جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المركز القانوني للغير في نظرية العقد

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص قانون خاص

من إعداد الطالبتين

عبد القادر ياسمين

أيت واكلي حسيبة

تحت إشراف الأستاذ:

عثماني بلال

أعضاء لجنة المناقشة

1. الأستاذ(ة): سعدون كريمة، أستاذة محاضر قسم " أ "، كلية الحقوق، جامعة بجاية....رئيسا
2. الأستاذ: عثماني بلال، أستاذ محاضر قسم " أ "، كلية الحقوق، جامعة بجاية.....مشرفا
3. الأستاذ(ة): دفوس هند، أستاذة محاضر قسم " أ "، كلية الحقوق، جامعة بجاية.....ممتحنا

السنة الجامعية : 2023/2024

بسم الله الرحمن الرحيم

شكروتقدير

الحمد والشكر لله عز وجل الذي وفقنا وأعاننا على إنجاز وإتمام هذا العمل الذي نرجوا أن يكون نفعا لكل طالب علم مهتم بدراسة هذا المجال.....

نغتنم هذه الفرصة لكي نتوجّه بأسمى عبارات التقدير والإحترام إلى أهلنا الأعزاء ونخص بالذّكر الوالدين اللذين كانوا عوناً لنا طيلة إنجاز ثمرة جهدنا هذه، كما نتوجّه بالشكر الجزيل إلى كلّ الإخوة والأخواة، وكل زميلاتي وزملائي في المشوار الجامعي....،

كما لا يفوتني في هذا المقام أن أشكر المشرف على هذا العمل الدكتور عثماني بلال، الذي لم يبخل علينا بنّصائحه وتّوجيهاته الثمينة طيلة إنجازنا لهذا العمل سعياً وحرصاً منه لإنجاحه، والشكر موصول كذلك لكل من ساهم في إنجاح هذا العمل من قريب أو من بعيد....

شكرا لكم جميعا....

ياسمين وحسيبة

إهداء

إلى من له الفضل والثناء والحمد والرجاء ربي عزّ وجل الذي يسّر أمري ووفقني لما يُحب ويرضا...

إلى أشرف المرسلين قدوتنا محمد صلى الله عليه وسلم....

إلى نبع الحنان أمي التي ربتني وأنارت دربي ولم تنساني بدعائها الذي كان سر نجاحي وتوفيقي حفظها الله وأطال عُمرها وجعلها نور وضياء علينا....

إلى أغلى كنز في حياتي قدوتنا وسندنا أبي رعاه الله وحفظه من كل سوء وجعل عمره مديدا....

إلى إخوتي وأخواتي الذين كانوا لي خير سند لي طيلة المشوار الدراسي والجامعي....

إلى من زرعو في قلبي طعم الحياة وعلماني حب الدنيا جدتي و جدي رحمه الله وأسكنه فسيح جناته وتغمده واسع رحمته....

إلى من بنيتُ معهّن صدقة متينة لا تقدر بثمن وتقاسمت معهنّ الحلو والمر واللواتي وقفن معي في السراء والضراء صديقاتي التي لهن مكانة عظيمة في قلبي، وخاصة زميلتي الغالية حسيبة التي شاركتني في إنجاز هذه المذكرة وتعبت معي أضعافا....

إلى كل الأصدقاء والأحبة وكل واحد غاب ذاكرتي أهدي لهم ثمرة جهديالمتواضعة هذه، وإلى كل من دعمني وساندني من قريب أو من بعيد....

ياسمين

إهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضعة التي أرجوا أن تكون نفعا لكل طالب علم مهتم بهذا المجال إلى نبع الحنان أمي الغالية حفظها الله ورعاها وأطال عمرها وجعلها نورا وضياء وسند لنا ..

إلى الأب الغالي الحنون الذي علمنا الصبر والكفاح وغرس فينا المبادئ المتينة ومكارم الأخلاق أدام الله فضله وجعله الله سندا لنا في هذه الدنيا وجعل الله عمره مديدا وحفظه الله برعايته....

إلى كل إخوتي وأخواتي الأعزاء الذين لقيت منهم دعما ماديا ومعنويا ومحبة يعجز اللسان عن وصفها....

إلى كل أصدقائي وصديقاتي وزميلاتي طيلة المشوار الجامعي وخاصة زميلتي ياسمين التي تقاسمت معي عناء كتابة هذه المذكرة وقامت بمجهود جبار لإنجاح هذا العمل....

حسيبة

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات:

باللغة العربية:

ص: صفحة

ص- ص: من صفحة إلى صفحة.

ط: طبعة.

ج.ر.ج.ج: جريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية .

د.د.ن: بدون دار النشر.

د.ب.ن: بدون بلد النشر.

.ب.س.ن: بدون سنة نشر.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

ع: عدد.

/: الفقرة

باللغة الفرنسية

P: Page.

P-P: De page a page.

Art: Article.

N:numéro.

مقدمة

يُعرف العقد بأنه اتفاق بين شخصين أو أكثر على انشاء رابطة قانونية بمحض إرادتهما، وبعبارة أخرى مماثلة العقد هو ذلك التراضي الذي يحصل بين طرفين تتوافق إرادتهما، هذا وقد عرف المشرّع الجزائري العقد في أحكام نص المادة 54 من ق.م.ج[1]: " ***العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما*** "، وفي سياق ذي صلة بتعريف العقد، تناولت المادة 106 من ق.م.ج[2] ما يلي: " ***العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون*** ".

لا ينصرف أثر العقد إلا لمن كان طرفا فيه، غير أن تحديد من هو الطرف في العقد من عدمه لازالت مسألة لم يتم الفصل فيها برأي حاسم، فالمفهوم التقليدي للطرف لازال مفهوما مبهم يدور حوله غموض، وأيضا من حيث تحديد فئة الأشخاص الذين يمكن منحهم هذه الصفة، وما زاد هذا المفهوم إلتباسا وتعقيدا هذه هي نظرية المجموعة العقدية، التي بدلا من ان تضع حدا لهذا الغموض قامت بتوسيع هذا المفهوم ليشمل طرف آخر تطلق عليه تسمية الغير.

تطرق المشّرع الجزائري إلى مفهوم " **الغير** "، في نص المادة 113 من ق.م.ج[3]، وتحديدا في القسم الثالث الذي يحمل عنوان آثار العقد من الفصل الثاني المتعلق بالعقد التي تنص على: " ***لا يرتب العقد إلتزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا*** "، فمن خلال التمعن في نص المادة نستنتج أن الغير هو كل شخص أجنبي عن العقد، ولا تترتب عليه أي إلتزامات، إنما تنصرف وتمتد إليه في شكل حق يجوز أن يكتسبه.

يُقصد **بالغير** هنا من لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا لأحد المتعاقدين، فالغير هو كل من ليس طرفا في العقد، حيث لا تترتب آثار العقد في مواجهته، إلا أنه تظهر حالات إستثنائية يتدخل فيها الغير في تنفيذ العقد خلافا للقواعد العامة التي تمثلها نسبية أثر العقد.

---

[1] الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975.

[2] المادة 106 من ق.م.ج، المرجع نفسه.

[3] المادة 113 من ق.م.ج، المرجع نفسه.

يُحتّم علينا هذا الغموض الذي يمس مصطلح الغير في ظل عجز المشّرع الجزائري عن تقديم معنى محدد له، وتحديد فئات الغير التي تمسها آثار العقد في العلاقة التعاقدية.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية دراسة موضوع المركز القانوني للغير في نظرية العقد محاولة إزالة ذلك الغموض الذي يعتري مصطلح الغير، فهو مصطلح مختلف ثار حوله اختلاف بين الفقهاء وذلك نظرا لاختلاف هذا الأخير عن معنى الطرف في العقد، فالطرف مختلف تماما عن **الغير** الذي لا صلة له في قيام العقد، كما أنّ ضبط مفهوم **الغير** في مجال معين ليس سهلا، وهذا راجع إلى قلة النصوص القانونية المحددة لهذه الفكرة ومركزه القانوني إذ وجب علينا التركيز على مكانة ومركز الغير في العقد، وكيف أنّ الغير يؤثر في العقد بكل فئاته سوءا كان أجنبيا أو من الخلف، وكيفية تنفيذ العقد بواسطة الغير.

ودرسنا موضوع المركز القانوني للغيرمن اجل إبراز الفرق الشاسع بين الغير وبين الطرف وبين الخلف العام والخاص، ومن اجل إمكانية التعرف على أصناف وفئات الغير، وتمييز هذا المصطلح عن باقي العناصر المتدخلة في العقد ومحاولة فهم مدى تأثير وتأثره في العقد.

♦أهداف هذه الدراسة:

تهدفُ هذه الدراسة التي تتناول موضوع المركز القانوني للغير في نظرية العقد إلى بلوغ مجموعة من الأهداف وعلى رأسها ما يلي:

- محاولة الوصول الى دراسة أكاديمية متكاملة حول مفهوم " الغير "، إلى جانب تلك الدراسات السابقة المتوفرة سوءا كانت تقليدية أم حديثة.
- إكتشاف جميع الأطراف التي يمكن إدراجها ضمن فئة الغير.
- محاولة إكتشاف مدى تأثير وتأثر الغير في الرابطة التعاقدية.

كما أنّ الهدف الأساسي والأسمى من هذا البحث هو التحديد الجيد لمفهوم الغير بالنسبة لآثار العقد، رغم أنّ هذا المصطلح شائع الإستعمال في القانون إلا أنّ المشّرع 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 إنصراف آثار العقد إلى الغير بإعتباره إستثناء عن القاعدة العامة المتمثلة في نسبية آثار العقد.

- **أسباب اختيار الموضوع:**

تتمثلُ أسباب الرئيسية التي دفعتنا لإختيار هذا الموضوع في مايلي:

- محاولة توضيح معنى " الغير" في العلاقة التعاقدية نظرا لوجود غموض وتعتيم حوله، خاصة وأنّ المشّرع الجزائري في نص المادة 113 من ق.م.ج لم يوضح بشكل جيد هذا المصطلح وإكتفى فقط بقوله " ***ولكن يجوز أن يكسبه حقا*** ".
- من الأسباب التي قادتنا كذلك لإختيار هذا الموضوع هو محاولة التعرف على مختلف الفئات التي يمكن إعتبارها من الغير.
- محاولة إكتشاف تأثير الغير في العلاقة التعاقدية، ومتى تنصرف الحقوق إليه بإعتباره طرف أجنبي في العقد.
- محاولة إكتشاف الثغرات القانونية والهفوات التي وقع فيها المشّرع خاصة في إشكالية تحديده لمفهوم " الغير "، ومن أهم الفئات التي يمكن إعتبارهم تحت مضلة الغير.
- إكتشاف الإختلاف الفقهي في تعريف معنى الغير، والتعرف على شتى النظريات الحديثة والتقليدية التي تهتم بهذا المجال.

على ضوء ما تم بيانه، تتجلى إشكالية البحث حول مدى انصراف آثار العقد على الغير خروجاً عن مبدأ نسبية العقد؟

♦المنهج المتبع في الدراسة:

تتطلبُ محاولة الإحاطة بكل جوانب الموضوع بدراسته من مختلف زواياه، ولتمكن من تقديم مفهوم شامل له، تم توظيف المنهج الوصفي وهذا في رحاب دراسة الإطار المفاهيمي **للغير** في نظرية العقد والتّعرف على أحكام الحماية القانونية **للغير**.

أُستعمل كذلك المنهج التحليلي في هذه الدراسة لأنّنا في صدد إستقراء وتحليل بعض النصوص القانونية خاصة القانون المدني الجزائري، وذلك بغية الوصول إلى قواعد وأحكام من خلال عرض مختلف الآراء وتحليلها ونقدها، وتم توظيف هذا المنهج لتعمق في مختلف الأحكام والغوص في كل الأفكار المرتبطة بالموضوع ، ومن أجل الوصول إلى أفضل معالجة قانونية يمكن تبنّيها وإعتمادها، كما أن هذا لم يخلوا من توظيف المنهج المقارن لمعرفة مكانة **الغير** في باقي التشريعات على غرار المشّرع الفرنسي والمصري.

للإجابة على هذه الإشكالية إلتأينا من خلال تحليل النّصوص القانونية وذلك وفقاً لخطة ثنائية مقسمة إلى فصلين ، نتناول في الفصل الأول من هذا البحث الإطار المفاهيمي **للغير** في نظرية العقد، بينما نتناول في الفصل الثاني من ذات البحث أحكام الحماية القانونية **للغير**.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للغير في نظرية العقد

يُوجد جدل وإختلاف فقهي كبير في تحديد وضبط مصطلح *"الغير"*، على الرّغم من إمتلاكه مركز قانوني في نظرية العقد، ولكن الراجح أنّه هو كل شخص أجنبي عن العقد ولا تنصرف إليه آثار العقد، فهو بذلك يشمل كل من لم يكن طرفا في العقد لا أصالة ولا نيابة، إلا أنّه هناك الخلف العام والخاص والدائن الذين ليسوا أطرافا في العقد، ومع ذلك ينصرف إليهم أثر العقد.

أمام هذا الغموض و الإختلاف الحاصل في تحديد وضبط مصطلح " *الغير* "، وبيان مركزه القانوني في إطار العلاقة العقدية، لابدّ من دراسة تفاصيل كل عنصر بدقّة بداية من تسليط الضوء على ماهية الغير في العقد وتحديد الفئات التي يشملها (المبحث الأول)، وخاصة الخوض في موضوع إمتداد آثار العقد إلى الغير، وكذا بيان التعهد عن الغير وشروطه والاشتراط لمصلحة الغير (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ماهية الغير في العقد

تعترضُ محاولة تقديم شّرح وتفسير مصطلح الغير عدم وجود مفهوم له، إذ يوجد أيضا إختلاف فقهي وتشريعي في تقديم تعريف دقيق لهذا المفهوم، إلا أنّ هناك توافق على أنّه طرف أجنبي عن العقد ولم يساهم في قيام وتأسيس العقد؛ وهنا نجد إتفاق مجمل التعريفات التي أعطيت للغير أنّ هذا الأخير هو الشخص الذي لم يكن طرفا في العقد، ولا خلفا لأحد المتعاقدين، وهو ما يسمى *بالغير* الأجنبي عن العقد أصلا[4]؛ وفي مسعى لتعريف بهذا المصطلح، تتطلبُ دراسته من الجانب المفاهيمي وإستعراض ماهيته، يجدر بنا التطرق في بداية الأمر إلى توضيح مفهوم الغير في العقد (المطلب الأول)، ثم العمل على محاولة تحديد المركز القانوني للغير في الرابطة التعاقدية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الغير في العقد

يُوجد حالتين فيما يخصّ العلاقة التعاقدية؛ وهي إما أنّ يكون فيها الشخص طرفا في العقد، ويكون مشاركا في قيام العقد وإبرامه، وهنا لا يمكن إعتباره ضمن فئة *الغير*، وإما أنّ لا يكون مشاركا فيه ولا صلة له به، وهنا يعتبر ضمن فئة *الغير*.

يجبُ في بداية الأمر محاولة إكتشاف المقصود بمصطلح ***الغير*** من الجانبين القانوني والفقهي(الفرع الأول)، ثم تحديد مختلف أصناف وفئات الغير من أجل الفهم الدّقيق والسليم لهذا المصطلح (الفرع الثاني)، مع ضرورة تمييز مفهوم الغير بالنسبة للمتعاقدين والخلف (الفرع الثالث).

[4]السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام ، دار إحياء التراث العربي، 1952، ص 554.

الفرع الأول

المقصود بالغير

يتميّزُ مصطلح *الغير*بتعدّد التعاريف المُقَدّمَة له بين تعريف قانوني وآخر فقهي، رُغم ذلك يبقى هناك غموض يثار حوله، كون أنّ البعض يعرفه من زاوية ضيقة أو وفقا لمعايير معينة، و أمام صعوبة الموقف وغياب نص صريح يُعرّف هذا الأخير لذا كان علينا تقديم تعريف *للغير* من الجانب القانوني(أولا)، كذلك مع ضرورة تقديم تعريف نموذجي شامل له من الجانب الفقهي(ثانيا).

أولا: التعريف القانوني للغير

يعدُ مصطلح *الغير* من أكثر المصطلحات القانونية إثارة للجدل، حيث تتفاوت مدلولاته ومضامينه من مجال لأخر، فالمقصود *بالغير* هو ذلك الشخص الأجنبي الذي لا تربطه أي صلة بالعقد ولا تنصرف آثار العقد إليه[5]، وبالعودة إلى نص المادة 113 من ق.م.ج[6]، نجد أنّها تضمنت ما يلي: " **لا يرتب العقد إلتزاما في ذمة *الغير* ولكن يجوز أنّ يكسبه حقا** "، كما نصت صراحة أحكام المادة 01/116 من ق.م.ج[7]، على ما يلي : " **يجوز للشخص أنّ يتعاقد بإسمه على إلتزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية** ".

تحدّث المشّرع الفرنسي عن مصطلح *الغير*في المادة 1199 من ق.م.ف[8]،والتي نصت على ما يلي: " **لا يجوز للغير أنّ يطلب تنفيذ العقد ولا أنّ يجبر على تنفيذه** "؛

---

[5]بورنان العيد، ضامن عبد القادر، <<التكييف القانوني للعقد والتعهد عن الغير >>، مجلة التراث، المجلد02، عدد 26، جامعة الجلفة، 2014، ص 403.

[6] المادة 113 من ق،م،ج،المرجع السابق.

[7] المادة 1/116 من ق.م.ج، المرجع نفسه.

[8]Voir L'article n 1165 Du Code Civil Français, Dernière modification le 17 Avril 2024, Documents généré le 26 Avril 2024.

<< Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties……Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles de chapitre 03 Du titre 04 >>.[9]، وأنّ العقد لا ينفع *الغير* ولا يضره، فالعقد ليس له أثر تجاه الغير، كما أنّه لا ينشئ التزاما عليه، ومنه فقد كان المشّرع الفرنسي أكثر دقة في هذه المادة في إقراره أنّ العقود لا تضر بالغير ولم يستثني التعهد عن الغير[10].

نصّت المادة 1200 من ق.م.ف[11]، على أنّه: " **يجب على الغير احترام الوضع الذي أنشأه العقد، ويجوز للغير التمسك بالعقد من أجل إثبات واقعة ما، فالعقد يمثل حجة مطلقة على *الغير***".

أكد المشّرع المصري موقفه من مسألة *الغير* وذلك من خلال نص المادة 152 من القانون المدني المصري[12]، حيث ورد أنه: " **لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير**...."، ويفهم من ذلك أنّ المشّرع المصري وضع قاعدة عامة مقتضاها عدم انصراف أثر العقد إلى *الغير*، وأنّ العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا على المتعاقدين.

ثانيا: التعريف الفقهي للغير

يُقصد *بالغير* كل شخص غير المتعاقدين وغير خلفهما العام والخاص، فالخلف العام يكون من *الغير* إذا أثبت أنّ التصرف الصادر من سلفه كان في مرض الموت، وكذلك الوصية إذا زادت عن التركة، والخلف الخاص يكون من الغير فلا تنصرف أثر العقد إليه، في حالة إذا كان العقد قد

[9]Voir l'article 1199 Du code civil français, Dernière modification le 17avril 2024, Documents généré le 26 avril 2024.

[10]بورنان العيد، ضامن عبد القادر، المرجع السابق، ص 407.

[11]Voir Article 1200 du Code Civil Français, Modifié en Avril 2024 op cit.

[12] المادة 152 من القانون المدني المصري من القانون رقم 131 المؤرخ في 29 جوان 1948، المتضمن القانون المدني المصري المعدل والمتمم، صادر في 28 جوان 1948.

أُبرم بعد انتقال الشيء إلى الخلف، أو كان الحق أو الالتزام الناشئ من العقد غير مكمل للشيء أو غير محدد له[13].

يُعتبر **غيراً** الشخص الذي لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا لأحد المتعاقدين، ويسمى *بالغير* الأجنبي أصلا عن العقد، والقاعدة العامة أن آثار العقد لا تنصرف إلى الغير، بمعنى أن العقد لا ينفع الغير ولا يضره، فالعقد بذاته لا يستطيع أن يحمل الغير التزاما، إلا أنّه قد تُرد عليه بعض الاستثناءات وذلك باعتبار أنّ العقد لا يضر الغير هي قاعدة ليست مطلقة، فكما هو معروف لا يمكن للمتعاقدان الأصليان إلزام الغير بعقد لم يكن طرفا فيه[14].

اذ يتبين أنّ *الغير* هوذلك الشخص البعيدعن العقد الذي لم يعبر عن إرادته لا في انعقاد العقد ولا في تنفيذه ، حيث كما يرى الأستاذ " **غستان** " **ان الغير** نوعان، الأول هو الغير الذي لم يعبر عن إرادته لا في التكوين ولا بعده، ولكن يرتبط بآثار العقد بنص القانون (حالات الدعوى المباشرة كالمقاول من الباطن وغيرها)، أما في ما يخص الثاني فهو *الغير* المطلق الذي لا تتوفر فيه أي حالة من الحالات السابقة، فلم يعبر عن إرادته مطلقا ولم يرتبط بالعقد بنص قانون[15].

يتحددُ المقصود *بالغير* وفق مبدأ نسبية آثار العقد، بحسب مضمون مبدأ نسبية آثار العقد نفسه، فأثر العقد لا ينصرف إلا إلى الأطراف، أو من كان في حكمهم، كالخلف العام والخاص[16]، وهذا ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة 142 من القانون المدني العراقي[17].

---

[13] السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، ط 01، دار الهدى، الجزائر 2004، ص 328.

[14] السعدي محمد صبري، المرجع نفسه، 328.

[15] يوسفي كهينة، سلايم عبد الله، <<التمييز بين مفهوم الطرف في العقد ومفهوم الغير في ظل نسبية العقد >>، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، عدد01، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2019، ص 71.

[16] عواد خلف الذيابي لمياء ، صدام فيصل كوكز المحمدي، <<آثار العقد بوصفه واقعة تجاه الغير >>، دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، ، المجلد 14،عدد 01، كلية القانون، جامعة بجاية، 2023، ص 75.

[17] أنظر في ذلك الفقرة 01 و02 من المادة 142، من القانون المدني العراقي، رقم 40 لسنة 1951.

يتبيّنُ على ضوء ما تقدم أنّ *الغير* عنصر أجنبي عن العقد، وهذا ما دام أنّه لم يكن طرفا أو متدخلا فيه أو خلفا خاصا أو دائناً، وأجنبية الغير يفرضها مبدأ نسبية أثر العقد، فلا يجوز بموجب هذا المبدأ أنّ يُلزم الغير بالعقد، ولا أن يكسب بموجبه حقاً، ولكن في نفس الوقت فإّن هذا العقد قد يكون ذا تأثير على الغير، إذ أنّ قاعدة عدم سريان العقد على الغير غير مطلقة وترد عليها استثناءات معينة[18].

عَرّف الدكتور "**أنور سلطان**" الذي هو من فقهاء القانون المدني *الغير*بأنّه من لم يكن طرفا في العقد، أما الفقيه الدكتور "مصطفى الزرقاء" فقد عرّفه كما يلي: " **هو من لم ينفذ العقد في حقه** "[19]، بينما ذهب الفقيه "Josserand " لتعريفه كما يلي: " ***الغير* هو الشخص الذي لا تربطه أية علاقة التزام بأحد أطراف العقد لا في الحاضر ولا في المستقبل، ولا يكون كذلك طرفا في العقد لا أصالة ولا نيابة**"[20].

يُفهم *بالغير* في الفقه التقليدي بأنّه كل شخص خارج عن نطاق العقد، أي لا يعد من طرفي التعاقد، فهو من لم يساهم في تكوين أو في صياغة العلاقة التعاقدية، فهو بذلك يكون أجنبي تماما عن العقد، مع العلم أنّ العلاقة التعاقدية لا تمس إلا من ساهمت إرادته في تكوينها، ومن جهة أخرى إذا كان أثر العقد ليس له أي علاقة بالغير، فإنّ هذا لا يعني عدم تأثر *الغير* بالعقد وذلك بسبب حجية العقد، فالمنطق أنّ الغير لا يتحمل الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد[21].

يتطلبُ تحديد الغير وفق الاتجاه التقليدي كواقعة مادية على أساس شكلي ووفق معيار شخصي، أي كل من قام بالمساهمة في تكوين وصياغة العقد يعتبر من الغير ويخرج عن نطاق

---

[18]عواد خلف الذيابي لمياء، صدّام فيصل كوكز المحمدي، المرجع السابق، ص.ص 79-80.

[19] الزرقاء مصطفى، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، دار الفكر، 2000، ص 429.

[20]محمد صبري خاطر، الغيرفي العقد، دراسة في النظرية العامة، للالتزام، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2001 ،ص 90

[21] خليل إيمان، حماية الغير في العقود، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، تخصص عقود مدنية وتجارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة إبن خلدون، تيارت، 2019، ص 48.

