطورت، كما أثرت هذه النظرية على العقد.

أولا : نشأة وتطور المذهب الشخصي للالتزام:

من المستقر عليه أن المذهب الشخصي قد نشأ في أحضان القانون الروماني الذي يعتبر مصدر غالب القوانين الحديثة[2]، والالتزام لدى الرومان كان ينصب على شخص المدين ذاته، إذ كان يحق للدائن التصرف فيه كيفما شاء، وكانت تعتبر صورة مصغرة من الرق[3]، و تعرف النظرية الشخصية الالتزام في الفقه الروماني أنه رابطة قانونية تربط بين شخصين احدهما يسمى الدائن و الآخر يسمى المدين ولكون هذا الأخير موضوع اعتبار و اهتمام في رابطة ملتصقة به لا تنفك عن شخصه، و تعطي للدائن سلطة عليه[4] ،وظل ذلك لفترة طويلة من الزمن، والالتزام ينصب على جسم المدين وينقضي بوفاته، ولا يرتبط به ورثته، كما أنه لا يجوز للدائن التصرف في حقه وتحويله لشخص آخر لأن محل الالتزام هو المدين نفسه فكان للدائن في حالة عدم الوفاء بالدين من قبل المدين، القبض على هذا الأخير و سجنه و تقييده بالسلاسل، فإذا لم يوف المدين خلال مدة معينة فله أن يتصرف فيه بقتله أو بيعه أو بأي صورة أخرى يقررها، غير أنه حصل تطور في الأفكار نتيجة لتنوع المعاملات في المجتمع الروماني، وتم تقرير الحقوق الشخصية باعتبارها قيودا على إرادة المدين بدلا من اعتباره

---

[1]الدكتور عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 118.

[2]-عفافسة مفيدة،التنازل عن العقد، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في الحقوق، فرع العقود و المسؤولية جامعة الجزائر 01 ، كلية الحقوق،بن عكنون ،2010-2011، ص 06 .

[3]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت – لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، ص 119.

[4]- عزوز عبد الحميد، مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي و الموضوعي في مجال الالتزامات ،رسالة ماجستير كلية الحقوق بن عكنون الجزائر، 2002-2003 ،ص 07 .

ملكية تنال من حريته وشخصه، وحلت الذمة المالية للمدين محل شخصه، وأصبح الالتزام رابطة قانونية بين شخصين معينين، ولا ينبغي فيها تغيير الدائن أو المدين إلا إذا أدى ذلك إلى انقضاء الالتزام، وأن الرومان لم يسمحوا بهذا التغيير الذي تم إقراره بصعوبة وباستخدام الحيل، فمثلا كان لدى الرومان أنه من العار عدم قيام الوارث بإبراء ذمة مورثه، ولما كان من الاستحالة لديهم تغيير أطراف العلاقة العقدية فقد افترضوا فرضية أن الوارث لا يعدو أن يكون استمرارا لشخص سلفه وأنه يدخل بناء على هذا التصور في كل الروابط القانونية التي كان مورثه طرفا فيها.

وقد تأثر العديد من الفقهاء بالمذهب الشخصي للالتزام ويعتبر الفقيه سافييني أشهر الفقهاء الذين نادوا به في ألمانيا، وقد كان يرى أن الالتزام بمثابة صورة للرق، فالسلطة التي تمنح للشخص على شخص آخر قد تستغرق حرية هذا الشخص[1]، كما تأثر به الفقيه بلانيول الذي عرف الالتزام الالتزام أنه علاقة قانونية بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدين [2] .

وانتقل المذهب الشخصي إلى القوانين الحديثة لاسيما اللاتينية منها كالقانون الفرنسي في قانون نابليون 1804 و الذي استقت منه الكثير من القوانين المقارنة تشريعاتها، وترتب عليه اشتراط وجود الدائن والمدين لقيام الالتزام، وامتناع حوالة الدين من مدين لآخر، وتطورت النظرية الشخصية للالتزام في عهد نابليون الذي أجاز حوالة الحق متأثرا بالنظرية الموضوعية للالتزام، وبقيت النظرية الشخصية للالتزام تعرف تطورا، وتم إدخال العديد من التعديلات عليها للتخفيف منها والتقريب بينها وبين النظرية الموضوعية للالتزام.

ثانيا – تأثير النظرية الشخصية على الغير:

[1]–عزوز عبد الحميد، مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي و الموضوعي في مجال الالتزامات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر، 2002–2003، ص 07 .

[2]–علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة،الجزائر،1997 .

تأثر العقد في القانون الروماني بالمذهب الشخصي للالتزام، ونتج عنه خلط واضح بين العقد والالتزام[1]، مما أدى إلى القول أن الاتفاق المنشئ للالتزام والالتزام المترتب عليه شيء واحد، وقد حالت هذه النظرية لدى الرومان دون الأخذ بالعديد من الأفكار، وتأخرهم في إقرار الاشتراط لمصلحة الغير والتعاقد من الباطن و التنازل عن العقد، أما النيابة في التعاقد فلم يعرفها القانون الروماني مطلقا لاستحالة وقوع آثار العمل القانوني لغير من تولى إبرامه، واعتبر العقد المصدر الوحيد للالتزام، فلا يمكن لإرادة واحدة إنشاء الالتزام إذ لابد من تطابق إرادتين واتفاق طرفي العقد، ويجب تحديدهما لأنه إذا لم يتم تحديد أطراف العقد يستحيل قيام العقد أو لالتزام، وقد تأثر الفقه الحديث الذي أخذ بالنظرية الشخصية للالتزام بالقانون الروماني وبالنتائج المترتبة عنها باعتبار أن الإرادة لوحدها غير كافية لإيجاد الالتزام وأن الجوهر الأساسي لهذا الأخير هو رابطة شخصية أو حق شخصي يظهر كدين في مواجهة المدين وكحق للدائن، وأنه طبقا للمذهب الشخصي لا يمكن أن تنتقل الالتزامات على وجه العموم للغير، ويمتنع تغيير أحد من المتعاقدين، وأن تنفيذ العقد من الغير يكون نادر الحدوث، فالعلاقات الشخصية التي تحيط بالالتزامات العقدية، وتنشأ بين أطرافها تحول دون أي تدخل خارجي للغير، ويظهر المتعاقدان كأنهما المنفذان الحتميان للعقد، و عليه فان تدخل الغير في العقد لا تتلاءم و المفهوم الشخصي للالتزام الذي لا يعترف بجواز انتقال الالتزام نظرا لاهتمامه بأشخاص الالتزام، و عليه فان تدخل الغير يكون مستحيلا، حيث أن دخول طرف جديد في الرابطة العقدية لا يؤدي لانتقال الالتزام و انما تجديده [2].

الفرع الثاني: المذهب الموضوعي للالتزام

لقد ظهر المذهب الموضوعي، الذي ساهم في حل المشاكل القانونية الناشئة عن المعاملات في الوقت الحاضر، لاسيما مع سهولة تداول المال فقد سهل انجاز المعاملات

---

[1]– أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، مركز الدراسات للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2016، ص 33.

[2]–عفافسة مفيدة ،التنازل عن العقد، المرجع السابق، ص 10

وتنفيذ الالتزامات، ولتحديد مضمون هذا المذهب لا بد من معرفة نشأته، وتطبيق قواعده على تأثر الغير بالعقد.

أولا – نشأة المذهب الموضوعي:

ظهر المذهب الموضوعي لأول مرة في الفقه الألماني و تعتبر المدرسة الألمانية حاملة لواء المذهب الموضوعي وعلى رأسهم الفقيه "جييرك" ، واستمد أسسه من النظريات الجرمانية التقليدية التي تسود التشريع الألماني وعمدوا إلى بعثها من جديد، بعد تخلصهم من نظريات القانون الروماني[1].

ويعتبر الفقيه جييرك من الرافضين لمنطق المذهب الشخصي للالتزام، وعكف على إيضاح[2] فكرة الالتزام، حيت تكون العبرة في الالتزام بمحله أو موضوعه، وينفصل عن أشخاصه ويختلط بمحله أو موضوعه، ويصير بذلك شيئا ماديا ذو قيمة مالية مجردا عن أطرافه، حيث أن علاقة الالتزام القانونية هي علاقة بالدرجة الأولى بين ذمتين مستقلتين عن أشخاص الالتزام

وقد أدت إلى ظهور النظرية الموضوعية للالتزام عدة أسباب يمكن تلخيصها في سببين، الأول أساسه العوامل الاقتصادية التي تطورت، فقد كانت هناك حاجة ماسة إلى ظهور أوضاع قانونية جديدة كحوالة الدين والاشتراط لمصلحة الغير التي كانت مستبعدة وفقا للنظرية الشخصية، والسبب الثاني اعتماد الفقه الألماني على النظريات الجرمانية التقليدية، واستبعاد النظريات الرومانية وأهمها المذهب الشخصي للالتزام، فنظروا للالتزام نظرة موضوعية لا يعنيها الأشخاص بقدر ما يعنيها موضوع الالتزام، وبذلك يستقل الالتزام عن شخص المدين وتكون العبرة بقيمته المالية [3] .

---

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 120.

[2]–علي فيلالي ،الالتزامات، النظرية العامة للعقد،المرجع السابق، ص11 .

[3]– الدكتور أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، المرجع السابق، ص 46.

ومضمون المذهب الموضوعي للالتزام أنه يقوم على محل الالتزام ولا يتم الوقوف عند الرابطة الشخصية للالتزام، فينفصل الالتزام بذلك عن شخصي الدائن والمدين فيصبح شيئا ماديا العبرة فيه قيمته المالية، وتحقيق موضوع العقد ومحل أو موضوع الرابطة العقدية، ولم تقتصر هذه النظرية في ألمانيا بل انتقلت إلى فرنسا نقلا عن المدرسة الألمانية ويعتبر الفقيه "سالي" زعيم هذا المذهب في فرنسا.

إلا أن هذا المذهب لم يسد في الفقه الفرنسي ولعل مرد ذلك، إلى الفكر المتشبع بالنزعة الشخصية للالتزام مما جعل محله عنصرا ثانويا [1]على خلاف الوضع في ألمانيا، لاسيما أن المفهوم الشخصي أصبح غير قادر على مسايرة ما حصل من تطور على كافة الأصعدة، وخاصة في مجال المعاملات المالية التي أصبحت تستدعي بإلحاح البحث عن أدوات وإجراءات قانونية مرنة وناجحة لاستيعابها، فإذا اعتبرنا أن الالتزام يمثل أساسا رابطة قانونية بين شخصين معينين فانه لا يمكن أن تقوم إلا بينهما، بحيث اذا تغير أحدهما سواء كان الدائن أو المدين أو تدخل شخص ثالث، في هذه الرابطة، فان الالتزام يتغير بالضرورة و ينقضي .

ثانيا: تأثير النظرية الموضوعية على الغير:

إن أهم ما جاءت به النظرية الموضوعية للالتزام في تأثيرها على تدخل الغير وتأثره بالعقد، أنه تم تغليب موضوع الالتزام على أطرافه، فالهدف هو تحقق موضوع العقد أكثر من الاهتمام بمن يقوم بالتنفيذ و يجيز انتقال الالتزام باعتباره قيمة ككل القيم الاقتصادية و يشكل عنصرا من عناصر الذمة المالية، وجزء من رأس المال يكون في مقدور أصحابه التصرف فيه كأي مال و صار من الممكن فصله عن شخصية أطرافه[2] .

وتطبيقا لذلك فقد ترتبت عن هذه النظرية عدة نتائج:

---

[1]–أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص11.

[2]–عفافسة مفيدة،التنازل عن العقد،المرجع السابق، ص26 .

– إمكانية نقل وتحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر بالنسبة لحوالة الحق، ومن مدين لآخر بالنسبة لحوالة الدين[1].

– إمكانية وجود الالتزام دون وجود الدائن وقت نشوء هذا الالتزام، ففي الاشتراط لمصلحة الغير مثلا يمكن التأمين على الحياة لمصلحة من سيولد في المستقبل.

وعليه، فإنه وفقا للنظرية الموضوعية للالتزام، أصبح ينظر للالتزام على أنه قيمة مالية تدخل ضمن مال الدائن فيتجرد الالتزام بذلك من شخص الدائن ومن شخص المدين، وبالتالي يمكن لطرف ثالث أجنبي عن العقد لم يسهم في تكوينه أو إبرامه أن يلتزم بتنفيذ التزامات هذا العقد أو أن يتحصل على حقوق منه، وأصبح من الممكن وفقا للنظرية الموضوعية للالتزام إقرار تدخل الغير في العقد وتأثره به.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات لم يأخذ بنظرية واحدة على إطلاقها دون الأخرى، فقد أخذ بالنظرية الشخصية للالتزام، كما أخذ بالتطور الحاصل وفقا للنظرية الموضوعية للالتزام .

المطلب الثاني : تأثر الغير بالعقد وفقا لفكرة الاعتبار الشخصي

سنحاول في هذا الصدد الوصول إلى تحديد مفهوم الاعتبار الشخصي وتحديد تأثير هذا المفهوم على تدخل الغير في تنفيذ العقد، فمن البديهي أنه متى كان العقد من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، فإنه قد يصعب التنازل عن هذا العقد للغير، ولتوضيح ذلك لا بد من تحديد مفهوم الاعتبار الشخصي في الفرع الأول، ثم تحديد أثر فكرة الاعتبار الشخصي على تدخل الغير في العقد.

الفرع الأول: مضمون فكرة الاعتبار الشخصي

من المستقر عليه بصفة عامة أن العقود ذات الاعتبار الشخصي هي العقود التي يكون لشخص المتعاقد أو لصفة من صفاته الدور الحاسم في إبرامها[1]، وأنه قد يكون في

[1]– احمد عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 121.

جانب أحد المتعاقدين، أو في كليهما ونظرا لأهمية مفهوم الاعتبار الشخصي نتولى تحديد تعريف الاعتبار الشخصي ثم تحديد مظاهره.

أولا_ تعريف الاعتبار الشخصي:

إذا كانت أغلب التشريعات المدنية ومنها التشريع المدني الجزائري لم يتول تحديد تعريف للاعتبار الشخصي، فقد تولى الفقه هذه المهمة، فقد اعتبر الأستاذ "هنري كابيتان" أن فكرة الاعتبار الشخصي من الأفكار الأساسية في مجال إبرام العقود، وأن عبارة الاعتبار الشخصي تدل على أن الشخص الذي تم التعاقد معه هو الذي دفع رضا الطرف الآخر للتعاقد معه، وإلى المعنى نفسه ذهب الأستاذ "مارك أزولاي" إذ يرى أن العقد يتسم بالاعتبار الشخصي عندما يكون الاعتداد بشخص أحد المتعاقدين باعثا دافعا لرضا الطرف الآخر[2].

وقد اتفق الفقه أنه يقصد بالاعتبار الشخصي أن تكون شخصية أحد المتعاقدين، أو كلاهما عنصرا جوهريا في التعاقد سواء كان الاعتداد بالشخص ذاته أو بصفة من صفاته[3]، إلا أن السؤال الذي طرحه أغلب الفقه وحاولوا الإجابة عليه هو متى تكون شخصية أحد المتعاقدين محل اعتبار، ومتى يمكن القول أن صفة خاصة في أحد المتعاقدين قد روعيت عند إبرام العقد .

و للإجابة على هذا التساؤل ظهرت ثلاث اتجاهات :

---

[1]– عامر عاشور عبد الله البياتي،التعاقد من الباطن، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر – الامارات، ص103.

[2]– عامر عاشور عبد الله البياتي، المرجع السابق، ص 103.

[3]– على ابراهيم فوزي الموسوي، الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة، دراسة في قانون الشركات العراقي، طبعة 2006، دار النشر غير موضحة، ص310 .

1- الاتجاه الأول: يركز في تحديده لمفهوم الاعتبار الشخصي على الباعث الدافع إلى إبرام العقد، و يذهب إلى أن شخصية المتعاقد قد تكون محل اعتبار إذا كانت ذات الشخص أو صفة من صفاته باعثا دافعا لرضا الطرف الآخر بالمتعاقد[1].

