



مستخرج من محضر المجلس العلمي

وافق المجلس العلمي لمعهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي علي كافي تندوف في اجتماعه المنعقد بتاريخ 05 أكتوبر 2024 على المطبوعة البيداغوجية الموسومة ب: "محاضرات في مقياس القانون المدني (مصادر الإلتزام)" موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس، لفائدة الأستاذ بلحاج بلخير أستاذ محاضر -أ-، وهذا بعد الاطلاع على تقارير الخبراء والتي كانت إيجابية.

تمّ إيداع هذه المطبوعة البيداغوجية إلكترونيا في المكتبة قصد السماح للطلبة بالاطلاع على محتواها.

سلم هذا المستخرج للغاية المطلوبة.

تندوف في: 2024/11/10



د. معزوز ربيع
رئيس المجلس العلمي لمعهد
الحقوق و العلوم السياسية

محزور



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي علي كافي - تندوف -



معهد الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في مقياس القانون المدني

(مصادر الإلتزام)

مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس

من إعداد الدكتور:

• بلحاج بلخير

السنة الجامعية: 2024/2023



مقدمة :

القانون المدني هو أصل القانون الخاص، بل هو القانون الخاص نفسه على الرغم من تفرع بعض القوانين عنه، كالقانون التجاري والقانون البحري وقانون العمل، لتنظيم أنواعا معينة من العلاقات تستلزم من حيث الملائمة والحاجة وضع قواعد خاصة بها تختلف عن قواعد القانون المدني، مع الرجوع إلى القانون المدني لحكم هذه العلاقات إذا لم يوجد بشأنها حكم خاص¹.

و ينظم القانون المدني قواعد الأحوال العينية التي تتعلق بالمعاملات المالية في نطاق القانون الخاص، فضلا عن قواعد الأحوال الشخصية المتعلقة بروابط الأسرة، ونظراً للظروف التاريخية التي مرت بالمجتمعات الشرقية، فإن مسائل الأحوال الشخصية قد ترك أمر تنظيمها للشرائع الدينية، أو قوانين خاصة استمدت أحكامها من قواعد الدين، وعلى ذلك فقد أقتصرت قواعد القانون المدني في أغلب التشريعات على مسائل الأحوال العينية دون غيرها².

فالمعاملات المالية إذن تمثل جوهر القانون المدني والمحور الرئيسي لأحكامه، إذ ينظم هذا القانون الحقوق المالية من حيث النشوء و الانتقال والأوصاف والانقضاء.

و تنقسم الحقوق المالية إلى نوعين اثنين رئيسيين : حقوق عينية و حقوق شخصية، فإذا انصب الحق على شئ مادي وكان يخول صاحبه سلطة مباشرة، فإنه يكون حقا عينيا، أما إذا ورد الحق على عمل شخصي في صورة أداء معين وكان ديناً في ذمة شخص من الأشخاص فإنه يكون حقا شخصياً³.

¹ ثروت فتحي اسماعيل، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول مصادر الإلتزام، المجلد الأول المصادر الإرادية، عليه الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2016/2017، ص 5.

² أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للإلتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية للإلتزام، 2008، ص 3.

³ دريد محمود علي، النظرية العامة للإلتزام، القسم الأول، مصادر الإلتزام دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2012 ص 10.

فيعرف الحق العيني بأنه: " إستثنائاً يتقرر لشخص على شيء معين، تحقيقاً لمصلحة يقرها القانون



ويتميز المتمتع بالحق العيني بأنه يباشر سلطته على الشيء دون وساطة أحد²، وقد يقوم الحق العيني بشكل مستقل عن أي حق آخر، وتلك هي الحقوق العينية الاصلية، أو تابعا لحق شخصي حيث تقوم ضمانا للوفاء به، وتلك هي الحقوق العينية التبعية (أو التأمينات العينية، أو الضمانات العينية)³.

والحق الشخصي: ينشأ من تعامل الأفراد في المجتمع روابط قانونية بينهم، وبمقتضى هذه الروابط يكون بعض الأفراد ملزماً بالقيام بالعمل أو بالإمتناع عن عمل لمنفعة افراد اخرين، فالرابطة القانونية لها أركان، وهذه الأركان هي: طرفا الرابطة ومحلها⁴.