العقد، وهذا الاتجاه اهتم بالناحية الشّكلية وأهمل الارتباط الموضوعي الذي يتعلق ويربط بين التّصرف الأصلي والتّصرفات التي تكون كوسيلة من أجل تنفيذ ذلك التّصرف[22].

وفق الفقه الحديث يمكن تعريف *الغير* بأنّه الشخص الذي لم يساهم في تكوين العلاقة العقدية، وإنّ كانت مساهمته من خلال تنفيذ تلك العلاقة عبر مجموعة من التصّرفات القانونية الواردة على محل أو مال واحد، بُغية تحقيق هدف مشترك، فتم تعريفه أنّه الشّخص الذي يُصاب بضرر من العلاقة التعاقدية باعتبارها واقعة مادية، وهذا ليس الغير في إطار الأثر الملزم وإنّما في مجال فكرة السّريان[23].

الفرع الثاني

فئات الغير

يُوجد توافق حول فئات وأصناف *الغير* إذ أنّ هناك إجماع فقهي حول وجود نوعين من الغير، ويتمثلان في كل من الغير المتفق عليه الذي يشمل الغير المطلق الأجنبي تماما والغير النسبي (أولا)، وكذلك الفئة الأخرى للغير وهي الغير المختلف فيه الذي يشمل الخلف الخاص من الغير والدائن العادي من الغير(ثانيا).

أولا: الغير المتفق عليه

يُوجد إجماع فيما يخص *الغير* المتفق عليه ويندرج ضمن هذه الفئة صنفان هما الغير المطلق بمعنى الذي تطلق عليه كذلك تسمية الغير الأجنبي تماما(01)، إضافة إلى ذلك النوع يوجد الغير النسبي أو ما يسمى النسبي *الغير*المطلق(02).

[22]خليل إيمان، المرجع السابق، ص 49.

[23] المرجع نفسه، ص 49.

1- الغير المطلق

أجمعَ الفقه على أنّ أثر العقد لا تنصرف إلى طائفة معينة من الأشخاص ويطلق على هؤلاء تسمية طائفة الغير " الأجنبي " أو " المطلق "، وتنطبق عليهم نسبية أثر العقد، ويمكن القول أنّه ليس مدين ولا دائن، لأنّ إرادته لم تشارك في إبرام العقد، غير أنّ مفهوم الغير المطلق بالنسبة للعقد قد تطور فالشخص الذي كان يوصف بالغير على أساس أنّه لم يساهم بإرادته في تكوين العقد قد يحتل مركزا بالنسبة لتنفيذه[24].

يُعرّف الأستاذ "JOSSERAND" **الغير** الأجنبي بأنّه: " **الشّخص الذي لا تربطه أية علاقة التزام بأحد أطراف العقد لا في الحاضر ولا في المستقبل**"[25]، لذلك فلقد ذهبت المادة 1165 من ق.م.ف[26]، التي تقضي بأنّ العقد لا ينفع الغير ولا يضره، وأنّ العقد الذي يبرم بين "أ" و"ب" لا يعنيني في شيء فهو يعني فقط غيري.

يقولُ الأستاذ "ويل" أنّ *الغير* المطلق هو الذي لم يكن خلفاً عاماً أو خاصاً أو دائناً لأحد طرفي العقد بل هو أجنبي ابتداء، فهو تقريبا يبقى البعيد عن دائرة التعاقد ويتأثر بالعقد بصورة غير مباشرة[27].

2- الغير النسبي

تتجلى صورة *الغير* النسبي في الخلف العام والخلف الخاص، فالخلف العام هو كل من يخلف السلف في ذمته المالية كلها، وهو الوارث في حصة التركة والموصى له بحصة منها، وهذا

[24]حليمي ربيعة، الغير في العقد، دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2017، ص 22.

[25]آدم جمعه عمار سالم، مفهوم الغير في نطاق المسؤولية العقدية، مذكرة لنيل درجة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون مدني، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2010، ص. ص09-10.

[26]Voir L'article n°: 1165 Du Code Civile Français, Op.cit.

[27]آدم جمعه عمار سالم، المرجع السابق، ص 10.

الخلف لا يكتسب هذه الصفة إلا عند وفاة السّلف[28].

الرّاجح في هذا السياق أنّ الخلف العام لا يظهر إلا بعد وفاة الشخص الطرف في العقد، فطالما أنّ الطرف في العقد مازال على قيد الحياة فلا ورثة له وإنّما فقط ورثة مفترضين وهم بهذه الصفة لا يكونوا إلا من الغير، وعند وفاة الطرف في العقد يكتسب هؤلاء الورثة صفة الخلف العام لسلفهم، فتنصرف إليهم آثار العقد الذي أبرمه سلفهم[29].

يُعدّ خلفاً خاصاً كل من تلقى من سلفه حقا عينيا أو شخصيا، وإنّ كان يُغلب أنّ يكون الحق المنتقل إلى الخلف حقا عينيا مثل المشتري والموهوب له والموصى له، إلا أنّه لا يوجد ما يمنع أنّ تكون الخلافة نتيجة إنتقال حقا شخصيا كما هو الحال في حوالة الحق، فالمُحال إليه هو خلف خاص للمحيل في المحال به، إلا أنّ الخلف الخاص لا يعتبر من الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها سلفه، وتتصل بالشيء الذي إنتقل إليه[30].

ثانيا: الغير المختلف فيه

يُوجد خلاف فقهي حاد حول وصف الخلف الخاص والدائن العادي، فيما إذا كان وصف الغير يشملهما، وهذا في ظل وجود غموض قانوني كذلك فيما يخص مدى إعتبار الخلف الخاص من الغير (01)، ومدى اعتبار الدائن العادي من الغير(02).

1- مدى اعتبار الخلف الخاص من الغير

واضح أنّ الخلف الخاص لا يعتبر من *الغير* بالنسبة للعقود التي يبرمها سلفه، وتتصل بالشيء الذي إنتقل إليه وتعتبر من مستلزماته، وكذلك بالنسبة للعقود التي أبرمها سلفه، والمتصلة بالعين التي إنتقلت إليه وكان عالما بها، وهذا طبقا ق.م.ج، وأغلب التشريعات والقوانين الأخرى[31].

[28]أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات ، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1999، ص 195.
[29]محمد قاسم حسن، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، الاسكندرية ، 2018، ص 102.
[30]إبراهيم نبيل سعد، مصادر الإلتزامات، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، د ب ن،2007، ص 334.
[31]حليمي ربيعة، المرجع السابق، ص 28.

كما أنّ الخلف الخاص هو الذي تلقى من المتعاقد حقا عينيا على مال معين كالمشتري والموهوب له يتلقى ملكية الشيء أو حق الانتفاع عليه مثل الشفيع بالنسبة لما يعقده جاره من تصرفات في العقار الحائز الذي أخذ بالشفعة، ومشتري العقار بالنسبة لعقد البيع لهذا العقار ذاته، من بائع أخر إلى مشتري آخر، رغم عدم وجود رابطة عقدية بينه وبين المتعاقدين[32].

يتلقى الخلف الخاص من سلفه ملكية شيء محدد أو حق عيني آخر عليه، أو حق شخصي كان سلفه دائنا به من قبل، فالمشتري يعتبر خلفا خاصا للبائع بالنسبة للشيء الذي إشتراه وكذلك الموهوب له يعتبر خلفا خاصا للواهب له، والمنتفع يخلف المالك في حق الانتفاع الموصي له يخلف فيها الموصي[33].

كما أنّ الخلف الخاص لا يعتبر من الغير إلا استثناءا، وهذا في حالة إذا ما لم تتحقق الشروط المنصوص عليها في القانون، وهي شروط انتقال آثار العقود التي يبرمها السلف مع الغير إلى الخلف الخاص[34].

2- مدى اعتبار الدائن العادي من الغير

يقولُ الأستاذ " **رضا متولي وهدان** " وهو مؤيد لفكرة اعتبار الدائن العادي من الغير: " **إن الدائن العادي يختلف عن الخلف في بعض الزوايا، حيث لا ينتقل إليه الحق والالتزام الذي يعقده مدينه،ولكن يمكن له فقط استعمال هذه الحقوق باسم المدين طالما أنها ثابتة في ذمته، واستخدامها يكون بالدعوى الغير المباشرة في القانون المدني، فهو من الغير**"[35].

الراجح أنّ **الدائن** العادي لا يعتبر خلفا عاما لعدم تلقيه حقوق من السّلف، أو نسبة معينة منها، كما أنّه ليس خلفا خاصا لأن فكرة الخلافة يقصد بها انتقال حقوق من شخص إلى آخر، ولا

[32]بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016، ص147.

[33]السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 221.

[34]حليمي ربيعة، المرجع السابق، ص 36.

[35] متولي وهدان رضا، إنتقال آثار العقد إلى الخلف الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص 34.

يوجد مثل ذلك بين الدائن والمدين، وبالتالي يصبح الدائن العادي من الغير؛ لأنّ الوسائل التي وفرها المشّرع لحمايته من تصرفات المدين هي مقررة لمصلحة الغير[36].

يُصنّف بعض الفقهاء فئة الدائنين العاديين في خانة الغير الأجنبي،إذ ليس للدائن علاقة بالقوة المُلزمة للعقد، ويمكنه المشّرع إذا ما توافرت فيه الشروط القانونية لممارسة بعض الدعاوي مثل الدعوى الغير المباشرة، والدعوى البوليصية، ففي جميع الدعاوى يلحق أثر العقد بالدائن العادي، بحكم القانون تطبيقا لمعنى دعاوى الضمان العام، ولكنه ليس ضمن الأطراف الذين بإمكانهم تعديل العقد أو إنهائه ولا ضمن الخلف العام أو الخاص؛ وفي غير هذه الصور ليس للدائن أن يُدعي حقا على العقد بل يجب اعتباره غيرا يُعارض بالعقد أو يستفيد باعتباره واقعة قانونية فقط[37].

الفرع الثالث

تمييز الغيرعن للمتعاقدين والخلف

يكونُ الشخص في إطار العلاقة التعاقدية والعقد بصفة عامة إما طرفا من الأطراف المساهمة والمشاركة في قيام العقد بمعنى المتعاقدين (أولا)، وهنا تنعدم فيه صفة الغير، كما قد يأخذ المعني بالعقد صفة الخلف سوءا كان خلف عام أو خاص (ثانيا)، وفي كلا الحالتين لابد من تمييزهما عن مصطلح الغير.

أولا: تمييز الغير عن المتعاقدين

يُندرجُ ضمن فئة المتعاقدين كل الأشخاص والأطراف الذين شاركوا في قيام العقد، وكل الأشخاص الذين أرادوا أن يُصبحوا دائنين أو مدينين بالأثر الملزم للعقد، وهم الذين ارتضوا بإرادتهم

---

[36]زبلان سمير ،<<إعتبار الخلف العام والخاص والدائن العادي من الغير >>، مجلة صوت القانون، ، المجلد 09، عدد01 ، جامعة الجزائر 01، 2022، ص 1478.

[37]يوسفي كاهينة، << المركز القانوني للدائن العادي في مواجهة مبدأ نسبية أثر العقد >>، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 12، عدد01، جامعة مستغانم، الجزائر، ماي 2019، ص 131.

الالتزام بالآثار الملزمة للعقد[38]، وفي هذا السياق لابد من تقديم تعريف للطرف (01)، مع ضرورة إبراز معايير تحديد صفة الطرف (02).

1- تعريف الطرف

يُعتبر الطرف في العقد الشخص الذي عبر عن رضاه بالعقد أصالة أو نيابة، إتفاقا أو قانونا، فهو الذي حضر بشخصه تكوين العقد، وكذلك هو الشخص الذي كلف الغير بتمثيله في العقد أو صحّ تمثيله قانونا، ولا يعين الطرف إلا على مستوى تكوين العقد، ومنه يعدّ طرفا في العقد كل من أراد العقد أصالة أو نيابة أو ألحق قانونا بدائرة الأطراف، ولهذا الطرف الحق في تعديل بنود العقد أو إنهائه بعد الاتفاق مع الطرف الآخر[39].

يُعتبر أطرافا في العقد كل الأشخاص الذين شاركوا في إبرام العقد وقيامه، فهو يلزمهم بالتزامات كما يكسبهم أيضا بحقوق، إلا أن أطراف العقد ليسوا دائما من يتولوا إبرامه فقد يبرمه شخص آخر ينوب عن الطرف الأصلي وهذا ما تضمنته قواعد النيابة، كما تثبت صفة المتعاقد لمن ساهم في إبرام العقد عن طريق الإيجاب والقبول للعناصر الأساسية، وعلى هذا الأساس فإن المتعاقدان هما طرفا العقد اللّذان قاما بإبرامه باسمهما ولحسابهما؛ فهو يلزمهما بالتزامات كما يكسبهم حقوقا[40].

2- معايير تحديد صفة الطرف

قام الفقهاء بربط مفهوم الطرف بعدة معايير بهدف تحديد ما إذا كان الشخص طرفا في العقد أم لا، وهناك إجماع واضح من طرف الفقهاء على أنّ معيار الإرادة ومعيار المصلحة هما الواجب الاعتماد عليهما بشكل مطلق؛ بُغية التحديد التام لصحة ما إذا كان الشخص طرفا في

---

[38]أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2016، ص 209.

[39]كحلون علي، النّظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطرش للنشر والتوزيع، تونس، 2009، ص 331.

[40]عزاز شريفة، مبدأ نسبية أثر العقد في مواجهة المتعاقدين والأغيار، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2020، ص 07.

العقد من عدمه، لأنّ الطرف المتعاقد هو من يعبر بالتصرف عن مصلحة ذاتية قانونية ومباشرة فيتأثر بأحكامه[41].

إعتماداً على معيار الإرادة إنّ أطراف العقد هُم كلّ من يؤسسون العقد بموجب إتفاق أو محظ إرادتهم، وكل من يساهم في العقد و يريد ذلك، هذا حسب ما يراه الفقيه الأستاذ ويل " [42].

تُعتبر الإرادة الأساس العام للتصرفات القانونية، فلا مجال لقيام الالتزام إلاّ إذا أراد الشّخص، وعليه كل من يتمتع بإرادة سليمة مستوفية الأركان والشروط القانونية، يُمكن أن يوصف صاحبها بطرف العقد، والإرادة هي الركن الأساسي في التصرف القانوني، وهي التي تساهم في تكوينه، وتُرتَب الآثار القانونية عليه؛ إلاّ أن هذه الإرادة يجب أن تكون نابعة من شخص يتمتع بالشّخصية القانونية[43].

يُشكل معيار المصلحة عنصر جوهري رئيسي، فالعقد كما نعلم هو وليد حاجات مختلفة يجتهد المتعاقدان من أجل السّعي لتلبيتها، لذلك فالتّفاوض يسبق العقد لإجراء نوع من التّسوية بين المصالح المتعارضة، فقط يجب أن تكون مصلحة حقيقية وجادة وذات قيمة مع ضرورة القيام بموازنة مع المصالح المتعارضة، لذلك يقتضي وصف الشخص بصفة الطرف في العقد توافر معيار الإرادة والمصلحة[44].

ثانيا: تمييز الغير عن الخلف

يشملُ الخلف كل الذين يندرجون في حكم المتعاقد،والنطاقات التي تنصرف إليها آثار العقد هما الخلف العام والخلف الخاص، كلا النوعين يختلفان عن *الغير*، وهنا دعت الضرورة إلى

[41]عصمان الحو هشام، الغير في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019، ص 08.

[42]WEILL (A), Droit civil, Introduction générale, 4 éditions, D. Paris, 1989, p 334.

[43] عصمان الحو هشام، المرجع السابق، ص 08.

[44]نسير رفيق، محاولة من أجل: نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 184.

تمييز *الغير* عن الخلف العام" 01 "، وكذلك الخلف الخاص الذي يخلف سلفه فتنتقل الحقوق إليه وتمسّه آثار العقد " 02 ".

1- تمييز الغير عن الخلف العام

إهتم الكثير من الفقهاء بتعريف الخلف العام، فمنهم من عرّفه بأنّه: " **من يخلف السلف في ذمّته الماليّة، كلها أو بعضها، باعتبارها مجموعة من الأموال، كالوارث والموصى له بحصة معيّنة، كالثّلث أو ربع** "، ومنهم من قام بتعريفه بأنّه: " **من يخلف الشّخص في كلّ حقوقه أو جزء منها، وقد يكون وارثًا أو موصى له بجزء من التّركة** "، وهناك أيضا من قال أنه :" **يُقصد بالخلف كل من يتلقى حقاً عينياً أو شخصياً من شخص آخر، وهو ينقسمُ إلى خلف عام يتلقى من غيره جميع أمواله أو حصة منه، وخلف خاص يتلقى من غيره مالاً معينا من أمواله** "[45].

ورد في نص المادة 108 من ق.م.ج، أنّ أثر العقد ينصرف إلى الخلف، فإذا كان السلف قد أبرم عقدا ترتبت عنه حقوق والالتزامات، فإنها تمتد إلى خلفه العام، فيتمتع بما أكسبه خلفه من حقوق، ويُنفّذ ما عليه من التزامات، تطرقت كذلك المادة المذكورة أعلاه إلى الحالات الاستثنائية التي لا ينصرف إليها أثر العقد إلى الغير، وهي حالات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام مع احتفاظه بصفة الخلف[46].

تُعرف الحالة الأولى التي لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الغير بحالة نص القانون، مثلما هو الحال في المادة 439 من ق.م.ج التي تنص على ما يلي: " **تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو بإعساره أو إفلاسه** "[47].

---

[45] الدّفراوي عصام عبد العزيز، أثر الوفاة على عقد الوكالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2018، ص 57.

[46] المادة 108 من ق.م.ج، المرجع السابق.

[47] المادة 439 من.م.ج، المرجع نفسه.

نصّ كذلك القانون على حالات أخرى وردت في المادة 586 من ق.م.ج[48] فيما يتعلق بعقد الوكالة، كذلك ما تعلق بحق الانتفاع وانقضائه في المادة 852 من ق.م.ج[49]، وما تعلق بعقد الإيجار في نص المادة 467 من ق.م.ج، التي تنص على ما يلي: " **الإيجار عقد يُمكّن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الإنتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم**"[50].

يُوجد كذلك تدخل إرادة المتعاقدين كحالة لا ينصرف فيها أثر العقد، وتتمثل في إتّفاق المتعاقدان على عدم جواز انتقال العقد إلى الخلف العام، فالحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد يقتصر أثرها على الشخص المُتعاقد فقط، فلا ينتقل إلى الوارث من بعده، شرط عدم مخالفة الاتفاق للنظام العام والآداب العامة[51].

2- تمييز الغير عن الخلف الخاص

يُقصد بالخلف الخاص من يخلف المتعاقد ببعض ماله على التعيين، ومثال ذلك يظهر في الوصية، حيث يخلف الموصى له في آثار العقد الذي أبرمه الميت قبل وفاته، إذا كانت العين الموصى بها في صدد استكمال آثار عقدها[52].

نصّت المادة 109 من ق.م.ج على ما يلي: " **إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء إنتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق الشخصية تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص بعلم بها وقت إنتقال الشيء إليه** "، وبالتّالي شروط إنصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص تتمثل في ما يلي: أسبقية تاريخ العقد على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص و كذلك تعلق الحقوق

[48] المادة 586 من ق. م.ج، المرجع السابق.

[49] المادة 852 من ق.م ، ج التي تتعلق بحق الإنتفاع، المرجع نفسه.

[50] المادة 439 من ق.م.ج، المرجع نفسه.

[51] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 544.

[52] عدنان بن جمعان بن محمد الزهراني، أحكام التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2016، ص 232.

والالتزامات الناشئة عن العقد بمستلزمات الشيء وكذا علم الخلف الخاص بالحق أو الالتزام وقت إنتقال الشيء[53].

في هذا الصّدد إنّ الغير هو الشخص الأجنبي عن العقد، والذي لا يعتبر من أطرافه المتعاقدة، ولا من خلفهم العام أو الخاص، وينبغي الإشارة أن الدائن العادي يُعتبر من قبيل الغير، وهو ما ذهب إليه بعض الفقهاء وعلى رأسهم السنهوري، الذي يقول أنّه لا يُمكن اعتبارهم لا خلفا عاما ولا خلفا خاصا[54].

المطلب الثاني

المركز القانوني للغير

تتطلّبُ دراسة المركز القانوني الغير في الرابطة التّعاقدية التّحديد الدّقيق له في العلاقة العقدية، من خلال الوقوف عند تطوره وتطبيقات مركز الغير في بعض العقود (الفرع الأول)، مع ضرورة تحديد المركز القانوني للغير في المسؤولية العقدية، كذلك من خلال تسليط الضوء على الشروط وأساس قيامها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تحديد المركز القانوني للغير في العلاقة العقدية

تقتضي محاولة تحديد المركز القانوني للغير في العلاقة العقدية التعرف على تطور مركز الغير في العقد (أولا)، مع إبراز تطبيقاته في بعض العقود (ثانيا).

أولا: تطور مركز الغير في العقد

إنّ من مبررات تطور مركز الغير هو وجود ما يسمى بالترابط بين العلاقات العقدية، ويقصد به أن نشوء كل علاقة واستمرارها وانقضائها يرتبط بنشوء واستمرار وانقضاء العلاقة

[53] المادة 109 من ق.م.ج، المرجع السابق.

[54] عصمان الحو هشام، المرجع السابق، ص.ص 17-18.

الأخرى، وذلك يتحقق عندما ترتبط هذه العلاقات بتحقيق غرض تعاقدي واحد، وهذا ما أدى إلى إقرار نظام الدعوى المباشرة في التشريع، وقد سبقه المشّرع الفرنسي إلى ذلك لما يفرضهُ التّعامل على ضرورة إيجاد علاقة مباشرة بين الأشخاص وإن لم يتعاقدوا بصفة مُباشرة[55].

أدّت كل هذه المبررات إلى تغيُّر مركز ***الغير*** في ظل العلاقة العقدية، مما يقودنا إلى دراسة بعض التطبيقات العملية في ظل المفهوم القديم لمركز ***الغير***، ثم في ظل التطور الذي طرأ على مركز ***الغير*** من خلال دراسة بعض العقود[56].

ثانيا: تطبيقات مركز الغير في بعض العقود

إعترف الفقه التقليدي بأن مبدأ نسبية أثر العقد حقيقية لابد من التّسلُّم بها، بالرّغم من أن القانون لم ينص عليها صراحة، وفي هذا السياق سيتم التطرق إلى تطبيق مركز الغير في بعض العقود في ظل المركز التقليدي له" 01 "، ثم تطبيق مركز الغير في بعض العقود في ظل المركز الحديث " 02 ".

1- المركز التقليدي للغير في بعض العقود

يستطيعُ أن يحصل ***الغير*** على مكانة في العقد بمناسبة تلقيه حقا، ومن ذلك يُمكن أن يُصبح دائناً لمدين المدين ويطالبه بالتنفيذ بدلا عن المدين الأصلي، لكنه في المقابل يبقى غيرا بالنسبة للعقد الثانوي ولا يمكنه مطالبته بالتنفيذ، حيث أن دوره يتوقف على إستفاء حقه من مدين المدين، وأن الدائن الغير يكسب الحق مباشرة ويُطالب به كدائن دون منافسة كل الدّائنين[57].

بدأت تؤسس فكرة التّرابط المتبادل بين العلاقات التعاقدية لنشأة روابط أخرى بين الأشخاص المتولدة بينهم إرتباطات تعاقدية، لم يكونوا أساسا قد أرادوها أو سعوا لتحقيقها، لأنّ

[55]صبري محمد خاطر، المرجع السابق ، ص 253.

[56]حليمي ربيعة، المرجع السابق، ص 49.

[57]الصادق عبد القادر، خليل إيمان، << المركز القانوني للغير في العلاقة التعاقدية >>، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، عدد 02، جامعة المدية، ديسمبر، 2020، ص 31.

الواقع العملي أصبح يدفع أثر العقد خارج الحدود التي قررها له أطرافه، كما أن تحليل تطور مكانة الغير في العقد ينظر إليه من ناحية قصور التّعاريف التقليدية على إرساء دور فعّال له خارج قيود النسبية العقدية، ولعل فكرة الحماية الخاصة للغير كانت أساس تبرير هذا التطور، واعتمادا أيضاعلى مبدأ نسبية أثر العقد المرتكز على أساس حرية التعاقد وصيانة حرية الغير واستقلاليته[58].

2- المركز الحديث للغير في بعض العقود

تُعتبر القاعدة التي تقول بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير قاعدة تقليدية بالية، ويمكن الخروج عنها كلما إقتضى تقديم المعاملات ذلك، كل هذا التطور منح للغير الأجنبي مركزا جديدا في العقد، وهنا نجد مركز الغير في عقد الاعتماد الإيجاري وهو ما يطلق عليه بالفرنسية"LeasingContrat"، حيث أنّه في هذا العقد يؤدي إلى تداخل العلاقات بين ثلاثة أشخاص لتكوين عملية واحدة، كما أنّه وفق للمفهوم التّقليدي لا يمكن تصور أن بين هؤلاء إلا علاقتين عقديتين وهنا أعطي للغير مركزا موضوعيا في العلاقة العقدية، مثلما هو الحال كذلك في مركز الغير في عقد نقل البضائع حيث نجد اشتراط لمصلحة الغير[59].