2- الاتجاه الثاني: فيذهب إلى أن المقصود بالاعتبار الشخصي أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو صفة من صفاته عنصرا جوهريا في التعاقد، فهو ينكر ارتباط الاعتبار الشخصي بالباعث الدافع إلى التعاقد، فمتى كانت شخصية أحد المتعاقدين عنصرا ثانويا في التعاقد فلا نكون بصدد اعتبار شخصي[2].

وفي الحقيقة لا يمكن الأخذ باتجاه واحد على إطلاقه، فالرأي الأول يركز على ارتباط الاعتبار الشخصي بالباعث الدافع إلى التعاقد، غير أن القول بذلك مبالغ فيه، لأنه في الغالب يكون للشخص عدة أسباب وبواعث تدفعه للتعاقد، إلا انه في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي يكون لهذه الصفة المقام الأول والجوهري بين هذه الدوافع، وبالنسبة للرأي الثاني فقد أنكر ارتباط فكرة الاعتبار الشخصي بالباعث الدافع للتعاقد، وهو الأمر الذي لا يمكن تصوره، فإذا كانت ذات الشخص أو صفة من صفاته محل اعتبار فكيف يمكن نفي اعتبارها من أحد أهم الأسباب الدافعة للتعاقد؟[3].

3- الاتجاه الثالث: و لهذا السبب شكل الفقه رأيا ثالثا، يكون فيه الاعتبار الشخصي حسب رأيهم يدخل في تكوين العقد بطريقتين: فقد تكون شخصية المتعاقد أو صفة من صفاته هي سبب الالتزام كما يحصل في عقد الهبة، كما قد ترتبط فكرة الاعتبار الشخصي أو صفة من صفاته محلا لأحد الالتزامات الناشئة عن العقود كالعقود التي تكون فيها شخصية أحد المتعاقدين محلا للتجارة ، كاستغلال صورة شخص لإعادة نشرها، والعقود التي يكون محلها

---

[1]- عامر عاشور عبد الله البياتي، نفس المرجع، ص 103.

[2]- عامر عاشور عبد الله البياتي، نفس المرجع، ص 104.

[3]- مجلة المعهد الحلبي للحقوق و السياسة – الاعتبار الشخصي و أثره في تنفيذ العقد الاداري – العدد الثالث / السنة الثامنة 2016 ص 586 .

استغلال موهبته، كعقد تمثيل في مسرحية، أو العقود التي تبرم مع أصحاب المهن كالمهندس والطبيب.

ويكون الاعتبار الشخصي أصلا في عقود التبرع كالهبة، وبعض عقود المعاوضة والعقود الواردة على العمل، غير أنه لا يمنع أن تكون شخصية المتعاقد أو صفته محل اعتبار في غير ذلك من العقود لاسيما إذا أفصح أحد المتعاقدين عدا ذلك وقت إبرام العقد، مثلا في عقد الإيجار أن يعتد المؤجر بصفة المستأجر كأن ينظر إلى مقدار ما يتقاضاه المستأجر من راتب لتحديد بدل الإيجار[1].

وقد يكون الاعتبار الشخصي في طرف واحد مثلا: في عقد الهبة يهتم الواهب بشخص الموهوب له، غير أن الموهوب له لا يعتد بصفة الواهب، كما قد يكون الاعتداد بالاعتبار الشخصي مزدوجا كعقود شركات التضامن، كما قد يعتد بشخص أو بصفة شخص من الغير على الرغم أن آثار العقد بعيدة عن هذا الغير، مثلا عقد الكفالة التي يلتزم فيها الكفيل تجاه الدائن بوفاء دين المدين إذا لم يوف به هذا الأخير، فيعتد الكفيل بصفات المدين وإن كان حريصا على سداد الدين من عدمه، وأن هذه الصفات لولاها لأحجم الكفيل عن إبرام الكفالة.

ثانيا – مظاهر الاعتبار الشخصي :

إن تكييف الاعتبار الشخصي يتوقف على إرادة المتعاقدين، إذ أن إرادة المتعاقدين هي من تتجه إلى تحديد أن يكون الشخص أو صفة من صفاته محل اعتبار في التعاقد، وعليه نتولى تحديد مظاهر الاعتبار الشخصي من خلال توضيح أن الاعتبار الشخصي عنصر جوهري في العقد وأنه يتوقف على إرادة المتعاقدين.

1- الاعتبار الشخصي عنصر جوهري في العقد:

[1]– أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، المرجع السابق، 89.

إن الاعتداد بالاعتبار الشخصي يجعله عنصرا جوهريا في العقد[1]، حيث يعتبر كوصف عارض من أوصاف الالتزام يتوقف عليه صحة العقد[2]، إذا حدث غلط أو تدليس في شخصية أو صفة المتعاقد محل الاعتبار، ويعتبر غلطا جوهريا يعيب إرادة المتعاقد الذي وقع فيه لأنه ما كان ليبرم العقد لو لم يقع في هذا الغلط، و هذا يؤدي إلى جعل العقد موقوفا على إجازة المتعاقد الذي وقع في غلط[3]، ويتوافر الاعتبار الشخصي في العقود ذات الطابع الشخصي وحدها، ويؤثر تأثيرا كبيرا على إبرامها وصحتها وتنفيذها وانتقالها وانقضائها، وعليه فإن وجود عنصر الاعتبار الشخصي يشكل أهمية لا تنكر في العقود ذات الطابع الشخصي، فهو يهدف إلى تأمين صفة واضحة للمتعاقدين في العقد، بوصفه عنصرا تنتج عنه آثار قانونية تؤدي لانتهاء العقد في حالة تخلفه.

2 – الاعتبار الشخصي يتوقف على إرادة المتعاقد :

لا شك أن الاعتداد بالاعتبار الشخصي مسألة ذاتية تتوقف على إرادة المتعاقدين، فيمكن للإرادة أن تعتد به في عقود ليس الأصل فيها الاعتداد بهذا الاعتبار، كما يمكن للإرادة أن تستبعد الاعتبار الشخصي من عقد كان الأصل بحسب غايته أن يعتد فيه بذلك الاعتبار، فهناك عقود تقتضي غايتها الاعتداد بموضوع العقد دون أطرافه، لأن تحقيق غاية العقد نفسها مهما اختلف شخص المتعاقد مثل عقود البيع والمقايضة، غير أنه يمكن إقرار عكس ذلك مثلا عقد بيع شريك في الشيوع جزء من حصته للغير، فالغالب أن يعتد البائع بصفات المشتري في هذه الحالة، لأنه سيكون شريكا معه في إدارة المال.

وعليه، فان الاعتبار الشخصي قد يوجد في بعض العقود وينتفي في بعضها، وإن توافر فإنه يكون عنصرا جوهريا في التعاقد، أما إذا تخلف فإنه يعني أنه لم يكن عنصرا

1– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، طبعة 1952، ص 300.

2– عامر عاشور عبد الله البياتي، المرجع السابق، ص 109.

3– عامر عاشور عبد الله البياتي، نفس المرجع، ص 105.

جوهريا في التعاقد، كما هو الشأن في العقود الموضوعية، التي يغيب عنها دون أن يلحقها أدنى تأثير.

الفرع الثاني: أثر فكرة الاعتبار الشخصي على تدخل الغير في تنفيذ العقد

سبق القول أن العقود إما أن تكون ذات طابع موضوعي فتكون محلا لتدخل الغير في تنفيذها، وإما أن تكون ذات طابع شخصي، وفي هذه الحالة فإنه قد يصعب التنازل عن هذا العقد للغير[1]، فالاعتبار الشخصي يعتبر مانعا من موانع التنازل عن العقد، نتيجة لنظرة الدائن بالتنفيذ الذي يرى أن المتعاقد معه أفضل من يقوم بالأداء[2]، وعليه فإنه من المستقر عليه أن العقد الذي يبرم للاعتبار الشخصي ينبغي تنفيذه عن طريق الشخص الذي لاعتباره الشخصي تم إبرام العقد، غير أنه ليس هناك ما يمنع أن يتم التنفيذ بواسطة الغير، إذا تنازل الدائن عن حقه في الاعتبار الشخصي، وفي هذا الصدد نتناول تقدير فكرة أن التنفيذ لا يكون إلا من المدين شخصيا، ثم نحدد إمكانية التوفيق بين الاعتبار الشخصي والتنفيذ بواسطة الغير.

أولا – تقدير فكرة أن التنفيذ لا يكون إلا من المدين شخصيا:

في كثير من الحالات يصنف العقد من عقود الاعتبار الشخصي[3] إذا نشأت عنه التزامات مرتبطة بشخص المتعاقد المدين بها، مما يحول دون تنفيذها من قبل الغير، وهذه الالتزامات هي التزامات شخصية بعمل، وفي هذا الصدد فرق الفقه بين أنواع الالتزامات بعمل، بين الالتزام الذي محله العمل، والالتزام الذي محله نتيجة العمل، فمثلا العامل محل التزامه هو العمل وتقديم قوة عمله ووضعها تحت تصرف رب العمل، أما التزام المقاول فينصب على نتيجة عمله. وكنتيجة لذلك إذا كان الالتزام الشخصي بعمل ينصب على العمل المقدم فإنه يمكن تنفيذها عن طريق غير المدين، أما الالتزامات التي يكون فيها محل الالتزام

[1]-Serge Gaudet et Danielle Burman, Théorie des obligations, 4e édition Jean Pineau, Les Éditions Thémis, 2004, page 09.

[2]– أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، المرجع السابق، ص 97.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 294.

نتيجة العمل وليس العمل ذاته، فإن الالتزام يرتبط بطبيعته بشخص المدين ولا يجوز أن يوكل إلى الغير.

وفي هذا الاتجاه ذهب المشرع الجزائري في المادة 564 من القانون المدني التي نصت أنه: "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية"، بالتالي فإن المشرع راعى الحالات التي تكون فيها الكفاءة الشخصية للمقاول الأصلي محل اعتبار، وجعل منها مانعا لا يجوز معه للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن، ولهذا كان وجود الاعتبار الشخصي هو الأساس في منع المقاول من إبرام عقد مقاولة من الباطن، على اعتبار أن المقاول قد يكون له من الخبرة والمهارة ما يحمل صاحب العمل على الوثوق به والتعاقد معه.

وبصفة عامة يمكن القول أن العقود التي يدور محلها حول الآداءات الذهنية أو الفكرية كالأعمال الفنية مثلا إعداد مخطط من مهندس معماري، فإن الأداء فيها يرتبط بشكل وثيق بشخص المدين والذي يدخل إلى حد ما في موضوع الالتزام، وأثر هذا الالتزام على التنفيذ يكون مطلقا، ولا يمكن في كافة الأحوال إجبار الدائن على قبول أداء يقوم به غير المتعاقد، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 82 من القانون المدني التي تنص: "يكون الغلط جوهريا، إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية.

إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة هي السبب الرئيسي في التعاقد".

وعليه، فإن المشرع الجزائري جعل الاعتبار الشخصي سببا من أسباب قابلية العقد للإبطال لغلط جوهري[1]، ويكون للمتعاقد الذي كان موضوع اهتمام من المتعاقد الآخر هو وحده الذي يعد الغلط في شخصه أو في إحدى صفاته غلطا جوهريا[2]، بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد ولو لم يقع في الغلط[3]، ويكون هذا المتعاقد هو المسئول عن تنفيذ التزاماته.

وكخلاصة، يمكن القول أنه في الحالات التي يقوم فيها العقد على فكرة الاعتبار الشخصي، وكان هذا الاعتبار هو الدافع للتعاقد فإنه يستحيل إنابة الغير لتنفيذ هذا العقد[4].

ثانيا – إمكانية تنفيذ العقد من الغير رغم فكرة الاعتبار الشخصي:

رغم أن الاعتبار الشخصي قد يكون متواجدا في العقد إلا أنه يمكن أن لا يكون الباعث الرئيسي للتعاقد رغم أنه متوفر كعنصر جوهري في العقد، وعليه إذا كان الاعتبار الشخصي يؤثر في تكوين العقد، حيث يرتبط سبب التعاقد بشخص المتعاقد، كما هو في عقد الهبة، فالبطلان يفترض أن المتعاقد لم يكن ليبرم هذا العقد إذا لم يقع هذا الغلط في شخص المتعاقد معه[5]، والواقع أن مثل هذا الفرض نادر الوقوع، وغير شائع، لأن العقد في الغالب يبرم لاعتبار العملية الاقتصادية أكثر من الاعتبار بشخص المتعاقد، وفي هذا الصدد نجد المادة 169 من القانون المدني التي تنص: "في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين."

وعليه، فإن هذا النص يشير إلى الاعتبار الشخصي في مرحلة تنفيذ العقد، إلا أنه يشير إلى غاية ومصلحة الدائن من التنفيذ، بحيث يكون تنفيذ الأداء مرضيا للدائن مما يعني إمكانية اعتماد رضا الدائن كمعيار لتنفيذ العقد، فليس كل التزام بعمل يستلزم جهدا وعناء

---

[1]- Serge Gaudet et Danielle Burman, Théorie des obligations op cit , page 126.

[2]- JEAN-CHRISTOPHE WERENNE, Théorie Générale Des Obligations, ANNEE ACADEMIQUE 2001-2002, page 56.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 298.

[4]– عامر عاشور عبد الله البياتي، المرجع السابق، 110–112.

[5]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 300.

يرتبط بشخص المدين، والقول بضرورة بذل جهد وعناء في تنفيذ الالتزام لا يعني دائما أن هذا الالتزام يجب أن يؤديه المدين بصفة شخصية.

وعليه، لا يمكن أن يفرض على الدائن التنفيذ من الغير، إذا كان له مصلحة في أن ينفذ المدين شخصيا، الأمر الذي يدعنا نخلص إلى نتيجة أنه حتى ولو كان العقد من عقود الاعتبار الشخصي، إلا أنه يجوز تنفيذه من قبل الغير إذا قبل الدائن بهذا التنفيذ[1]، ويكون الدائن في هذه الحالة الوحيد القادر على تقدير إمكانية تنفيذ العملية العقدية خاصة عن طريق الغير.

وعليه، فإن تدخل الغير في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي تستلزم رضا الدائن، وفي هذه الحالة فإن عملية انتقال العقد تتضمن مرحلتين:

1-المرحلة الأولى: اكتساب الغير صفة المتعاقد، أي انتقال التزامات وحقوق العقد إلى طرف آخر.

2-المرحلة الثانية: براءة ذمة المدين المتنازل له في مواجهة الدائن، وأنه على هذا الأساس لابد من وجود رضا الدائن[2].

وينبغي الإشارة إلى أن رضا الدائن يكون في حالة العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، إلا أنه في العقود الموضوعية فإن رضا الدائن يكون في المرحلة الثانية أي في مرحلة إبراء ذمة المدين، غير أنه في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي فإن رضا الدائن يكون ضروريا في مرحلة انتقال العقد، ذلك أن التنازل عن هذه العقود دون الحصول على موافقة مسبقة من الدائن يعد إخلالا تعاقديا حقيقيا من جانب المدين، قد يترتب عليه فسخ العقد.

---

[1]- عامر عاشور عبد الله البياتي، نفس المرجع ، ص111.

[2]- أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، المرجع السابق، ص 110.

الفصل الثاني: صور تدخل الغير في تنفيذ العقد

إن مبدأ القوة الملزمة للعقد مفاده أن العقد لا ينفع ولا يضر غير عاقديه، ومن ينوب عنهم وخلفائهم، وهو مبدأ نسبية أثر العقود. فإن العقد لا يلزم إلا المتعاقدين، وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فهو أداة تعبير عن الإرادة لا تلزم سوى أصحابها المباشرة أو غير المباشرة، وأن أثر العقد لا ينصرف إلى غير المتعاقدين وهو ما سرى إليه المشرع الجزائري في المادة 113 من القانون المدني :"لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا ".

غير أنه يمكن لغير المتعاقد أن يصير طرفا في العقد و يتحمل التزاماته و يكتسب صفة الطرف، وقد يتدخل في التنفيذ مع احتفاظه بصفة الغير.

وعليه نقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول تدخل الغير في العقد بصفته متعاقد، ونخصص المبحث الثاني لتدخل الغير في العقد بصفته من الغير.