و طرفا الرابطة القانونية هما:

الشخص الملزم بالقيام بعمل أو بالإمتناع عن عمل، ويسمى المدين.

صاحب الحق في مطالبة الآخر بالقيام بالعمل أو بالإمتناع عن عمل ما و يسمى الدائن.

أما محل الرابطة القانونية، وهو ما يجب أن يقوم به أو يمتنع عنه المدين.

و من العرض السابق يتضح، أن الحق العيني يختلف عن الحق الشخصي في العديد من الجوانب، إذ يرد الحق العيني على شيء مادي معين بالذات، بينما ينصب الحق الشخصي

¹ نادر محمد إبراهيم، مقدمة في القانون، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، الطبعة الرابعة 2016، ص130.

² لذلك يصفه البعض بكونه حق مطلق في مقابلة الحق الشخصي، والذي يتطلب تدخل شخص غير صاحب الحق، وبالتالي يطلق عليه " حق نسبي".

³ نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق . ص 130.

⁴ عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء في الأول في مصادر الإلتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبعة والنشر الأهلية، بغداد، العراق، الطبعة الثانية، 1963، ص 2 .

على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، كما أن الحق العيني يخول صاحبه سلطة مباشرة على العين التي يرد عليها، أما الحق الشخصي فإنه يعطى لصاحبه سلطة غير مباشرة تتجسد في المطالبة بالأداء محل الحق¹.

ولما كان الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء، فلصاحبه حق تتبع هذا الشيء في يد أي شخص إنتقلت اليه، وهو ما يسمى حق التتبع كما يمكن له أن يتقدم على الدائنين الشخصيين في إقتضاء حقه من الشيء، وهذا ما يسمى بحق التقدم².

يضاف إلى ذلك أن الحق العيني يتحلل إلى عنصرين اثنين هما : صاحب الحق ومحل الحق، أما الحق الشخصي فإنه يتضمن ثلاثة عناصر هي : صاحب الحق وهو الدائن، ومن عليه الحق وهو المدين، ومحل الحق وهو الأداء الذي يلتزم به المدين.

الفصل التمهيدي : مضمون نظرية الالتزام

تعتبر النظرية العامة للالتزام أهم جزء في القانون المدني، كونها هي الأصل العام والقاعدة العامة التي يجب الرجوع اليها، سواء في القانون المدني أو في القانون التجاري أو في القوانين الأخرى طالما أنه لم يوجد نص خاص في هذه القوانين³.

وفي نطاق القانون المدني الجزائري⁴، فقد تناول أحكام هذه النظرية في الكتاب الثاني منه، فتناول في الباب الأول مصادر الالتزام، أما الباب الثاني فتناول فيه آثار الإلتزام، وفي الباب

¹أدريد محمود علي، مرجع سابق ص 11

²عبد المجيد عبد الحكيم، مرجع سابق ص 07

³علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية 2007، ص 05.

⁴الامر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 مضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

الثالث الاوصاف المعدلة لأثر الالتزام، وفي الباب الرابع انتقال الالتزام، وفي الباب الخامس إنقضاء الالتزام، وفي الباب السادس إثبات الالتزام.

و تقتضي دراسة نظرية الالتزام البدء بتعريف الإلتزام وإبراز أهميته، مع الوقوف على تقسيماته وفق التقسيم الآتي :

المبحث الأول: مفهوم نظرية الإلتزام

نتناول في هذا المبحث تعريف الإلتزام وأركانه وأهميته و ذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول: تعريف الإلتزام

المطلب الثاني: أركان الإلتزام

المطلب الثالث: أهمية نظرية الإلتزام

المطلب الأول: تعريف الإلتزام

يطلق الإلتزام لغة : ويراد به الوجوب والثبوت، فيقال لزم الشيء أي ثبت و دام و قد يتعدى بالهمزة، فيقال : ألزمته، أي أوجبت عليه¹.

و للاحاطة بمفهوم الإلتزام، يتعين تعريف الإلتزام في مفاهيمه الشخصية والموضوعية، ذلك أن الإلتزام يتنازع مذهبان: مذهب يغلب الناحية الشخصية في الإلتزام بإعتباره رابطة بين شخصين، ومذهب يغلب الناحية المادية في الإلتزام بإعتباره بين ذمتين مالييتين .