الفرع الثاني

تحديد المركز القانوني للغير في المسؤولية العقدية

يُنتجُ عن إخلال المدين لالتزاماته العقدية مسؤولية عقدية والتي تشملُ في تطبيقها كل أطراف العلاقة العقدية، ولا يمس الغير عملا بمبدأ الأثر النسبي للعقد حيث لا ينصرف أثر العقد للغير، وهنا يتطلب تحديد المركز القانوني للغير في المسؤولية العقدية إبراز شروط قيام المسؤولية عن فعل الغير(أولا)، ومع وجوب التركيز على أساس هذه المسؤولية (ثانيا).

[58]الصادق عبد القادر، خليل إيمان، المرجع االسابق ، ص 32.

[59]صبري محمد خاطر، المرجع السابق ، ص 276.

أولا: شروط قيام المسؤولية عن فعل الغير

تتمثلُ الشروط المتعلقة بقيام المسؤولية عن فعل ***الغير*** وجود عقد صحيح بين المدين والمتضرر" 01 "، ويتعهد المدين بتنفيذ إلى الغير" 02 "، وكذلك صدور الخطأمن الشخص الذي يدخل في التنفيذ " 03 ".

1- وجود عقد صحيح بين المدين والمتضرر

تقومُ المسؤولية العقدية عند الإخلال بإلتزام عقدي، يختلف بإختلاف ما إشتمل عليه العقد من إلتزامات، ولاوجود لمسوؤلية عقدية إذا لم يقم عقد بين طرفين أخّل أحدهما بإلتزاماته، فينتج عن إخلاله ضرر يصيب الطرف الآخر، ولا يكفي في الواقع وجود عقد لقيام المسؤولية العقدية بل يجب أن يكون هذا العقد مبرما بين المسؤول عن الضرر الذي هو المدين، والمتضرر الذي هو الدائن، ويكون العقد صحيحا ملزما لعاقديه ولا يجوز الرجوع عنه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو بحكم القانون[60].

يجبُ أن يكون العقد صحيحا ويتوفر على الأركان الأساسية واللازمة لذلك وهي التراضي والمحل والسبب[61]، كما لا يكفي وجود عقد صحيح بين المدين والمضرور حتى تترتب هذه المسؤولية حتى ولو توافرت على باقي الشروط، فلا بد أن يجوز للمدين أن يستخدم غيره في تنفيذ إلتزامه التعاقدي؛ فإذا كان ذلك ممنوعا بموجب شرط عقدي أو لأن شخصية المدين كانت محل إعتبار في تنفيذ العقد، أصبحت الإستعانة بالغير خطأ شخصيا تقوم عليه مسؤولية المدين الشخصية، فإذا إلتزم المهندس بعدم الإستعانة بغيره عند إجراء العمل المتعاقد عليه ثم نقض الإلتزام ووقع خطأ من مساعده، أعتبر المهندس مسؤولا شخصيا عن خطأ المساعد[62].

---

[60]قزمار مصطفى محمد نادية، <<حدود المسؤولية العقدية في إطار الإلتزام ببذل عناية وبتحقيق نتيجة >>، مجلة بحوث الشرق لأوسط، عدد 48، جامعة عمان العربية، عمان، 2017، ص.ص 377-378.

[61]حمو زهرة، المسؤولية العقدية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2022، ص 29.

[62]الجبوري ياسين، المبسوط في شرح القانون المدني، ط 01، دار وائل للنشر والتزويع، عمان، 2002، ص 341.

2- تعهّد المدين بتنفيذ التزماته الى الغير

مضمون المسؤولية عن فعل الغير أّن المضرور لا يطالب بإثبات الخطأ في الجانب المسؤول عن غيره خلافا للقاعدة العامة التي توجب إثبات الخطأ في جانب المسؤول، والمسؤولية عن عمل الغير نوعان هما مسؤولية المكلف بالرقابة عن فعل الخاضع للرقابة، و كذلك مسؤولية المتبوع عن عمل التابع[63].

يُشترط لقيام المسؤولية عن فعل الغير أنّ يكون هذا الغير مكلفا من المدين بتنفيذ الإلتزام العقدي، فإذا تدخل الغير في التنفيذ دون أنّ يعهد إليه بذلك، وتسبب في إحداث ضرر للدائن تقوم حينئذٍ المسؤولية التقصيرية وهي مسؤولية عن أفعال تابعه[64].

3- صدور الخطأ من الشخص الذي تدخل في التنفيذ

لا يُشترط في الفعل الضار حتى يرتب مسؤولية فاعله أن يكون محدثه تعمد بسلوكه إحداث ضرر للغير، فالسلوك المخالف يعتبر تعديا سواء كان بقصد منه إحداث الضرر أو بدون قصد، وقد أصبح الخطأ أصلح الأسس التي يُعتمد عليه لوجود المسؤولية التقصيرية خاصة أنها إنفصلت عن المسؤولية الجنائية في القانون الفرنسي، فبذلك يكفي في المسؤولية عن فعل الغير إثبات خطأ هذا الغير إن كان مميزا، دون أن يلتزم المدعي بإثبات خطأ المسؤول[65].

ثانيا: أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير

تقومُ المسؤولية العقدية عن فعل الغير على عدة نظريات من بين أهمها النظرية التقليدية في الخطأ " 01 "، وكذلك نظرية التبعة " 02 "، ونظرية تحمل الضمان " 03 ".

---

[63]محمد الأزهري علي البدوي،(النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام)، الجزء الأول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 288.

[64]الذنون حسن علي، المبسوط في المسؤولية المدنية عن فعل الغير ،دار وائل للنشر، عمان، 2006، ص 78.

[65]أبو الفتوح جمال أبو الخيرمحمد، <<إنتفاء الخطأ في المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي->>، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والإقتصادية، عدد 06، كلية الحقوق، جامعة دمياط، يوليو ،2022، ص.ص 220 344.

1- النظرية التقليدية في الخطأ

يزعمُ أنصار هذه النظرية أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تقوم على أساس خطأ إرتكبهالمتعاقد المدين، حيث أن المدين الذي تعهد للدائن بتنفيذ الإلتزامات التي رتبها العقد عليه، هو ملزم بتنفيذ ما تعهد به بمقتضى القوة الإلزامية للعقد، فإذا لم يقم بتنفيذ ذلك كان مخطئا ووجب مساءلته[66].

2- نظرية تحمل التّبعة

إذا لم يكن من المتصور قيام المسؤولية المدنية دون ضرر على عكس يمكن تصور قيامها من دون الخطأ، وهذه الفكرة المحورية التي تقوم عليها نظرية تحمل التبعة، ولا تشترط هذه الأخيرة للشخص بأن يرتكب فعل خاطئ بل يكفي أن يكون هذا الفعل هو مصدر الضرر الذي أصاب المضرور، وحينها لا يهم أن يكون هذا الفعل خاطئا أم غير خاطئ، وفي كل الأحوال يلتزم بالتعويض[67].

3- نظرية الضمان

تُعتبر نظرية الضمان من النظريات الجادة التي طرحها الفقه الفرنسي الحديث وخاصة الفقيه " Starck" في صدد محاولاته إيجاد أساس بديل للمسؤولية المدنية غير فكرة الخطأ، التي أصبحت متجاوزة، ولقد نادى بعض الفقهاء إلى إقامة مسؤولية على أساس الضمان، وذلك تأسيسا على أنّه ما دامت وظيفة المسؤولية هي التعويض، فإنه يجب مراعاة المضرور وما أصابه من ضرر، وما إذا كان يتسم بالخطأ أم لا[68].

---

[66]حليمي ربيعة،المرجع السابق، ص 74.

[67]بن الزوبيرعمر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، فرع قانون خاص، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 01، 2017، ص 14.

[68]Starck Boris: Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine prive, thèse paris, 1947, p 38.

المبحث الثاني

مظاهر إمتداد آثار العقد إلى الغير

يُعتبر ***الغير*** أجنبيا عن العقد طالما لم يكن طرفا فيه أو خلفا، ومن المعروف كذلك أنّ العقد لا يرتب إلتزاما في ذمة الغير، وفي ظل هذا الإقصاء التام للغير من العلاقة العقدية دفعت الضرورات العملية الفقه والقانون لمحاولة إدراج الغير في العلاقة العقدية، وذلك من خلال إلزامه ومنحه حقوقا، والمظهر الدّال على هذا هو إمتداد آثار العقد إلى الغير من خلال ما يعرف بالتعهد عن الغير(المطلب الأول)، و كذلك مظهر آخر لإنصراف آثار العقد للغير وهو الإشتراط لمصلحة الغير في الرابطة العقدية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعهد عن الغير

يُعتبر التّعهد عن ***الغير*** أثر من آثار العقد ومن التصرفات القانونية التي يرتب عليها القانون آثار ويكون هناك تعهد عن الغير إذا تعهد شخص نحو آخر بأن يجعل شخصا ثالثا يدعى الغير يقبل بعمل ما، والإختلاف بين التعهّد عن الغير والوكالة يكمن في أن الكفيل يضمن تنفيذ إلتزام المدين بعد أن يكون هذا الإلتزام نشأ في ذمته، أما المتعهد فيضمن إنشاء الإلتزام في ذمة الغير ولا يضمن تنفيذه، كما أن الكفيل إذا دفع الدين يرجع به على المدين أما المتعهد عن الغير إذا دفع تعويضا لعدم قبول الغير للتعهد فإنه لا يرجع على الغير بشيء، و يجب توضيح وتقديم تفصيل حول هذا التّصرف القانوني لذا لابد من إعطاء تعريف للمتعهّد عن الغير قانونياً وفقهياً (الفرع الأول)، وبيان الطبيعة القانونية لإلتزام المتعهد(الفرع الثاني)، و إبراز شروط التّعهد عن الغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف التعهد عن الغير

يندرجُ التعهد عن ***الغير*** ضمن التّصرفات القانونية المميزة، والتي تثير جدلا واسعا في نفس الوقت رغم أنه أثر من آثار العقد الخاضعة للنسبية، ويتضمن التعهّد عن الغير إلتزاما شخصيا تجاه المتعهد له بالحصول على رضا صاحب الشأن، فالمتعاهد يتصرف باسم الغير حيث يظهر بمظهر المتولي لشؤون الغير، لذلك تقتضي الدراسة المثلى لموضوع التعهد عن الغير تسليط الضوء على مفهومه من الجانب الفقهي(أولا)، مع ضرورة تقديم تعريف كافي له من الجانب التشريعي (ثانيا).

أولا: التعريف الفقهي للتعهد عن الغير

عَرّف أهل الفقه التعهد عن ***الغير*** أنّه معالجة موقف لا يمكن فيه الحصول على رضا من ذي شأن لسبب ما، فيلتزم عنه غيره مثل شركاء في الشيوع يتصرفوا في الشيء المشترك بينهم، وفيهم قاصر أو محجوز عليه أو غائب لا يمكن إنتظاره خوفا من ضياع الصفقة، ففي هذه الحال يتعاقد الشركاء أولا عن أنفسهم وملتزمين عن غيرهم، مما لا يمكن التعاقد معه مباشرة[69].

يُعرف التعهد عن الغير في الفقه أنه إتفاق يتعهد فيه أحد الطّرفين بأن يجعل شخصاً من الغير من قِبَل الطرف الآخر[70]؛ زيادة على ذلك يعتبر هذا الأخير خروجا عن المبدأ العام فالأصل في التصرف أنّ ينصرف إلى من قام به، فالشخص يلتزم بإرادته دون أنّ يلزم غيره[71]؛ ذلك أنّ له قوة ملزمة، فالحقوق والإلتزامات المترتبة عن العقد تقتصر على المتعاقدين دون سواهما،

---

[69]الجمال مصطفى ، مصادر الإلتزام، ط 02، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999،ص 233.

[70] زواوي فريدة ، مبدأ نسبية العقد، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر، 1992، ص 162.

[71]منصوري ليندة، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، تخصص قانون خاص معمق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2015، ص 58.

وإستثناءعلى ذلك فإنّ أثر العقد يمتد إلى الغير[72]، والمتعهد لا يقصد من التعهد إلزام الغير به، وإنما يحمل فقط الغير على التعاقد مع المتعهد له[73].

يتّضحُ أنّ التعهد عن ***الغير*** نظام صاغته الصناعة الفقهية الغربية ولا وجود له في الفقه تقريبا، ولكن أستبدل هذا النظام بنظام آخر وهو تعاقد الفضولي، فالفضولي يستطيع أنّ يتعاقد على شأن من شؤون غيره باسم الغير، كأنّ يبيع ماله أو أن يشتري له، وفي هذه الحالة يقوم العقد بين الغير وبين المتعاقد معه الفضولي صحيحا، ولكن يكون موقوفا على إجازة هذا الغير فإنّ أجازه نفذ وإنّ لم يجزه أعتبر وكأنه لم يكن[74].

ثانيا: التعريف التشريعي للتعهد عن الغير

يُعرّف التعهد عن ***الغير*** بأنّه عقد يتعهد بمقتضاه شخص لأخر بأنّ يجعل شخصا ثالثا من الغير يتعاقد معه، كأنّ يتصرف الشركاء المشاعين في المال الشائع بالبيع، وقد يكون أحدهم غائبا أو قاصرا، وهم يخافون من وراء ذلك ضياع صفقتهم، فيبرمون العقد بالأصالة عن أنفسهم ويتعهدون للمشتري بالحصول على موافقة الغائب حين عودته أو القاصر عند بلوغه في الحصة المتبقية[75].

تطرّق المشّرع الجزائري لنظام التعهد عن ***الغير*** وهذا للأهمية التي يكتسبها في الواقع العملي، من تبسيط إجراءات التعاقد وضمان تكافئ الإلتزامات وتعويض الخسارة المُحتملة وغيرها من الأسباب الدّافعة إليه، من غياب الغير المتعهد عنه أو نقص أهليته....

نصّت المادة 114 من ق.م.ج على أنّه: " **إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من تعهد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلّص من التّعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما إلتزم به، أمّا إذا قبل الغير هذا**

[72] زواوي فريدة ، المرجع السابق، ص 161.

[73] منصوري ليندة،المرجع السابق، ص 54.

[74]الجمال مصطفى ، المرجع السابق، ص 243.

[75]الفار عبد القادر، أحكام الإلتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان2004، ص 190.

التّعهد فإنّ قبوله لا ينتج أثرا إلّا من وقت صدوره ما لم يتبيّن أنّه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الّذي صدر فيه التّعهّد"، نجد بموجب هذه المادة أضاف المشّرع الجزائري حكما أخرا يجنب المتعهد تحمل الضرر الناتج عن عدم إقرار المتعهد عنه، وهو أن يقوم المتعهد نفسه بتنفيذ ما إلتزم به عن الغير.[76]

يظهر من الوهلة الأولى أنّ التعهد عن ***الغير*** في هذا القانون هو؛ إستثناء عن مبدأ نسبية العقد، ولكن عند النظر في شروط قيام التعاهد عن الغير، والآثار التي يرتبها يتضح لنا أن هذا الوضع القانوني، هو صورة تطبيقية للقاعدة العامة المتعلقة بقصور حكم العقد على عقديه، بالنسبة المشّرع الفرنسي فقد أورد التعهد عن الغير في المادة 1165 من ق.م.ف[77]، حيث أقر بشكل صريح تماما أنّ العقود لا تضر بالغير ولم يستثني التعهد عن الغير[78].

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لإلتزام المتعهد

يختلفُ التعهد عن ***الغير*** عن العقد الذي تجاوز فيه النائب حدود نيابته، فبينما يتحمل المتعهد بالإلتزام الوارد في عقد التعهد بالحصول على رضا الغير، فإن النائب حينما يتجاوز حدود نيابته لا يتقيد بالإلتزامات الواردة في العقد، طالما أن نية المتعاقدين لم تنصرف إلى ذلك، والأصل أنّ إلتزام المتعهد بالحصول على رضا الغير إلتزاما بتحقيق نتيجة، وبذلك يكون المتعهد مخلا بإلتزامه، إذا رفض الغير أنّ يلتزم، حتى ولو كان قد بذل عناية الشخص العادي للحصول على رضا الغير[79].

يلتزم المتعهد بإسمه الحصول على رضا ***الغير*** فلا يتم التعاقد باسم الغير، فبالتالي ليس للمتعهد صفة النائب عن هذا الغير، ومن هنا فإنّ التعهد عن الغير يختلف عن العقد الذي تجاوز

---

[76] المادة 114 من ق.م.ج..المرجع السابق.

[77]المادة 1165 من ق.م.ف، المرجع السابق.

[78]بورنان العيد، ضامن عبد القادر، المرجع السابق، ص. ص 408 409.

[79]حليمي ربيعة، المرجع السابق، ص 84.

فيه النائب حدود نيابته، فبينما يتحمل المتعهد بالإلتزام الوارد في عقد التعهد بالحصول على رضا الغير[80]، وليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أنّ يكون إلتزام المتعهد هو إلتزام ببذل عناية، فيكفي أنّ يبذل المتعهد عناية الرجل العادي حتى ولو لم ينجح في الحصول على عناية الرجل العادي[81].

الفرع الثالث

شروط التعهد عن الغير

يستلزمُ قيام التعهد عن ***الغير*** توافر مجموعة من الشروط التي تتمثل أساسا في ما يلي:

- أنّ يتعاقد المتعهد بإسمه لا باسم الغير الذي يتعهده وهذا ما يميزه عن الوكيل والفضولي فالوكيل يعمل بإسم الأصيل، فينصرف أثر العقد إلى الأصيل لا إليه، والفضولي يعمل باسم رب العمل ولمصلحته فيلتزم بعمله إذا توفرت شروط معينة، بينما المتعهّد عن الغير يتعاقد بإسمه وينصرف أثر العقد إليه لا لغيره.
- أنّ تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه لا إلى إلزام الغير، لأنّه لا يمكن إلزام شخص بعقد لم يكن طرفا فيه.
- أنّ يلتزم المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد، فإلتزام المتعهد إلتزام بتحقيق غاية، وليس إلتزاما ببذل عناية، فلا يكفي أنّ يبذل المتعهد ما في وسعه لحمل الغير على قبول التعهد، بل يجب أنّ يصل فعلا إلى أن يجعل الغير يقبل التعهد، فإذا قبل الغير إنتهى إلتزام المتعهد، ولا يكون على المتعهد بعد ذلك أنّ يكفل تنفيذ الغير للتعهد. يستطيع الغير أنّ يقبل التعهد أو يرفضه لأنّه أجنبي عن التعهد، ولهذا كان التعهد عن الغير تطبيقا للقواعد العامة، فإذا قبل

[80]أحمد شوقي عبدالرحمان، النظرية العامة للإلتزام (المصادر الإدارية، وغير الإدارية للالتزام العقد، الإرادة المنفردة المسؤولية المدنية، الإثراء بلا سبب) ، مصر ، 2008، ص 607.
[81]أحمد شوقي عبد الرحمان ، المرجع نفسه، ص 608.

الغير التعهد قام عقد جديد بينه وبين من تعاقد مع المتعهد، وهذا القبول قد يكون صريحاً أو ضمنياً[82].

يستلزمُ ليكون هناك تعهد عن الغير توفر شروط معينة تم التعرض لها من الجانب الفقهي والتي تتمثل أساسا في: أنّ يتعاقد المتعهد بإسمه الشخصي لا باسم الغير الذي يتعهد عنه، وبذلك يلاحظ الفرق بينه وبين الوكيل والفضولي، فبالنسبة للوكيل فإنّه يعمل باسم الأصيل بحيث ينصرف أثر العقد إلى هذا الأصيل وليس إلى الوكيل، كما أنّ الفضولي يعمل باسم رب العمل ولمصلحته، فيلزم بعمله، بينما المتعهد يعمل بإسمه الشخصي وتمسه آثار العقد شخصيا[83].

يُشترط كذلك أنّ تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه لا إلى إلزام الغير، فإنّ كان يقصد غير ذلك أي إلزام الغير بمعنى المتعهد عنه بقبول التعهد، كان عقده باطلا، إذ القانون لا يجيز أنّ يلزم شخص بدون إرادته، كما لابد من إلتزام المتعهد بحمل الغير الذي تعهد عنه على قبول هذا التعهد، بمعنى أنّ المتعهد في هذا المقام يلتزم بعمل، كما أنّ الغير إذا قبل التعهد فإنه يلتزم عندئذٍ بهذا التعهد، وقد يكون محل هذا الإلتزام عمل كأن يقوم ببناء منزل، أو الامتناع عن عمل كالامتناع عن المنافسة[84].

المطلب الثاني

الإشتراط لمصلحة الغير

أكدالمشّرع الجزائري صراحة جواز الإشتراط لمصلحة الغير، دون تحديد الحالات التي تقتصر عليها، كما أنّ الإشتراط لمصلحة الغير قاعدة غير محددة بحالة معينة في التشريع الجزائري، ويتطلب الإشتراط لمصلحة الغير وجود أشخاص ثلاثة المعنين وهم المشترط والمتعهّد والمنتفع، ولمعرفة الإشتراط لمصلحة الغير وجب تقديم تعريف له(الفرع الأول)، وبيان طبيعة

[82]أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، الإلتزامات المترتبة على التعاقد وأسباب فسخ العقود في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص 103.

[83] كساب مروان ، الخطأ العقدي وآثار العقد، د د ن ، دمشق، 2000، ص 123.

[84] أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 609.

الإشتراط لمصلحة الغير(الفرع الثاني)، مع تسليط الضوء على الشروط الأساسية لاشتراط لمصلحة الغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الإشتراط لمصلحة الغير

إذا أبرم شخصان عقدا وإشترط أحدهما فيه على الآخر حقا لشخص ثالث يستمده من العقد مباشرة، فلا يمر في ذمة المشترط، فالإشتراط لمصلحة الغير عمل قانوني يتم بين شخصين، ولكن تنفيذه يتعلق بثلاثة أشخاص هما المتعاقدان، والشخص الثالث الذي إشترط له الحق وهو المنتفع، فالإشتراط إستثناء حقيقي على قاعدة نسبية أثر العقد وعدم إنصراف هذا الأثر إلى غير المتعاقدين[85].

الإشتراط لمصلحة الغير هو عقد يبرم بين شخصين هما المشترط والمتعهّد، يلتزم فيه هذا الأخير بالقيام بعمل ما، كتسديد مبلغ معين لشخص ثالث أجنبي عن العقد يسمى المنتفع، فينشأ للمنتفع حق مباشر يستمده من هذا العقد يتيح له مطالبة المتعهّد به، فالإشتراط لمصلحة الغير خلافا للتعهّد عن الغير لا يشتمل إلاّ على عقد واحد، يتمّ بين المشترط والمتعهد والمنتفع إنّما هنا يكسب حقه من هذا العقد بالذات، أي من عقد لم يكن هو طرفا فيه، ففي عقد التأمين على الحياة مثلا يلتزم المشترط بأن يدفع للمتعهد أقساط التأمين في مواعيدها، وتلتزم شركة التأمين بأن تقوم بما عليها من إلتزام نحو الورثة في حال وفاة المشترط.[86]

يُعرّف الإشتراط لمصلحة الغير وفق التعريف الذي قدّمه فُقهاء القانون المدني بأنّه: " تعاقد يتم بين شخصين، أحدهما هو المشترط والآخر هو المتعهد، فيشترط الأول على الثاني أن يلتزم هذا الأخير قبل شخص ثالث أجنبي عن التعاقد، وهو المنتفع، فينشأ بذلك للمنتفع حق مباشر

[85] عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية ،دار الكتب العلمية، بيروت، 2015، ص 538.

[86] عبد الحميد فتالرغيد ،<<التعديلات التشريعية المتعلقة بأثر العقد بالنسبة إلى الغير في القانون المدني الفرنسي المعدل عام 2016 و2018- دراسة مقارنة- >>، مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، عدد الثاني، جامعة عجمان، الإمارات العربية المتحدة، 2020، ص 16.

يستطيع أن يطالب به المتعهد "،عُرّف كذلك بأنّه: " ***عقد يتفق بموجبه شخص يسمى المشترط مع آخر يسمى المتعهد، على أن يؤدي هذا الأخير حقا معيناً، لمصلحة شخص ثالث يسمى المنتفع***"[87].