المبحث الأول: تدخل الغير في العقد بصفته متعاقد

من أهم الآثار الناتجة عن إبرام العقد هو إنشاء رابطة قانونية بين طرفيه، يثبت بموجبها حقوق وواجبات لكليهما، ولا يكون لغيرهما في العقد صفة المدين و الدائن، لكن في بعض الحالات تبقى بعض العقود منتجة لآثارها بإرادة أخرى غير إرادة طرفيها تجاه شخص آخر من غير المتعاقدين. فغير المتعاقد يمكن أن يكتسب في المستقبل صفة المتعاقد، في عقد لم يشارك في إبرامه؛ و يتدخل في تنفيذه. وهذا التدخل للغير قد يكون تدخلا إلزاميا بمقتضى القانون و الذي سنتطرق له في المطلب الأول، أو يتقرر هذا التدخل للغير بحكم الاتفاق و الذي سنتطرق له في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تدخل الغير في العقد بمقتضى القانون

إن الحلول الآلي القانوني لغير المتعاقد كطرف أصيل في العلاقات التعاقدية، يظهر جليا في بعض صور الحوالة القانونية للعقود، أو الانتقال القانوني للعقود، التي يمكن اعتبارها من التطبيقات العملية المهمة لتدخل غير المتعاقد في تنفيذ العقد، بناء على إرادة المشرع وهي التي يراد بها انتقال صفة المتعاقد، بما له من حقوق وما عليه من التزامات إلى شخص آخر، دون حاجة لرضا الطرف الثاني في العقد، بحيث يكفل تدخل غير المتعاقد في تنفيذ العقد توفير استقرار حقيقي وقانوني لمركز الدائن.

تتمثل هذه الصور في المشتري للعقار المؤجر، وذلك عند قيام المؤجر ببيع العقار المؤجر إلى غير المستأجر، كما سيتم توضيحه في الفرع الأول، و كذا صاحب العمل الجديد، فعند تغيير الشكل القانوني للشركة بالبيع مثلا تحال عقود العمل إلى رب العمل الجديد كما سيتم توضيحه في الفرع الثاني.

الفرع الأول : المشتري للعقار المؤجر

تجيز أغلب التشريعات العربية، بما في ذلك التشريع الجزائري لمالك العين المؤجرة أن يتصرف فيها بالبيع، للمستأجر أو لغيره، فإذا باعه للمستأجر انقضى عقد الإيجار باتحاد الذمة، أما إذا باعه للغير، يبقى عقد الإيجار قائما في مواجهته، و هو ما جاء في نص المادة 469 مكرر 03 من القانون المدني التي تنص على: "إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبرا يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية".

فبانتقال الملكية يصبح المشتري مالكًا للعقار، مستفيدًا من جميع المزايا التي يتميّز بها المالك الأصلي، ولكن في المقابل فإن عليه جميع الالتزامات التي على هذا العقار، ومنها أن يكون العقار مؤجرًا فإنه من الثابت أن عقد الإيجار يبقى صحيحًا، ويسري على المالك الجديد، ومعنى ذلك هو أن الشخص الذي تنتقل إليه ملكية العقار المؤجر يصبح هو المؤجر بدلاً من سلفه، وبالتالي فإن عقد الإيجار المبرم مع المالك السابق إذا كان ثابت التاريخ و سابق على التصرف الذي نقل الملكية إلى الخلف، يبقى ساريًا بحق المالك الجديد والمستأجر،

فالتصرف في الشيء، بتأجيره يبقى ساريا في حق المالك الجديد متى أبرم البائع إيجارا قبل انتقال الملكية للمشتري، إلا أن هناك من يشترط كذلك أن تكون المباني قائمة فعلا وقت البيع على النحو الذي يجعلها قابلة للانتفاع بها[1].

ويعتبر المشرع الجزائري مشتري العقار المؤجر خلفا خاصا، وهو ما جاء في نص المادة 109 من القانون المدني على أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

و عليه فان المشتري للعقار المؤجر يعتبر خلفا للبائع، ويترتب عن ذلك آثار نحاول إيرادها كما يلي:

أولا _ المشتري للعقار خلف خاص للمؤجر:

بالرجوع إلى نص المادتين 469 مكرر 03 و109 من القانون المدني[2]، المذكورتين سابقا نجد أن المشرع أعطى صفة الخلف الخاص لمشتري العقار، أي أن الالتزامات الشخصية تنتقل إلى الخلف الخاص، إذا كانت تحد من الحق الذي انتقل إليه[3]، و يستفاد من ذلك أن المادة 469 مكرر 03 ما هي إلا تطبيق لنص المادة 109 من القانون المدني.

فتنتقل الالتزامات و الحقوق مع العين المؤجرة إلى المشتري، و ينفذ في مواجهته، و يحل المشتري الخلف الخاص محل البائع السلف في عقد الإيجار المبرم بين السلف والمستأجر.

---

[1]– أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد،المرجع السابق، ص 280 .

[2]–المادة 109 من القانون المدني و التي تنص :" "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه". و المادة 469 مكرر 03 من القانون المدني و التي تنص : "إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبرا يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية".

[3] محمدي سليمان، رسالة لنيل شهادة دكتوراه تحت عنوان نفاذ العقد، المرجع السابق ص 120 .

وعليه، فإذا كان للإيجار تاريخ ثابت وسابق على التصرف الناقل للملكية إلى الخلف، أو لم يكن له تاريخ ثابت و تمسك به الخلف، أو كان على علم به عند انتقال الملكية، فإن أثر الإيجار ينصرف إلى الخلف الخاص في كافة الالتزامات و الحقوق، دون اشتراط علم الخلف بها وقت انتقال الشيء، بمقتضى القانون.

كما أن عقد إيجار المالك الأصلي مع المؤجر يسري في مواجهة المشتري دون حاجة إلى عقد جديد، وحتى في حالة الاتفاق على تحرير عقد إيجار باسم المشتري بدلا من اسم المالك السابق المؤجر، فهنا لا تقوم علاقة إيجارية جديدة و إنما يعتبر عقد الإيجار الجديد استمرارا للعلاقة الإيجارية السابقة[1].

ثانيا _ آثار اعتبار المشتري للعقار المؤجر خلفا خاصا:

يترتب على اعتبار المشتري خلفا خاصا لمؤجر العقار المبيع أثرين هما انتقال ملكية العين المؤجرة إلى المشتري ، و اكتساب المشتري لصفة المتعاقد في العلاقة الإيجارية .

I- انتقال ملكية العين المؤجرة إلى المشتري:

تنتقل ملكية الشيء المبيع المؤجر إلى المشتري محملا بكافة الحقوق والالتزامات، مع الأخذ بعين الاعتبار ما قد ينص عليه القانون من إجراءات التسجيل والشهر، كما هو الحال بالنسبة للعقارات، ولا يمكن الاحتجاج بالحق العيني غير المشهر في مواجهة المستأجر.

ويعتبر المشتري في هذه الحالة من الغير، فإذا كان الحق العيني المتعلق بالعين غير مشهر قبل انتقال الحق إليه فلا يكون نافذا في مواجهته[2]، وتجدر الإشارة هنا إلى أن البائع يمكنه التحايل على المشتري و الاتفاق على إيجار الشيء المبيع قبل إتمام إجراءات التسجيل و الشهر و بالتالي يزيد عبء على الشيء المبيع و المشتري في هذه الحالة يجد نفسه أمام فراغ قانوني و يسري عليه أثر الإيجار رغم أنه عند تاريخ إبرام العقد كانت العين المؤجرة خالية من أي قيود تحد من المنفعة .

ويلتزم البائع بتسليم المبيع، وضمان عيوبه، واستحقاقه، وفي المقابل يقوم المشتري بأداء الثمن إلى البائع، ونتيجة لاعتبار المشتري خلفا خاصا وبعد إخطار المستأجر بالبيع،

---

[1] أحمد بن علي بن الحميدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، المرجع السابق، ص 281

[2] محمدي سليمان، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه تحت عنوان نفاذ العقد، المرجع السابق، ص 121

يجوز للمشتري مطالبة المستأجر بالوفاء بالأجرة إلى المالك الجديد من تاريخ انتقال الملكية إلى المشتري أو المالك الجديد.

II-اكتساب المشتري صفة المتعاقد في العلاقة الإيجارية:

بمجرد انتقال الملكية إلى المالك الجديد تنتقل معها جميع الحقوق والالتزامات المرتبطة بالشيء المبيع والناشئة عن عقد البيع، وتبعا لذلك ينتقل الإيجار المبرم بين المالك السابق الأصلي والمستأجر إلى المشتري المالك الجديد، وكنتيجة لذلك يأخذ المالك الأصلي صفة الغير فيخرج من دائرة العقد، و يصبح أطراف العقد هما المالك الجديد و المستأجر.

وعليه فإن المالك الجديد للعقار يحل محل المؤجر الأصلي في العلاقة الإيجارية بعد انتقال ملكية الشيء المؤجر إليه، فالتصرف في الشيء المؤجر بالبيع لا يعني إنهاء العلاقة الإيجارية الواقعة على الشيء المبيع لأن القانون[1] يفرض بقاء هذا العقد قائما من المتصرف إليه المشتري، ومنه يكتسب المشتري صفة المؤجر دون إمكانية التغيير في بنود العقد، ويلتزم المشتري ببنود العقد التي أبرمها سلفه متى كان لها تاريخ ثابت [2]، سابق على التصرف الذي انتقلت الملكية بموجبه، الذي أحيل إليه بمقتضى القانون.

والملاحظ أن الغير هنا يكتسب صفة المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، رغم أنه كان من فئة الغير أثناء إبرام العقد، ليصبح خلفا خاصا، وفي المقابل يفقد المالك الأصلي البائع صفة المتعاقد و يصبح غيرا بالنسبة للعلاقة الإيجارية التي شاركت إرادته في إنشاء بنودها ليحل محله المشتري الذي تنتقل إليه آثار هذه العلاقة رغم عدم مشاركته في العقد بقوة القانون وليس بإرادته وهو أحد التطبيقات المهمة لتدخل الغير في تنفيذ العقد.

---

[1] المادة 46 مكرر 03 من القانون المدني الجزائري التي تنص :"إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبرا يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية "

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الايجار و العارية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت- لبنان ، الطبعة الأصلية الجديدة 2000، ص 190 .

من بين صور تدخل الغير في تنفيذ العقد بمقتضى القانون، استمرار عقود العمل مع نفس المؤسسة المستخدمة، واستمرار نشاطها، عند تغير صاحب العمل، حيث أقرت أغلب التشريعات الحديثة على إبقاء العقد المبرم مع صاحب العمل الأصلي قائما دون حاجة لإبرام عقد جديد مع صاحب العمل الجديد، و سنوضح فيما يلي كيفية اكتساب صاحب العمل الجديد صفة المتعاقد بعد أن كان غيرا أولا، والآثار المترتبة على اكتسابه هذه الصفة ثانيا.

أولا _ اكتساب صاحب العمل الجديد صفة المتعاقد:

إن معظم التشريعات، بما فيها التشريع الجزائري لا تعتبر انتقال ملكية الهيئة المستخدمة من صاحب العمل الأصلي إلى صاحب العمل الجديد سببا لإنهاء العلاقة التعاقدية، فيبقى العقد قائما بقوة القانون، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 74 من قانون العمل[1] التي تنص على أنه: "إذا حدث تغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة، تبقى جميع علاقات العمل المعمول بها يوم التغيير بين المستخدم الجديد والعمال، لا يمكن أن يطرأ أي تعديل في علاقات العمل إلا ضمن الأشكال وحسب الشروط التي ينص عليها هذا القانون وعن طريق المفاوضات الجماعية."

على أن يكون المتصرف إليه عالما بها، وأن تكون من مستلزمات الشيء، وعليه فإن صاحب العمل الجديد يعتبر خلفا خاصا في ملكية الهيئة المستخدمة، وهو نفس ما سرت عليه التشريعات المقارنة فيرى المشرع المصري بالرجوع إلى أحكام المادة 09 من قانون العمل المصري أن صاحب العمل الجديد يعتبر خلفا مسؤولا بالتضامن مع أصحاب الأعمال السابقين عن تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عن عقود استخدام عمال الهيئة المستخدمة.[2]

و نشير في هذا المجال الى عدم تأثر انتقال ملكية المؤسسة المستخدمة على عقد العمل

و أن المشرع الجزائري لم يحدد كيفية انتقال ملكية الهيئة المستخدمة إلى المالك الجديد، وعليه فإن انتقالها يمكن أن يتم بأي تصرف سواء بمقابل أو بدون مقابل، دون أن يؤثر هذا

---

[1] القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21-04-1990 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل و المتمم بالأمر 03/97 المؤرخ في 11-01-1997 الجريدة الرسمية رقم 03، الصادر في 12-01-1997 .

[2] قانون العمل المصري الموحد رقم 02 لسنة 2112 .

التصرف في عقد العمل، ويبقى العقد قائما بقوة القانون بين العامل و صاحب العمل الجديد، وينتج أثره في مواجهته خلافا للمشرع المصري فقد تطرق إلى حالات انتقال المؤسسة المستخدمة في نص المادة 09 ق.ع مصري على سبيل المثال لا الحصر، فيمكن أن تنتقل بأي تصرف أي كان دون أن يؤثر ذلك على العلاقة العقدية مع العامل.

ثانيا:أثر اكتساب رب العمل الجديد صفة المتعاقد

إن اكتساب صاحب العمل الجديد صفة المتعاقد ينتج عنه أثر استمرار عقود العمل معه وكذا ضمان حقوق العمال و المحافظة على وضعهم، و بمقتضى القانون.

I- استمرار عقود العمل مع صاحب العمل الجديد:

إن أهم أثر لاكتساب صاحب العمل الجديد صفة المتعاقد هو استمرار عقود العمل، ويصبح العقد قائم على اعتبار موضوعي لا شخصي، حيث يصبح الأمر الأهم هو مصلحة الهيئة المستخدمة وليس الأشخاص، على أن تحتفظ الهيئة المستخدمة على نشاطها، أما إذا تغير نشاطها تغييرا جوهريا فإنها تفقد كيانها وتحل محلها هيئة أخرى وهو شرط أدرجه القضاء زيادة للشرطين الذي أقرهما المشرع في نص المادة 74 من قانون العمل الجزائري أن تبقى الهيئة المستخدمة محتفظة بنشاطها وأن تكون عقود العمل سارية المفعول عند حصول التغيير .[1]

II-ضمان حقوق العمال و المحافظة على وضعهم:

ومن آثار اكتساب رب العمل الجديد صفة المتعاقد أيضا محافظة العمال على جميع حقوقهم ووضعهم القانوني في مواجهة صاحب العمل الجديد وتعتبر قاعدة من النظام العام الاجتماعي فلا يجوز اتفاق الأطراف على مخالفته[2] ، فيسأل هذا الأخير عن أداء الأجور للعمال من تاريخ انتقال المؤسسة المستخدمة إليه، كما يكون مسئولا بالتضامن مع صاحب العمل السابق، ويؤدي عنه أجور العمال و يلتزم بعدم المساس بالتزامات سلفه المستخدم

[1] غالي كحلة، استمرارية علاقة العمل و تغيير الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة، أطروحة لتيل شهادة الدكتوراه في العلوم في القانون الاجتماعي، جامعة وهران 02كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2017/2016 ، ص16 .

[2] غالي كحلة، استمرارية علاقة العمل و تغيير الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة،المرجع السابق ،ص 112 .

السابق بالعقد و حقوق العمال الثابتة به [1]، عن المدة السابقة لانتقال الهيئة المستخدمة إليه، وله أن يرجع على صاحب العمل السابق، كونه المدين الأصلي بهذه الالتزامات.

ومن الطبيعي ألا يؤثر شخص صاحب العمل على عقد العمل، فالمشرع بتقريره ذلك عمد إلى حماية حقوق العمال وحفاظا على أوضاعهم، فبقاء عقود العمل مستمرة يبقي على وظائفهم.

وفي هذا الإطار يمكن القول أن عقود العمل القائمة أثناء انتقال المؤسسة المستخدمة إلى صاحب العمل الجديد، تبقى نافذة في مواجهة هذا الأخير دون حاجة إلى إبرام عقود جديدة، ولا يشترط في ذلك لا موافقة العمال و لا موافقة صاحب العمل السابق.