الفرع الأول: المذهب الشخصي

يرى المذهب الشخصي أن الأمر الجوهري في الإلتزام، أنه رابطة شخصيه فيهما بين الدائن والمدين، وهذا ما حمل الأستاذ بلانيول على أن يزيد في تعريف الإلتزام فكرة الرابطة الشخصية،

¹ عبد الله مبروك النجار، مصادر الإلتزام الإرادية وغير الإرادية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2001/2002، ص 9.

فهو يعرف الالتزام بأنه علاقة قانونية ما بين شخصين، بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدين، ويزيد الأستاذان كولان و كابيتان في تأكيد الرابطة الشخصية، أي رابطة خضوع المدين للدائن، إذ يعرفان الالتزام بأنه علاقة ما بين شخصين تتحلل إلى سلطة تمنح للدائن على المدين، وتسمح له بإخضاع المدين للقيام بعمل فيه فائدة له¹.

ومن أشهر من قال بالمذهب الشخصي من فقهاء الألمان سافيني، فقد كان يرى أن الالتزام ليس الا رابطة شخصية تخضع المدين للدائن، أي سلطة للدائن على المدين، فالدائن بناء على هذا التعريف يمنح سلطة على شخص المدين تشبه إلى حد كبير السلطة التي يخولها الحق العيني لصاحبه، وبالتالي يستطيع الدائن وفقا لهذه السلطة واقتضاء للحصول على حقه من المدين، في حالة امتناعه عن التنفيذ أن ينفذ على جسم المدين، وذلك باسترقاقه أو بحبسه عنده لحين قيامه بالتنفيذ، و هذا ما كان عليه الحال ابان القانون الروماني القديم، لكن سرعان ما تلطفت هذه السلطة وأصبحت مقصورة على إمكان الدائن حبس المدين حال تطور القانون الروماني².

أما بلانيول وهو من أنصار المذهب الشخصي، فقد عرف الالتزام بأنه : "علاقة قانونية بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدين"، ما يلاحظ على هذا التعريف أن الالتزام لم يعد يمنح للدائن سلطة تخضع المدين اليه³.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د، ت، ص 107.

² خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 07.

³ المرجع نفسه، ص 08.

وتجدر الإشارة بأن أنصار المذهب الشخصي يرون بأن العنصر الجوهري في الإلتزام كونه رابطة شخصية بين الدائن والمدين، ولا يتصور في نظرهم أن ينشأ الإلتزام الا بوجود شخصين أحدهما دائن والآخر مدين، كما لا يتصور أن يتغير أحد أشخاص هذه الرابطة دون أن يؤدي ذلك إلى إنقضاء الإلتزام ونشوء إلتزام جديد¹.

وطبقا لهذه النظرية لا يجوز إحلال مدين محل مدين (حوالة الدين) لأن الدين ملتصق بالمدين، كما أنه لا يتصور التزم بدون دائن، الإشتراط لمصلحة الغير و الإرادة المنفردة، وقد أخذت القوانين اللاتينية وأهمها القانون المدني الفرنسي بهذه النظرية².

الفرع الثاني: المذهب المادي

يتبين مما تقدم أن نظرية سافيني وهي مطبوعة بطابع القانون الروماني، تجعل من الإلتزام رابطة شخصية وثيقة، رابطة خضوع قريب من الرق.

هذه النظرية قام في وجهها فقهاء الألمان، وعلى رأسهم جيرك و أبو أن تستقر في الفقه الألماني بعد أن عملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية وغلبوا النظريات الجرمانية عليها، وقد بين جيرك أن الفكرة الجرمانية في الإلتزام لا تقف عند الرابطة الشخصية كما كان الأمر في القانون الروماني، بل تنظر إلى محل الإلتزام، حتى يصبح الإلتزام عنصرا ماليا أكثر منه علاقة شخصية، فينفصل الإلتزام بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين، ويختلط

¹ يحي عبد الودود، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات المصادر الاحكام، الإثبات، القسم الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 9.

² علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 09، علي فيلالي، الإلتزامات و النظرية العامة للعقد، موقع للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص10.

بمحلّه فيصبح شيئاً مادياً فالعبرة فيه بقيمته المالية، وترتب على هذا المذهب نتائج عملية نذكر منها¹:

لما كانت العبرة في الإلتزام بمحلّه دون أشخاصه، أصبح من السهل أن نتصور تغيير أشخاص الإلتزام، ليس من دائن إلى مدين فحسب، بل أيضاً من مدين إلى آخر، فيوجد إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين.

لما كانت الرابطة الشخصية ليست هي الأمر الجوهري في الإلتزام، فمن الممكن أن تتصور وجود التزام دون دائن وقت نشوئه، فيستند الإلتزام إلى المدين وحده، بمعنى أن هذا المذهب يعتد بالإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الإلتزام، كما يأخذ ينظرية الإشتراط لمصلحة الغير.

فالمذهب المادي في الإلتزام لم يقتصر على المانيا وحدها، فقد جاهد الفقيه الفرنسي الكبير سالي كثيراً لنشره في فرنسا، و لكنه لم يفلح في ذلك بسبب تأثر القانون الفرنسي بالقانون الروماني تأثر كبيراً، إلا أن النتائج العملية التي حققها هي من ساعدت على إنتشار هذا المذهب في أوروبا انتشار واسعاً².

وفي فقه القانون يعرف الإلتزام بأنه : " رابطة قانونية توجب على شخص معين أن ينقل حقا عينياً، أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل"³.

بإستقراء التعريف السابق، يتضح أنه يتسم بخصائص ثلاثة و هي :

¹ عبد الرزاق السنهوري مرجع سابق . ص ص، 108، 109، علي فيلالى، مرجع سابق ص 11.

² عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص ص 10، 11

³ حسام الدين كمال الأهواني، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية، دون دار نشر، 1995، ص 14، عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 12 .

الالتزام رابطة قانونية : يمثل الالتزام رابطة قانونية بين الدائن والمدين، فالمدين لا يملك حرية كبيرة في تنفيذ الالتزام أو تركه، فإذا لم يتم بالتنفيذ طوعاً واختياراً، فإنه بإمكان الدائن إجباره على هذا التنفيذ¹.

بعبارة أخرى أن الالتزام يتكون في عنصرين : عنصر المديونية، وعنصر المسؤولية، فالأول يلقي على المدين واجب القيام بما عليه من الإلتزام، و الثاني يكمن في إجبار المدين على أداء ما عليه إذا لم يتم بتنفيذ التزامه من تلقاء نفسه، ويلاحظ أن أمر الوفاء إذا كان متروكاً لإرادة المدين دون أن يكون للدائن إجباره على الوفاء إذا أمتنع عنه، فإننا لا نكون بصدر إلتزام بالمعنى القانوني الدقيق، وإنما نكون بصدد إلتزام لا جبر فيه، وهو إلتزام طبيعي أو واجب خلقي أو ديني².

و نشير إلى أن هذه الرابطة قد شهدت تطوراً هائلاً وأساسياً خلال مراحل تطور القانون، ففي المرحلة الأولى للقانون الروماني كانت رابطة مادية، بمقتضاها يكون للدائن أن يضع يده على شخص المدين، بأن يأخذه لكي يعمل لحسابه حتى يستوفي مقابل دينه، بل كان في مقدور الدائن أن يبيع المدين كرقيق أو يقتله، إلا أن التطور تخطى هذه المرحلة، ولم تعد الرابطة مادية وإنما عدت قانونية³.

ب - الإلتزام رابطة شخصية: يعد الإلتزام في جوهره رابطة بين شخصين دائن ومدين، و يترتب على هذه الرابطة أن الدائن فيها لا يستطيع استيفاء حقه الا بتدخل من الطرف الآخر المدين، فإذا إتفق شخص مع فنان معين على أن يرسم له لوحة فنية، فإن ذلك الشخص لا يستطيع الحصول على حقه إلا بواسطة الفنان المدين، وينطبق ذات الحكم في حالة الاتفاق مع

¹ دريد محمود علي، مرجع سابق ص 19.

² عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 9.