الإشتراط لمصلحة الغير عُرّف بأنّه تعاقد يتم بين شخصين أحدهما يسمى المشترط وآخر يسمى المتعهد، وبموجب هذا التعاقد يشترط الأول على الثاني أن يلتزم هذا الأخير في مواجهة شخص ثالث أجنبي عن التعاقد يسمى المنتفع وينشئ للمنتفع حقا مباشرا في هذه المشارطة يستطيع أن يطالب به المتعهد[88]، وأيضا عرف البعض الآخر الإشتراط بأنه إشتراط أحد طرفي العقد وهو المشترط على المتعهد بأن يلتزم لشخص ثالث أجنبي عن العقد وهو المنتفع فيتولد للأجنبي حق مباشر بمقتضاه يستطيع مطالبة المتعهّد به، ويكون هناك إشتراط لمصلحة الغير

عندما يبرم شخصان عقدا ويشترط أحدهما على الأخر حقا لشخص ثالث يستمده من العقد مباشرة.[89]

نصّ المشّرع الجزائري على جواز الإشتراط لمصلحة الغير دون تحديد الحالات التي يقتصر عليها، وكان ذلك بموجب ما ورد في نص المادة 116 الفقرة 01 من ق.م.ج التي جاء فيها: " يجوز للشخص أن يتعاقد بإسمه على إلتزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية ".[90]

يُعتبر الإشتراط لمصلحة الغير في حقيقته ما هو إلا عمل قانوني يتم بين شخصين إلا أن تنفيذه يتعلق بثلاثة أشخاص هم المشترط والمتعهد والمنتفع، والأخير يعد من الغير بالنسبة للعقد المبرم بين المشترط والمتعهد، ولكنه يستمد حقه من العقد مباشرة إستنادا إلى ذلك الإشتراط.

---

[87]السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 337.

[88]مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة،دار النهضة، الإسكندرية، 1987، ص 208.

[89] حجازي عبد الحي، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، دار المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1999، ص 267.

[90] المادة 116 الفقرة الأولى من ق.م.ج ، المرجع السابق .

أورّد المشّرع المصري نصا صريحًا على جواز الإشتراط لمصلحة الغير، إذ أنّ الإشتراط لمصلحة الغير جائز تماما في القانون المدني المصري، دون أن يكون مقصورا على حالات معينة، فلم يقتصر على عقد الهبة ولم يشترط كذلك أن يكون مقرونا بإشتراط المتعاقد نفسه، حيث يمكن الإشتراط للغير دون أن يشترط لنفسه، خلافا لما سار عليه المشّرع الفرنسي في ذلك.[91]

يُقصد بالإشتراط لمصلحة الغير تلك الحالة التي يتم فيها التعاقد بين شخص يسمى المشترط، وآخر يطلق عليه المتعهد، وذلك بهدف إنشاء حق لمصلحة شخص ثالث هو المستفيد أو المنتفع من الإشتراط؛ وبعد أن كانت حلقة الإشتراط لمصلحة الغير ضيقة جدا بسبب طغيان مبدأ الأثر النسبي للعقود فإن الأمر على خلاف ذلك في وقتنا هذا، إذ أنه ظهرت العديد من أنماط التعاقد الذي يتم عن طريق الإشتراط لمصلحة الغير، خصوصا في ميدان التأمين إذ يحق لكل شخص أن يؤمّن على حياة زوجته وأولاده أو على حتى غيره ممن لا علاقة له به، فيكون هذا الشخص بمثابة المشترط، وشركة التأمين تتعهد بدفع المبالغ المستحقة للزوجة والأولاد أو الغير بإعتبارهم مستفدين من هذا الإشتراط.[92]

في حالة الرجوع عن الإشتراط لمصلحة الغير، يصبح المشترط هو المنتفع أو ورثته في حال وفاته، إلا إذا تم تحديد إسم منتفع آخر في التصرف القانوني الصادر عن المشترط ، ففي حال الرجوع عن الإشتراط لمصلحة الغير يكون إسم المنتفع مجهولا لحين يتم تحديده من طرف المشترط الذي يمكنه أن يختار نفسه كمنتفع من الإشتراط، إذ أن الأصل في حالة الرجوع عن الإشتراط لمصلحة الغير هو أن المشترط يصبح منتفعا، إلا إذا أقدم المشترط على تحديد مُنتفع آخر.[93]

---

[91] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. ص 886- 887.

[92] الكزبري مآمون، نظرية الإلتزام في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي ، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2004، ص 265.

[93] عبد الحميد فتال رغيد، المرجع السابق، ص 27.

الفرع الثاني

طبيعة الإشتراط لمصلحة الغير

حدث جدال حاد بين الفقهاء بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للإشتراط لمصلحة الغير لاسيما عقب شيوع هذه المؤسسة في ميدان التأمين، وقد ظهرت بهذا الخصوص عدة نظريات لعل من أبرزها نظرية الإيجاب، التي يرى أصحابها بأنّ الإشتراط لمصلحة الغير ماهو إلا تطبيق من تطبيقات النظرية العامة للإلتزامات، وليس إستثناءا عن مبدأ أثر نسبية العقود[94]، إضافة إلى ذلك هناك نظرية الفضالة[95]، وكذلك هناك نظرية الإرادة المنفردة حيث يقولون فيها بأنّ العقد المتضمن الإشتراط يتجاوز أثره حلقة الطرفين المتعاقدين، وينشئ حقا مباشرا لشخص لم يكن طرفا في العقد هو المنتفع، فالمتعهد إلى جانب إلتزامه التعاقدي، يلتزم أيضا إزاء المنتفع، وإلتزاماته هذه مبعثها الإرادة المنفردة[96].

وقع إختلاف بين مختلف الفقهاء بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للإشتراط لمصلحة الغير، الأمر الذي كان دافعا لظهور العديد من النظريات التي تتمثل في نظرية الفضالة والإيجاب وكذلك نظرية الإرادة المنفردة، بالنسبة لنظرية الفضالة فيعتبر الفقيه ***"LABEE"*** من بين أنصار هذه النظرية التي تجعل من الإشتراط لمصلحة الغير مظهرا من مظاهر الفضالة حيث أن المشترط يتصرف كالفضولي بهدف تقديم خدمة للغير أو جعله يستفيد من حق لم يساهم إطلاقا في إنشائه، وخلافا لنظرية الإيجاب فإنّ أنصار فكرة الفضالة يرون أن آثار الإشتراط تسري بأثر رجعي منذ إنشاء التصرف[97]؛ ومن بين أحكام الفضالة أن يرجع الفضولي على رب العمل في حدود المبالغ

---

[94]خليل إيمان،المرجع السابق ص 93.

[95]نظرية الفضالة هي نظرية تجعل الإشتراط لمصلحة الغير مظهرا من مظاهر الفضالة، حيث أن المشترط يتصرف كالفضولي بهدف تقديم خدمة للغير، أو جعله يستفيد من حق لم يساهم في إنشائه، وخلافا لنظرية الإيجاب فإن أنصار فكرة الفضالة يرون بأن آثار الإشتراط تسري بأثر رجعي منذ إنشاء التصرف....

[96]فيلالي علي، النظرية العامة للعقد، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 452.

[97] زواوي فريدة، المرجع السابق، ص 194.

والمنافع التي إستفاد منها، أما بالنسبة للمشترط فإنّ ليس له الحق في الرجوع على المستفيد لتعارض ذلك مع فكرة الإشتراط لمصلحة الغير.[98]

يرى أنصار نظرية الإيجاب بأنّ الإشتراط لمصلحة الغير ما هو إلا تطبيق من تطبيقات النظرية العامة للإلتزامات، وليس إستثناءا من مبدأ أثر نسبية العقود، ودليلهم على هذا أن عقد الإشتراط لمصلحة الغير يتجزّء إلى عقدين هما العقد الذي يربط المشترط بالمتعهد، وعقد آخر يربط المشترط بالمستفيد، وينتقل الحق للمشترط بموجب العقد الأساسي[99]؛ ولقد ذهب الفقهاء إلى أنّ الإشتراط هو إيجاب معروض على المنتفع فإذا قبله أصبح طرفا في العقد وكان الحق المباشر الذي يكتسبه ناشئا عن العقد، ومع ذلك سبق أن رأينا أن المنتفع يكتسب حقا من عقد الإشتراط ذاته وليس من عقد جديد ينعقد بقبوله هو لذلك الإشتراط[100].

يرى أنصار نظرية الإرادة المنفردة بأنّ العقد المتضمن الإشتراط يتجاوز أثره حلقة الطرفين المتعاقدين وينشئ حقا مباشرا لشخص لم يكن طرفا في العقد وهو المنتفع؛ فالمتعهد إلى جانب إلتزامه التعاقدي إزاء المشترط، واستثناءا عن قاعدة نسبية آثار العقد، يلتزم أيضا إزاء المنتفع ،وإلتزامه هذا مبعثه الإرادة المنفردة، وهكذا لا يتوقف ثبوت الحق للمنتفع على قبوله، فحقه قد نشأ وقت إبرام العقد بين المشترط والمتعهد، وقبول المنتفع الإشتراط ينحصر أثره في إكتساب هذا الإشتراط مناعة تجعله غير قابلة للنقد من طرف المشترط الذي يتمتع كما نعلم بحق نقض الإشتراط طالما المنتفع لم يصرح بالقبول به[101].

[98] زواوي فريدة، المرجع السابق ، ص 195.

[99] مرقس سليمان، المرجع السابق، ص 607.

[100] عبد السيد تناغو سمير ، مصادر الإلتزام، مطبعة المعارف، د ب ن ، 1999، ص 130.

[101] فيلالي علي، المرجع السابق ، ص 452.

يتبينُ أنّ كل المحاولات التي وضعت كطبيعة قانونية للإشتراط لمصلحة الغير قد فشلت بسبب أن الإشتراط لمصلحة الغير نظام مستقل بحد ذاته، ولا يمكن إرجاعه أو تقييده بمبدأ سلطان الإرادة، وأن الإشتراط لمصلحة الغير هو نظام إستثنائي لمبدأ نسبية أثر العقد[102].

الفرع الثالث

شروط الإشتراط لمصلحة الغير

يقومُ الإشتراط لمصلحة الغيرعلى ثلاث شروط أساسية تتمثل في تعهد المشترط بإسمه (أولا)، وكذلك إشتراط المشترط على المتعهد حق مباشر للمنتفع (ثانيا)، مع ضرورة وجود مصلحة (ثالثا).

أولا: تعهد المشترط بإسمه

إنّ هذا الشرط هو الذي يميز الإشتراط لمصلحة الغير عن النيابة سوءا كانت إتفاقية أو قانونية، لأن النائب يتعاقد باسم الأصيل ولحسابه، فيكون الأصيل طرفا في العقد وليس أجنبياً عنه، كما يميزه أيضا عن الفضالة؛ لأنّ الفضولي نائب عن رب العمل بينما المشترط ليس نائبا عن المستفيد أو المنتفع[103]، وهذا ما تضمنته بالتحديد أحكام المادة 157 من القانون المدني السوري حيث جاء فيها ما يلي: "***يعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل....***"[104].

يتمثلُ تعهّد المشترط بإسمه في عدم تدخل المنتفع وإذا أدخل المشترط المنتفع في العقد لا يكون هناك إشتراط لمصلحة الغير لأن هذا الأخير سيكون طرفا في العقد، وليس من الغير وهذا

[102]خليل إيمان، المرجع السابق، ص 95.

[103]قناطف شمس، التكييف القانوني والفقهي لخطاب الضمان، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2015، ص 32.

[104]راجع المادة 157 من القانون المدني السوري، صادر بتاريخ 18 ماي 1949، وتعديلاته.

ما يميز مثل هذا التعاقد عن النيابة، بحيث أنّ الوكيل يتعاقد بإسم الأصيل وليس بإسمه الخاص[105].

ثانيا: إشتراط المشترط على المتعهد حق مباشر للمنتفع

أن يشترط المُشترط على المتعهد حقاً مباشرا للمنتفع، وإن إشترط المشترط الحق لنفسه ثم قام بتحويله بعد ذلك للمنتفع فلا يكون هناك إشتراط لمصلحة الغير، ولكن يصبح لدينا عقدين الأول بين المتعاقدين، والثاني هو حوالة حق إلى المنتفع[106].

يُلزم توجيه إرادة الطرفين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع بحيث لا يمر هذا الحق في ذمة المشترط؛ وبالتالي يمكن للدائنيين مزاحمة المنتفع في الحصول على حقهم، فإذا إشترط المشترط الحق لنفسه وكان الغير يستفيد من هذا الحق فلا يكون هناك إشتراط لمصلحة الغير؛ كما لو إستأجر شخص دار فإن أفراد أسرته سيستفدون من عقد الإيجار وهم من الغير بالنسبة لهذا العقد، ومع ذلك لا نكون أمام حالة الإشتراط لمصلحة الغير وذلك لأن أفراد الأسرة لم يكتسبوا الحق مباشرة تجاه مالك الدار[107].

من جانب آخر إذا إشترط شخص ما حقا لنفسه ثم حوله إلى شخص ثالث فلا يكون هناك إشتراط لمصلحة الغير مثال ذلك بيع شخص سلعة معينة ثم قام بتحويل ثمن هذه السلعة إلى شخص ثالث هنا في هذه الحالة يُصبح هناك عقدان، عقد بيع بين البائع والمشتري وعقد حوالة بين البائع والشخص الثالث الدائن[108].

---

[105] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ،ط 08، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص. ص 91- 92.

[106] علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص 93.

[107] عبد المنعم فرج الصده، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، د ب ن ، 1992، ص 458.

[108] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 127.

يجبُ أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد أو المنتفع، ينشأ مباشرة من عقد الإشتراط، وهذا هو جوهر الإشتراط لمصلحة الغير، كاستثناءعن قاعدة نسبية أثر العقد، فإذا إشترط المشترط الحق لنفسه، وكان الغير يستفيد منه فلا يعد هذا إشتراطا لمصلحة الغير[109].

ورد في المادة 116من ق.م.ج بأنّه: " ***إذا أنشأ العقد إلتزامات، وحقوقا شخصية تتصل بشيء إنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشيء إليه***"[110].

ثالثا: وجود مصلحة

يجبُ أن تكون للمشترط مصلحة شخصية من وراء عقد الإشتراط سوءا كانت مادية مثل إشتراط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لدائنه، أو أدبية مثل قيام شخص بالتأمين على حياته لمصلحة زوجته، وهذه المصلحة يجب أن تكون مشروعة، وإلا يعتبر العقد باطلاً، وهذا الشرط هو الفرق الجوهري بين الإشتراط لمصلحة الغير والفضالة، لأن هذه الأخيرة يشترط لصحتها ألا يكون للفضولي مصلحة شخصية في العمل الذي قام به[111].

ويُشترط أن تكون للمشترط مصلحة في ترتيب الحق للمنتفع من العقد الذي يبرمه سواء مصلحة مادية أو أدبية وهذه الأخيرة هي الأكثر شيوعا[112].

لا يكفي أن يتعاقد المشترط لنفسه ولا أن يشترط حقاً مباشرا للمنتفع لكي تتحقق حالة الإشتراط لمصلحة الغير، بل يقتضي أن تكون للمشترط مصلحة شخصية في حصول المنتفع على حق مباشر حتى يمكن تمييز بين حالة الإشتراط لمصلحة الغير عن حالة الفضالة[113]، وعندما

---

[109]قناطف شمس، المرجع السابق، ص 32.

[110] المادة 116 من ق.م.ج، المرجع السابق.

[111]قناطف شمس، المرجع السابق، ص 33.

[112]علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 92.

[113] الجبوري ياسين، المرجع السابق، ص 185.

توجد المصلحة يتحقق الإشتراط لمصلحة الغير ولا يهم إذا كانت المصلحة مادية أو أدبية، وهذا ما نصّت عليه الفقرة الأولى من المادة 152 من القانون المدني العراقي في قولها: " ***إذا كان له في تنفيذ الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية*** ...."[114]، والمثال على المصلحة المادية إشتراط البائع على المشتري تقديم الثمن إلى دائنه، أما المصلحة الأدبية فتتمثل في وجود صلة قرابة أو مودة كأن يبرم الشخص عقد تأمين على حياته لمصلحة أولاده وزوجته[115].

الفرع الرابع

آثار الإشتراط لمصلحة الغير

سبق البيان بأن نظام المعاملات المدنية قد نص على أنه يجوز للشخص أن يتعاقد بإسمه على إلتزامات يشترطها لمصلحة غيره إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية، لذلك من الصائب عرض الأثر المترتب عن الإشتراط من جهة المشترط (أولا)، وكذلك من جهة المتعهد (ثانيا)، مع الإشارة لآثار الإشتراط من جهة المنتفع (ثالثا).

أولا: الأثر المترتب على الإشتراط لمصلحة الغير من جهة المشترط

تنص المادة 116 الفقرة 02 من ق.م.ج على أنّه: " ***ويترتب على هذا الإشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد***"[116]، من خلال ما نصت عليه المادة فإنّ المنتفع رغم غياب صفة الطرف فيه يمكنه أن يستمد حقه مباشرة من العقد المبرم بين المشترط والمتعهد، وهذا هو جوهر نظام الإشتراط لمصلحة الغير.

إذ تم الإشتراط لمصلحة الغير في عقد ما، فإنه ينتج تجاه المشترط ، جواز مطالبة المتعهد بتنفيذ ما إشترطه لمصلحة المنتفع، لأنّ الإشتراط قد حصل من جهته، والعقد قد قام على

---

[114] راجع ما ورد في الفقرة 01 من المادة 152 من القانون المدني العراقي، المرجع السابق.

[115] مرقص سليمان ، المرجع السابق، ص 210.

[116] راجع الفقرة الثانية من المادة 116 من ق.م.ج، المرجع السابق.

هذا الشرط، فكان له الحق في مطالبة المتعهد بالوفاء به، وإذا لم يقم المتعهد بتنفيذ ما إلتزم به وهو الوفاء بالشرط لمصلحة الغير، فقد نصّ فقهاء القانون على أنّه في مثل هذه الحالة يتم تطبيق القواعد العامة المقررة في حالة إخلال أحد الطرفين بإلتزاماته، حيث نصوا على أنّه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما عليه من إلتزامات تجاه الآخر، وجب تطبيق القواعد العامة، فيجوز للمتعاقد الذي لم يحصل على حقه من المتعاقد الآخر أن يطلب التنفيذ عينا إذا كان ذلك ممكنا، أو أن يطلب تعويضا عن عدم التنفيذ أو فسخ العقد، أو أن يوقف إلتزاماته حتى يقوم المتعاقد الآخر بإلتزاماته، وهذا هو ما تقتضيه القواعد العامة[117].

ثانيا: الأثر المترتب على الإشتراط من جهة المتعهد

إذا أُبرم العقد وقد تضمن أنّ على المتعهد تنفيذ ما تم إشتراطه لمصلحة الغير، فإنّ المتعهد ملزم بتنفيذ ما إلتزم به في العقد إذا كان محل الشرط مما يحوز شرعا ونظاما، وكان الشرط صحيحا في ذاته، لأن هذا من الإلتزامات الواجب عليه تنفيذه بموجب العقد، وقد نص نظام المعملات المدنية السعودية على أنه يجب على المتعاقدين الوفاء بما أوجبه العقد عليهما، كما أنه لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يشمل أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً لما تقتضي به النصوص النظامية والعرف وطبيعة العقد[118].

ثالثا: الأثر المترتب على الإشتراط من جهة المنتفع.

يرّتبطُ المشترط بالمنتفع بعلاقة قانونية قوامها قيام المشترط بالإشتراط لفائدة المنتفع من خلال عقد أبرمه مع المتعهّد، وتختلف هذه العلاقة بإختلاف ما إذا كان الإشتراط للمنتفع بعوض أو تبرعا، فإذا كان المشترط يتقاضى من المنتفع عوضا كما إذا كان بائعا وإشترط على المشتري أن يدفع الثمن لأحد دائنيه، فيجب أن يكون البائع مميزا لأنّ التصرف هنا من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وهذه العلاقة تحكمها النصوص المتعلقة بعقد البيع، وكذلك الحال إذا كانت

[117] عبد الحميد بن عبد الله، <<الإشتراط لمصلحة الغي–دراسة فقهية مقارنة –>>، مجلة الدراسات العربية، عدد 07، كلية دار العلوم، جامعة المينا، 2015، ص 724.

[118] عبد الحميد بن عبد الله، المرجع نفسه، ص 724.

المشارطة تتعلق بعقد إيجار فتحكمها النصوص المتعلقة بعقد الإيجار؛ ويتميز هذا النوع من الإشتراط بأنّه لا يرتب إنتقاصا في الذمة المالية للمشترط[119].

نصّ نظام المعاملات المدنية على أنّ الإشتراط لمصلحة الغير يرتب آثارا للمنتفع، بأنّه يكسبه حقا مباشرا تجاه المتعهد يستطيع أن يطالبه بالوفاء، ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك ومقتضى هذا أن المنتفع لم يكسب هذا الحق مباشرةً من المشترط، وإنّما مصدره عقد الإشتراط، فهو حق ذاتي للمنتفع، يخوله أن يرفع دعوى مباشرة يطالب فيها المتعهد بالوفاء بما إلتزم به، وذلك ما لم يتفق على خلاف ذلك، كأن يتفقوا على المطالبة بحق المُشترط وحده، فالعقد الذي تم بين المشترط والمتعهد هو مصدر الحق المباشر الذي ثبت للغير، وهذا العقد هو الذي أنشأ هذا الحق، ويترتب على هذا الأساس القانوني كما يقرره فقهاء القانون، وذلك بأن يتواجد هذا الحق من وقت صدور العقد، لا من وقت إعلان المنتفع رغبته في الإستفادة من الإشتراط[120].

ينشأ حق المنتفع من وقت نشوء عقد الإشتراط وبمجرد قيامه وإنعقاده، وليس من وقت إعلان المنتفع على رغبته في الإستفادة من الإشتراط، وعليه إذا فقد المتعهد أهليته بعد إبرام العقد وقبل إظهار المُنتفع رغبته، فإن هذا لا يمنع المنتفع من إظهار رغبته في الإنتفاع التام من المُشارطة[121]. يُمكن للأطراف الإتفاق ضمنياً على أن يكون للمُنتفع حق مطالبة المشترط دون المتعهّد بتنفيذ الإلتزام، وأن يتفقا على إبقاء حق مطالبة المتعهّد من حق المتعهّد والمشترط على حد سواء، كما يحق لكل من المشترط والمستفيد العدول عن فكرة الإشتراط أو رفضها بإعتبار أنه ليس هناك ما يلزم المشترط بالإستمرار في إشتراطه قبل صدور القبول من المستفيد، كما أنه ليس هناك ما يجبر المنتفع على قبول شيء لا يرضاه حتى وإن كان ذا فائدة له[122].

---

[119] السرحان عدنان إبراهيم، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الإلتزام ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2000، ص 287.

[120] عبد الحميد بن عبد الله، المرجع السابق، ص 726.

[121] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 917.

[122] العرعاري عبد القادر، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2000، ص 223.

خلاصة الفصل الأول

تمكنا خلال هذا الفصل الأول الذي يحمل عنوان الإطار المفاهيمي للغير في نظرية العقد، من التعرف على مفهوم الغير في العلاقة العقدية؛ بإعتبار أنه ثار حوله غموض ولم يقدم له تعريف تشريعي واضح له، أين نجد إكتفاءالمشّرع في القانون المدني الجزائري بالقول ضمن ما نصت عليه المادة 113 من ق.م.ج: " ***لا يرتب العقد إلتزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبها حقا*** "، فالغير بذلك هو طرف غريب عن العقد رغم إمكانية إنصراف آثار العقد إليه.

تعرّفنا من خلال درستنا للغير في رحاب الفصل الأول من البحث على مختلف أصناف وفئات الغير، من الغير المتفق حوله والمختلف حوله، كما قمنا بتمييز مصطلح الغير عن المفاهيم المماثلة، خاصة مُصطلح طرف العقد والخلف العام والخاص، والأهم من كل ذلك تسليطنا الضوء حول المركز القانوني للغير في العلاقة العقدية، مع تحديد مركزه في المسؤولية العقدية وشروط قيام هذه المسؤولية، كما وقفنا عند مظاهر إمتداد آثار العقد إلى الغير من خلال عنصر جوهري وهو التعهد عن الغير والإشتراط لمصلحة الغير.

الفصل الثاني

أحكام الحماية القانونية للغير

شُرّعت ***للغير*** حماية ضدّ كل وضعية قانونية أنشأها العقد وإعتدت على ***الغير***، فالغير لم يعد ذلك الشخص المستبعد بل بالعكس تماما أصبح له وجود قانوني في العقد حيث يساهم في تنفيذه ويحتج بإخلالاته، حيث أن الغير يمكن أن يبدأ غيرا ليتحول إلى مركز الطرف في العقد بمقتضى القانون، فلا يمكن أن نُلزم الخلف الخاص بإلتزامات في حين أنه غير عن العقد، فالقاعدة أنه كلما إلتزم الشخص بإلتزامات تعاقدية كلما غادر مركز الغير وإلتحق بمركز الطرف، فالغير يجب أن يصنف حسب درجة إرتباطه بالعقد، حيث أن ***الغير*** الأجنبي لا ينتفع من تقديم التاريخ أو إثبات تصرف، إذ لم تكن له مصلحة ، لكن الغير الذي تتوفر له المصلحة هو الذي يمكن الحديث عن الحماية التي يوفرها له القانون حتى لا تسلب منه حقوقه جراء تنفيذ العقد.