المطلب الثاني: تدخل الغير في تنفيذ الالتزام بمقتضى الاتفاق:

قد يتدخل الغير في تنفيذ العقد بمقتضى الاتفاق، أي أن يسعى الغير بإرادته إلى تنفيذ عقد لم يكن طرفا فيه ولم يشارك في إبرامه، و لتوضيح ذلك سنتطرق إلى إقرار الغير بعقود صادرة عن المتعاقدين في الفرع الأول، و التعهد عن الغير في الفرع الثاني.

الفرع الأول: إقرار الغير بعقود صادرة عن المتعاقدين

في بعض الحالات قد لا يشارك الغير في إبرام العقد ، غير أنه قد يبدي موافقته اللاحقة بإقراره العقد [2]، والإقرار يرد على عقد صحيح بين طرفيه ولكنه غير نافذ في مواجهة شخص من الغير، فيصدر عن هذا الغير إقرارا يجعل العقد ساريا في حقه، فالمالك يقر بيع الغير لملكه، والأصيل يقر عقدا أبرمه وكيله متجاوزا حدود وكالته [3]، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

أولا _ الإقرار في بيع ملك الغير :

نص المشرع الجزائري على بيع ملك الغير في المادة 397 من القانون المدني بنصها :" إذا باع شخص شيئا معينا بالذات و هو لا يملكه، فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع و يكون الأمر كذلك و لو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه .

---

[1] غالي كحلة، استمرارية علاقة العمل و تغيير الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة، نفس المرجع ، ص126 .

[2] – محمدي سليمان، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون تحت عنوان نفاذ العقد ،المرجع السابق، ص 54 .

[3] –حمدي المغاوري محمد عرفه،اجازة العقد القابل للابطال دراسة مقارنة بين القانون المدني و الفقه الاسلامي، دار الفكر الجامعي،طبعة 2013،ص 234 .

و في كل حالة، لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع و لو أجازه المشتري " .

وفي هذا المجال سوف نحدد مفهوم بيع ملك الغير، و كذا تحديد مركز الغير بالنسبة لهذا العقد بعد إقراره .

1 _ مفهوم بيع ملك الغير :

لم يتول المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات تعريف بيع ملك الغير، وعموما يمكن تعريفه أنه ذلك التصرف بالبيع الصادر من غير المالك ، وينصب على شيء موجود ومعين بالذات ، دون أن يكون موقوفا أو مؤجلا [1] .

وجعل المشرع الجزائري بيع ملك الغير بيعا قابلا للإبطال، فهو عقد صحيح ينتج جميع آثاره، وعلى كل طرف أن يلتزم بالالتزامات التي رتبها عقد البيع، وقد جرت العادة في عقود البيع انتقال الملكية بمجرد انعقاد العقد ،أما في بيع ملك الغير فإنه يتعذر على البائع نقل ملكيةالمبيع مما يجعله مخلا بالتزامه التعاقدي، وهو ما أعطى الحق للمشتري دون غيره المطالبة بإبطال العقد لأنه المتضررالوحيد، وذلك لكي يتخلص من التزاماته المقررة بموجب العقد في مواجهة البائع، أما بالنسبة للبائع فإنهلا يحق له طلب الإبطال ولو كان حسن نية [2] .

ويمكننا أن نتصور حالات بيع ملك الغير في المنقول والعقار معا، ولو كان لهذا الأخير حالات محدودة أكثر لوجود نظام الشهر العيني إلا أنه يمكن تصورها في بعض الأمثلة :

1–حالة الشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية، فالعقوبة التبعية هي حرمانه من التصرف في أمواله طبقا للمادة 07 من قانون العقوبات [3] ، وقد يحدث أن يتصرف فيها ويعد تصرفه باطلا .

2–الأشخاص الممنوع عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها .

---

[1]–مباركي نجمة – بودريقة جميلة،بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص الشامل ،جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية،كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة الجامعية 2013/2012 .

[2]–مباركي نجمة–بودريقة جميلة، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري ، نفس المرجع ص 42 .

[3]– ارجع للمادة 07 من الأمر 66–156 ،مؤرخ في 8 يونيو 1966 ، المتضمن قانون العقوبات ،جريدة رسمية،عدد 49 ،صادرة بتاريخ 11 يونيو 1966،المعدل و المتمم بالقانون رقم 16–02 مؤرخ في 19 يونيو 2016،ج ر ،ج ج ،عدد37، صادرة بتاريخ 22يونيو 2016 .

3–حالة انقضاء عقد الوكالة، وتصرف الوكيل ببيع ملك الأصيل دون علمه بانتهاء الوكالة.
4–حالة المتصرف فيه في مرض الموت، وكان المشتري سيء نية، فإذا طعن الورثة في ملكية المتصرف إليه وصدر حكم لمصلحتهم ، اعتبروا مالكين للعقار المتصرف فيه .

وفي كل هذه الحالات فان التصرف الثاني في العقار يعتبر من قبيل ملك الغير [1] .

وتجدر الإشارة أن بيع ملك الغير يمكن تصحيحه في حالة إجازة المشتري للبيع أي تنازله عن المطالبة بإبطال العقد، ويقوم بتنفيذ التزاماته الناشئة عنه بعد علمه أن البائع تصرف في ملك الغير، ويعتبر البيع صحيحا من يوم إبرامه، غير أنه ورغم إجازة العقد من المشتري إلا أنه لا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقي .

كما يصحح العقد بالتملك سواء، بتملك المشتري للمبيع إما بالحيازة أو بالتقادم في العقار بشرط أن يكون الحائز حسن نية، أو بتملك البائع للمبيع بعد انعقاد عقد البيع .

وما يهمنا هو تصحيح بيع ملك الغير بإقرار المالك الحقيقي للمبيع، وهو ما سوف نشرحه باعتباره طريقا لاكتساب الغير صفة الطرف في العقد .

II _ تحديد مركز المالك الحقيقي بعد إقراره البيع :

نصت المادة 398 من القانون المدني الجزائري أنه : " إذا أقر المالك البيع، سرى مفعوله عليه و صار ناجزا في حق المشتري .

و كذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري، إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد العقد ".

من الثابت أن المالك الأصلي للشيء المبيع يعتبر من الغير بالنسبة لعقد البيع ، و ما يستنتج من نص المادة المذكورة، أن المالك وحده هو صاحب الحق في إقرار البيع الوارد على ملكه دون إذنه ، ويترتب على هذا الإقرار عدة نتائج، فيما يخص مركز المالك المقر من العقد الذي أبرمه البائع مع المشتري. وأول ما يترتب على هذا الإقرار سريان هذا البيع في حقه، لأنه لم يعد هناك مانع من انتقال ملكية الشيء المبيع إلى المشتري[2] ، وتنتقل الملكية للمشتري من تاريخ الإقرار في المنقول، ومن تاريخ التسجيل في العقار، وعليه فإن جميع الحقوق التي رتبها المالك للغير في الفترة من إبرام العقد إلى تاريخ إقراره تنتقل مع المبيع

---

[1]– محمدي سليمان، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، المرجع السابق،ص 58 .

[2]– مباركي نجمة–بودريقة جميلة، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق، ص 60 .

للمشتري، كما لو رتب المالك الحقيقي رهنا أو حق ارتفاق و تم تسجيلهما قبل الإقرار، فهنا تنتقل الملكية محملة بالرهن والارتفاق، ولا يكون أمام المشتري في هذه الحالة سوى الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئي[1] .

وإذا أقر المالك الحقيقي البيع يلتزم الطرفان، البائع والمشتري بجميع الالتزامات الناشئة عن عقد البيع، ويسقط حق المشتري في طلب الإبطال، وبالنسبة لمركز المقر، فقد اختلفت الآراء الفقهية بشأن إقرار العقد وأثره بالنسبة للمالك الحقيقي وظهرت في ذلك ثلاثة آراء :

الرأي الأول : الذي يرى أنه ينشئ علاقة مباشرة بين المالك المقر والمشتري ، فيدخل المالك الحقيقي محل البائع في جميع حقوقه والتزاماته من تاريخ الإقرار .

الرأي الثاني : يرى بانضمام المالك إلى العقد ويصبح هو والبائع ملتزمين به ، أي مسئولين مسؤولية متضامنة في مواجهة المشتري .

الرأي الثالث : من يرى أن الإقرار يكون فقط لإزالة العقبة التي كانت تحول بين البيع وبين ترتيب أثره في نقل الملكية، مع بقاء العلاقة التعاقدية بين البائع و المشتري كما هي دون تغيير.

و الرأي الراجح هو الرأي الأول، ذلك أنه لو قلنا أن المالك بعد إقراره لا يتدخل في العقد فان هذا يعني أن المالك يظل أجنبيا عن العلاقة، ويعني ذلك بحث مسألة انتقال الملكية من المالك إلى البائع أولا ، وفي كل الحالات فان الإقرار يفيد التزام المالك ، ويجعل شخصا من الغير طرفا في العلاقة العقدية القائمة[2] .

ثانيا – إقرار الأصيل لأعمال النائب عند تجاوز حدود النيابة :

لقد نص المشرع الجزائري على النيابة في التعاقد في المادة 73 من القانون المدني و التي تنص :" إذا تم العقد عن طريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضا، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة ، أو افتراض العلم بها حتما " .

---

[1]–عبد الرزاق أحمد السنهوري،نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام المرجع السابق ص 298 .

[2] – محمدي سليمان، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، المرجع السابق، ص 61 .

والنيابة في تعريف الفقهاء هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة صدرت منه هو[1] ، كما يمكن تعريفها أنها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني مع إضافة آثاره الى شخص الأصيل [2] .

وتقتضي وجود شخصين ينوب أحدهما ويسمى النائب عن الشخص الآخر ويسمى الأصيل في إبرام تصرف قانوني، وينشأ التصرف بإرادة النائب، و تنصرف آثار هذا التصرف إلى الأصيل ، فالشخص الذي يباشر عملية التعاقد لا يقوم بذلك لاسمه و لحسابه، وإنما يحل محل الأصيل فيتعاقد باسم الأصيل ولحسابه [3]وقد تكون النيابة إما قانونية ، أو قضائية أو اتفاقية وتسمى بالوكالة التي تطرق إليها المشرع في المادة 571 من القانون المدني بنصها :" الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه "

و في هذا الصدد نتولى تعريف الوكالة ، ثم تحديد مركز الأصيل عند تجاوز الوكيل حدود وكالته عند إقرار الأصيل لها .

I-تعريف الوكالة:

تعرف الوكالة أنها عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب شخص آخر يسمى الموكل، أو هي تصرف قانوني بمقتضاه يخول الموكل الوكيل سلطة القيام ببعض الأعمال أو التصرفات القانونية، و هي تتضمن من حيث المبدأ العام أو القاعدة العامة، إعطاء الوكيل سلطة التصرف لحساب الموكل وباسمه ، بحيث يكون الوكيل ممثلا للموكل [4] .

والوكالة إما أن تكون عامة، فتقرر للوكيل أن يقوم بإبرام ما شاء من تصرفات تتعلق بعقود الإدارة و مع من شاء من الغير لمصلحة الأصيل، وهو ما تطرقت إليه المادة 573 من القانون المدني الجزائري بنصها :" إن الوكالة الواردة بألفاظ عامة والتي لا تخصيص فيها

---

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق،ص 202 .

[2]–علي فيلالي،الالتزامات، النظرية العامة للعقد،موفم للنشر ،الطبعة الثالثة 2013، ص 144 .

[3]–علي فيلالي،الالتزامات، النظرية العامة للعقد،موفم للنشر ،الطبعة الثالثة 2013، نفس المرجع ص 145 .

[4]–محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن،الوكالة في التصرفات القانونية،دار الفكر و القانون ، طبعة 2013، ص 27 .

حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل ، لا تخول للوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية .

ويعتبر من العقود الإدارية، الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات و أعمال الحفظ و الصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون و جميع أعمال التصرف كبيع المحصول، و بيع البضاعة أو المنقولات التي يسرع إليها التلف و شراء ما يستلزم الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه و استغلاله " .

كما قد تكون الوكالة وكالة خاصة، وفقا لما تطرق إليه المشرع الجزائري في المادة 574 من القانون المدني الجزائري بنصها :" لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم و وجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء .

الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح و لو لم يعين هذا العمل على وجه التخصيص، إلا إذا كان العمل من التبرعات.

الوكالة الخاصة لا تخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري ."

وعليه فانها وفقا لمفهوم هذه المادة لا تخول للوكيل إلا المقدرة على مباشرة الأمور المحددة في عقد الوكالة .

وترتب الوكالة آثارا لأطراف العقد، فترتب في ذمة الوكيل التزاما بتنفيذ الوكالة وبذل العناية اللازمة لذلك، وبالنسبة للأصيل فانه ملزم بدفع أجر الوكيل لاسيما إذا كانت الوكالة بمقابل، كما يلزم برد نفقات تنفيذ الوكالة وتعويض الضرر الذي يلحق الوكيل بسبب تنفيذ الوكالة [1].

وتنتهي الوكالة إما بانتهاء العمل الموكل به أو لوفاة الوكيل أو عزله .

وكما سبق ذكره فان الوكيل ملتزم بأن لا يتجاوز حدود الوكالة، وأن يتقيد بها، غير أنه قد يحصل و يتجاوز الوكيل حدود وكالته و بالتالي نتساءل حول مركز المقر بعد إقراره في حالة تجاوز الوكيل حدود وكالته .

II –مركز المقر بالنسبة لتجاوز الوكيل حدود وكالته :

[1]–محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن،الوكالة في التصرفات القانونية ، المرجع السابق،ص 13 –14 .

إذا تجاوز الوكيل حدود الوكالة، لا يكون الوكيل في تعاقده مع الغير نائبا عن الموكل، ومن ثم لا ينصرف إلى الموكل آثار التعاقد الذي أبرمه الوكيل ويظل من الغير بالنسبة لهذا التصرف

ويستثنى من ذلك حالة واحدة و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 575 من القانون المدني :" الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز الحدود المرسومة.

لكن يسوغ له أن يتجاوز حدود الحدود إذا تعذر عليه إخطار الموكل سلفا و كانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف و على الوكيل في هذه الحالة أن يخبر الموكل حالا بتجاوزه حدود الوكالة ".

و يفهم من نص هذه المادة أنه يمكن للوكيل تجاوز حدود وكالته وتعتبر الأعمال التي اتخذها نافذة في حق الموكل بتوافر شرطين :

-أنه على الرغم من تجاوز الوكيل حدود وكالته، إلا أن الظروف المستجدة أو التي طرأت فجأة، يفترض معها أن الموكل كان سيوافق على تصرف الوكيل لأنه في مصلحته، أي يحقق له فوائد كبيرة أو عالية، أو ميزات كثيرة .

-أنه كان من المستحيل على الوكيل أن يخطر الموكل سلفا بخروجه عن الحدود المرسومة للوكالة، ولو تأخر في عقد الصفقة لضاعت عليه، فأقدم على عقدها قبل هذا الإخطار و تجدر الملاحظة أن هذين الشرطين يخضعان لتقدير قضاة الموضوع من حيث وجودهما من عدمه، و في هذه الحالة فانها تعتبر نيابة قانونية أقامها القانون على أساس إرادة مفترضة من جانب الموكل ، فقد دلت الظروف على أن الوكيل ما كان إلا ليوافق على الأعمال التي اتخذها الموكل [1].

وفي غير هذه الحالة فانه إذا تجاوز الوكيل حدود الوكالة فلا ينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل، وتقوم المسؤولية العقدية لهذا الأخير في مواجهة الأصيل [2]، ويستوي في ذلك أن يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل، عالما أن الوكيل تجاوز حدود وكالته أم لا ، غير أنه يمكن أن تسري الوكالة في حق الأصيل و ذلك بإقرار الأصيل لتجاوز الوكيل حدود وكالته، وله الخيار في أن يقره أم لا، ولا يشترط في الإقرار شكل معين فيمكن أن يكون

---

[1]- محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن،الوكالة في التصرفات القانونية، المرجع السابق،ص 164 .

[2]- فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر معهد الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون سنة 1992 ،ص 223 .