³ ثروت فتحي اسماعيل، مرجع سابق، ص 12 .

الطبيب¹، على أن هذه الرابطة لا تعني أن يتسلط الدائن على شخص المدين و حرته كما كان سائداً في القانون الروماني، وإنما يراد بها أن حق الدائن يستقر في ذمة المدين المالية، حيث لا يمكن إستيفائه الا بواسطة ذلك المدين و تدخله².

نخلص من كل ما تقدم، إلى أن الإلتزام رابطة شخصية، أي علاقة بين شخصين - الدائن والمدين - إلا أنه قد أصبح من الممكن أن يتغير طرفا العلاقة بالحوالة، وأن يلتزم المدين في بعض الأحوال قبل أن يوجد أو يتعين شخص الدائن، بشرط أن يوجد هذا الأخير عند تنفيذ الإلتزام.

ج - الإلتزام ذو طبيعة مالية : ومؤداه أن محل الإلتزام يمكن تقويمه مالياً، ومقتضى هذه الخاصية أن قواعد نظرية الإلتزام لا تطبق إلا على الواجبات القانونية التي يمكن تقويمها نقداً، لذا فإن الإلتزام يدخل ضمن عناصر الذمة المالية السالبة للمدين، بينما يدخل ضمن العناصر الإيجابية لذمة الدائن المالية³.

وعلى هذا فلا تعتبر الواجبات التي يفرضها القانون بين أفراد الأسرة مثل واجب الطاعة الذي يقع على الزوجة لزوجها، والإبن تجاه أبيه إلتزاماً بالمعنى القانوني الدقيق، لأن الإلتزام هنا غير مالي، وإن كانت هذه الأمور من قبيل الواجبات القانونية⁴.

ونشير إلى أنه، لا يشترط حتى نكون بصدد إلتزام مدني بالمعنى الدقيق، ويخضع لقواعد نظرية الإلتزام، أن تكون مصلحة الدائن مصلحة مالية، بل يكفي مالية الأداء الذي يقع على عاتق المدين، فقد تكون المصلحة التي تتحقق للدائن نتيجة تنفيذ المدين لإلتزامه مصلحة غير مالية،

¹د ريد محمود علي، مرجع سابق، ص 18.

²أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، 1983، ص 06.

³محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر 2004، ص 15.

⁴عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 10.

أي مصلحة أدبية أو معنوية، ومع ذلك فإننا نكون بصدد إلتزام بالمعنى الدقيق، ومثال أن يتفق شخص مع فنان على أن يقوم برسم صورة له، فهذا الاتفاق ينشئ إلتزاما مدنيا، حيث أن الأداء الذي تعهد به الفنان مما يمكن تقديره بالنقود، و رغم أن المصلحة التي قصد الطرف الآخر تحقيقها مصلحة غير مالية، والتي تتمثل في الحصول على لوحة بصورته، ومن ذلك أيضا العقد المبرم بين المتفرج ودور السينما أو المسرح، الذي يلتزم بمقتضاه صاحب السينما أو المسرح بتمكين المتفرج من مشاهدة الفيلم أو المسرحية، ورغم أن المصلحة التي قصدها المتفرج مصلحة غير مالية أي معنوية، إذ هي الترفيه عن النفس، إلا أنه يعتبر إلتزاما مدنيا، كون أن الأداء الذي وقع على عاتق صاحب السينما أو المسرح يمكن تقديره بالنقود.¹

وحيث أن الإلتزام قيمة مالية، فإنه يمكن أن ينتقل من دائن إلى آخر بمقتضى أحكام حوالة الحق، كما يمكن أن ينتقل من مدين إلى آخر بموجب أحكام حوالة الدين، ويجوز ذلك أن ينتقل الإلتزام بسبب الموت طبقا لقواعد الميراث، غير أن هذا الأمر يختلف باختلاف القوانين، فالقوانين اللاتينية تجيز إنتقال الإلتزام إلى الوارث باعتباره امتدادا لشخصية المورث، أما القوانين التي تستمد أصولها من الشريعة الإسلامية، فإنها لا تعتبر الوارث امتدادا لشخصية المورث فيما يتعلق بالديون والإلتزامات، بل أنها تكرر قاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الديون"، ومقتضى هذه القاعدة أنه ينبغي سداد ديون المورث من أمواله، فإذا بقي بعد ذلك شيء من تلك الأموال، فإنها تنتقل إلى الورثة وتقسّم بينهم.²

¹ ثروت فتحى اسماعيل، مرجع سابق، ص ص 15، 16.