يُعتبر تدخل ***الغير*** في العقد له أهمية كبيرة، ويتمثل ذلك في تحقيق الأمن القانوني الذي يسعى المشّرع نفسه لتحقيقه، وذلك لإستبعاد أي عقبة قد تواجه تنفيذ العقد، فيصادف أن يستعين المدين بالغير لتنفيذ العقد وذلك تحقيقا لمصالح الأطراف نظرا للتطور الذي مس ميدان المعملات والأعمال، الأمر الذي جعلها مرتبطة أساسا بوجود الغير في عملية التنفيذ، ومن هذا المنطلق بات ضروريا علينا دراسة أحكام الحماية القانونية ***للغير***، وذلك من خلال محاولة دراسة الغير بين النظرية الشخصية والموضوعية (المبحث الأول)، وبيان محتوى ومضمون تلك الحماية التي يستفيد منها الغير (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الغير بين النظرية الشخصية والموضوعية

يمسُّ العقد أطرافه دون غيرهم، ولا يمنح حقا **للغير** ولا يرتب إلتزاما في ذمته، وهذا واضح كثيرا من خلال نظرية الإلتزام وبالخصوص النظرية الشخصية القائمة على الإعتبار الشخصي التي تحظر إنتقال العقد إلى اللذين ليس لهم صفة الطرف فيه، كما يوجد هناك النظرية الموضوعية التي لا يكون فيها الإعتبار الشخصي هو الدافع الرئيسي للتعاقد، وهنا يجب البحث في مختلف الشروط الأساسية لإنتقال العقد إلى الغير وتحديدا التنازل ***للغير*** (المطلب الأول)، وكذلك يجب البحث في كل الصورالمتعلقة بتدخل الغير في تنفيذ العقد سوءا كان بصفته متعاقدا أو بصفته غيرا (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط إنتقال العقد للغير

يستوجبُ إنتقال العقد من المدين إلى الغير رضا الدائن في العقود الشخصية، فهي رقابة ضرورية على تنفيذ بنود العقد، وعدم الأخذ برضا الدائن، فهذا يعتبر إخلالا صريحا من جانب المدين، يترتب عليه فسخ العقد، وبالنسبة للغير المنفذ تقوم عليه المسؤولية التقصيرية بشرط إثبات الدائن للخطأ والضرر والعلاقة بينهما، وفي هذا السياق بات ضروريا معرفة تفاصيل طبيعة التنازل للغير (الفرع الأول)، وبيان مُختلف الشروط الأساسية الضّرورية لصحة التّنازل للغير(الفرع الثاني)، وحالات التنازل عن العقد للغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول

طبيعة التنازل للغير

إختلفت نظرة الفقهاء إلى التنازل عن العقد بإعتباره عملية قانونية فمنهم من يرى بأنّ هذه العملية ليس لها وجود قانوني، ومنهم من ذهب إلى إعتبار التنازل عن العقد ما هو إلا حوالة حق وحوالة دين في نفس الوقت، فيرى هذا الإتجاه بأنّ المتنازل عن العقد إنّما يتنازل عن حقوقه وإلتزاماته في هذا العقد،فبالتالي يُطبقون أحكام حوالة الحق على التنازل عن الحقوق في العقد وأحكام حوالة الدين على التنازل عن الإلتزامات في العقد، كما ذهب قسم آخر من الفقهاء إلى إعتبار التنازل عن العقد هو نظام مستقل عن حوالة الحق وحوالة الدين، لأن العقد حسب هذا الإتجاه لا يمكن إقتصاره على الحقوق والإلتزامات الناتجة عنه فهو أكثر من ذلك[123].

إنّ من أهم آثار العقد هو ترتيب الحقوق والإلتزامات في ذمة المتعاقدين، لكن قد تحدث ظروف يصبح المدين غير قادر على القيام بتلك الإلتزامات، أو أنّه قام بتصرفات أخرى غير واردة في العقد جعلته غير قادر على الإحتفاظ بمركزه كطرف، وهو ما يسمى بالتنازل عن العقد وقد حاول الفقهاء تحديد معنى التنازل، فهناك من ذهب إلى طبيعة التنازل أنّها لاتستطيع أن تكون حوالة حق ودين في وقت واحد، وهناك من رأى أنّ التنازل هو تصرف ناقل للإلتزامات، فتقصيه من الإتجاه الأول، حيث عرفوه بأنّه إتفاق بمُقتضاه يتنازل المُتنازل إلى المتنازل له عن مركزه التعاقدي، بكل ما يتبعه من حقوق وإلتزامات وكافة الآثار القانونية[124].

---

[123]منصوري المبروك، زواقي مصطفى، <<التنازل عن العقد –ممفهومه وطبيعته القانونية – >>، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 08، عدد 01،المركز الجامعي تامنغست، الجزائر، 2022، ص 382.

[124]ابراهيم نبيل سعد،،(نطاق التنازل عن العقد ،أحكام التنازل عن العقد) ، الاسكندرية ، 2004، ص 84.

يرى ذلك الإتجاه أنّ التنازل هو حوالة حق ودين في نفس الوقت، لأنّ المدين المتنازل يحيل حقوقه التي نشأت من العقد الأول إلى المحال إليه، أما حوالة الدين فهو يُحيل الإلتزامات الناشئة من العقد الأول إلى المحال إليه فيأخذ المحال إليه مركز المحيل في العقد الأول ويصبح المحال إليه الغير طرفا في العقد[125].

لم يتناول ق.م.ف تعريفا صريحا للتنازل عن العقد ومع ذلك يمكننا الإعتماد على المادة 1216 الفقرة الأولى لتقديم تعريف له، إذ نصت على ما يلي: ***" يمكن للمتعاقد المتنازل، أنّ يتنازل عن صفته كمتعاقد في العقد للغير المُتنازل لهُ، وذلك بموافقة المتعاقد معه، المتنازل لديه "[126].***

وضع الفقهاء له تعريفا بأنّه: ***" ذلك الاتفاق بين أحد أطراف العقد المتنازل عنه يسمى المتنازل، وشخص أجنبي عن العقد يسمى المتنازل له بموجبه ينقل المتنازل مركزه التعاقدي بكل مشتملاته من حقوق والتزامات إلى المتنازل له، حيث تصبح العلاقة مباشرة بين المتنازل له والطرف الآخر في العقد المتنازل عنه، ويسمى المتنازل لديه "[127].***

يرى الفقه الفرنسي التقليدي أنّ التنازل عن العقد هو بمثابة حوالة حق لنقل الحقوق الثابتة للمتنازل إلى المتنازل له ونقل الإلتزامات لأن المشّرع الفرنسي لا يعرّف حوالة الدين، لكن إنتقد بشدة هذا الرأي، كما أنّ الإتجاه الحديث يرونا أنّ التنازل هو نقل المركز التعاقدي من المتنازل إلى المتنازل له بكل مشتملاته، فينقل المدين أو حتى الدائن مركزه للغير الذي يحل محلّه، فإذا كان العقد من الباطن يعد تصرفا منشئا، فإنّ التنازل عن العقد يعتبر تصرفا ناقلاً[128].

---

[125] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 254.

[126]Article 1216 alinéa 02 du code civil français.

[127]البراوي حسن، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 117.

[128]Roland.H., Droit civil, Les obligations, régime général, 6 ème édition, p 04.

الفرع الثاني

شروط صحة التنازل للغير

تتطلبُ صحة التنازل عن العقد لصالح **الغير** شرطين أساسيان رغم وجود شروط عامة أخرى على غرار التراضي والمحل والسبب، ويجب أن يكون العقد غير مُنفذ (الفرع الأول)، وأن لا تكونُ شخصية المدين محل إعتبار(الفرع الثاني).

أولا: أن يكون العقد المعني غير منفذ

يُعتبر كون العقد المعني غير منفذ شرط بديهي، لأنّه لم يتم تنفيذه من طرف المدين فيزول سبب التنازل عن آثار العقد بما فيه من إلتزامات وحقوق، لأنّ التنازل يعني حلول المتنازل له الغير محل المتنازل في العلاقة القانونية القائمة[129].

ثانيا: أن لا تكون شخصية المدين محل إعتبار

العقود ذات الإعتبار الشخصي هي العقود التي يرتبط فيها رضا أحد المتعاقدين بشخصية المتعاقد الثاني، مثل تعاقد الشخص مع رسام لرسم لوحة فنية، أو اللجوء إلى طبيب معين للعلاج، وقد إتجه بعض من الفقه إلى إعتبار هذه العقود لا يُمكن أن تكون محل تنازل نظرا لكون شخصية المُتعاقد محل إعتبار أنها تلعب دوراً مُهم ولا يمكنُ تغييرها، بينما نجد بأن المشّرع الفرنسي لم يستثني هذا النوع من قابليتهد للتنازل[130].

الفرع الثالث

حالات التنازل عن العقد للغير

تتجلى مختلف حالات التنازل العملية عن العقد للغير في كونها عموما على شكل تنازل قانوني (أولا) وكذلك تأخذ شكل حالة تنازل إتفاقي(ثانيا)، إضافة لكل ما سبق لابد من ذِكر

[129]خليل إيمان، المرجع السابق، ص 237.

[130]إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص. ص 113- 114.

مختلف الشروط التي تعبر عن صحة التنازل للغير (ثالثا)، كما أنه من الضروري التمييز والتفرقة بين الحالتين (رابعا).

أولا: حالة التنازل القانوني

يُصبح التنازل عن العقد قانونيا إذا كان مصدره المباشر هو القانون، وذلك بموجب نص قانوني خاص مثل التنازل عن عقود العمل بعد بيع المؤسسة لرب عمل آخر غير رب العمل الأول، ويكون نافذا في حق المتنازل لديه حتى دون رضاه أو علمه، عكس التنازل الإتفاقي الذي يكون لرضا فيه أهمية لإنعقاد التنازل و نفاذه، والتنازل القانوني يكون دائما تابعا لتصرف قانوني أو تابعا لواقعة قانونية[131].

يُعتبر التنازل عن العقد قانونيا إذا كان مصدره المباشر والرسمي هو القانون ونابع منه، والمثال على ذلك التنازل القانوني عن عقد الإيجار بعد إنتقال ملكية العين المؤجرة للغير[132]، فقد ورد في المادة 469 مكرر 03 من ق.م.ج بأنّه: ***"إذا إنتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبرا يكون الإيجار نافذا في حق من إنتقلت إليه الملكية***"[133]، كما جاء في المادة 469 مكرر 04 من ق.م.ج: " ***لا يجوز للمستأجر أن يحتج على من إنتقلت إليه الملكية بما دفعه مقدما من بدل الإيجار إذا أثبت هذا الأخير أن المستأجر كان يعلم وقت الدفع بإنتقال الملكية أو كان من المفروض حتما أن يعلم ذلك، وفي حالة عدم إثبات ذلك، فلا يكون لمن إنتقلت إليه الملكية إلا الرجوع على المؤجر السابق "[134].***

يتّضحُ من خلال النصوص القانونية السابقة بأنّ الشخص الذي إنتقلت إليه الملكية، ملزم بعقد الإيجار الذي أبرمه المالك السابق للعين المؤجرة، ويحل محله في الحقوق والإلتزامات الناشئة

---

[131] بن عوض المطيري خالد ،<< تنازل المتعاقد مع الإدارة عن العقد في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة– >>، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، عدد 41، كلية الشريعة والقانون بدمنهور، جامعة الآزهر، 2023، ص. ص 1964– 1965.

[132] منصوري المبروك، زواقي مصطفى، المرجع السابق، ص 377.

[133] المادة 469 مكرر 03 من ق.م.ج، المرجع السابق.

[134] المادة 469 مكرر 04 من ق.م.ج، المرجع السابق.

عن هذا العقد، فقد بقي المستأجر طرفا في عقد الإيجار، بينما تغير الشخص المؤجر من المالك القديم إلى المالك الجديد وذلك بقوة القانون[135].

يكون التنازل القانوني بموجب نص قانوني خاص مثل التنازل عن عقود العمل بعد بيع المؤسسة لرب عمل آخر غير رب العمل الأول، بينما التنازل الإتفاقي يحدث بتطابق إرادة طرفيه، والتنازل القانوني يكون نافذا في حق المتنازل لديه حتى دون رضاه أو علمه، ويكون دائما تابعا لتصرف قانوني كبيع مؤسسة، أو تابعا لواقعة قانونية كوفاة المستأجر مثلا[136].

ثانيا: حالة التنازل الإتفاقي

يتمُّ التنازل الإتفاقي بإرادة كلا المتعاقدين، أي المتنازل والمتنازل له، ودون أن يكون تابعا للتصرف في مال معين أو مفروضا بنص خاص، ولعل من أهم العقود التي يقع فيها التنازل نجد عقد بيع عقار تحت التصاميم وعقد شراء سيارة بالحجز بمعنى التنازل على سبيل الضمان، وكذلك عقد التوريد وعقد شراء عقار بقرض[137].

نجدُ من بين العقود التي يكون فيها التنازل لصالح الغير ممكنا كل من العقود التالية: عقد الإيجار وعقد التأمينات وعقود العمل وعقود التوريد والمقاولات وغيرها....، إذ أن التنازل عن العقد يسمح بالبقاء والثبات رغم التعديلات التي تحصل للأطراف، كما يسمح التنازل لأي طرف أن يترك الرابطة التعاقدية، ويتحرر من الإلتزامات الناتجة عنه، ويكون التنازل عن العقد إتفاقيا،أي إذا وقع بإرادة طرفيه، وغير تابع لتصرف سابق، فيتم إدراجه في بند من العقد مسبقا، بحيث يتم الاتفاق على أن يكون العقد قابلا للتنازل و مستوفيا لشروط التنازل الإتفاقي[138].

ولصحة التنازل للغير يجب توفر شروط من بينها ما يلي:

---

[135] منصوري المبروك، زواقي مصطفى، المرجع السابق، ص 377.

[136] إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص 19.

[137] خليل إيمان، المرجع السابق، ص.ص 240-241.

[138] منصوري المبروك، زواقي مصطفى، المرجع السابق، ص 377.

1- شرط الإعلام

يُقصد بشرط الإعلام إطلاع البنك بأنّ هناك تنازلا عن العقار لصالح الغير قد وقع، وذلك لتحويل عقد القرض على إسم الغير المستفيد والقيام بكل إجراءات الإئتمان من الشروط السابق ذكرها[139]، وفي هذا السياق نصّت المادة 965 من ق.م.ج بأنّه: " ***ينقضي أيضا حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب التالية: - إذا تنازل الدائن المرتهن عن هذا الحق، على أنه يجوز أن يحصل التنازل ضمانا بتخلي الدائن بإختياره عن الشيء المرهون، أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ، غير أنه إذا كان الشيء مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا برضاه....*** "[140].

ورد في المادة 322 من القانون المدني المصري بأنّه: " ***لا يستتبع بيع العقار المرهون رهناً رسميا إنتقال الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشتري إلا إذا كان هناك إتفاق على ذلك، فإذا إتفق البائع والمشتري على حوالة الدّين، وسجل عقد البيع، تعيّن على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يتجاوز 06 أشهر، فإذا إنقضى هذا الميعاد دون أن يبدي برأيه أُعتبر سكوتهُ إقراراً***"[141].

يرى الفقيه السنهوري بأن أفضل تكييف لهذا التنازل هو حوالة الدّين وليس التجديد "***....والواقع من الأمر أن التجديد لم يعد له إلى جانب الحوالة مكان يذكر، فإن الحوالة تطغى عليه ويؤثّرعلى الناس في تعاملهم....***"[142].

---

[139] خليل إيمان، المرجع السابق، ص 243-244.

[140] المادة 965 من ق.م.ج، المرجع السابق.

[141] المادة 322 من القانون المدني المصري، المرجع السابق.

[142] السنهوري عبد الرزاق، المرجع سابق، ص 439.

2- الشرط المانع

ما دام العقد شريعة المتعاقدين فيجوز للمتعاقدين الإتفاق مسبقا على عدم التنازل عن العقد كما يكون الشرط المانع قانونيا، وعلى هذا الأساس فإنه من بين الشروط الرئيسية موافقة المتنازل لديه كشرط لإنعقاد التنازل، كذلك موافقة المتنازل لديه شرط لنفاذ التنازل في مواجهته[143].

3- شرط الإعتبار الشخصي

العقود ذات الإعتبار الشخصي هي العقود التي يرتبط فيها رضا أحد المتعاقدين بشخصية المتعاقد الثاني، مثل تعاقد الشخص مع رسام لرسم لوحة فنية، أو اللجوء إلى طبيب معين للعلاج، وقد إتجه بعض الفقه إلى إعتبار هذه العقود لا يمكن أن تكون محل تنازل، نظرا لكون شخصية المتعاقد محل إعتبار ولا يمكن تغييرها[144].

ثالثا: التمييز بين التنازل القانوني والتنازل الإتفاقي

يتّفقُ كلا التصرفين القانوني والإتفاقي في النتيجة وهي حلول شخص أجنبي عن العقد محل طرف أصلي فيه، ويكمن الفرق بين التصرفين في بعض النقاط التي يمكن إيجازها في ما يلي:

التنازل القانوني يكون بموجب نص قانوني خاص مثل التنازل عن عقود العمل بعد بيع المؤسسة لرب عمل آخر غير رب العمل الأول، بينما التنازل الإتفاقي يحدث عند تطابق إرادة طرفيه.

- التنازل القانوني يكون نافذا في حق المتنازل لديه حتى دون رضاه أو علمه، بينما في التنازل الإتفاقي يكون لرضى المتنازل لديه أهمية لإنعقاد التنازل أو نفاذه في حقه.

[143] إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص 140.

[144] منصوري المبروك، زواقي مصطفى، المرجع السابق، ص 381.

- التنازل القانوني يكون دائما تابعا لتصرف قانوني مثل بيع مؤسسة، أو تابعا لواقعة قانونية مثل وفاة المستأجر، بينما التنازل الإتفاقي يكون مستقلا عن أي تصرف أو واقعة[145].

الفرع الرابع

تطبيقات التنازل عن العقد

فُرضت بعض الظروف العملية ضرورة بقاء العقود وإستمراريتها رغم تغير أحد أطرافها، كتغير رب العمل في عقد العمل نتيجة بيع المؤسسة، وتغير المؤجر في عقد الإيجار نتيجة بيع العين المؤجرة، وتغير المؤمن له في عقد التأمين نتيجة بيع الشيء المؤمن عليه، وغيرها كثير من التطبيقات لعملية للتنازل التي جعلت المشّرع يفرض تنازلا عن العقد حفاظا على المراكز التعاقدية، ولا يمكن حصر حالات التنازل عن العقد نظرا لتعددها فنجد مثلا التنازل عن عقد الإيجار والتنازل عن عقد العمل، والتنازل عن عقد التأمين كما نجد التنازل عن الوكالة والتنازل عن المقاولة وما إلى ذلك....[146].

التنازل عن عقد الإيجار سواء من طرف المؤجر أو المستأجر، فالحالة الأولى تكون بعد بيع العين المؤجرة، فقد فرض المشّرع أن يبقى عقد الإيجار المبرم مع المالك السابق سريا مع المالك الجديد[147]،ولقد نصّ القانون كذلك على جواز تنازل المستأجر عن عقد الإيجار و لكن أشتُرط في ذلك أن يتم بموافقة المؤجر كتابيا وهذا تم تأكيده حسب ما جاء في المادة 505 من ق.م.ج التي تنصّ بأنّه: ***" لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك "[148].***

بالنسبة لعقد التنازل عن عمل وحفاظا على استمرارية عقود العمل المبرمة مع العمال، فقد فرض المشّرع بقاءها عند تغير رب العمل نتيجة بيع المؤسسة أو إنتقالها بالميراث أو الإندماج،

[145] إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص 19.

[146] منصوري المبروك، زواقي مصطفى، المرجع السابق، ص 379.

[147] المرجع نفسه، ص 379.

[148] المادة 505 من ق.م.ج، المرجع السابق.

وهذا ما يعني فرض القانون تنازلاً عن عقد العمل من طرف رب العمل، فقد أصبح المالك الجديد للمؤسسة هو رب العمل الجديد، وهذا ما نصّ عليه القانون المتعلق بعلاقات العمل الجزائري المادة 74 الفقرة الأولى منه التي جاء فيها: "***إذا حدث تغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة، تبقى جميع علاقات العمل المعمول بها يوم التغيير قائمة بين المستخدم الجديد والعمال***"[149].

أما عن عقد التأمين هو تنازل قانوني ناتج عن واقعة كوفاة المؤمن له أو حل شركة التأمين أو إعلان إفلاسها، وينتج كذلك عن تصرف قانوني سابق بنقل ملكية الشيء المؤمن عليه، كالبيع أو الهبة، ويكون التنازل من طرف المؤمن له أو من طرف المؤمن، فالتنازل عن عقد التأمين من طرف المؤمن له سواء كان بسبب الوفاة أو التصرف في الشيء المؤمن عليه، يؤدي إلى حلول الطرف المتنازل له محل الطرف المتنازل في إلتزاماته وحقوقه الناتجة عن عقد التأمين، فيصبح ملزما بدفع أقساط التأمين، كما يكون له الحق في التعويض إذا هلك الشيء المؤمن عليه حسب شروط عقد التأمين، وهذا ما أكد عليه صراحة المشّرع الجزائري[150].

المطلب الثاني

صور تدخل الغير في تنفيذ العقد

يُمكن للغير المتعاقد أن يصبح طرفا في العقد، ويتحمل إلتزاماته ويكتسب صفة الطرف، كما يتدخل كذلك في التنفيذ مع إحتفاظه بصفة الغير، على الرغم من أن مبدأ القوة الملزمة للعقد تقول أن العقد لا ينفع ولا يضر غير عاقديه، ومن ينوب عنهم وخلفائهم، وهذا حسب مبدأ نسبية أثر العقد، ومن ذلك فإن العقد لا يلزم إلا المتعاقدين، ومن خلال مبدأ سلطان الإرادة، فكما هو متعارف عليه أن آثار العقد لا تمس ولا تنصرف إلى غير المتعاقدين، وهو الراجح عند المشّرع الجزائري، أما بالنسبة لصور تدخل الغير في تنفيذ العقد نجد أنها قد تكون في شكل تدخل للغير

[149] أنظر في ذلك ما جاءت به المادة 74 من القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم بالأمر 97/ 03 المؤرخ في 11 جانفي 1997، ج.ر.ج.ج عدد 03 صادر في 12 جانفي 1997.

[150] منصوري المبروك، زواقي مصطفى، المرجع السابق، ص 380.

في العقد بصفته متعاقد (الفرع الأول)، أو تدخل الغير في العقد بصفته غيرا صريحا(الفرع الثاني).

الفرع الأول

تدخل الغير في العقد بصفته متعاقد

يكتسبُ *الغير* في المستقبل صفة المتعاقد في عقد لم يشارك في إبرامه مطلقا، وبالتالي يتدخل في تنفيذه، ويأخذ هذا التدخل شكل بعض حالات التدخل التي نص عليها بمقتضى القانون(أولا)، كما نجد حالة تدخل الغير بمقتضى القضاء (ثانيا)، وكذلك يتقرر هذا التدخل الذي يمارسه الغير بمقتضى الإتفاق(ثالثا).

أولا: بعض حالات التدخل التي نص عليها القانون

يظهرُ الحلول التلقائي القانوني لغير المتعاقد كطرف أصيل في العلاقات التعاقدية جليا في بعض صور الحوالة القانونية للعقود، والإنتقال القانوني للعقود، التي يمكن إعتبارها من التطبيقات العملية المهمة لتدخل غير المتعاقد في تنفيذ العقد، بناءا على إرادة المشّرع وهي التي يراد بها إنتقال صفة المتعاقد، بما له من حقوق وما عليه من إلتزامات إلى شخص أخر، دون حاجة لرضا الطرف الثاني في العقد، بحيث يكفل تدخل غير المتعاقد في تنفيذ العقد توفير إستقرار حقيقي وقانوني لمركز الدائن، ومن أبرز الحالات نجد المشتري للعقار المؤجر وحالة صاحب العمل الجديد[151].

جاء حول إمكانية السماح لمالك العين المؤجرة أن يتصرف فيها للغيره، إذ نصت عليه المادة 469 مكرر 03 من ق.م.ج على ما يلي: ***" إذا إنتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبرا يكون الإيجارنافذا في حق من إنتقلت إليه الملكية "*** [152]، أما بالنسبة لحالة صاحب العمل فلقد تم تناولها من طرف المشّرع الجزائري في نص المادة 74 وما يليها من قانون العمل، حيث ورد فيها:

[151]عصمان الحو هشام، المرجع السابق، ص 35.

[152] المادة 469 مكرر 03 من ق.م.ج، المرجع السابق.

" 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 وذلك من خلال أسلوب المفاوضات الجماعية "[153].

ورد كذلك في نص المادة 09 من قانون العمل المصري أن صاحب العمل الجديد يعتبر خلفا مسؤولا بالتضامن مع أصحاب الأعمال السابقين عن تنفيذ جميع الإلتزامات الناشئة عن عقود إستخدام عمال الهيئة المستخدمة[154].