صريحا أو ضمنيا يستخلص من تنفيذ الأصيل للالتزامات الناتجة عن العقد المبرم بين الوكيل والغير متجاوزا حدود الوكالة ويسري الإقرار من تاريخ إبرام الوكيل العقد مع الغير و ليس من تاريخ إقراره [1].

وفي هذه الحالة فان إقرار الأصيل يريد به إضافة أثر التصرف إلى نفسه، ويصير ملتزما بما عقده الوكيل في عقد الوكالة، ويصبح طرفا في العقد بإرادته بعدما كان من الغير بالنسبة لما ورد فيه.

الفرع الثاني : التعهد عن الغير

تنص المادة 114 ق.م.ج " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض أن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما التزم له، أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد."

تناول المشرع الجزائري التعهد عن الغير دون تعريفه [2]، و يعرف التعهد عن الغير في الفقه أنه اتفاق يتعهد فيه أحد طرفيه بأن يجعل شخصا من الغير قبل الطرف الآخر[3].

و يعتبر التعهد عن الغير خروجا عن المبدأ العام فالأصل في التصرف أن ينصرف إلى من قام به، فالشخص يلتزم بإرادته دون أن يلزم غيره[4]، فآثار العقد لا يمتد إلى غير المتعاقدين إعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين[5]، ولما له من قوة ملزمة، فالحقوق و الالتزامات المترتبة عن العقد تقتصر على المتعاقدين دون سواهما، واستثناء على ذلك فإن أثر العقد يمتد إلى الغير، وهو ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 114 من القانون المدني واعتبره استثناء على مبدأ نسبية العقد، إلا أنه في حقيقة الأمر ما هو إلا تطبيق لهذا المبدأ وذلك لأنه معلق

---

[1]– محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن،الوكالة في التصرفات القانونية، المرجع السابق،ص 166 .

[2]–علي فيلالي،الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 443 .

[3]– فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد ،المرجع السابق، ص162 .

[4]–منصوري ليندة، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، ، المرجع السابق، ص 58 .

[5] –المادة 106 ق.م.ج و التي تنص : " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله الا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون "

على موافقة الغير[1]، لأن المتعهد لا يقصد من التعهد إلزام الغير به، وإنما يحمل فقط الغير على التعاقد مع المتعهد له[2].

فالمتعهد يلتزم في مواجهة الطرف الآخر أن يحمل الغير على التعاقد، على أن للغير مطلق الحرية في أن يلتزم أو لا يلتزم، فهو عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه على الحصول على إقرار الغير للعقد، لحسابه دون أن يكون نائبا عنه.

وعليه، فإن التعهد هو عقد يتم بين شخصين، يلتزم من خلالهما أحدهما أن يجعل شخصا ثالثا أجنبي عن هذا العقد يلتزم بالتزام معين في مواجهة المتعاقد معه، فنظام التعهد يستوجب وجود 03 أشخاص هم المتعهد، المتعهد له و المتعهد عنه، فالمتعهد هو الذي يتعهد أن يجعل الغير المتعهد عنه بأن يلتزم في مواجهة المتعاقد الثاني المتعهد له .

وتظهر أهمية نظام التعهد في الحياة العملية حين يتعذر على الشخص الحصول على موافقة صاحب الشأن في إبرام تصرف معين لحسابه لأي سبب كان، وهذا ما يدفعه إلى إبرام عقد التعهد عن الغير.

ورغم أن التعهد نادر في الحياة العملية، ذكر الفقهاء بعض التطبيقات على التعهد عن الغير، مثلا كشركاء في الشيوع يتصرفون في الشيء الشائع و كان أحدهم غير حاضر وقت إبرام العقد، ولا يمكنهم انتظاره خوفا من ضياع الصفقة، فيتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد عن أنفسهم و ملزمين عن غيرهم ممن لا يستطيع التعاقد لسبب من الأسباب، أو كان أحد الشركاء قاصرا، ويريدون تجنب الإجراءات المتعلقة بالولاية على المال، فيتعاقد الشركاء عن أنفسهم والتعهد على حمل شريكهم القاصر أن يقبل التعاقد بعد بلوغه سن الرشد.[3].

وكذلك الأمر بالنسبة للوكيل، فيما يجاوز حدود و كالته، ويكون له فرصة إبرام عقد فيه نفع لموكله، فله أن يتعهد على الموكل للمتعاقد معه بالحصول على رضاء موكله لإبرام العقد[4].

و سنتطرق فيما يلي إلى طبيعة التعهد عن الغير، ثم شروطه ، و أخيرا نتناول أحكامه .

---

[1]–فريدة زواوي، مبدأ نسبة العقد، المرجع السابق ،ص 161 .

[2]–منصوري ليندة، " القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ، ص 54 .

[3] منصوري ليندة مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون خاص معمق " القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ص 54.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،المرجع السابق،ص616 .

أولا- طبيعة التعهد عن الغير:

هناك من يرى أن نظام التعهد يقوم على عقدين الأول بين المتعهد و المتعاقد معه، و الثاني بين المتعاقد معه و الغير، وأنه في حالة قبول المتعهد عنه للتعهد ينشأ عقد جديد بين المتعاقد و الغير، الإيجاب فيه هو العقد المبرم بين المتعهد ومن تعاقد معه المتعهد له و القبول إقرار الغير للتعهد، وأن العقد الجديد يختلف عن العقد المبرم بين المتعهد والمتعاقد معه من حيث أطرافه، من حيث محل الالتزامات ومن حيث تاريخ العقد خلافا لمن يأخذ بنظرية العقدين التي تعتبر أن التعهد عن الغير عبارة عن عقد واحد كما سار في ذلك المشرع الفرنسي، ونتطرق لتوضيح نظرية العقدين بتحديد أطرافها ومحل الالتزامات فيهما باعتبار أن المشرع الجزائري قد أخذ بها في نص المادة 114 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري [1] .

I- من حيث أطرافه:

فطرفا العقد الأول هما المتعهد عن الغير، والمتعاقد معه المتعهد له.

أما طرفا العقد الثاني، فهما المتعهد له المتعاقد معه، و المتعهد عنه الغير.

II- من حيث محل الالتزامات:

إن محل الالتزام في العقد الأول المبرم بين المتعهد و المتعهد له هو التزامه بحمل الغير على التعاقد مع المتعهد له، ويتحقق التزامه بمجرد قبول الغير لهذا التعهد، وهذا القبول إما أن يكون صريحا أو ضمنيا كأن يقوم الغير بتنفيذ التعهد[2]، حتى وإن لم يقم هذا الغير بالتنفيذ في وقت لاحق، كون المتعهد ليس ضامنا لتنفيذ التعهد إلا إذا وجد نص صريح بذلك.

أما بالنسبة للعقد الثاني فمحل التزامه، فيكون إما إعطاء شيء أو القيام بعمل ،أو عدم القيام بعمل، حسب الغرض الذي أراده المتعهد و المتعهد له عند إبرامه للتعهد عن الغير، فقبول المتعهد عنه واجب .

III- من حيث تاريخ العقد:

طبقا للقواعد العامة يبرم العقد بمجرد تطابق الإرادتين من إيجاب وقبول، فينعقد العقد، والتعهد عن الغير كأي عقد آخر ينعقد بمجرد تطابق الإرادتين، والغير يعد أجنبيا عن العقد

---

[1]-المادة 114 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية :" أما اذا قبل الغير هذا التعهد، فان قبوله لا ينتج أثرا الا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة او ضمنا أن يمتد أثر هذا القبول الى الوقت الذي صدر فيه التعهد ".

[2]الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،المرجع السابق، ص 621 .

وله مطلق الحرية في القبول أو الرفض، فالعقد الأول ينعقد بمجرد توافق الإرادتين بين المتعهد و المتعهد له، أما بالنسبة للعقد الثاني فينعقد وقت قبول الغير بأن يلتزم بالتعهد .

كما يرى البعض الآخر أن التعهد عن الغير، هو عقد واحد مبرم بين المتعهد و المتعهد له، محله أن يلتزم المتعاقد باسم الغير، فيظهر المتعهد بمظهر متولي شؤون الغير وعند قبول هذا الغير يكون بمثابة إقرار يحدث آثاره من تاريخ إبرام العقد ،وهو ما سار عليه المشرع الفرنسي في المادة 1121 من القانون المدني الفرنسي[1]، الذي تعمد استعمال مصطلح إقرار بدلا من قبول، وهو بذلك يأخذ بنظرية العقد الواحد التي تقرب التعهد عن الغير من أحكام من نظرية النيابة في التعاقد .[2]

ثانيا- شروط التعهد عن الغير:

يشترط القانون المدني الجزائري لصحة التعهد عن الغير ثلاثة شروط، تتمثل في تعاقد المتعهد باسمه أولا، قصد إلزام نفسه ثانيا، وحمل الغير على التعاقد مع المتعهد له ثالثا.

ا- أن يتعاقد المتعهد عن الغير باسمه الشخصي:

فعلى المتعاقد أن يتعاقد باسمه هو، وليس باسم الغير الذي تعهد عنه الذي يبقى أجنبيا عن العقد، وهنا يظهر الفرق بين المتعهد عن الغير وكل من الوكيل والفضولي، فالوكيل يتعاقد باسم و لحساب الموكل[3] والفضولي يعمل باسم ولحساب ولمصلحة رب العمل[4]،

---

[1] – Code civil français, promulgué le 21-03-1804 par Napoléon Bonaoarte, Jean louis Halpérin , le code civil, Dalloz, 2e édition ,2003

[2] منصوري ليندة، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ص 57 .

[3] المادة 73 من القانون المدني الجزائري التي تنص :" اذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضا، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما . غير أنه اذا كان النائب وكيلا و يتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها . و المادة 571 من القانون المدني الجزائري التي تنص :"الوكالة أو الانابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل أو باسمه ".

[4] المادة 150 من القانون المدني الجزائري و التي تنص :"الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ".

فالمتعهد يتعاقد باسمه هو وينصرف أثر العقد إلى الغير[1]، فالعلاقة بين المتعهد و المتعاقد معه هي علاقة عقدية يترتب على عدم الوفاء بالالتزام قيام المسؤولية العقدية.

II-أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه:

يجب كذلك أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه لا إلزام الغير الذي تعهد عنه، فإذا اتجهت إرادته إلى إلزام غيره يجعل العقد باطلا لاستحالة المحل، إذ لا يمكن لشخص أن يلزم بإرادته شخصا آخر بمقتضى عقد لم يشارك فيه، وإقرار الغير هو الذي يولد إلتزاما قبل الغير ليس تعاقد المتعهد [2].

وفي هذا يظهر الاختلاف بين التعهد عن الغير و الاشتراط لمصلحة الغير الذي تنصرف فيه نية المتعاقد المشترط إلى إكساب الغير حقا مباشرا من نفس العقد الذي أبرمه المشترط مع التعهد.

III-أن يكون موضوع التعهد حمل الغير على قبول التزام معين

يجب أن يكون محل التزام المتعهد هو الحصول على موافقة المتعهد عنه، وهو التزام بتحقيق نتيجة لا التزام ببذل عناية، ويتوقف التزامه عند قبول المتعهد عنه الالتزام فإذا تراخى الغير المتعهد عنه، عن التنفيذ فلا تقوم مسؤولية المتعهد مادام موضوع التزامه هو حمل

[1] المادة 114 من القانون المدني الجزائري التي تنص :" إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض أن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما التزم له.

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

[2]-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،المرجع السابق، ص 619 .

الغير على التعاقد، وهذا ما يميز المتعهد عن الكفيل ، فالكفيل يكفل تنفيذ المدني للالتزام[1]، أما المتعهد فالتزامه يكون بضمان إبرام العقد لا تنفيذه[2].

وقال بعض الفقه في هذا الاتجاه أن التزام المتعهد هو التزم بالضمان ويعتبر المتعهد مخلا بالتزامه في حال رفض المتعهد عنه التعاقد حتى لو أثبت قيامه بجميع ما في وسعه لحمل المتعهد عنه للتعاقد، فللمتعهد التزام بعمل شيء و بخلاف ذلك يتحمل تبعة قبول الغير للتعهد ، وفي حالة قبول المتعهد عنه للتعاقد يكون المتعهد قد وفى بالتزامه.

ثالثا: آثار التعهد عن الغير

التعهد لا يلزم إلا المتعهد وللغير مطلق الحرية في قبول التعاقد أو رفضه، لأنه أجنبي عن عقد التعهد، وهذا هو أساس اعتبار التعهد تطبيقا لقاعدة نسبية أثر العقد، و يعتبر التعهد إيجابا معروضا للغير ولهذا الأخير حرية مطلقة في قبوله أو رفضه لأن أثر العقد الذي يتضمن التعهد لا ينصرف إليه، و لا يمكن أن ينشئ إلتزاما في ذمته.

وفيما يلي سيتم توضيح آثار التعهد عن الغير في حالة قبول التعهد وحالة رفضه كالتالي :

1- قبول الغير للتعهد:

يكون قبول الغير المتعهد عنه إما صراحة أو ضمنا، ويكون قبوله ضمنيا إذا قام المتعهد عنه بتنفيذ التعهد ولا يشترط شكل معين في القانون للقبول إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، و يشترط توافر الأهلية في المتعهد عنه حسب نوعية التصرف [3]، غير أنه إذا كان موضوع التعهد هو ارتباط الغير بعقد يتطلب الرسمية فينبغي أن يتم القبول في الشكل الذي يتطلبه القانون.

---

[1] المادة 644 من القانون المدني الجزائري و التي تنص :"إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصا موسرا و مقيما بالجزائر،

و له أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا".

المادة 114 من القانون المدني الجزائري التي تنص :" إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض أن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما التزم له.

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

[3]- الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،المرجع السابق،ص 621

و بإقرار المتعهد عنه للتعهد يقوم عقد جديد بينه وبين المتعاقد مع المتعهد ابتداء من تاريخ الإقرار، إلا إذا قبل الغير بأن يكون الإنعقاد بأثر رجعي[1] أي أن الأثر الرجعي معلق على ارادة الغير [2]، إلا أن هذا القبول بأثر رجعي في هذه الحالة لا يسري على الغير الذين كسبوا حقا قبل القبول وبحسن نية. فيترتب عن قبول التعهد إبرام عقد جديد بين من تعاقد مع المتعهد والغير، الإيجاب فيه هو العقد المبرم بين المتعهد ومن تعاقد معه، و القبول إقرار الغير للتعهد ويختلف العقد الجديد عن العقد المبرم بين المتعهد وبين من تعاقد معه من حيث أطرافه ومن حيث الإلتزامات التي ينشئها ومن حيث تاريخه كما سبق وأن ذكرنا، فالعقد الجديد ينعقد في وقت صدور القانون من الغير وعلم الطرف الآخر به، إلا إذا قصد ذلك الغير صراحة أو ضمنا فإذا قبل المتعهد عنه التعهد يكون المتعهد قد وفى بالتزامه، فتبرأ ذمته بمجرد القبول ولا يكفل تنفيذ المتعهد عنه الغير للالتزام كما هو الحال في الكفالة كما سبق توضيحه غير أنه في حالة قبول المتعهد للتعهد وقيامه بالالتزامات الناتجة عنه فان الغير هنا يتأثر بعقد ويتولى تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه رغم أنه لم يشارك فيه .

II-رفض الغير للتعهد:

يحق للمتعهد رفض التعهد فهو غير ملزم بقبوله، ولا يتحمل أي مسؤولية على ذلك، فللغير مطلق الحرية في إقرار التعهد من عدمه، و لا يترتب على رفضه أي مسؤولية ولا حتى على أساس التعسف في استعمال الحق، فإذا رفض المتعهد عنه التعهد ظل أجنبيا عن العقد دون أن يتحمل أي مسؤولية، ذلك أن الوعد لا يلزم إلا الواعد نفسه فليس في القانون ما يلزم الغير بالقبول، فالعقد لا يرتب شيئا في ذمة الغير إلا برضاه، فلا يلتزم الغير بالتعهد، فلا يجوز إلزامه قانونا أو أن يضار به إلا إذا قبل هو ذلك.