² حسن علي دنون، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2002 ص 17.

الفرع الثالث :موقف المشرع الجزائري

أما المشرع الجزائري فقد أعتنق المذهب الشخصي أسوة بالمشرع الفرنسي و القوانين اللاتينية التي حذت حذوه والقوانين العربية وجعلها هي الأصل¹، ونرى ذلك جليا من خلال تعريفه للعقد في المادة 54 من القانون المدني الجزائري بقوله : "العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أوعدم فعل شيء ما"، من خلال هذه المادة نجد أن المشرع ينظر إلى الإلتزام على أنه رابطة شخصية.

دون أن يستبعد النظرية المادية للإلتزام، بل أعطاها نصيبا من أحكامه (حوالة الحق المواد من 239 إلى 250 القانون المدني الجزائري)، (حوالة الدين المواد من 251 إلى 257 القانون المدني الجزائري)، الوعد بالجائزة الموجه للجمهور (المادة 123مكرر القانون المدني الجزائري)، وعلى الإشتراط لمصلحة منتفعين لم يوجدوا بعد (المادة 116 القانون المدني الجزائري)، والتعهد عن الغير (المادة 113 القانون المدني الجزائري)، كما تبنى المشرع معايير مادية مثل الغين (المادة 359 القانون المدني الجزائري) في بيع العقار وفي القسمة (المادة 732 القانون المدني الجزائري)، كما اعترف ببقاء التعبير عن الإدارة بعد موت صاحبه أوفقد أهليته (المادة 62 القانون المدني الجزائري).

المطلب الثاني: أركان الإلتزام

يقوم الإلتزام على ثلاثة أركان أساسية، و هي الرابطة القانونية، محل الإلتزام و أخيرا سبب الإلتزام، وفق التقسيم الآتي:

الفرع الأول: الرابطة القانونية

وهي ذلك القيد الذي يرد على إرادة المدين وحريته، حيث كان هذا القيد في القانون الروماني ماديا يقع على شخص المدين، ثم تحول بعد تطور تاريخي إلى رابطة قانونية، لا تتعلق إلا

¹علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 09.

بالذمة المالية، والذي أصبح للدائن بمقتضاها أن يجبر المدين قهرا على تنفيذ إلتزامه إذا امتنع عن التنفيذ الإختياري للإلتزام، وذلك بمساعدة السلطة العامة عند الضرورة، ومثال ذلك الرابطة القانونية بين البائع والمشتري، والمؤجر والمستأجر¹، فنظرية الإلتزام إذن تقوم على رابطة قانونية إذا نظرنا إليها من ناحية المدين سميت إلتزاما، وإذا نظرنا إليها من ناحية الدائن حقا شخصا².

الفرع الثاني: محل الإلتزام

محل الإلتزام هو الأداء الذي يلتزم به المدين نحو الدائن، وهذا الأداء قد يكون إعطاء شيء، كإعطاء مبلغ من النقود أو نقل ملكية الشيء المبيع، وقد يكون القيام بعمل كإجراء عملية جراحية أو رسم لوحة فنية، كما قد يرد في صور إمتناع عن عمل، كالإمتناع عن فتح محل تجاري في مكان معين، أو عدم ممارسة نفس النشاط التجاري في زمان ومكان معين، لعدم منافسة تاجر آخر وهو الدائن بهذا الإلتزام، وفي جميع الأحوال ينبغي أن يكون محل الإلتزام ذا قيمة مالية، أي يمكن تقويمه بالنقود³.

الفرع الثالث: سبب الإلتزام

فهو الغرض الذي يقصده المتعاقد من وراء إلتزامه، فمثلا في عقد البيع يلتزم البائع بنقل الملكية، ويكون غرضه من هذا الإلتزام هو حصوله على الثمن، كما يلتزم المشتري بدفع الثمن ويكون غرضه من ذلك حصوله على المبيع، وكذلك في عقد الإيجار، يلتزم المؤجر بتمكين

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول (التصرف القانوني والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001، ص 21.

² علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 09.

³ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 1.

المستأجر من الإنتفاع من العين المؤجرة، كما يلتزم المستأجر في مقابل ذلك بدفع بذل الإيجار، ويكون غرضه من ذلك هو الإنتفاع بالعين المؤجرة¹.

المطلب الثالث : أهمية نظرية الالتزام

لا يخفى ما لنظرية الإلتزام من أهمية بالغة في دراسة القانون، فهي منه بمثابة العمود الفقري من جسم الكائن الحي تمسك هيكله وتقيم قواعده، و ينسب سلطانها على جميع نواحيه، و هي الأصل في تفسير أمهات المسائل في ميدان القانون الخاص بل القانون العام، لذلك لم يكن للمتفقه في علم القانون البدء من دراستها و ادراك مداليكها والرجوع إلى أصولها، و بقدر تمكنه من ذلك يقاس إدراكه القانوني وتكوينه الفقهي².

وتتجلى هذه الأهمية سواء من الناحية العملية أو الناحية العلمية.

الفرع الأول: الأهمية العملية النظرية الإلتزام

فمن الناحية العملية، فإن الإلتزام هو الوسيلة القانونية لتحقيق كافة الحاجات المعيشية، حيث تنشأ الإلتزامات المختلفة الناتجة عن العقود التي تتم بين الأفراد³.

كما أن نظرية الإلتزام تهيمن على فروع القانون المختلفة، و هيمنتها على فروع القانون الخاص لا تحتاج إلى بيان، لأن موضوع القانون الخاص هو تنظيم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد والمنشآت، وهذه العلاقات تتكون في غالبيتها من التزامات، فنظرية الإلتزامات تشكل مجموع الوسائل القانونية للتبادل الاقتصادي، فجميع المبادلات الاقتصادية الإدارية تتم عن طريق العقود⁴.

¹ بلحاج العربي مرجع سابق، ص 22، ثروت فتحى اسماعيل، مرجع سابق، ص 219.

² عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق ص ب.

³ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 8.

⁴ محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، مكتبة الوحدة ليبييا 2018، ص 12.

كذلك إذا أصاب شخص آخر بضرر نتيجة عمله غير المشروع، فإنه يلتزم بتعويض الضرر، وتنشأ رابطة قانونية بين المضرور و المخطئ، وبالتالي تتحدد مسؤولية هذا الأخير من خلال نظرية الالتزام¹.

ولنظرية الالتزام أهمية كبيرة في فروع القانون العام، لقد كان القانون الإداري يطبق نظرية الالتزام، خاصة فيما يتعلق بالعقود الإدارية و بمسؤولية الإدارة، ثم اخذ يكتسب شيئاً فشيئاً استقلالته منذ نهاية القرن التاسع عشر تحت تأثير الفقيه الفرنسي " هوريو"، ورغم استقلالية القانون الإداري عن القانون المدني، إلا أن هناك تشابهاً وتشابكاً في الأحكام بينهما².

وكذلك يستمد القانون الدولي العام - الذي يحكم علاقة الدولة بالدول الأخرى و بالمنظمات الدولية المعترف بها - العديد من قواعده من مبادئ نظرية الالتزام³.

الفرع الثاني : الأهمية العلمية لنظرية الالتزام

يجد علماء القانون في نظرية الالتزام مجالاً فسيحاً وخصباً للسمو بالمنطق القانوني إلى أرفع مكان، حيث يجد الباحث فيها حرية لإعمال فكره دون أن تقيده عوامل مكانية أو زمنية، و ذلك بالنظر إلى الطابع العالمي لنظرية الالتزام، بحسبانها القواعد العامة للقانون المدني في معظم دول العالم، وإن كان قد لحقها التطور لعوامل كثيرة منها الاجتماعية والسياسية والأخلاقية والاقتصادية⁴.

كما تظهر الأهمية العلمية في اتساع مجالها، كونه يضم مختلف الروابط القانونية نظراً لبلوغها لحد من العمومية والتجريد لم يبلغه أي فرع من فروع القانون، هذا ما جعلها شريعة عامة أو حجر الزاوية لمختلف فروع القانون وأساس الفكر القانوني، ومهما كان مجال الدراسة القانونية،

¹ ثروت فتحى اسماعيل، مرجع سابق، ص8.