ثانيا: تدخل الغير في العقد بمقتضى القضاءالإستضافة، المساكنة، حق البقاء

تُعتبر الإستضافة مصطلح قانوني ورد في القضاء المصري، وهو قيام المستأجر بإيواء غيره معه في العين المؤجرة أو قيامه بإستضافته معه وإقامته مع المستأجر الأصلي، فهذا الإيواء أو الإستضافة لا يعطي لهذا الغير المقيم مع المستأجر أية حقوق يستطيع أن يطالب بها على العين المؤجرة، حيث أن إقامة الغير مع المستأجر من أجل الإنتفاع بالعين فقط، ولكن إذا ترك المستأجر الأصلي العين المؤجرة للغير ممن كانوا يقيمون معه على سبيل الإستضافة أو الإيواء بشكل يوحي بإستغناء المستأجر الأصلي عن العين، فيكون بذلك هذا نوع من التنازل عن الإيجار أو تأجير من الباطن، مما يعطي الحق للمؤجر طلب إخلاء العين المؤجرة؛ أما بالنسبة للمساكنة هي حق المقيم والمساكن مع المستأجر الأصلي أو تركه للعين، ويشترط لثبوت المساكنة عدة شروط منها حصول المساكنة منذ بدء الإيجار بين المستأجر الأصلي والمؤجر ومنه يمكن إدراج فكرة المساكنة ضمن النيابة الضمنية.[155]

[153] المادة 74 من القانون رقم 11/90 المتعلق بعلاقات العمل، المرجع السابق.

[154] أحكام المادة 09 قانون العمل المصري الموحد رقم 02 لسنة سنة 2012.

[155]خليل إيمان، المرجع السابق، ص. ص 249-253.

ثالثا: تدخل الغير في العقد عن طريق الإتفاق

يُقرر المتعاقدان بإرادتهما جعل العقد يرتب آثاره في حق *الغير*، بما أنّ قدرة الإرادة هنا محصورة فيما يولده العقد من حقوق، دون ما ينشأه من إلتزامات، فلا يستطيع المتعاقدان أن يحملا الغير بإلتزام من عقد لم يكن طرفا فيه، ولكن يمكن لهما أن يكسبا هذا الغير بموجب إتفاق حقا شرعيا له، وهنا يسعى الغير بإرادته إلى تنفيذ عقد لم يكن طرفا فيه ولم يكن له يد في إبرامه وهنا توجد حالة إقرار الغير بعقود صادرة عن المتعاقدين مثل الإقرار الذي يحدث في بيع ملك الغير والوكالة....، ونجد كذلك حالة التعهد عن الغير[156].

الفرع الثاني

تدخل الغير في العقد بصفته غيرا

تُوجد هناك العديد من الحالات التي يقوم فيها *الغير* بتنفيذ العقد ومع ذلك لا يكتسب صفة الطرف فيه، ويظل عنصرا أجنبيا عن العقد رغم مساهمته في التنفيذ، وهنا يمكن القول أن *الغير* يمكنه تنفيذ العقد بإرادته(أولا)، كما قد يكون كذلك هناك حالة تنفيذ العقد من طرف الغير عن طريق الإنابة (ثانيا).

أولا: تنفيذ العقد من طرف الغير بإرادته

نصت المادة 258 من ق.م.ج بأنّه: *" **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 الجزائري، كما يصح الوفاء مع التحفظ السابق ممن ليس له مصلحة في الوفاء ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته، غير أنه يجوز للدائن رفض الوفاء من الغير إذا إعترض المدين على ذلك أو أبلغ الدائن بهذا الإعتراض** "*[157]، ولقد أضافت المادة 259 من ذات القانون أنّه: *"*

---

[156]جابر محبوب علي، << أثر العقد فيما بين طرفيه وبالنسبة للغير >>، مجلة القانون والإقتصاد، عدد 95، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2014، ص 36.

[157] المادة 258 من ق.م.ج، المرجع السابق.

إذا قام الغير بالوفاء بالدين كان له الرجوع على المدين بقدر ما دفع "[158]، ومنه يمكن إعتبار الغير بمثابة منفذ للإلتزام مثله مثل المدين، رغم ضرورة التفرقة بين الوفاء من الغير والوفاء بناءا على غلط.

ثانيا: تنفيذ الغير للعقد عن طريق الإنابة

نصّت المادة 326 من القانون المدني المصري على ما يلي: ***" إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي إستوفى حقه في الأحوال التالية: " إذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه "***[159].

ورد كذلك في المادة 261 من ق.م.ج ما يلي: ***" إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي يستوفي حقه في حال إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفي حق الحلول "***[160]، وبالتالي يمكن القول أنّ الغير يتدخل كمتعاون ومساهم في التنفيذ وقد يلتزم بالتنفيذ عندما يلتزم ضمان ذلك التنفيذ.

يقُودنا الحديث عن الإنابة وعن تنفيذ العقد عن طريق الإنابة إلى البحث في الجدل الدائر حول الإنابة " 1 "، ومن أجل التعريف أكثر على تنفيذ العقد بهذه الطريقة وخصوصيته لابد من التطرق إلى أنواعها " 2".

1- الجدل الدائر حول الإنابة

بداية تُعتبر الإنابة وسيلة قانونية يقوم بها الغير الذي يكون منابا بالوفاء للمساعدة في تنفيذ العقد المبرم ما بين المنيب والمناب لديه، فهي أداة قانونية يتدخل الغير بها في العقد، أما بالنسبة للجدل الدائر حول الإنابة، فنجد حدوث جدل فقهي حول طبيعة الإنابة بإعتبارها تعويضا للوفاء ونيابة تعاقدية، ولكن لنزع الغموض عنها وضع المشّرع الجزائري نص المادة 294 من ق.م.ج[161]،

---

[158] المادة 259 من ق.م.ج، المرجع السابق.

[159] المادة 326 من القانون المدني المصري، المرجع السابق.

[160] المادة 261 من ق.م.ج، المرجع السابق.

[161] المادة 294 من ق.م.ج، المرجع نفسه.

تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين، ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير، على الرغم من أن المشّرع الجزائري لم يضع تعريفا لها كون التعاريف من مهام الفقه، غير أنه تكلم عن طريقة إنعقادها بين أطرافها وشروطها كما قال أنها عملية قانونية ثلاثية الأطراف، بمقتضاها يحصل الطرف الأول وهو المُنيب بمعنى المدين على رضا الطرف الثاني وهو الدائن المناب لديه بأن يلتزم طرف ثالث، وهو الشخص من الغير المناب بالوفاء بالدين في مكانه، كما ان المشّرع الجزائري لم يشترط في الإنابة أن تكون هناك علاقة مديونية سابقة بين المدين والغير، ومن الذي اجمع عليه الفقهاء بأنها عملية قانونية التي بمقتضاها يلتزم شخص يسمى المناب بناءا على طلب او امر صدر إليه من شخص آخر يسمى المنيب في مواجهة شخص ثالث يسمى المناب لديه[162].

عرّف بعض الفقهاء الجزائريين الإنابة في الوفاء بأنّها: " ***عبارة عن تصرف بمقتضاه يحصل المنيب المدين على رضا المناب لديه الدائن بشخص ثالث هو المناب حيث يلتزم بوفاء المدين مكان الدائن،*** [163] كما عرفت الإنابة في الوفاء بأنّها: " ***عمل قانوني وجود ثلاثة أشخاص حيث تقوم إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص اجنبي يقوم بوفاء الدين مكان المدين، فالمدين يطلق عليه المنيب قد أناب الأجنبي ويطلق عليه المناب ،"*** ونجد في التعريف الفرنسي للإنابة من الجانب الفقهي عرّفها بأنّها: ***" الإنابة عملية قانونية يقوم بها شخص المنيب بالحصول على قبول شخص آخر المناب لديه، بشخص ثالث كمدين يسمى المناب يرضى ان يلتزم نحوه*** [164].

[162] خليل إيمان، المرجع السابق، ص 284.

[163] السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 364.

[164] خليل إيمان، المرجع السابق، ص 285.

2- أنواع الإنابة

جاء في المادة 294 من ق.م.ج بأنّه: ***" إذا اتفق المتعاقدون ان يستبدلوا إلتزاما سابقا بإلتزام جديد كانت هذه الإنابة تجديد للإلتزام بتغيير المدين ويترتب عليها تبرئة ذمة المنيب قبل المناب لديه*** "[165]، من هذا النص يتضح أنّ الإنابة الكاملة هي عقد يكون فيه اتفاق على استبدال الدين الجديد بالدين القديم و يقوم الدائن فيها بتبرئة ذمة مدينه، ويوافق على الغير المناب مدينا له، أي يكون هناك رضا كل من الأطراف الثلاثة، بمعنى أن نص المادة 294 هي التي تنص على طبيعة الإنابة الكاملة و بأنّها تجديد بتغيير المدين وقد تنطوي أيضا بتحديد تغيير الدائن وذلك في حالة وجود مديونية سابقة بين المنيب والمناب، والمثال في حالة بيع العقار المملوك للمدين وقام هذا الأخير بتكليف الغير وهو المشتري بدفع الثمن لدائنه إنطوت الإنابة على تجديد و على تغيير المدين[166].

بالنسبة للإنابة النّاقصة فلقد تعددت التعاريف الفقهية التي تناولت الإنابة الناقصة فعرفتها بأنّها الإنابة التي لا تبرئ ذمة المنيب وإنّما تضم ذمته الى ذمة المناب بحيث يقبل المناب كمدين اخر، فيكون للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد[167]، كما عُرّفت كذلك بأنّها: " ***هي الإنابة التي تتحقق عندما يلتزم مدينان بمقتضى رابطتين مختلفتين أمام الدائن بكل او جزء من الدين***"[168]، كذلك هناك من عرّفها بأنّها: ***" الإنابة التي تقوم على تعدد المدينين الذي يرجع الدائن على أي واحد منهم حسب رغبته"***، وفي ذات السياق نجد الفقه الفرنسي المقارن قد عرّف الإنابة الناقصة بقوله: " الإنابة الناقصة عكس نظيرتها التي تتضمن التجديد، تكون عندما يقوم المنيب بدعوى المناب ليلتزم مباشرة نحو المناب لديه دون أن تكون علاقة سابقة بين الأطراف سببا في هذه العملية[169]، ومنه نجد معظم التعاريف تدور حول فلك واحد، وفكرتها أنّ الإنابة الناقصة

---

[165] المادة 294 من ق.م.ج، المرجع السابق.

[166] أنور سلطان، المرجع السابق، 115.

[167] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 1007.

[168] إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، 394.

[169] محمد قاسم حسن ، الوجيز في نظرية الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1994، ص 251.

تتحقق عندما يتم الاتفاق بين طرفيها المناب والمنيب على ضم ذمة المناب إلى المنيب لأداء الدين المناب لديه، فلا يكون هناك تجديد، فالإنابة الناقصة هي عقد رضائي يكون بين المنيب والمناب ويتم تنفيذ هذا العقد في مواجهة المناب لديه بقوله، فقبوله ليس شرط للانعقاد بل هو شرط للنفاذ فقط ليس إلا[170].

المبحث الثاني

مضمون حماية الغير

يستحوذ *الغير* في العقد على مقدار من الحماية لكونه متدخلا أجنبيا في الرابطة التعاقدية رغم عدم بلوغه مكانة الطرف في العقد، ولكون أساس هذه الحماية هو التوفيق بين المصالح المتعارضة على نحو لا يضيع به حق الغير، وبالخصوص حماية الغير من التصرفات الصورية وتصرفات المتعاقدين طرفي العقد التي تمس بالغير (المطلب الأول)، ومن هنا يجب أولا محاولة معرفة المقصود بحماية الغير، ثم محاولة دراسة مختلف الوسائل الممكنة والمشروعة لحماية الغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المقصود بحماية الغير

تُشكّلُ الحماية التي يستفيد منها *الغير* رغم كونه عنصرا أجنبيا عن العقد أمرا بالغ الأهمية، وذلك نظرا لوجود فكرة حسن النية التي تخدم بدرجة الأولى الغير، خاصة حالة النيابة في التعاقد التي تبرز سمو هذا المبدأ، وفي هذا السياق لابد من محاولة القيام بداية بتقديم تعريف لحماية *الغير* (الفرع الأول)، وبعد ذلك يجب القيام بتسليط الضوء على الأساس القانوني لحماية الغير (الفرع الثاني).

[170] خليل إيمان، المرجع السابق، ص 287.

الفرع الأول

تعريف حماية الغير

يُقصد هنا بحماية *الغير* تلك الحماية المقررة للغير حسن النية في مواجهة شخص يسمى صاحب الحق أو الأصيل، والذي لا يخرج عن كونه مالكا للمال الذي إكتسب عليه الغير حسن النية حقا أو دائنا لمن أجرى معه الغير حسن النية في تصرفه، وتؤدي تلك الحماية إلى سريان آثار التصرف الذي كان الغير حسن النية طرفا فيه في مواجهة صاحب الحق على الرغم من كونه أجنبيا عنه، أو لم تتجه إرادته الحقيقية إليه[171]، وتتنوع آثار حماية الغير حسن النية بين فقدان المالك ملكيته للمال محل التصرف، أو بمزاحمة الدائن من قبل الغير حسن النية المتعامل مع مدينه بصورة تؤدي إلى تقديم الغير حسن النية، على الرغم من كونه دائنا لاحقا في إستفاء حقه من المال محل التصرف من قبل الدائن الأسبق منه في المرتبة، كما تتركز حماية الغير في كافة حالاتها وصورها على فكرة التنازع، فحماية الغير لا تثار إلاّ حينما يصطدم حق الغير حسن النية بحق آخر يوازيه أو أقوى منه[172].

وإذا ما فرقنا بين الحماية التي وضعها المشّرع ***للغير*** في القانون التجاري بالحماية التي يتمتع بها الغير في قواعد القانون المدني نجدها متعددة ومتنوعة، فهذه الإمتيازات تساعد على زرع الثقة في التعاملات التجارية، لذلك أصبحت حماية الغير من الغايات والأدوات الإستراتيجية لإستقرار المراكز القانونية.[173]

---

[171] المجالي حسان مجلي فارس، حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة آل البيت، الأردن، 2003، ص 22.

[172] المجالي حسان مجلي فارس، المرجع نفسه ، ص 22.

[173] شين خثير، خليلي إيمان ،<< تفعيل حماية الغير في عقد الشركة– دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريعات الأخرى >>، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد 02، عدد 02،جامعة إبن خلدون تيارت، الجزائر، 2021، ص 70.

تُعرّف الحماية بأنها منع الأشخاص من أي إعتداء على حقوق بعضهم البعض بموجب أحكام قانونية، فالحماية بهذا المعنى تختلف من نوع لأخر تبعا لإختلاف الحقوق المحمية، فقد تكون الحماية متعلقة بالحقوق المدنية أو الجنائية أو غير ذلك؛ فأساس هذه الحماية هو التوفيق بين المصالح المُتعارضة على نحو لا يهدر به حق الغير، وبالمقابل عندما نتكلم عن حماية الغير يعني هناك حق يضاهيه أو يفوقه، ويُقصد بمصطلح بالحماية وجود تصرفات قانونية يتأثر بها الغير وبطبيعة الحال هذه التصرفات تكون مضرة له[174].و لهذا شرعت هذه الحماية لرد أي إعتداء قد يعتري الغير.

الفرع الثاني

لأساس القانوني لحماية الغير

يُمثل الأساس القانوني لحماية *الغير* أمرا مهم وذلك لأن الحماية القانونية تحتاج لضبط، إذ تقوم بوضع الأساس وتوضيح الشروط القانونية التي إذا تحققت تتحقق تلك الحماية، كما أن غياب وجود أساس قانوني يضبط هذه الحماية يجعلها مهددة بعدم التوازن والإخلال بمصالح الغير، لذلك لابد من التعرف على معنى الوضع الظاهر وتطبيقاته(أولا)، وتوضيح كذلك معنى الصورية (ثانيا).

أولا: الوضع الظاهر

تقتضي محاولة إكتشاف نظرية الوضع الظاهر بمعنى الحالة الظاهر التي يكتسبها الغير عن طريق تدخله في العقد، إلى توضيح معنى الوضع الظاهر " 01 " ثم بيان شتى أركانه " 02 "، إضافة إلى ضرورة معرفة تطبيقات الوضع الظاهر " 03 ".

[174]فقير فايزة ، واجب إستثمار ملكية الأراضي الفلاحية الخاصة في ظل قانون التوجيه العقاري رقم 90- 25، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر 01، 2005، ص 54.

1- معنى الوضع الظاهر

نستطيعُ إعتبار نظرية الوضع الظاهر أو ما يُعرف بنظرية صاحب الوضع الفعلي نتيجة من نتائج العملية لتطبيق المساواة في القانون، فدورها يكمن في تعزيز الحق المكتسب من الغير للحالة الظاهرة التي يتأثر بها، ويرجع أصل هذه النظرية للقضاء الفرنسي الذي قام دائما بإتخاذ مبدأ التحقيق من قوى القواعد القانونية وعدم مراعاتها في الواقع[175].

ينشأ عن الوضع الظاهر مواجهة بين صاحب المركز القانوني الحقيقي الذي من شأنه إكمال القواعد على وجهها الصحيح و تمتعه بالحق محل التصرف وصاحب المركز الظاهر الذي لا يخول له إكمال القاعدة القانونية التمتع بميزات هذا الحق إلا أنّه يظهر بمظهر صاحب الحق، وبالنتيجة يكون بمركز قانوني واقعي وفعلي يواجه المركز القانوني لصاحب الحق[176].

2- أركان الوضع الظاهر

يتشكلُ الوضع الظاهر من الركن المادي والركن المعنوي، أما بالنسبة للركن المادي للوضع الظاهر فهو ذلك العنصر أو مجموعة العناصر التي تلزم لقيام المركز الواقعي، أو تؤدي إلى الإستدلال عليه، أما المركز القانوني لصاحب الحق قد يستدل عليه بعقد صحيح، وقد يستدل عليه بممارسة صاحب الحق لسلطات ومزايا يخولها له هذا العقد[177].

يظهرُ صاحب الوضع الظاهر كأنه صاحب حق عندما يكون مركزه مدعوما بوقائع مادية تقع تحت سمع وبصر الآخرين، بالإضافة إلى إرتداء المركز الظاهر ثوب المركز القانوني، مثل ما هو الحال عندما يتوفر للشريك الظاهر في الشركة التجارية ذات الحق في التصرف بحصته أو

[175] Alain Benabeut, Droit civil, 3 ème édition Mont christien, Paris, 1991. P 105.

[176] الحمداني سامي حسن نجم، أثر العقد الإداري بالنسبة إلى الغير ،المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2012، ص 43.

[177] بدرة إيمان غليسات، نظرية الوضع الظاهر في الشركات، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2021، ص 12.

أسهمه مقارنة بالشريك القانوني الذي يكون له حق التصرف فيها، وذلك عندما يكون عقد الشريك الظاهر غير متنازع فيه وقت إبرامه لأي تصرف[178].

أما بالنسبة للركن المعنوي للوضع الظاهر فيتم بإتصال العنصر المعنوي بالغير المتعامل مع صاحب الوضع الظاهر، وهذا الغير لا ينسب إليه غش أو سوء نية أو رغبة في الإضرار بالآخرين، كما يشكل هذا الأخير ركنا يتعلق بشخص الغير وحسن نيته في التعامل مع صاحب الوضع الظاهر، ويتمثل حسن النية في عدم معرفة الغير بإنعدام الصفة القانونية لصاحب الوضع الظاهر أو بعدم صحة سنده القانوني، فحسن النية والأمانة تساهم في تحقق الركن المعنوي، مع وجوب إقتران حسن النية بأسباب تثبته وهو ما يطلق عليه حسن النية المعقول والمبرر[179].

3- تطبيقات الوضع الظاهر

تتعدّدُ تطبيقات الوضع الظاهر لكن يمكن حصرها في مثالين شائعين هما الملكية والوكالة أو ما يعرف بنيابة، بالنسبة للمالك الظاهر تتجلى صورته في بيع ملك الغير من خلال المادة 397 من ق.م.ج التي جاء فيها: ***" إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه وفي كل حالة لا يكون البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازه المشتري "[180].***

عُرّفت الوكالة الظاهرة عن طريق الوكيل الظاهر بأنّها: " ***هو من يبرم التصرف باسم شخص آخر مع إنصراف آثاره لحساب هذا الأخير ومصلحته دون وكالة قائمة بين الأصيل والوكيل*** "، وفي هذا السياق إشترط المشّرع في نص المادة 574 من ق.م.ج وكالة خاصة للقيام بالتصرفات القانونية من رهن وبيع فبغياب الوكالة الخاصة تكون هناك وكالة ظاهرة[181].

---

[178] بدرة إيمان غليسات، المرجع السابق، ص 12.

[179] المعموري عروبة شافي، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون المدني، كلية القانون، جامعة بابل العراق، 2008، ص 118.

[180] المادة 397 من ق.م.ج، المرجع السابق.

[181] المادة 574 من ق.م.ج، المرجع نفسه.

ثانيا: الصورية

نادى الفقه بالصورية كأساس لفكرة الوضع الظاهر والصورية هي الإرادة المنفردة أو العقد الذي إتجهت الإرادة إلى عدم ترتيب كل آثاره أو بعضها، فالصورية تتضمن إرادتين أحدهما معلنة والثانية مستترة، وتقوم الأخيرة بتعطيل كل أو بعض أثار الإرادة المعلنة، ويبنى على هذا أن تكون الصورية مطلقة إن كان التصرف الظاهر يخفي عدما، أي تعطل كل آثار الإرادة الظاهرة وتكون الصورية نسبية إذا كانت الإرادة الباطنة تعطل بعض آثار الإرادة الظاهرة أو تعدلها، وللصورية النسبية عدة فروض جاء بها الفقه؛ فهي صورية بالتستر إذا كان التصرف الحقيقي يختلف عن التصرف الظاهر في نوعه وطبيعته مثل أن يكون الظاهر والمستتر هبة[182].

تُعتبر الصورية وضع ظاهر يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين، وهي على هذا النحو تعترض تصرف ظاهر وإتفاق مستتر، ويكون شأن الاتفاق المستتر إما محو كل أثر التّصرف الظاهر وإما تعديل بعض أحكامه[183].

تتحقّق الصورية إذا توفر عقدين مختلفان، إحداهما ظاهرا صوريا والآخر خفي ويسمى العقد الخفي المستتر وراء العقد الظاهر بورقة الضّد، فالمتعاقدين هما اللذان يعلمان وحدهما بوجود عقدين، أما الغير فلا يكون لديهم علم إلا العقد الظاهر فقط، بمعنى يستلزم وجود إتفاقين متعارضين، الاتفاق الثاني سري يلغي الاتفاق الأول الظاهر أو يعدله، فقد يتناول هذا الإختلاف بين العقدين وجود العقد الظاهر ذاته كله أو ماهيته أو ركنا من الأركان الأساسية أو شرطا من شروطه الأساسية، فهما ضدان لا يجتمعان بمعنى إستحالة تنفيذهما معا، كما يجب أن يكون العقد الظاهر مختلف عن العقد الخفي، فقد يكون هذا الإختلاف بين العقدين في جزء معين وقد يكون هذا الإختلاف إما كلي أو جزئي[184]

---

[182] بدرة إيمان غليسات، المرجع السابق، ص 22.

[183] عرفات نواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص 10.

[184] الفار عبد القادر، المرجع السابق، ص 105.

المطلب الثاني

الوسائل المشروعة لحماية الغير

تحقيقا لتلك الحماية الخاصة التي يتطلبها الغير منح المشّرع للدائن العديد من الدعاوي لحماية حقه، وكل تلك الدعوى تندرج ضمن الوسائل المشروعة المعمول بها لحماية الغير، وهي الدعوى المباشرة (الفرع الأول)، و هناك كذلك الدعوى الغير المباشرة (الفرع الثاني)، والدعوى الصورية (الفرع الثالث)، إضافة إلى دعوى أخرى تتمثل في الدعوى البوليصية (الفرع الرابع).

الفرع الأول

الدعوى المباشرة

تندرجُ الدعوى المباشرة ضمن الآليات والوسائل المشروعة الهادفة لضمان قدر من الحماية للغير، فهي بذلك وسيلة مشروعة يعتمد عليها لحماية الغير الذي له علاقة بالعقد، وما يهمنا هنا هو معرفة معنى الدعوى المباشرة (أولا)، وكذلك معرفة مختلف خصائصها ومميزات الدعوى المباشرة (ثانيا)، مع إبراز مختلف شروط الأساسية لرفع هذه الدعوى (ثالثا).