إلا أن رفض الغير التعاقد معناه أن المتعهد قد أخل بالتزامه القائم، و من ثم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، كما يمكن للمتعهد أن يتخلص من التعويض بأن يقوم بتنفيذ الالتزام الذي تعهد أن الغير سيلتزم به [3].

---

[1] المادة 114 من القانون المدني الجزائري و التي تنص : أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد."

[2]– منصوري ليندة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون خاص معمق " القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ص 65 .

[3]–عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،المرجع السابق،ص 628 .

و مقتضى ذلك أنه إذا تعهد شخص بأن يلتزم الغير بأمر معين، ورفض الغير الالتزام به وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه المتعهد له عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذه للالتزام، أو أن يقوم بالتنفيذ إذا كان ممكنا، وكان غير متعلق بشخص المتعهد عنه كالرسام والطبيب والمحامي في القيام بأعمالهم لابراء ذمته من التعويض، دون إلحاق الضرر بالدائن، و يستوي أن يكون ذلك متعلقا بالتزام بنقل حق عيني أو عمل أو امتناع عن عمل.

وأساس المسؤولية التي يتحملها المتعهد تجاه من تعاقد معه هي المسؤولية العقدية و فق القواعد العامة[1].

و لا يمكن للمتعهد دفع المسؤولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي يحول دون تنفيذه لالتزامه[2]، و بمجرد رفض الغير التعهد تقوم مسؤولية المتعهد ، ولا يجوز إجبار المتعهد بالتنفيذ لأن التزامه الأصلي هو دفع التعويض، غير أنه يجوز له أن يقوم بتنفيذ الالتزام إذا كانت طبيعة الالتزام لا يتعذر معها التنفيذ.

وفي حالة قيام المتعهد بتنفيذ الالتزام بنفسه مادام ذلك ممكنا ولا يتصل بشخص الغير، فيكون التزام المتعهد في هذه الحالة التزاما بدليا لا يشمل محله شيئا واحدا وتبرأ معه ذمة المتعهد إذا أدى بدلا منه شيئا آخر[3].

---

[1]–المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص :" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ".

[2] –عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،المرجع السابق،ص 624 .

[3]–عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،نفس المرجع ،ص 625 .

المبحث الثاني : تدخل الغير في العقد بصفته من الغير

هناك بعض الحالات يتم تنفيذ العقد فيها بواسطة الغير، غير أنه لا يكتسب صفة الطرف و يبقى دوما أجنبيا عن العقد رغم إسهامه في تنفيذه، و يكون الغير في تدخله في التنفيذ إما غير ملزما بالتدخل في التنفيذ، وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الأول، وإما ملزما بالتدخل في التنفيذ، وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني .

المطلب الأول : غير المتعاقد غير ملزم بالتدخل في تنفيذ العقد :

تطرق المشرع الجزائري في المادة 258 من القانون المدني الجزائري أنه: " يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص له مصلحة في الوفاء وذلك مع مراعاة ما جاء في المادة 170 من القانون المدني .

كما يصح الوفاء مع التحفظ السابق ممن ليس له مصلحة في الوفاء و لو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته، غير أنه يجوز للدائن رفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك أو أبلغ الدائن بهذا الاعتراض"، وهو نفس الحكم الذي اتخذه المشرع الفرنسي و ذلك في نص المادة 1236 من القانون المدني الفرنسي و الذي يقابل نص المادة 258 السابقة الذكر .

كما أضاف المشرع الجزائري في المادة 259 من القانون المدني: " إذا قام الغير بوفاء الدين كان له الرجوع على المدين بقدر ما دفع".

الملاحظ على هذين النصين أنهما يفيدان الاستثناء على قاعدة تنفيذ العقد من قبل أطرافه، إذ أجاز صراحة تدخل الغير في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وجعله سببا من أسباب انقضاء الالتزام بالوفاء بواسطة الغير، فالغير يعتبر بمثابة منفذ للالتزام كالمدين نفسه، غير أنه ينبغي التمييز بين الوفاء من الغير والوفاء بناء على غلط، وهو ما سوف نتناوله من خلال الفرعيين التاليين:

رغم أن الغير غير ملزم بتنفيذ العقد وبالوفاء بالتزامات المدين إلا أنه يعتبر أسلوبا من الأساليب العامة للوفاء بالالتزام وفقا للقانون.

أولا- مضمون الوفاء من قبل الغير :

بالرجوع إلى نص المادة 258 من القانون المدني نجدها وضعت مبدأ يقتضي حرية تدخل الغير في تنفيذ عقد لم يكن طرفا فيه سواء كانت له مصلحة في الوفاء أو لم تكن له مصلحة، وليس للدائن أو المدين الاعتراض على الوفاء فالغير له تجاوز رفض المدين وأن يقوم بالسداد دون علمه أو رغما عنه، وتبرير ذلك يكمن في أن المدين الذي لا يحترم التزامه لا يكون له الحق في الاعتراض على الوفاء من الغير، كما أنه يفترض عدم اعتراض الدائن على الوفاء من الغير باعتباره سيحصل على دينه دون اللجوء إلى المطالبة القضائية وتكبد مشقة بذل الوقت والجهد و المال.

وانطلاقا من نص المادة السالفة الذكر نجدها ميزت بين الغير الذي له مصلحة في التنفيذ وأقرت بصحة وفائه، و هنا الغير تكون له مصلحة شخصية كأن يكون حائز للعقار المرهون فيقوم بالوفاء لمنع التنفيذ على العقار، وفي هذه الحالة رغم أنه ليس ملزما شخصيا تجاه الدائن فإنه بطريقة ما يلتزم فعليا بالدين، كما أقرت بصحة الوفاء عن الغير الذي ليست له مصلحة شخصية في التنفيذ، ففي هذه الحالة فإنه لا تكون له أي مصلحة في الوفاء وهو غير معني تماما بالدين إلا أنه يقوم بذلك بناء على إرادة حرة إما رغبة بالتبرع للمدين أو أنه فضولي.

كما تضمن نص المادة استثناء و هو جواز رفض تدخل الغير في التنفيذ من قبل الدائن وذلك عند اعتراض المدين للدائن على وفاء الغير المتبرع ، ففي هذه الحالة إذا أبدى الغير المتبرع رغبة في الوفاء بالدين رغم عدم وجود أي مصلحة له فإنه يجوز للمدين الاعتراض على الوفاء وإبلاغ الدائن به، وفي هذه الحالة للدائن مطلق الحرية في الاختيار بين قبول

الوفاء من الغير أو قبول اعتراض المدين على الوفاء، وينبغي التوضيح أنه في هذه الحالة تدخل الغير في التنفيذ يقوم على موافقة الأطراف، لذا ينبغي التمييز بين الموافقة التي تمت أثناء إبرام العقد، و الموافقة التي تمت بناء على اتفاق لاحق :

1- إذا اتجهت إرادة الأطراف منذ البداية إلى اشتراط الوفاء من قبل الغير، فهو يخضع إلى القوة الملزمة للعقد، و يحتج به على الغير الذي لا يمكن له تجاهله.

2- إذا كان الاعتراض تم أثناء فترة التنفيذ، فينبغي عدم الأخذ به إلا عند تقديم مبرر مقنع بوجود مصلحة مشروعة لأي منهما في رفض الوفاء من قبل الغير، لتجنب حصول تواطؤ بين الدائن و المدين لإهدار مصلحة مشروعة للغير .

كما أن للدائن الاعتراض على الوفاء إذا كانت له مصلحة في التنفيذ الشخصي من قبل المدين، أي أن جواز تدخل الغير في التنفيذ يتوقف على شرط الاتفاق، أو طبيعة الدين كما لو كانت شخصية المدين محل اعتبار لكفاءة فنية أو لصفة خاصة فيه، مثلا في حالة اتفاق مريض مع طبيب معين لإجراء عملية جراحية دقيقة له، فإنه يحق للدائن المريض أن يرفض قيام طبيب آخر بإجراء تلك العملية بدلا من الطبيب المتعاقد معه.

ثانيا :الآثار المترتبة على الوفاء من الغير

إذا قام الغير بالوفاء عن المدين فإننا في هذه الحالة نتصور أمرين:

أولا: إذا قام الغير بالوفاء و لم يقصد التبرع فله حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه بدعوى شخصية وفقا لقواعد الفضالة أو الإثراء بلا سبب، أو دعوى الوكالة إذا أقر المدين بعد ذلك هذا الوفاء، و يترتب على هذا الوفاء حلول الغير محل الدائن في كافة حقوقه ويمكن له الرجوع على المدين بما وفاه .

ثانيا: إذا قام الغير بالوفاء مع اعتراض المدين فهنا الوفاء يبرئ ذمة المدين، ولا يمكن للغير الرجوع على المدين بدعوى الفضالة، وإنما يمكن له الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب، كما

يمكن له أن يمنع رجوع الغير عليه بكل ما وفاه أو بجزء منه إذا أثبت أن له مصلحة في الاعتراض[1]، كما هو الشأن في المقاصة القضائية، أو امتناع المدين عن الوفاء لإلزام الدائن لتنفيذ التزام عليه مرتبط بالتزام المدين .

الفرع الثاني : الوفاء بناء على غلط :

بالرجوع إلى نص المادة 258 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، فإن تدخل الغير في التنفيذ يقصد به إحداث آثار في الذمة المالية للمدين بإبراء ذمته في مواجهة دائنه، أي أن يقوم بناء على إرادة واضحة من الغير لإنهاء دين المدين، غير أنه قد يكون تدخل الغير بناء على غلط فيبرئ ذمة المدين ويوفي بالدين ظانا أنه يبرئ ذمة هذا الأخير من دين خاص به ، وهو ما يقع تحت عنوان دفع غير المستحق .

أولا: مضمون دفع غير المستحق:

نصت المادة 143 من القانون المدني الجزائري: "كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده .

غير أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على هذا الوفاء ."

ما يفيد أن دفع غير المستحق هو دفع دين ليس واجبا على الموفي به، إما لأن الدين غير موجود أصلا في ذمته أو لأن هذا الدين كان مستحق وقت الوفاء به و أصبح غير مستحقا بعد الوفاء به، و يشترط في دفع غير المستحق أن يتم الوفاء بدين غير مستحق و أن يكون الموفي قد وقع في غلط.

ثانيا:حالات دفع غير المستحق المرتبطة بتدخل الغير في تنفيذ العقد

[1]–ابالیدن خوخة – لعريبي سهيلة، انقضاء الالتزام بالوفاء على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق،شعبة القانون الخاص،جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2013/2012، ص 43 .

هناك حالتان من حالات دفع غير المستحق المرتبطة بتدخل الغير في التنفيذ ، إما أن يتم الوفاء من الغير الدائن أو الوفاء من المدين إلى شخص غير الدائن الحقيقي:

I-الوفاء من الغير إلى الدائن:

تقوم في حالة أن الدين الموفى به ثابت في ذمة الدائن غير أن الموفي شخص غير المدين الحقيقي، ويرجع عدم الاستحقاق هنا إلى الموفي و ليس الدائن، ولا يمكن القول أنه تلقى ما هو غير مستحق، لأنه مستحق له لكن الوفاء تم بناء على غلط من شخص غير المدين الأصلي بالدين، فإذا قام الغير بدفع دين غيره ظانا أنه يدفع دينه فوفاؤه باطل لانعدام سببه، وأمثلته كثيرة كأن ينفذ وارث وصية ثم يتضح أن الموصي عدل عنها قبل وفاته، أو أن يكون دينه مستحق إلا أنه انقضى قبل الوفاء به .

وفي هذه الحالة إذا وفى الغير، وكان يعتقد أنه يوفي دينه فله الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب ذلك لوقوعه في غلط، و له استرداد ما دفع ممن دفع له، غير أنه يجوز لمن قبض غير المستحق بحسن نية رفض رد ما تلقاه من وفاء متى تجرد من سند الدين أو الضمانات التي تكفل دينه أو ترك دعواه تسقط بالتقادم طبقا للمادة 146 من القانون المدني الجزائري التي تنص على : "لا محل لاسترداد غير المستحق اذا حصل الوفاء من غير المدين و ترتب عليه أن الدائن، وهو حسن نية، قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه تسقط بالتقادم قبل المدين الحقيقي ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء ".

ولا يمكن له الرجوع في هذه الحالة على من وفى له أي الدائن الحقيقي، غير أنه له الرجوع على المدين الحقيقي بتعويض إذا أثبت أنه وفى بناء على غلط.

II-الوفاء من المدين إلى الغير:

مفادها أن يتم الوفاء من المدين الحقيقي إلى شخص غير الدائن فليس هو من تعاقد معه، لذلك ليست له أي صفة في قبض الدين ويعتبر من الغير، ويعتبر هذا الوفاء غير مستحق. ومن أمثلتها من قام بدفع مبلغ الدين إلى من ادعى الوكالة عن الدائن .

وفي هذه الحالة إذا تم الوفاء للغير، يحق للموفي استرداد ما وفاه دون وجه حق ولا يمكن الاعتداد بهذا الوفاء في مواجهة الدائن الحقيقي، ولا يبرئ ذمة المدين إلا إذا أقره الدائن الحقيقي أو عادت عليه منفعة من هذا الوفاء كأن يكون مدينا لمن وفى له المدين، فتتحقق له منفعة ببراءته من الدين الذي في ذمة دائنه للغير الذي تلقى غير المستحق، و لما كان الموفى له ليس طرفا في العلاقة التي تربط الموفي و الدائن الحقيقي ، فيمكن للدائن الحقيقي استعمال الدعوى غير المباشرة لاسترداد ما دفعه مدينه للغير الموفى له .

المطلب الثاني : غير المتعاقد ملزم بالتدخل في تنفيذ العقد :

تنص المادة 261 من القانون المدني الجزائري أنه: "إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال التالية:

-إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفي حق الحلول" و يقابلها في ذلك نص المادة 326 من القانون المدني المصري على أنه: "إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال التالية: إذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه" وهو النص الذي يوضح بصفة أدق تدخل الغير في التنفيذ مع احتفاظه بصفة الغير، وأن يكون ملزما بهذا التنفيذ، غير أن هذا الإلزام ينشأ غالبا من عقد آخر يتم إبرامه لمصلحة التنفيذ فالغير يتدخل هنا في علاقة التزام تربطه بين الدائن أو المدين، دون أن يخضع للقوة الملزمة للعقد الذي لم يشارك في إبرامه[1]، فقد يلتزم بالتنفيذ عندما يلتزم بضمان التنفيذ وهو ما سنتناوله في الفرع الأول، أو يتدخل كمتعاون أو مساهم نهائي في التنفيذ وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني .

[1]-أحمد بن علي بن الحميدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، المرجع السابق، ص 435 .

قد يعجز المدين عن التسديد لإفلاس أو إعسار، و تفاديا لذلك قد يلجأ الدائن إلى تأمين نفسه بتضمين العقد المبرم شرطا يقضي بالتضامن أو الكفالة الشخصية في حال إخلال المدين بالتزامه فيلتزم الغير في هذه الحالة بالوفاء عنه وفقا لصورتين :

أولا: المدين المتضامن:

نتناول في هذا المقام مضمون التضامن و الآثار المترتبة على التضامن السلبي :

1-مضمون التضامن :

نصت المادة 217 من القانون المدني: "التضامن بين الدائنين لا يفترض و إنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون".

من خلال نص المادة يتبين أن التضامن الاتفاقي يجعل من الضامن طرفا في العقد مع احتفاظه بصفة الغير، لاسيما في مجال التضامن السلبي، فالأصل أن الالتزام ينشأ بين شخصين دائن ومدين، أما التضامن فهو وصف يرد على أطراف الالتزام عند تعددهم، من طرف المدين الذي يسمى بتضامن المدينين[1]، فغرض التضامن السلبي هو حصول الدائن على حقه دون تعرضه لخطر إعسار أحد المدينين، ويقوم التضامن السلبي بين المدينين إذا وجد عدد من المدينين ملتزمين بالوفاء بدين واحد، و يكون كل مدين منهم مسئولا عن الوفاء بالدين كله في مواجهة الدائن إذ هو مقرر لمصلحة هذا الأخير، و يعد خروجا عن مبدأ نسبية أثر العقد، غير أنه يجد تبريره بالعلاقة التي تربط المدين بالغير[2]، و يكون التضامن مقررا إما اتفاقا أو قانونا، وإلا لا يقوم التضامن، والمشرع في التضامن السلبي ينظر إلى المصلحة

[1]-مادوي تاكفاريناس-اسقونن زاهية، تضامن المدينين في المسؤولية المدنية،مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق،تخصص القانون الشامل،جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2017/2016 ص 25 .