أولا: معنى الدعوى المباشرة

تُعتبر الدعوى المباشرة ضمان خاص يمنح للدائن بنص تشريعي في حالات محددة قانونا وذات طبيعة قانونية خاصة، يمنح للدائن حق الحصول على دينه مباشرة من الذمة المالية لمدين مدينه، كما أنها الوسيلة الأكثر فعالية، إذ يباشرها الدائن للمطالبة بحقوق مدينه من مدين مدينه بإسمه الشخصي، ويستفيد من ذلك الدائن وحده دون مزاحمة باقي الدائنين له، وعلى هذا فإن الدعوى المباشرة هي وسيلة تنفيذية قررها المشّرع للدائن بنص قانوني خاص[185].

تُعدّ الدعوى المباشرة إستثناءا أو خروجا عن مبادئ القواعد العامة في العقد وذلك لأن الأصل العام هو أنّ العقد لا يرتب آثاره القانونية إلا بين الطرفين وخلفهم أي الخلف العام

[185]أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2005، ص 16.

والخاص، وأن آثار العقد تقف عند هذا الحد ولا تتعداه إلى الغير، حيث جاءت الدعوى المباشرة لترتب أثار خارج نطاق العقد أي خارج نطاق الأشخاص الذين يسري العقد في مواجهتهم.[186]

تُعتبر الدعوى المباشرة خروجا على القواعد العامة التي تقضي بأنّ العقد لا تنصرف آثاره إلا في حق طرفيه، ولا يتعدى أثره إلى الغير وهذا ما يعرف بمبدأ نسبية أثر العقد؛ فهي بذلك دعوة أو وسيلة قانونية يرفعها الدائن على مدينه يمارس فيها بإسمه ولحسابه الحق الذي يكون لمدينه في ذمة ذلك المدين، دون أن تكون هناك أية علاقة قانونية بين صاحب الدعوى المباشرة ومدين مدينه.[187]

ثانيا:خصائص الدعوى المباشرة

تتميزُ الدعوى المباشرة بمجموعة من الخصائص التي تتمثل في كون الدعوى المباشرة إختيارية " 01 "، إضافة لذلك تعتبر هذه الدعوى دعوى تابعة " 02 "، وكما أن الدعوى المباشرة سعي مباشر للدائن إلى مدين مدينه " 03 "، وتجدر الإشارة لكون الدعوى المباشرة ليست بالضرورة نظاما قضائيا " 04 "، علاوة على كل ذلك هذه الدعوى إستثنائية " 05 "، ومرتبطة بنظام العام " 06 ".

1- الدعوى المباشرة دعوى إختيارية

تنبثق هذه الخاصية من الدور الذي تقوم به هذه الدعوى، بحيث أنها تراعي مصلحة الدائن بتخويله حقا خاصا قبل مدين المدين فهي تؤمّن مركز الدائن بإضافة مدين جديد إلى المدين

[186] الجبوري محمد ياسين، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، ط 02، دار الثقافة،عمان، 2011، ص 357.

[187] أحمد خليل حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ط02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2009 ص 63.

الأصلي، فيكون للدائن الخيار بعد ذلك بين الرجوع على مدينه الأصلي أو الرجوع على مدين مدينه بطريقة مباشرة[188].

2- الدعوى المباشرة دعوى تابعةوان الداءن يطالب بمقدار دينه فقط

ما دامت الدعوى المباشرة تعمل على تأمين حق الدائن، فإنه من المنطقي أن تكون هذه الدعوى محكومة في وجودها ونطاقها بوجود نطاق حق الدائن قبل المدين الأصلي، فهي تابعة لهذا الحق، ويترتب على ذلك أن هذه الدعوى تنقضي بإنقضاء حق الدائن لأي سبب من أسباب الإنقضاء، كأن يتقادم الحق الذي هو موضوع الدعوى المباشرة[189].

3- الدعوى المباشرة هي سعي مباشر للدائن إلى مدين مدينه

وذلك لأن الدائن يرفع هذه الدعوى بإسمه ولحسابه الخاص دون أن يكون نائبا لمدينه، ودون الحاجة إلى إدخال هذا الأخير في دعواه، ويعدّ ذلك إستثناءاً عن القواعد العامة التي تقضي بأن سعي الدائن إلى مدين مدينه يجب أن يكون بطريق غير مباشر، كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة، وهذه الأخيرة تعني بأن الدائن يستعمل حقوق مدينه باسم ولحساب المدين، ويكون الدائن في إستعماله لحقوق مدينه نائبا عن هذا الأخير، ويجب عليه إدخاله في الدعوى وإلاّ رُفضت الدعوة نهائيا[190].

4- الدعوى المباشرة إستثنائية

تعد الدعوى المباشرة إستثنائية كونها لا تثبت إلاّ في حالات فردية وخاصة وأنّه يُلزم لإثباتها أن يقضي القانون بها فهي لا تقرر إلاّ بناءا على نصّ خاص ولا يجوز التوسع فيه،

---

[188] عاطف كمال فخري، الغير في القانون المدني المصري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، الإسكندرية، 1999، ص 194.

[189] عاطف كمال محمد فخري، المرجع نفسه ، ص 369.

[190] ماجد رشاد محمد، الدعوى المباشرة في العلاقات القانونية غير المباشرة، دراسة مقارنة تحليلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 87.

بخلاف الدعوى غير المباشرة التي تتسم بالعمومية والشمول، وهي قاعدة عامة بمعنى أنه لكل دائن أن يباشرها ما دامت شروطها قد توافرت، فهي لا تتقيد بنوع معين من الدائنين[191].

5- الدعوى المباشرة من النظام العام

فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وهذا يبدو واضح من النصوص التي نصّت على الحالات التي تستعمل فيها هذه الدعوى فكلّها نصوص آمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها[192].

ثالثا: شروط الدعوى المباشرة

تتوفر الدعوى المباشرة على جملة من الشروط العامة والخاصة وهذا كباقي الدعاوي المماثلة لها، وهذا طبقا لما ورد في نص المادة 13 من قانون إجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء في نص هذه المادة: ***" لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة أومصلحة قائمة أو مُحتملة يُقرها القانون "***[193]، وبالتالي الشروط العامة الضرورية المتعلقة بالدعوى المباشرة تتمثل في الصفة والمصلحة،أما بالنسبة للشروط الخاصة المتعلقة بالدعوى تتمثل في وجوب أن يكون حق الدائن محققا ومؤكدا أو مستحق الأداء، ووجوب أن يكون حق الدائن موجودا وغير متنازع فيه، وكذلك تحديد الدين، إضافة إلى ثبوت الدين في سند تنفيذي[194].

يُشترط في الغير الذي يريد رفع الدعوى المباشرة بصفته دائنا أن يتأكد بأن مدين مدينه له إلتزام إتجاه المدين ووجود دين بين المدين، وهذا الغير ويجب على هذا الأخير قبل أن يباشر بإجراء إنذار للمدعى عليه أي مدين المدين بالوفاء بالحق المطالب به أي أن يقدم له كل ما هو ثابت في ذمة المدين الأصلي، كما يجب الإشارة إلى أن الدعوى المباشرة لا تتقرر إلا بوجود نص

---

[191] ماجد رشاد محمد، المرجع السابق، ص 89.

[192] محمد حسين منصور، نبيل إبراهيم سعد، أحكام الإلتزام، ط 01 ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص. ص 118- 119.

[193]أنظر المادة 13 من القانون رقم 08- 09 الصادر في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج عدد 21، صادر في 23 فبراير 2008.

[194]سليماني سارة، زبدة كريمة، الدعوى المباشرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، 2019، ص 29.

قانوني خاص بها لأنها حماية إستثنائية للغير القائمة على فكرة الإمتياز، كونها تنقل الحقوق بها مباشرة في ذمة الدّائن[195].

الفرع الثاني

الدعوى الغير المباشرة

تُعتبر الدعوى الغير مباشرة وسيلة أخرى مماثلة للدعوى المباشرة التي تندرج ضمن الوسائل المشروعة المقررة لحماية الغير، لذلك وجب تقديم تعريف لهذه الدعوى غير المباشرة (أولا)، مع ضرورة إبراز طبيعة الدعوى الغير المباشرة (ثانيا).

أولا: تعريف الدعوى الغير المباشرة

تُعرّف الدعوى الغير المباشرة بأنّها الدعوى التي يرفعها الدائن باسم مدينه بالنيابة عنه، ضد مدين مدينه، فهي لا تفترض وجود علاقة مباشرة بين الدائن رافعها وبين مدين مدينه، ولكنه يقاضيه باسم ذلك المدين، وتؤدي الدعوى الغير المباشرة إلى دخول الحق الذي يطالب به الدائن مدين مدينه في ذمة ذلك المدين، وبالتالي يكون في الضمان العام للدائنين[196]، بذلك الدعوى الغير المباشرة هي وسيلة وضعت في يد الدائن ليحمي بها حقه في الضمان العام من أن ينتقص نتيجة قعود المدين عن إستعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها، فهي تهدف إلى حماية الدائن من تقصير المدين، عن طريق تمكين الدائن من أن يباشر بنفسه حقوق المدين ودعواه نيابة عنه[197].

ثانيا: طبيعة الدعوى الغير مباشرة

تقفُ هذه الدعوى واسطة بين الوسائل التحفظية والوسائل التنفيذية فهي لا تهدف إلى مجرد المحافظة على أموال المدين، وإنما ترمي إلى إستعمال حق قصر المدين في إستعماله إهمالا أو

---

[195] خليل إيمان، المرجع السابق، ص 161.

[196] محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام- آثارالإلتزام، د ط،دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015، ص 602.

[197] محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 602.

عمدا كما أن مباشرة الدائن لها لا يعتبر تنفيذا لحقه ولا وسيلة إستفاء، وإنما هي تمهيد للتنفيذ فحسب، فما تحفظه هذه الدعوى من حق يكون في وسع الدائن إستفاء حقه منه باللجوء إلى وسائل التنفيذ[198].

يجوزُ إستعماله في صورة إجراء لا يوصف بأنه دعوى كأن يقوم دائن المنتفع من إشتراط لمصلحة الغير بقبول الإشتراط وتوصف بأنها دعوى غير مباشرة لأن الدائن يقتضي حقه بطريقة غير مباشرة وهو العمل على المحافظة على عناصر الضمان العام للتنفيذ عليها فيما بعد ولأن الدائن يستعمل حقوقه نيابة عنه دون وجود علاقة قانونية مباشرة بين الدائن وبين مدين مدينه[199].

ويكون هذا التصرف قد نقص من الضمان العام للدائن في الظاهر، وأنه في الواقع لا يزال هذا المال في ذمة المدين ويدخل ضمن المال العام[200].

يتمثلُ أساس الدعوى الصورية في الضرر الذي يصيب الدائن سوءا كانت الصورية مشروعة أو غير مشروعة، ذلك لأن المدين الذي يلجأ إلى التظاهر بالتصرف في ماله ليبعده من الضمان العام يكون قد أخل بإلتزام تبعي إلى جانب إلتزامه الأصلي[201].

الفرع الثالث

الدعوى البولصية

تقتضي دراسة الدعوة البوليصية كنوع من أنواع وسائل الحماية المشروعة الهادفة إلى حماية الغير إلى تقديم معناها والمقصود منها (أولا)،دون أن ننسى إبراز مختلف الشروط الضرورية لممارسة هذه الدعوى (ثانيا).

---

[198]القضاة ياسين أحمد ، الدعوى المباشرة في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 20.

[199]ياسين أحمد القضاة، المرجع نفسه، ص 21.

[200]المنجي إبراهيم، الدعوى الصورية، دار المعارف، القاهرة، 1991، ص 191.

[201]الكسواني عامر محمود، أحكام الإلتزام، آثار الحق في القانون المدني، دراسة مقارنة، ط1 ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 166.

أولا: تعريف الدعوى البوليصية

عَرّف الفقيه الدكتور" ***محمد حسين منصور***" الدعوى البوليصية أو ما يسمى دعوى عدم النفاذ بأنها: " ***ترفع الدعوى البوليصية باسم الدائن مباشرة، وليست باسم المدين كالدعوى غير المباشرة، ويقصد بها عدم نفاذ التصرف الضار للدائن في حقه، أي أن هذا التصرف لا يسري في مواجهته أو لا ينصرف إليه أثر*** "، والأصل في الدعوى البوليصية أن ترفع في صورة دعوى مستقلة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من رفعها بصفة دعوى فرعية[202].

قُدّم تعريف للدعوى البوليصية في الفقه الجزائري حيث عرفها الفقيه الأستاذ "***بلحاج العربي***"بأنها: " هي الدعوى البوليانية التي ترجع تسميتها إلى بريتور الروماني " ***بولص*** "، وبمقتضى هذه الدعوى يكون للدائنين حق في طلب عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة التي تضر بضمانهم العام، بتعطيل آثارها وعدم نفاذها في مواجهتهم.[203]

عَرّفها كذلك الفقيه الفرنسي"***مازو***" بأنها: " ***دعوى تمارس من طرف الدائن وباسمه الشخصي وهي تختلف عن الدعوى المنحرفة، أين يمارسها الدائن باسم مدينه "، وهناك من عرّفها كذلك بأنها: " وسيلة تمنح للدائنين للطعن في تصرفات مدينهم وطلب الحكم بعدم نفاذها في حقهم"[204].***

قام القضاء الأردني بتعريف دعوى عدم نفاذ التصرفات رغم أن مهمة التعريف ليس من إختصاص القضاء، وبالرجوع إلى القرار الصادر عن محكمة التمييز الأردنية نجدها عرفت عدم نفاذ التصرفات بأنها دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر في حق الدائن هي طريق يسلكه الدائن لينال من القضاء حكماً بأنه من الغير في تصرف صدر عن مدينه المعسر أضر بحقوقه أي أنها دعوى بطلان من نوع خاص، وحيث أن البطلان لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين، فليس

---

[202]محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام ،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 118.

[203] بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في ضوء الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)،دار الثقافة للنشروالتوزيع، عمان،د س ن ،ص 150.

[204]لزرق إيمان شهرزاد، دعوى عدم نفاذ التصرفات– الدعوى البوليصية –، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2018، ص 13.

من حق الغير أن يطلب إلا عدم نفاذ العقد، فهي بذلك وسيلة تمنح الدائنين للطّعن في تصرفات مدينهم وطلب الحكم بعدم نفاذها في حقهم[205].

ثانيا: الطبيعة القانونية لدعوى البوليصية

قام الفقه بتأصيل دعوى البوليصية من خلال ردها إلى أحد النظم القانونية، فذهب البعض إلى إعتبارها دعوى بطلان، والبعض الآخر كيفها على أنها دعوى تعويض، فالبطلان هو الجزاء الذي يوقعه القانون لعدم توافر أركان العقد وشروط صحته، فالدائن لا يبطل التصرف الصادر من مدينه، بل إن التّصرف يبقى قائما[206]، حيث لا يسري في حقه أثر هذا التصرف وحجتهم كذلك بأن البطلان لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين، أما الغير فليس له الحق في طلب إبطال العقد، وإنما يطلب عدم النفاذ في حقه، بالنسبة لدعوى التعويض فتعويض يأتي لجبر الضرر، ولقد إقترح بعض الفقهاء أن الدعوى البوليصية ما هي إلا دعوى تعويض أو مسؤولية، وحجتهم في ذلك أن تصرف المدين لو ينفذ في حق الدائن يضره فيعطى تعويض عن هذا الضرر، كما أن البعض الآخر يرى أن ركن الغش في الدعوى البوليصية يقابله ركن الخطأ وهذا ما يتعارض مع الواقع ودعوى المسؤولية، بذلك تكون الدعوى البوليصية هي دعوى عدم نفاذ التصرفات[207].

ثالثا: الشروط المتعلقة بالمدين

تنقسم هذه الشروط إلى شرطين بالنسبة للشرط الأول يتمثل في وقوع حالة إعسار، أما الشرط الثاني فهو نية الإضرار أو الغش.

1- شرط الإعسار

يجبُ هنا على الدائن القيام بإثبات أمرين هما:

- أن التصرف المطعون فيه قد تسبب في إعسار أو زاد في إعساره.

---

[205] أبو السعود رمضان محمد ، أحكام الإلتزام، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 170.

[206] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 119.

[207] المرجع نفسه، ص 119.

- أن حالة الإعسار مازالت قائمة وقت رفع الدعوى.
- أن يكون التصرف المطعون قد أدى إلى إعسار المدين أو زاد في إعساره حتى يتسبب في الإضرار بالدائن، وعلى ذلك إذا كان للمدين مؤشرا وقت إبرام التصرف ولم يترتب عليه إعساره فلا يجوز للدائن إستعمال الدعوى البوليصية حتى لو طرأت حالة الإعسار للمدين بعد ذلك.
- يشترط كذلك أن تضل حالة الإعسار قائمة حتى وقت الدعوى فإن أصبح للمدين مؤشرا كما لو حصل على صفقة رابحة من عقد أو تلقى ميراث أو وصية فلا يحق للدائن الطعن في التصرف إذ أن مصلحته قد إنتفت ومن المعروف أنه لا دعوى بلا مصلحة[208].

2- شرط الغش أو قصد الإضرار

تقومُ الدعوى البوليصية على أساس محاربة الغش، وفقا لقاعدة فقهاء القانون الروماني *" أن الغش يفسد كل شيء "*، كما إهتم الفقه الإسلامي منذ القديم بمبدأ حسن النية في المعاملات وإلزام المتعاقدين بالتحلي بالصدق والأمانة[209].

يظهرُ الغش في مجال الدعوى البوليصية بأنّ يتصرف المدين بنية الإضرار بحق الدائنين، بحيث أن من أهم شروط مباشرة هذه الدعوى، أن يكون تصرف المدين منطويا على الغش، ويتحقق ذلك في حالة ما إذا تصرف المدين وهو عالم بإعساره[210].

أوجب المشّرع على الدائن إثبات غش كل من المدين والمتصرف إليه، ولهذا يجب التفرقة والتمييز ما إذا كان تصرف المدين على سبيل المعاوضة " 1 "، أو على سبيل التبرع " 2 ".

---

[208]إيدار عبد الله، الإعسار المدني والإفلاس التجاري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017، ص 39.

[209]بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 160.

[210]مالجي دنيا، الدعوى البوليصية في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2020، ص 42.

1-حالة ما إذا كان تصرف المدين على سبيل المعاوضة

نصّت المادة 192 الفقرة الثانية من ق.م.ج على أنّه: " ***إذا كان تصرف المدين بعوض فإنه لا يكون حجة على الدائن إذا كان هناك غش صدر من المدين، وإذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لإعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بذلك الإعسار، كما يعتبر من صدر له تصرف عالما بغش المدين إذا كان قد صدر من المدين في حالة عسره "***[211].

يجبُ على الدائن أيضا إثبات تواطؤ المُتصرف إليه مع المدين المعسر طبقا لما جاء في المادة 192 الفقرة 01، كما يستطيع الدائن إستخلاص غش المدين كأن يتصرف المدين لأحد أبنائه دون مقابل[212].

2-حالة ما إذا كان تصرف المدين على سبيل التبرع

نصّت المادة 192 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري على ما يلي: ***" أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعا، فإنه لا يحتج به على الدائن حتى ولو كان المتبرع له حسن النية "***[213]؛ ويتبيّن من خلال الفقرة الثانية من هذه المادة، أنّه في حالة ما إذا كان تصرف المدين على سبيل التبرع فإن الدائن غير ملزم مطلقا بإثبات غش المدين، وإنما يلزمه إثبات أن هذا التصرف قد تم على سبيل التبرع وأنّه من شأنه أن يؤدي إلى إعسار المدين أو الزيادة كذلك في إعساره[214].

تجدرُ الإشارة إلى أنه في حالة إنتقال المال المتصرف فيه من المتصرف إليه الأول إلى مُتصرّف إليه ثاني، فإنه لا يجوز للدائن مباشرة الدعوى البوليصية إلاّ إذا أثبت أن المتصرف إليه

---

[211] المادة 192 الفقرة 01 من ق.م.ج، المرجع السابق.

[212] مالجي دنيا، المرجع السابق، ص 43.

[213] 192 الفقرة 02 من ق.م.ج، المرجع السابق.

[214] أحمد خليل حسن قدادة، المرجع السابق ، ص 80.

الأول والثاني كانا يعلمان بغش المدين أثناء نقله المال للمتصرف إليه الأول في حالة ما إذا كان التصرف على سبيل المعاوضة[215].

إذن كل تصرف يصدرُ من المدين على سبيل المعاوضة يستوجب إثبات الدائن لغش المدين، أمّا التصرف الصادر من المدين على سبيل التبرع فلا يشترط فيه إثبات غش المدين أو المُتصرّف إليه، ويكفي أن يقوم الدائن بإثبات أن هذا التصرف يؤدي إلى إعسار المدين أو الزيادة في إعسار، فالغش في التصرفات بدون عوض يكون مفترضا لا داعي لإثباته[216].

رابعا : الشروط المتعلقة بالتّصرف المطعون فيه

يجوزُ لكل دائن أن يطعن في تصرف مدينه إذا توافرت فيه شروط معينة، والمتمثلة في أن يكون التصرف المطعون فيه قانونيا " 1"، وأن لا يكون التصرف متعلق بأموال غير قابلة للحجز أو بحق متصل بشخص المدين " 2".

1- أن يكون التصرف المطعون فيه قانونيا

أجاز المشّرع الجزائري الطعن بالدعوى البوليصية في التصرفات القانونية دون غيرها، بحيث إذا صدر عن المدين تصرف قانوني، جاز للدائن الطعن في هذا التصرف سوءا كان عقدا أو تصرف بالإرادة المنفردة، وسواء كان معاوضة أو على سبيل التبرع، أما إذا صدر عن المدين عمل مادي فلا يجوز الطعن فيه بهذه الدعوى[217].

2- أن لا يكون التصرف متعلق بأموال غير قابلة للحجز أو بحق متصل بشخص المدين

تقتضي القواعد العامة في الإجراءات أنه: " لا دعوى بدون مصلحة "، فالتصرف لا يكون مُفقِرًا إلاّ إذا خص مالا من أموال المدين التي إعتمد عليها الدائن وقت نشوء حقه لإستفاء دينه، إذ

---

[215]أحمد خليل حسن قدادة، المرجع نفسه، 80.

[216] مالجي دنيا، المرجع السابق، ص 45.

[217]العدوي جلال علي، أصول أحكام الإلتزام والإثبات في القانون المدني ، دار المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2001 ، ص .ص 108- 109.

أنه لا يجوز للدائن الطعن في تصرف مدينه إذا تعلق الأمر بأموال غير قابلة للحجز أو في حالة ما إن كان تصرف متعلق بحق متصل بشخص المدين، فالهدف من دعوى عدم نفاذ التّصرف هو المحافظة على الضّمان العام للدّائنين، وذلك بإرجاع ما خرج من أموال المدين إلى ذمته المالية[218].

[218] مالجي دنيا، المرجع السابق، ص 47.

خلاصة الفصل الثاني

تَعرّفنا من خلال دراستنا لأحكام الحماية القانونية **للغير** *على* شروط إنتقال العقد إلى الغير، حيث رأينّا طبيعة هذا التنازل الذي يطال الغير، وكذلك مختلف الحالات التي يسمح ويباح فيها التنازل للغير، وفي ذات السياق تَعرّفنا على صور وأشكال تدخل الغير في تنفيذ العقد، حيث قلنّا أنّه يتدخل بصفته متعاقد بمقتضى القانون أو بمقتضى إتفاق، كما أنّ هناك تدخل للغير بصفته غيرا، إذ أنّ هناك غيرا ملزما بتدخل لتنفيذ العقد وهناك آخر غير ملزم بذلك.

قمنا كذلك بدراسة الحماية التي يعنى بها الغير، حيث تطرقنا إلى إستعراض المقصود بتلك الحماية التي خصصت للغير رغم كونّه طرفا أجنبي عن العقد، مع بيان الأساس القانوني لحماية الغير، وكذلك ركزنا خلال هذه الدراسة لموضوع المركز القانوني للغير على الوسائل المشروعة لحمايته، حيث أن هناك مجموعة من الدعاوى التي خصصت لذلك مثل الدعوى المباشرة والغير المباشرة، وكذلك الدعوى الصورية والبوليصية، إذ أنّه بواسطة هذه الوسائل القانونية المشروعة يتم ضمان أكبر قدر من الحماية للغير.

خاتمة

يتّضح لنا من خلال هذا البحث وللإجابة على الإشكالية المطروحة حاولنّا قدر الإمكان تقديم توضّيح لمصطلح الغير كونه مصطلحا غامضا ومختلف فيه فقهيا، بمعنى آخر أنهّ دار حوله جدل فقهي، رغم أن هذا المصطلح شائع الاستعمال، فالمشرّع لم يعطي تعريف أو معنى دقيق له وهذا ما أدى إلى عدم وجود معيار أو قاعدة يأخذ بها أو بموجبها يمكن تحديد من هو المتعاقد، ومن هو الغير المتعاقد الذي ينفذ العقد ويأخذ حكم أطرافه، وهذا باعتبار أن الغير ليس مماثلا لمصطلح الطرف الذي يكون قد ساهم بشكل صريح وواضح في قيام العقد وتكوينه، وفي العلاقة التعاقدية على خلاف الغير الذي لم يشارك أساسا في قيام العقد، ولا تربطه أي صلة بتكوينه.

عند الحديث عن آثار العقد بالنسبة للغير يجوز أن يكسب حقا وهذا ما أشار إليه المشرّع الجزائري فيما يتعلق بانصراف العقد إلى فئة **الغير** وقد نص عليه المشرع في نص المادة 113 من القانون المدني الجزائري في القسم الثالث تحت عنوان آثار العقد من الفصل الثاني المتعلق بالعقد بنصها : "***لايرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً*** "وهذا كاستثناء عن شروط انصراف آثار العقد من حيث الأشخاص الذي يحكمه مبدأ نسبية العقد الذي يقره الواقع القانوني القائم على احترام المعاملات بين الأشخاص، وهو خروج عن الأصل لأن مبدأ الأثر نسبي للعقد يقضي بأن العقد لا تنصرف آثاره إلا على عاقده ومن يمثلهما من خلف عام وخلف خاص وبالإضافة إلى ذلك الدائنين العاديين فهم يتأثرون بالعقد بطريقة غير مباشرة.

في ذات السياق حاولنا تحديد حالات تدخل الغير في تنفيذ العقد ومختلف الحالات التي يكون فيها مسموحا وجائزاً **للغير** التدخل في العقد على الرغم من عدم مساهمة هذا الأخير في قيامه وابرامه إلا أننا قمنا بإعطاء تفاصيل كافية عن كل مظاهر انصراف آثار العقد الى الغير من خلال تسليط الضوء على التعهد لمصلحة الغير وكذلك الاشتراط لمصلحة **الغير**، مع الوقوف عند شتى تطبيقات تدخل الغير في تنفيذ العقد.

توصلنا من خلال هذه الدراسة للموضوع المركز القانوني للغير في نظرية العقد الى مجموعة من نتائج و توصيات والتي سنأتي على ذكرها بشيئ من التفصيل،ومن أهم هذه النتائج

التي توصلنا إليهاأنّ هناك نظراً غياب لتعريف كافي وشامل لمصطلح الغير خاصة من الجانب الفقهي أينا نجد أنّه حدث اختلاف بين الفقهاء حول تحديد و توضيح هذا المصطلح "الغير"،وكذلك الفئات التي يمكن ادراجها ضمن فئة الغير.وأيضا أنّ تقديم تعريف للغير في إطار الأثر الملزم للعقد يقصد به أنّه كلّ من لم يكن طرفا في العقد أو مُمثلاً فيه ولم يكن لا خلفاً عاماً و لا خلفا خاصاً في الحدود التي تسري فيها آثار العقد في مواجهتهم، والغير نوعان هما الغير المتفق عليه والغير المختلف فيه ،أولا الغير المتفق عليه نجد فيه ما يعرف "بالغير المطلق" وهو الأجنبي تماما، ولا يرتب العقد عليه لا حق ولا التزام و نجد أيضا" الغير النسبي " وهو الغير الأجنبي تماما ، وفي هذه الحالة تكون له حقوق والتزامات في حدود معينة قد نص عليها القانون نضرا لتطور نظرية العقد ، والنوع الثاني الغير المختلف فيه . وبخصوص مركز الغير بالنسبة لنفاذ العقد يقتضي أن يكون نفذا لمواجهة الغير وهذه هي القاعدة، وهذا يستتبع أنّ هذا الغير اذا اختل بالتزام فإن ذلك يعرضه للمسؤلية،لأن العقد عند ما ينفذ في مواجهة الغير يلزم احترامه.

التّوصيات والإقتراحات:

توصّلنا كذلك من خلال دراستنا لموضوع المركز القانوني للغير في نظرية العقد، إلى مجموعة من الإقتراحات والتوصيات ولعلّ من أبرزها ما يلي:

- يجبُ توضيح مصطلح الغير الذي لم يساهم في قيام العلاقة التّعاقدية، وذلك لان مصطلح الغير مختلف تماماً عن الطّرف الذي كان له يد في قيام العقد، كان لابدّ من توضيح كلّ من يُمكن إعتباره ضمن دائرة الغير، وإضافة فئات أخرى يمكن تصنيفها ووضعها ضمن طائفة الغير، خاصة بعض العقود التي يمكن فيها إدراج مساهمة الغير.
- يجب وضع ترسانة قانونية تُساهم في تعزيز مكانة الغير في العلاقات التّعاقدية.
- يُستحسن كذلك إعادة النظر في الفئات التي يمكن إعتبارها وإدراجها ضمن الغير، وإضافة لفئات اخرى لفئات تؤدي نفس الدّور الذي يؤديه الغير، والتي يُمكن أن تمسّها آثار العلاقة التّعاقدية.

قائمة المراجع

/ مراجع باللغة العربية:

أ/ الكتب:

1. أبو السعود رمضان محمد، أحكام الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
2. أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2016.
3. أحمد خليل حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
4. أحمد شوقي عبد الرحمان ، النظرية العامة للالتزام (المصادر الادارية، و غير الادارية للالتزام العقد، الارادة المنفردة المسؤولية المدنية ، الاثراء بلا سبب) ، مصر، 2008.
5. أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم سيد أحمد، الالتزامات المترتبة على التعاقد وأسباب فسخ العقود في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
6. البراوي حسن، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
7. البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، آثار الالتزام، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015.
8. الجبوري محمد ياسين ،المبسوط في شرح القانون المدني ، دار وائل للنشر و التوزيع ،عمان،2002.
9. .....، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، دار الثقافة،عمان،2011.
10. الجمال مصطفى، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
11. الحمداني سامي حسن نجم، أثر العقد الإداري بالنسبة إلى الغير، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2012.

12. الدّفراوي عصام عبد العزيز، أثر الوفاة على عقد الوكالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2018.
13. الذنون حسن علي، المبسوط في المسؤولية المدنية عن فعل الغير، دار وائل للنشر، عمان، 2006.
14. الزرقاء مصطفى، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، دار الفكر، 2000.
15. السرحان عدنان إبراهيم، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2000.
16. السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، ط 04، دار الهدى، الجزائر، د س ن.
17. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، 1952.
18. العدوي جلال علي ، اصول أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2016.
19. العرعاري عبد القادر، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2000.
20. الفار عبد القادر، أحكام الإلتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.
21. القضاة ياسين أحمد ،الدعوة المباشرة في القانون المدني، دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان،2014.
22. الكزبري مأمون، نظرية الإلتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي ، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2004.
23. الكسواني عامر محمود، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

24. المنجي إبراهيم، الدعوى الصورية ، دار المعارف، القاهرة، 1991.
25. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، الدار النهضة العربية، الإسكندرية، 1999.
26. إبراهيم نبيل سعد، التنازل عن العقد، احكام التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2004.
27. .....، مصادر الإلتزامات، د ار الجامعة الجديدة، د ب ن، 2020.
28. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016.
29. .....، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والنوزيع، عمان، د س ن.
30. حجازي عبد الحي، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، دار المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1999.
31. صبري محمد خاطر، الغير في العقد دراسة مقارنة في النظرية العامة للغلتزام،ط01، دار الثقافةللنشر والتوزيع، عمان، 2002.
32. عبد السيد تناغو سمير ، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، 1999.
33. عبد المنعم فرج الصده ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية 1992.
34. عدنان بن جمعان بن محمد الزهراني أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2016.
35. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2015.
36. علي علي سليمان، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
37. فلالي علي، النظرية العامة للعقد ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
38. كحلون علي، النظرية العامة للإلتزامات، مجمع الأطرش للنشر والتوزيع، تونس، 2009.
39. كساب مروان، الخطأ العقدي وآثار العقد، د د ن، دمشق، 2000.

40. ماجد رشاد محمد، الدعوى المباشرة في العلاقات القانونية غير المباشرة، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
41. متولي وهدان رضا ، انتقال آثار العقد الى الخلف الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
42. محمد حسين منصور، نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام، ط01، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
43. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2006.
44. محمد علي العدوي الازهري ،(النضرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام)الجزء الأول ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية 2004.
45. محمد قاسم حسن، الوجيز في نظرية الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع ، الاسكندرية ،1994.
46. .....، العقدمنشورات الحلبي الحقوقية، الاسكندرية،2018.
47. مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة، الإسكندرية، 1987.

ب/ الرسائل والمذكرات الجامعية:

ب1/ رسائل دكتوراه:

1. بن الزوبير عمر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع قانون خاص، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 01، 2017.
2. حليمي ربيعة، الغير في العقد، دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2017.

3. خليل ايمان، حماية الغير في العقود، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، تخصص عقود مدنية وتجارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2019.
4. زواوي فريدة ، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر، 1992.
5. عاطف كمال فخري، الغير في القانون المدني المصري، رسالة لنيل شهادة في القانون الخاص، كلية الحقوق، الإسكندرية، 1999.
6. نسير رفيق، محاولة من أجل: نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

ب2/ مذكرات الماجستير:

1. آدم جمعه عمار سالم، مفهوم الغير في نطاق المسؤولية العقدية، مذكرة لنيل درجة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون مدني، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2010.
2. المجالي حسان مجلي فارس، حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني– دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة آل البيت، الأردن، 2003.
3. المعموري عروبة شافي، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد، رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون المدني، كلية القانون، جامعة بابل العراق، 2008.
4. عرفات نواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010.

5. فقير فايزة ، واجب إستثمار ملكية الأراضي الفلاحية الخاصة في ظل قانون التوجيه العقاري رقم 90- 25، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر01، 2015.

ب3/ مذكرات الماستر:

1. إيدار عبد الله، الإعسار المدني والإفلاس التجاري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017.

2. بدرة إيمان غليسات، نظرية الوضع الظاهر في الشركات، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2021.

3. حمو زهرة المسؤولية العقدية في التشريع الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون المدني كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم 2022.

4. سليماني سارة، زبدة كريمة، الدعوى المباشرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

5. جامعة عمار ثليجي، الأغواط، 2019.

6. عزاز شريفة، مبدأ نسبية أثار العقد في مواجهة المتعاقدين والأغيار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم 2002.

7. عصمان الحو هشام ، الغير في القانون المدني ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم الاسلامية ، جامعة عبد الحميد بن بديس ، مستغانم 2019.

8. قناطف شمس، التكييف القانوني والفقهي لخطاب الضمان، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الشريعة والقانون، كلية الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2015.

9. لزرق إيمان شهرزاد، دعوى عدم نفاذ التصرفات– الدعوى البوليصية–، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2018.

10. مالجي دنيا، الدعوى البوليصية في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2020.

11. منصوري ليندة، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، تخصص قانون خاص معمق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2015.

ج/ المقالات:

1. أبو الفتوح جمال أبو الخيرمحمد، <<إنتفاء الخطأ في المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي– >>، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والإقتصادية، عدد 06، كلية الحقوق، جامعة دمياط، يوليو 2022 ، ص.ص.220–344.

2. الصادق عبد القادر، خليل إيمان، << المركز القانوني للغير في العلاقة التعاقدية >>، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، عدد02، جامعة المدية، ديسمبر 2020 ،ص.ص.31–58.

3. بن عوض المطيري خالد ،<< تنازل المتعاقد مع الإدارة عن العقد في الفقه الإسلامي– دراسة مقارنة – >>، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، عدد 41، كلية الشريعة والقانون بدمنهور، جامعة الآزهر، 2023،ص.ص.1964–1965.

4. بورنان العيد، ضامن عبد القادر، << التكييف القانوني للعقد والتعهد عن الغير >>، مجلة التراث، المجلد 02، عدد 26، جامعة الجلفة، 2014،ص.ص.403-412.

5. جابر محبوب علي، << أثر العقد فيما بين طرفيه وبالنسبة للغير >>، مجلة القانونوالإقتصاد، عدد 95، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2014،ص.ص.36-116.

6. زبلان سمير، <<إعتبار الخلف العام والخاص والدائن العادي من الغير >>، مجلة صوت القانون، المجلد 09، عدد 01، جامعة الجزائر 01، 2022، ص .ص 1478- 1488.

7. شين خثير، خليل إيمان ،<< تفعيل حماية الغير في عقد الشركة – دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريعات الأخرى >>، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، عدد 02، جامعة إبن خلدون تيارت، الجزائر، 2022،ص.ص.70-87.

8. عبد الحميد بن عبد الله، <<الإشتراط لمصلحة الغير – دراسة فقهية مقارنة 6 >>، مجلةالدراسات العربية، عدد 07، كلية دار العلوم، جامعة المينا، 2015،ص.ص.724-726.

9. عبد الحميد فتال رغيد ،<< التعديلات التشريعية المتعلقة بأثر العقد بالنسبة إلى الغير في القانون المدني الفرنسي المعدل عام 2016 و2018- دراسة مقارنة- >>، مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، عدد 02، جامعة عجمان، الإمارات العربية المتحدة، 2020،ص.ص.16-27.

10. عواد خلف الذيابي لمياء ، صدام فيصل كوكز المحمدي، << آثار العقد بوصفه واقعة تجاه الغير>>، دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14، عدد 01،كلية القانون، جامعة بجاية، 2023،ص.ص.75-90 .

11. مصطفى قزمارمحمد نادية ،<< حدود المسؤولية العقدية في إطار الإلتزام ببذل عناية وبتحقيق نتيجة >>، مجلة بحوث الشرق الأوسط، عدد 48، جامعة عمان العربية، عمان، 2017،ص.ص.377-378.

12. منصوري المبروك، زواقي مصطفى، << التنازل عن العقد – مفهومه وطبيعته القانونية – >>، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 08، عدد 01،المركز الجامعي تامنغست، الجزائر، 2022،ص.ص.382-389.

13. يوسفي كهينة، سلايم عبد الله، << التمييز بين مفهوم الطرف في العقد ومفهوم الغير في ظل نسبية العقد >>، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، عدد 01،جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2019،ص.ص.71-78.

14. يوسفي كهينة " المركز القانوني للدائن العادي في مواجهة مبدأ نسبة أثر العض " مجلة الحقوق و العلوم الانسانية المجلة12 ، عدد 01 ، جامعة مستغانم ، الجزائر 2019،ص.ص.131-140.

د/ النصوص القانونية:

د1/ النصوص القانونية الوطنية:

أ-القوانين:

1- قانون رقم 90- 11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل،ج.ر.ج.ج عدد 17 المعدل والمتمم بالأمر رقم 97- 03 المؤرخ في 11 جانفي 1997، ج.ر.ج.ج عدد 03 صادر في 12جانفي 1997.

2- القانون رقم 08- 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.رج.ج عدد 21، صادر في 23 فبراير 2008.

ب- الأوامر:

1. امر رقم 75 58 المؤرخ في 20 رمضان 1393، الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975.

د2/ النصوص القانونية الأجنبية:

1. القانون رقم 131 المؤرخ في 29 جوان 1948، المتضمن القانون المدني المصري المعدل والمتمم، صادر في 28 يوليو 1949.
2. القانون المدني السوري، اصادر بتاريخ 18 ماي 1949.
3. القانون المدني العراقي، رقم 40 لسنة 1951.

2/ مراجع باللغة الفرنسية:

A/ Ouvrages:

1/ WELL (A), Droit civil, Introduction générale, 4 édition, Paris, 1989.

2/ Roland.H, Droit civil, Les obligations, régime général, 6 édition, 2002.

3/ Alain Benabeut, Droit civil, 3 édition Mont christien, Paris, 1991.

B/ THÈSE

1- Starck Boris, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considéré en sa double fonction de garantie et de peine prive, thèse paris, 1947.

C/ Articles:

1- Code Civil Français, Dernière modification le 17 Avril 2024,Documents généré le 26 Avril 2024.

الفهرس

شكروتقدير

إهداء

إهداء

قائمة المختصرات

مقدمة 3

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للغير في نظرية العقد 8

المبحث الأول: ماهية الغير في العقد 9

المطلب الأول: مفهوم الغير في العقد 9

الفرع الأول: المقصود بالغير 10

أولا: التعريف القانوني للغير 10

ثانيا: التعريف الفقهي للغير 11

الفرع الثاني: فئات الغير 14

أولا: الغير المتفق عليه 14

1- الغير المطلق 15

2- الغير النسبي 15

ثانيا: الغير المختلف فيه 16

1- مدى اعتبار الخلف الخاص من الغير 16

2- مدى اعتبار الدائن العادي من الغير 17

الفرع الثالث: تمييز الغير بالنسبة للمتعاقدين والخلف 18

أولا: تمييز الغير عن المتعاقدين 18

1- تعريف الطرف 19

2- معايير تحديد صفة الطرف 19

ثانيا: تمييز الغير عن الخلف 20

1- تمييز الغير عن الخلف العام 21

2- تمييز الغير عن الخلف الخاص 22
المطلب الثاني:المركز القانوني للغير 23
الفرع الأول :تحديد المركز القانوني للغير في العلاقة العقدية 23
أولا: تطور مركز الغير في العقد..... 23
ثانيا: تطبيقات مركز الغير في بعض العقود 24
1- المركز التقليدي للغير في بعض العقود..... 24
2- المركز الحديث للغير في بعض العقود 25
الفرع الثاني: تحديد المركز القانوني للغير في المسؤولية العقدية 25
أولا: شروط قيام المسؤولية عن فعل الغير 26
1- وجود عقد صحيح بين المدين والمتضرر..... 26
2- تعهّد المدين بتنفيذ إلى الغير..... 27
3- صدور الخطأ من الشخص الذي تدخل في التنفيذ..... 27
ثانيا: أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير 27
1- النظرية التقليدية في الخطأ 28
2- نظرية تحمل التّبعة..... 28
3- نظرية تحمل الضمان..... 28
المبحث الثاني: مظاهر إمتداد آثار العقد إلى الغير 29
المطلب الأول :التعهد عن الغير 29
الفرع الأول: تعريف التعهد عن الغير..... 30
أولا: التعريف الفقهي للتعهد عن الغير 30
ثانيا: التعريف التشريعي للتعهد عن الغير..... 31
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لإلتزام المتعهد 32
الفرع الثالث: شروط التعهد عن الغير 33
المطلب الثاني :الإشتراط لمصلحة الغير 34

الفرع الأول: تعريف الإشتراط لمصلحة الغير 35
الفرع الثاني: طبيعة الإشتراط لمصلحة الغير 38
الفرع الثالث: شروط الإشتراط لمصلحة الغير 40
أولا: تعهد المشترط بإسمه 40
ثانيا: إشتراط المشترط على المتعهد حق مباشر للمنتفع 41
الفرع الرابع :آثار الإشتراط لمصلحة الغير 43
أولا: الأثر المترتب على الإشتراط لمصلحة الغير من جهة المشترط 43
ثانيا: الأثر المترتب على الإشتراط من جهة المتعهد 44
ثالثا: الأثر المترتب على الإشتراط من جهة المنتفع..... 44
الفصل الثاني :أحكام الحماية القانونية للغير 47
المبحث الأول: الغير بين النظرية الشخصية والموضوعية 49
المطلب الأول :شروط إنتقال العقد للغير 49
الفرع الأول :طبيعة التنازل للغير 50
الفرع الثاني: شروط_صحة_التنازل_للغير 52
أولا: أن يكون العقد المعني غير منفذ 52
ثانيا: أن لا تكون شخصية المدين محل إعتبار 52
الفرع الثالث: حالات التنازل عن العقد للغير 52
أولا: حالة التنازل القانوني 53
ثانيا: حالة التنازل الإتفاقي 54
1- شرط الإعلام 55
2- الشرط المانع 56
3- شرط الإعتبار الشخصي 56
ثالثا: التمييز بين التنازل القانوني والتنازل الإتفاقي 56
الفرع الرابع :تطبيقات التنازل عن العقد 57

المطلب الثاني : صور تدخل الغير في تنفيذ العقد.....58
الفرع الأول :تدخل الغير في العقد بصفته متعاقد 59
أولا: بعض حالات التدخل التي نص عليها القانون 59
ثانيا: تدخل الغير في العقد بمقتضى القضاءالإستضافة، المساكنة، حق البقاء 60
ثالثا: تدخل الغير في العقد عن طريق الإتفاق 61
الفرع الثاني :تدخل الغير في العقد بصفته غيرا 61
أولا: تنفيذ العقد من طرف الغير بإرادته.....61
ثانيا: تنفيذ الغير للعقد عن طريق الإنابة 62
1- الجدل الدائر حول الإنابة.....62
2- أنواع الإنابة.....64
المبحث الثاني : كمضمون حماية الغير 65
المطلب الأول: المقصود بحماية الغير 65
الفرع الأول: تعريف حماية الغير.....66
الفرع الثاني :الأساس القانوني لحماية الغير 67
أولا: الوضع الظاهر 67
1- معنى الوضع الظاهر 68
2- أركان الوضع الظاهر.....68
3- تطبيقات الوضع الظاهر 69
ثانيا: الصورية 70
المطلب الثاني :الوسائل المشروعة لحماية الغير.....71
الفرع الأول: الدعوى المباشرة.....71
أولا: معنى الدعوى المباشرة 71
ثانيا:خصائص الدعوى المباشرة.....72
1- الدعوى المباشرة دعوى إختيارية 72

2- الدعوى المباشرة دعوى تابعة 73
3- الدعوى المباشرة هي سعي مباشر للدائن إلى مدين مدينه 73
4- الدعوى المباشرة إستثنائية..... 73
5- الدعوى المباشرة من النظام العام 74
ثالثا: شروط الدعوى المباشرة 74
الفرع الثاني :الدعوى الغير المباشرة 75
أولا: تعريف الدعوى الغير المباشرة 75
ثانيا: طبيعة الدعوى الغير مباشرة..... 75
الفرع الثالث :الدعوة البوليصية 76
أولا: تعريف الدعوى البوليصية..... 77
ثانيا: الطبيعة القانونية لدعوى البوليصية 78
ثالثا: الشروط المتعلقة بالمدين..... 78
1- شرط الإعسار..... 78
2- شرط الغش أو قصد الإضرار 79
أ- حالة ما إذا كان تصرف المدين على سبيل المعاوضة..... 80
ب- حالة ما إذا كان تصرف المدين على سبيل التبرع 80
رابعا : الشروط المتعلقة بالتّصرف المطعون فيه 81
1- أن يكون التصرف المطعون فيه قانونيا..... 81
2- أن لا يكون التصرف متعلق بأموال غير قابلة للحجز أو بحق متصل بشخص المدين..... 81
خاتمة..... 84
قائمة المراجع..... 87
الفهرس..... 98
ملخص

ملخص المذكرة

تتضمن دراسة موضوع المركز القانوني للغير في نظرية العقد أهمية بالغة خاصةً لغير المتعاقدين، لما يترتب عليها من أثار نتيجة التعاقد الأمر الذي يستدعي التطرق بالشرح والتحليل لكل من الإطار المفاهيمي للغير في نظرية العقد سواءً ما تعلق منها بماهية الغير ومركزه القانوني الذي يمثل استثناء على المبدأ العام بقصر أثار العقد على أطرافه فقط، بالإضافة إلى ذلك لابد من التطرق لمظاهر امتداد أثار العقد الى الغير بصورتيه التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير.

حاول المشرع أن يعطي حماية قانونية كافية من أجل تعزيز مكانة الغير والمحافظة على مركزه القانوني الذي اكتسبه من العقد وذلك من خلال إضفاء و إقرار مجموعة من الوسائل المشروعة لتحميه و تدعم موقفه في العقد رُغم انه ليس طرفًا فيه حيث أنّه من بين الوسائل المقررة لفرض هذه الحماية نجد الدعوى المباشرة و الدعوى الغير المباشرة مع الدعوى البوليصية، كما حاول المشرّع أن يضع توازن بين حماية حقوق الأطراف، وحقوق الغير مع مراعاته لطرف الضعيف الحسن النية في المنازعات وذلك لضمان عدالة الحماية.

الكلمات المفتاحية

الغير–الطرف – الاشتراط لمصلحة الغير–الحماية القانونية – الوسائل المشروعة – حسن النية.

Résumé

L'étude du statut juridique des tiers dans la théorie du contrat revêt une importance particulière, surtout pour les non-contractants, en raison des effets contractuels qui en découlent. Cela nécessite une explication et une analyse détaillées du cadre conceptuel des tiers dans la théorie du contrat, en examinant à la fois leur nature et leur statut juridique, qui constitue une exception au principe général de l'effet relatif des contrats. En outre, il est crucial d'examiner les manifestations de l'extension des effets du contrat aux tiers, notamment à travers la promesse de porte-fort et la stipulation pour autrui.

Le législateur a cherché à offrir une protection juridique adéquate afin de renforcer la position des tiers et de préserver le statut juridique qu'ils ont acquis en vertu du contrat. Pour ce faire, il a instauré et reconnu un ensemble de moyens légaux visant à protéger et à soutenir leur position dans le contrat, même s'ils n'en sont pas parties. Parmi ces moyens figurent l'action directe, l'action oblique et l'action paulienne. Le législateur a également tenté d'équilibrer la protection des droits des parties contractantes et celle des tiers, en prenant en compte les intérêts des parties faibles et de bonne foi dans les litiges, afin de garantir une protection équitable.