[2]-أحمد بن علي بن الحميدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، المرجع السابق، ص 440 .

المشتركة التي تربط بين المدينين المتضامنين فتقيم بينهما تضامنا سلبيا، ويكون لأي طرف أن يبرم بمفرده العقود وأن كل التزام ينشأ عن هذه العقود يلتزم به الطرف الآخر، وهنا نكون أمام مدينين متضامنين، المدين الأساسي و المدين المتضامن الذي لم يبرم العقد، فيضمن الدائن التنفيذ حتى من الغير الذي لم يبرم العقد.

ثانيا :الآثار المترتبة على التضامن السلبي

إن العلاقات الناشئة بين المدينين المتضامنين والدائن سواء كان مصدرها القانون أو الاتفاق يخضع لمبادئ ثلاثة وهي: وحدة محل الدين، تعدد الروابط بين المدينين المتضامنين والدائن ، وأن تكون فيما ينفع لا فيما يضر، ويترتب على وفاء أحد المدينين المتضامنين آثار هي:

1-انقضاء الدين و براءة ذمة المدينين منه : تنص المادة 222 من القانون المدني الجزائري أنه: "إذا كان التضامن بين المدينين فإن وفاء أحدهم للدين يبرئ ذمة الباقين." .

وعليه إذا وفى أحد المدينين المتضامنين بكل الدين، أو قضى الدين بما يقوم مقام الوفاء عن طريق المقاصة أو اتحاد الذمة أو الإبراء أو التقادم، فإن هذا المدين تبرأ ذمته كما تبرأ ذمة سائر المدينين المتضامنين معا في مواجهة الدائن، ولا يستطيع الرجوع على أي منهم، إذ أن استفادة سائر المدينين المتضامنين من تصرف المدين المتضامن النافع مقرر بقوة القانون .

2-رجوع المدين الموفي على بقية المدينين المتضامنين: نصت المادة 234 من القانون المدني:" إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يرجع على أي من الباقين إلا بقدر حصته في الدين، ولو كان بدعوى الحلول على الدائن.

ويقسم الدين بالتساوي بين المدينين، ما لم يكن هناك اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

ويظهر من خلال هذه المادة، أن علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم تقوم على فكرة انقسام الدين، فإذا وفى أحد المدينين الدين فان رابطة التضامن تنقضي، ويعود الدين منقسما بين المدينين إلى حصص متساوية إذا لم تكن حصة كل مدين معينة في العقد أو لم يوجد نص في القانون يقضي بغير ذلك، وللمدين الموفي الرجوع على باقي المدينين المتضامنين معه إما بدعوى شخصية باعتباره نائبا عنهم في التضامن الاتفاقي أو بصفته فضولي في التضامن القانوني، أو بواسطة دعوى الحلول بحلوله محل الدائن في الرجوع بما يزيد عن حصته في الدين، و عند وفائه بحصته فإنه يكون قد وفى حصته من الدين باعتباره متعاقدا أصليا، ووفى بما يزيد عن ذلك نيابة عن المتضامنين معه، باعتباره متعاقدا ثانويا مع احتفاظه بصفة الغير[1].

ثانيا: الكفيل الشخصي :

تعد الكفالة عقد بمثابة التزام شخصي يلتزم فيه الغير أن يفي للدائن التزام المتعاقد معه في حالة عجز المدين عن الوفاء، فالكفالة اذا هي عقد بين الدائن و الكفيل، غير أن المدين الأصلي ليس طرفا فيه بل يظل أجنبيا عنه[2] وعليه فهو أحد الأساليب التي يتدخل بها الغير في تنفيذ العقد الأصلي، وتبعا لذلك يجب تحديد مركز الكفيل الشخصي و الآثار المترتبة على الكفالة الشخصية :

1-مركز الكفيل الشخصي :

تقيدنا في دراستنا بالكفالة الشخصية لأن الكفيل الشخصي، خلافا للكفالة العينية يضم ذمته إلى ذمة المدين، و يصبح بذلك للدائن حق الضمان العام على أموال مدينه، و أموال

[1]- أحمد بن علي بن الحميدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، المرجع السابق، ص447 .

[2] -Dominique le geais , **Le Cautionnement,** Economica, paris, 1995, p. 10.

الكفيل [1]فقد نصت المادة 644 من القانون المدني الجزائري :" الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

ومفاد هذا النص أن الكفيل يلتزم شخصيا بوفاء الدين عند حلول أجله، فالتزامه التزام تابع للالتزام المكفول، وليس التزاما أصليا، فلو كان التزامه أصليا لما كان كفيلا بل مدينا أصليا، ولو أن المشرع قد حدد مركز الكفيل باعتباره ملتزما بالتزام المدين الأصلي، إلا أنه لم يحدد العلاقة التي يقيمها عقد الكفالة بين الغير الكفيل والتزام المدين في مواجهة الدائن فهناك من كيفها بمثابة انضمام لالتزام المدين فيصبح مدين الدائن، ويندمج التزامه مع التزام المدين، وهناك من يراه أنه مصدر لالتزام جديد مصدره عقد الكفالة الذي يعتبر مستقلا عن الالتزام الأصلي، وإن كان موضوع التزام المدين الأصلي هو موضوع التزام الكفيل ولا يقوم التزامه إلا إذا وجد التزام المدين الأصلي، والتزام الكفيل رغم أنه ليس طرفا في العلاقة الأصلية فهو التزام بذات الدين الذي في ذمة المدين الأصلي.

وهناك جانب من الفقه يرى أن التزام الكفيل يعطي ميلادا جديدا لالتزام جديد بين المدين والأصيل، في حين يرى بعض الفقهاء أن الكفالة تفرض وجود التزام واحد وهو التزام المدين الذي يضمنه الكفيل[2]، فلا يلتزم الكفيل بوفاء التزام في ذمة الغير وإنما يكفل المدين الأصلي في الوفاء بالتزامه[3] .

وعقد الكفالة يشكل علاقتين الأولى بين الكفيل والمدين، والثانية بين الكفيل والدائن ويبقى الكفيل من الغير في العلاقة الأصلية سبب الالتزام، و عليه فإن الكفيل يتدخل في تنفيذ العقد الأصلي رغم أنه لم يكن طرفا فيه.

II-الآثار المترتبة على نشوء الكفالة:

---

[1]-حمداني صورایة – مسعودان فتيحة، الكفالة كتأمين شخصي، مذكرة لتيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص 2013/2012، ص 09 .

[2]- أحمد بن علي بن الحميدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، المرجع السابق، ص 451

[3]-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الجزء العاشر ص20 .

إذا حان أجل الوفاء بالالتزام ولم يف المدين الأصلي الدين، يحق للدائن مطالبة الكفيل بهذا الدين، وعليه يدخل الغير في علاقة مباشرة مع الدائن ويلتزم في مواجهته بالتنفيذ.

وتجدر الإشارة إلى اختلاف المراكز بين المدين الأصلي والكفيل الذي يبقى دوما مدينا احتياطيا، يرتبط تدخله في تنفيذ العقد بتحقق عجز المدين عن الوفاء ولا يحق له مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين الأصلي[1]، وعند وفائه يكون وفى دين الغير، و يحق له الرجوع على المدين الأصلي إما بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول، وهو ما يتفق مع نص المادة 671 من القانون المدني التي تنص: "إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين، و لكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع إلا بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين ".

وعليه فإن الغير لا يكون مستقلا تماما عن العقد لمجرد أنه لم يسهم بإرادته في تكوينه، وإنما يكون مرتبطا بهذا العقد وهذا الارتباط ناتج عن العلاقة بين العقد الأصلي الذي لا يتدخل الغير فيه، و العقد اللاحق الذي يبرم لضمان تنفيذ العقد الأصلي ، وأن الرابط بين هذه العقود يبرر انصراف أثر العقد للغير .

الفرع الثاني : تدخل الغير كمتعاون في التنفيذ:

قد يفرض الواقع العملي عدم قدرة المدين وحده على تنفيذ الالتزام وحاجته إلى تدخل الغير كمتعاون أو مشارك في التنفيذ، وهذا التدخل يقوم على أساس عقد مبرم بين الغير والمدين، وهدفه تنفيذ العقد الذي أبرمه المدين مع الدائن، غير أن هذا التدخل يختلف بحسب طبيعة محل الالتزام إذا كان أداء مالي أو غير مالي وهو ما سنتطرق إليه على التوالي :

أولا _ تدخل الغير في تنفيذ التزامات محلها دفع مبلغ من المال:

[1]–حمداني صورارية – مسعودان فتيحة، الكفالة كتأمين شخصي، مذكرة لتيل شهادة الماستر في الحقوق، المرجع السابق، ص 38 .

إن الحقوق في العلاقات الثلاثية قد يظهر فيها حق الغير دون أن يمر بذمة الدائن كالإنابة في الوفاء، والاشتراط لمصلحة الغير. وتبعا لذلك نتولى بالدراسة الاشتراط لمصلحة الغير كمثال عن تدخل الغير في تنفيذ الالتزامات التي محلها دفع مبلغ من المال.

I_مضمون الاشتراط لمصلحة الغير:

تطرق المشرع الجزائري للاشتراط لمصلحة الغير في المواد من 116 إلى 118 من القانون المدني[1]، محددا شروطه، وفي الواقع العملي نجد أن الاشتراط لمصلحة الغير أصبح يشكل قاعدة عامة بعد أن كان استثناء لا يعمل به إلا في حالات معينة، ويقصد بالاشتراط لمصلحة الغير أنه عقد بين شخصين يرمي إلى إنشاء حقوق لفائدة شخص ثالث أجنبي عن العقد، ويشترط في هذا التصرف القانوني أجد المتعاقدين يدعى المشترط على المتعاقد معه يدعى المتعهد أن يقوم بآداء معين لفائدة شخص ثالث أجنبي عن العقد يدعى المستفيد أو المنتفع [2]، طرفاه المتعهد والمشترط بمقتضاه يلتزم الأول في مواجهة الثاني بأن يقوم بأداء لمصلحة شخص ثالث يسمى المستفيد أو المنتفع، فطرفا العقد هما المتعهد والمشترط، أما المستفيد فليس طرفا في هذا العقد وينشأ له حق مباشر قبل المتعهد، ولذلك يقال أن الاشتراط

---

[1]–المادة 116 من القانون المدني : يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية .

و يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، و يكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد .

و يجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو وحده الذي يجوز له ذلك .

المادة 117 من القانون المدني :"يجوز للمشترط دون دائنيه أو وارثيه أن ينقص المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة منها ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد .

ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك، و للمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية الاشتراط .

المادة 118 من القانون المدني :" يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبليا أو هيئة مستقبلية كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشارطة ".

[2]–علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 446 .

لمصلحة الغير ثنائي التكوين ثلاثي الأثر وعليه فإنه يعتبر استثناء على مبدأ نسبية أثر العقد، و تقتصر دراستنا في مجال الاشتراط لمصلحة الغير كصورة من صور تدخل الغير في تنفيذ العقد مع احتفاظه بصفة الغير، من خلال توضيح مركز المستفيد من الاشتراط و الآثار المترتبة على نشوء هذا المركز للغير.

II_ مركز المستفيد في عقد الاشتراط:

إن الاشتراط لمصلحة الغير يقوم على فكرة جوهرية تتمثل في نشوء حق مباشر لشخص من عقد أجنبي عنه [1]، و عليه يمكن للإرادة وحدها ترتيب حق للغير[2]، ويجد الاشتراط مجالا واسعا في عقود التأمين لاسيما التأمين على الحياة ، وقد يستخدم الاشتراط كسبيل من سبل الوفاء بالدين كأن يكون المنتفع دائنا للمشترط، فيكون الاشتراط أداة وفاء [3]، فإذا قبل المستفيد الاشتراط لمصلحته لا يكون للمشترط أن يعود عن اشتراطه، وقد يكون قبول المنتفع صريحا أو ضمنيا لاسيما في حالة ما كان الاشتراط وسيلة للوفاء بالدين فقد يكون الاشتراط بناء على طلب من المنتفع نفسه كضمان، وعليه يمكن القول أن الاشتراط قد يكون بمثابة إضافة أو مساندة للمدين لتسديد دينه، وفي نفس الوقت أداة ضمان للمستفيد أو المنتفع لأن وجود علاقة المديونية السابقة هي السبب لوجود الاشتراط ومبررا لتدخل الغير في تنفيذ عقد لم يكن طرفا فيه.

III_الآثار المترتبة عن الاشتراط لمصلحة الغير:

بإبرام عقد الانتفاع فإن المنتفع يكتسب حقا مباشرا قبل المتعهد، ويكتسب هذا الحق بمجرد إبرام العقد، و يعتبر الحق المنصوص عليه في عقد الاشتراط دينا في ذمة المتعهد دون أن يمر بذمة المشترط [4]، كما أن المنتفع لا يتعرض لمزاحمة دائني المشترط، ما قد يشكل ضمانة

---

[1]– علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، نفس المرجع ، ص449 .

[2]– أحمد بن علي بن الحميدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، المرجع السابق، ص 474 .

[3]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،مصادر الالتزام، المرجع السابق ص 634 .

[4]–منصوري نادية، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص ، المرجع السابق، ص 37 .

أو ميزة للمستفيد باعتبار أن المتعهد يلتزم بصفته مدينا لا بصفته ضامنا، و رغم أنه يجوز للمشترط رفع دعوى للمطالبة بتنفيذ عقد الاشتراط إلا أنه لا يمكن له رفع دعوى للمطالبة بفسخه لأنه ليس طرفا فيه .

الفرع الثالث : اشتراك الغير ا في تنفيذ التزاماتلا يكون محلها مبلغا من المال

يتدخل الغير في تنفيذ العقد رغم احتفاظه بصفة الغير، إذا استعان المدين بخدمات الغير للوفاء بالتزامه تجاه الدائن، و تقوم فيها فكرة الإنابة بإنابة المدين غيره لتنفيذ الالتزام.

ومن أمثلتها المقاولة من الباطن و عقود العمل التي يبرمها المقاول لانجاز عقد المقاولة.

أولا : المقاولة من الباطن :

تطرق المشرع الجزائري إلى المقاولة من الباطن في نص المادة 564 من القانون المدني التي تنص : "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه الى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية .

ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل " .

ا-مضمون المقاولة من الباطن :

يعرف عادة عقد المقاولة من الباطن انه عقد يوكل فيه المقاول الأصلي تنفيذ العمل الذي التزم به في جملته أو في جزء منه إلى مقاول ثاني[1] ، ويفهم من نص المادة المذكورة أعلاه، أن المقاول من الباطن يلتزم بصفته من الغير بالنسبة لعقد المقاولة الأصلي بتنفيذ الالتزام العقدي الذي أبرمه المقاول الأصلي، وعليه يوجد عقدين عقد أصلي و عقد فرعي يفترض فيهما وحدة الموضوع، فيكون العقد الأول سببا في وجود العقد من الباطن، والدائن رب العمل لا تجمعه أي علاقة عقدية مع الغير المقاول الفرعي إلا أنهما يعتبران أطرافا في العملية

[1]-عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن، المرجع السابق، ص 18 .

الاقتصادية، الأمر الذي يبرر في بعض الحالات والظروف وجود علاقة مباشرة بينهما لصالح تنفيذ العقد[1].

ويعتبر عقد المقاولة أداة لتدخل الغير في تنفيذ العقد، و يتم إبرامه للمساعدة في إبرام العقد الأصلي [2]بحيث يشترك العقدان الأصلي والفرعي في تحقيق هدف مشترك متمثل في وفاء الأداء لرب العمل، و يقتصر دور المتعاقد الأصلي في تلقي مقابل الأداء من صاحب العمل ودفعه إلى المقاول الفرعي، فيكون بذلك المتعاقد الأصلي هو الوسيط المرتبط بعلاقتين من جهة علاقته مع المقاول الفرعي ومن جهة علاقته برب العمل.

II-آثار المقاولة من الباطن :

ويترتب على عقد المقاولة من الباطن حلول المقاول الفرعي محل المقاول الأصلي،

وعليه فإنه يحق له الرجوع على رب العمل للمطالبة بمستحقات المقاول الأصلي بواسطة الدعوى المباشرة [3]وفقا لما نصت عليه المادة 565 من القانون المدني الجزائري التي تنص "يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، و يكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي و رب العمل .

ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي، امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو المقاول الفرعي وقت توقيع الحجز. ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ اليهم مباشرة .

وحقوق العاملين الفرعيين و العمال المقررة بمقتضى هذه المادة، مقدمة على حقوق الشخص الذي تنازل له المقاول عن دينه تجاه رب العمل " .

كما يترتب على هذا الحلول أن المقاول الأصلي يبقى مسؤولا عن خطأ المقاول الفرعي وتقوم مسؤوليته العقدية عن خطأ هذا الأخير الذي يعتبر من الغير، ما دام أن عقد المقاولة من الباطن وسيلة لتنفيذ عقد المقاولة الأصلي [4].

ثانيا : عقد العمل و الآثار المترتبة عليه

---

[1]-أحمد بن علي بن الحميدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، المرجع السابق ص 486 .

[2] -Alian Benabent,Droit civil, Les obligations, 3e edition, Montrchrestien, Paris,1991 , P332

[3]عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن، المرجع السابق، ص 201 .

[4]-عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن، نفس المرجع ، ص 175 .

المقاول عند قيامه بتنفيذ المقاولة قد يستخدم لذلك عمالا من الغير، يعتبرون المنفذ الحقيقي لعقد المقاولة، ويتدخل العامل في التنفيذ بموجب علاقة الالتزام التي تربطه بالمدين المقاول، دون خضوعه للقوة الملزمة لعقد المقاولة، إذ يعتبرون من الغير بالنسبة لهذا العقد ودورهم يكون كمساهمين أو معاونين في التنفيذ .

I-مضمون عقد العمل :

فعقد العمل يعتبر وسيلة لتنفيذ الالتزام الأصلي ذلك أن العمال الذين يستخدمهم المقاول لتنفيذ عقد المقاولة يعتبرون من الغير، والمنفذ الحقيقي للالتزامات الناشئة عن العلاقة المبرمة بين المقاول والعميل، وقد نظم المشرع الجزائري عقد العمل غير أنه لم يتول تعريفه و إنما اكتفى بوضع القواعد التشريعية و التنظيمية التي تنظم علاقة العمل في صلب القانون 11/90 [1]المتعلق بعلاقات العمل ، و يمكن تعريف عقد العمل أنه اتفاق يلتزم بموجبه أحد الأشخاص بالعمل لحساب شخص مقابل أجر ".

وعليه فإن عقد العمل قائم على التبعية التي تعتبر عنصرا أساسيا فيه، غير أن موضوع عقد العمل المبرم بين المقاول والعامل يختلف عن موضوع عقد المقاولة المبرم بين المقاول ورب العمل، فموضوع عقد العمل يقوم على العمل الذي يقبل أن يؤديه العامل للمقاول، والمعيار الذي يسمح بتكييف عقد العمل هو علاقة التبعية، بينما موضوع عقد المقاولة هو الالتزام بصنع شيء أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .

II-آثار عقد العمل :

ويترتب على عقود العمل في إطار تنفيذ المقاولة أن يكون العامل هو المساعد أو المنفذ الفعلي لالتزامات المقاول، وأن هذا العامل هو من سيسمح للمقاول بتنفيذ التزامه تجاه صاحب العمل، إذ أن المقاول الذي سيسعى لتنمية نشاطه الاقتصادي يلجأ غالبا لخدمات الغير ليكفل التنفيذ وهو مبرر تدخل الغير من العمال في تنفيذ عقد المقاولة، و يترتب على تدخل العمال في تنفيذ المقاولة، أن العمال لهم حق الرجوع مباشرة على رب العمل و إن كانت لا تربطهم برب العمل أي علاقة عقدية [2] وفقا لما تقضي به المادة 565 من القانون المدني السالف

---

[1]- قانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، جريدة رسمية عدد 17 الصادر في 25 أفريل 1990 المعدل و المتمم .

[2]-عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن، المرجع السابق، ص 202 .

ذكرها[1] ، كما أن المقاول يسأل عن الأضرار التي يسببها الغير بسبب تنفيذ عقد المقاولة على أساس المسؤولية التقصيرية للتابع عن أفعال متبوعه .

[1]– المادة 565 من القانون المدني و التي تنص : "يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، و يكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي و رب العمل .

و لهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي، امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو المقاول الفرعي وقت توقيع الحجز. و يكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه، و يجوز أداء هذه المبالغ اليهم مباشرة .

و حقوق العاملين الفرعيين و العمال المقررة بمقتضى هذه المادة، مقدمة على حقوق الشخص الذي تنازل له المقاول عن دينه تجاه رب العمل "

الخاتمة:

حاولنا في هذه الدراسة توضيح مفهوم الغير بالنسبة للعقد وأطرافه، وحاولنا تحديد حالات تدخل الغير في تنفيذ العقد، وتحديد في كل حالة المبررات التي تجيز للغير التدخل في العقد رغم عدم مساهمته في إبرامه.

وفيما يلي سنستعرض أهم النتائج التي توصلنا إليها:

1- أن القانون المدني وضع مبدأ أنه لا يجوز أن يفرض على الدائن التنفيذ عن طريق الغير، إذا كان له مصلحة في أن ينفذ الالتزام المدين نفسه، ومادام الدائن هو الشخص الوحيد القادر على تقدير مصالحه، فهو القادر الوحيد على تقدير مدى إمكانية تنفيذ العلاقة العقدية عن طريق الغير، لاسيما في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي التي تتطلب موافقته المسبقة.

2- تطرقنا في الدراسة إلى بعض تطبيقات تدخل الغير في تنفيذ العقد كما هو الحال بالنسبة لمشتري العقار المؤجر وصاحب العمل الجديد، وكذا حق البقاء في الإيجارات المدنية، والتي جعلها قواعد آمرة متعلقة بطابع النظام العام، مراعاة للطرف الضعيف وحدا من إرادة الأطراف بل وحل محل إرادتهم، وهو يعد بالفعل تطبيقا تشريعيا يؤكد تدخل غير المتعاقد في تنفيذ العقد بمقتضى القانون.

3- كما تطرقنا إلى حالات أخرى تسمح بتدخل الغير في عقد ملزم بتنفيذه وفي هذه الحالات يتم ذلك مع احتفاظه بصفة الغير، لأن دوره ينشأ في غالب الأحيان من عقد آخر يتم إبرامه لمصلحة التنفيذ.

وبينا من خلال هذه الدراسة، أن الواقع العملي يؤكد أن تدخل الغير في تنفيذ العقد يحقق أهداف ورغبات أطرافها، آخذا بعين الاعتبار العملية الاقتصادية المرجوة من إبرام العقد.

كما أن تدخل الغير في التنفيذ يوفر استقرارا حقيقيا وقانونيا لمركز الدائن كاستمرار عقود العمل عند انتقال المؤسسة إلى رب عمل جديد.

ووقفنا إلى أن التنفيذ من الغير لا يعني التنازل عن الحصول على التنفيذ من شخص أهل و مختص بالتنفيذ، فموافقة الدائن للمدين باللجوء إلى الغير في التنفيذ، تعبر عن سلطة واسعة لهذا الدائن في التقدير، كما أن بعض العقود تقبل أن يحل المدين غيره في التنفيذ، بل أن التنفيذ السليم لهذه العقود لا يتحقق إلا باللجوء إلى الغير.

وأخيرا، توصلنا أن جواز تدخل الغير في التنفيذ هو الأصل، والاستثناء هو المنع، فالعقد الأصلي يصلح أن ينتج عنه عقد من الباطن ما لم يتضمن العقد الأصلي شرطا صريحا يلزم المتعاقد الآخر أن ينفذ العقد بصفة شخصية، وعليه فهناك دور فعال للغير في مختلف العقود التي يتدخل لتنفيذها، على الرغم من عدم مشاركته في إبرامها.

بعد أن تناولنا أهم النتائج المتوصل إليها من خلال دراستنا لهذا الموضوع، سنتطرق إلى أهم الاقتراحات التي توصلنا إليها في هذا الموضوع:

1- الإفصاح صراحة على اعتبار الخلف العام من المتعاقدين وفقا لما تقره النظرية الحديثة في موضوع القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص.

2-إضافة مصطلح الاتفاق إلى جانب كل من طبيعة التعامل ونص القانون في المادة 108 من القانون المدني، وذلك لاعتباره من الاستثناءات التي لا ينصرف إليها أثر العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفا عاما.

3-الإفصاح صراحة على اعتبار الدائن العادي من الغير، باعتبار أنه ليس من الخلف العام ولا الخلف الخاص ولا ينتقل إليه أثر العقد.

قائمة المراجع

أولا :المراجع باللغة العربية

الكتب :

1-الدكتور عامر عاشور عبد الله البياتي،التعاقد من الباطن، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر- الامارات.

2-الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، طبعة 1952 .

3-الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت – لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة.

4-الدكتور أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى 2016.

5-الدكتور على ابراهيم فوزي الموسوي، الاعتبار الشخصي في شركة المساهمة، دراسة في قانون الشركات العراقي، طبعة 2006، دار النشر غير موضحة.

6-الدكتور حمدي المغاوري محمد عرفه،اجازة العقد القابل للابطال دراسة مقارنة بين القانون المدني و الفقه الاسلامي، دار الفكر الجامعي،طبعة 2013.

7-الدكتور محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن،الوكالة في التصرفات القانونية،دار الفكر و القانون ، طبعة 2013.

8-الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الايجار و العارية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت- لبنان ، الطبعة الأصلية الجديدة 2000.

9-الأستاذة دراح سعاد، نظرية عيوب الإرادة، في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي والمصري واللبناني، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 2015.

10-الأستاذ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد الإرادة المنفردة، الجزء 01، الطبعة 04، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2008/2007 .

11-الأستاذ عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، ENCYCLOPEDIA، سنة النشر غير مدرجة .

12-الأستاذ علي فيلالي،الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر،الطبعة الثالثة 2013 .

14- الأستاذ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة،الجزائر،1997 .

<u>الرسائل :</u>

01-الدكتورة فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر معهد الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون سنة 1992.

02-الدكتورة غالي كحلة، استمرارية علاقة العمل و تغيير الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم في القانون الاجتماعي، جامعة وهران 02كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2017/2016.

03-الدكتور محمدي سليمان، نفاذ العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، السنة الجامعية 2004/2003 .

04-ابااليدن خوخة – لعريبي سهيلة، انقضاء الالتزام بالوفاء على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق،شعبة القانون الخاص،جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2013/2012.

05-حمداني صوراية – مسعودان فتيحة، الكفالة كتأمين شخصي، مذكرة لتيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص 2013/2012.

06-مادوي تاكفاريناس-اسقونن زاهية، تضامن المدينين في المسؤولية المدنية،مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق،تخصص القانون الشامل،جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2017/2016 .

07-مباركي نجمة – بودريقة جميلة،بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص الشامل ،جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية،كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة الجامعية 2013/2012.

08-مزوغ يقوتة، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، فرع المعاملات المالية، جامعة وهران1، للعلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، السنة الجامعية 2015-2014 .

09-منصوري نادية، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص معمق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق بودواو، السنة الجامعية 2015.

10-عبتوت سيد بلحاكم، أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص، رسالة ماجستير في القانون الخاص، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق و العلوم الادارية، بن عكنون.

11-عزوز عبد الحميد، مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي و الموضوعي في مجال الالتزامات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر،2002-2003 .

12- عفافسة مفيدة، التنازل عن العقد،مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود و المسؤولية،جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق بن عكنون 2011/2010 .

المجلات :

-مجلة المعهد الحلبي للحقوق و السياسة – الاعتبار الشخصي و أثره في تنفيذ العقد الاداري – العدد الثالث / السنة الثامنة 2016 .

المراجع باللغة الأجنبية :

1- Alian Benabent,Droit civil, Les obligations, 3e edition, Montrchrestien, Paris,1991

2-Serge Gaudet et Danielle Burman, Théorie des obligations, 4e édition Jean Pineau, Les Éditions Thémis, 2004 .

3-Dominique le geais , **Le Cautionnement,** Economica¸ paris¸ 1995.

4-JEAN-CHRISTOPHE WERENNE, Théorie Générale Des Obligations, ANNEE ACADEMIQUE 2001-2002.

القوانين :

القوانين الداخلية :

01-الأمر 66-156 ،مؤرخ في 8 يونيو 1966 ، المتضمن قانون العقوبات ،جريدة رسمية،عدد 49 ،صادرة بتاريخ 11 يونيو 1966،المعدل و المتمم بالقانون رقم 16-02 مؤرخ في 19 يونيو 2016،ج ر ،ج ج ،عدد37، صادرة بتاريخ 22يونيو 2016 .

02-الأمر 85/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم جريدة رسمية رقم 178 المؤرخة في 30-09-1975 .

03-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم.

04-القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21-04-1990 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل و المتمم بالأمر 03/97 المؤرخ في 11-01-1997 الجريدة الرسمية رقم 03، الصادر في 12-01-1997 .

القوانين المقارنة :

01-القانون المدني المصري جمهورية مصر العربية قانون رقم 131 لسنة 1948، بتاريخ 29-07-1948 .

02-قانون العمل المصري الموحد رقم 02 لسنة 2012.

3-Code civil français, promulgué le 21-03-1804 par Napoléon Bonaoarte, Jean louis Halpérin , le code civil, Dalloz, 2e édition ,2003 .

الفهرس:

المقدمة: .....

الفصل الأول: امكانية تدخل الغير في تنفيذ العقد

المبحث الأول: مركز الغير في العقد 05

المطلب الأول: تمييز الغير بالنسبة للمتعاقدين 05

الفرع الأول: تحديد مفهوم الطرف 06

الفرع الثاني: معايير تحديد صفة الطرف.... 08

المطلب الثاني: تمييز الغير عن للخلف 10

الفرع الأول: تمييز الغير عن الخلف العام 10

الفرع الثاني: تمييز الغير عن الخلف الخاص 15

المبحث الأول: تأثر الغير بالعقد 19

المطلب الأول: تأثر الغير بالعقد وفقا لنظرية الالتزام 19

الفرع الأول: النظرية الشخصية للالتزام 20

الفرع الثاني: النظرية الموضوعية للالتزام 22

المطلب الثاني: تأثر الغير بالعقد وفقا لفكرة الاعتبار الشخصي 25

الفرع الأول: مضمون فكرة الاعتبار الشخصي 25

الفرع الثاني: أثر فكرة الاعتبار الشخصي على تدخل الغير في تنفيذ العقد..... 30

الفصل الثاني: صور تدخل الغير في تنفيذ العقد

المبحث الأول: تدخل الغير في العقد بصفته متعاقد 34

المطلب الأول: تدخل الغير في العقد بمقتضى القانون 35

الفرع الأول: المشتري للعقار المؤجر 35

الفرع الثاني: صاحب العمل الجديد 39

المطلب الثاني: تدخل الغير في تنفيذ الالتزام بمقتضى الاتفاق 41

الفرع الأول: اقرار الغير بعقود صادرة عن المتعاقدين 41

الفرع الثاني: التعهد عن الغير 48

المبحث الثاني: تدخل الغير في العقد بصفته من الغير 56

المطلب الأول: الغير غير ملزم بالتدخل في التنفيذ 56

الفرع الأول: الوفاء من غير المدين 57

الفرع الثاني: الوفاء بناء على غلط 59

المطلب الثاني: الغير ملزم بالتدخل في تنفيذ العقد 61

الفرع الأول: الغير كضامن 62

الفرع الثاني: الغير كمتعاون في التنفيذ 66

الفرع الثالث : اشتراك الغير في تنفيذ التزامات لا يكون عليها مبلغا من المال.....69

الخاتمة: 73