² محمد علي البدوي، مرجع سابق، ص 12.

³ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 26.

⁴ حسام الدين كمال الأهواني، مرجع سابق، ص3.

فلا بد من الرجوع للقاعدة العامة للالتزامات من أجل تفكير مضبوط و دقيق نظرا لتمييزه بثبات قواعده و تجريدها¹.

بل يذهب البعض إلى أن رجل الاقتصاد، لابد له من العلم الكافي بنظرية الالتزام، باعتباره القانون الذي يحكم الروابط الإقتصادية و تبادل القيم، خاصة وأن التأثير متبادل بين الاقتصاد و نظرية الالتزام².

المبحث الثاني : تقسيمات الإلتزام

يقسم الفقه الإلتزام بالنظر إلى عدة اعتبارات، فمن حيث الحماية القانونية يقسم إلى التزام مدني والتزام طبيعي، ومن حيث محلة يقسم إلى إلتزام بنقل حق عيني والتزام بعمل و التزم بالامتناع عن عمل، أما من حيث اتصال أداء المدين بالغاية التي يهدف إلى تحقيقها إلى التزم بتحقيق نتيجة والتزام ببذل عناية، ومن حيث الواقعة الواقعة المنشئة تقسم الإلتزامات إلى التزمات غير إرادية والتزمات إرادية، وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول : تقسيم الإلتزام من حيث الحماية القانونية

يقسم الإلتزام من حيث الحماية القانونية التي يتمتع بها الدائن إلى إلتزام مدني والتزام طبيعي، وفي هذا الخصوص نصت المادة 160 من القانون المدني الجزائري على أنه : " المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به، غير أنه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الإلتزام طبيعياً".

الفرع الأول : الإلتزام المدني

فالإلتزام المدني هو الإلتزام الذي يتحقق فيه عنصر المديونية و المسؤولية، بمعنى أن الدائن يستطيع إجبار المدين على تنفيذ الإلتزام إذا امتنع عن تنفيذه طوعا وإختيارا³.

¹رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 10.

²حسام الدين كمال الاهواني، مرجع سابق، ص4.

³دريد محمود علي، مرجع سابق ص50.

الفرع الثاني : الالتزام الطبيعي

الإلتزامات الطبيعية هي الإلتزامات التي يتوفر فيها عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية¹، ولهذا لا يستطيع الدائن إجبار المدين على تنفيذ التزامه، ولكنه - أي المدين - يستطيع أن يقوم بتنفيذ الإلتزام الطبيعي تنفيذاً إختيارياً، ويعتبر الوفاء في هذه الحالة وفاءً صحيحاً صادراً من مدين وليس من متبرع، كما أنه يستطيع أن يسترد ما أداه طالما علم بأنه يوفي بالالتزام طبيعي²، وعلى هذا نصت المادة 162 من القانون المدني الجزائري بقولها: " لا يسترد المدين ما أداه باختياره، بقصد تنفيذ التزام طبيعي."

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن الإلتزامات الطبيعية هي في حقيقتها مجرد واجبات أدبية ترتفع درجة وجوبها على درجة وجوب الواجبات الخلقية في صورتها العادية، بالنظر لما يحيط بها من ملاسبات خاصة، و أن هذه الملاسبات تكفي لجعل الوفاء بالواجب الأدبي من قبيل الوفاء بالالتزام على نحو لا يمكن معه الرجوع في هذا الوفاء، ولكن كذلك لا تكفي لتبرير تدخل السلطة العامة ضماناً لتنفيذ هذا الواجب جبراً على المدين إذا لم يقم بالوفاء به اختياراً، لذلك نجد أن هناك التزاماً على المدين، وإن كان هذا الإلتزام مجرد إلتزام طبيعي لا جبر في تنفيذه³.

ولعل التطبيق البارز للإلتزام الطبيعي هو الإلتزام الذي تمضي عليه مدة التقادم، إذ يترتب على ذلك أن يتحول الإلتزام المدني الى إلتزام طبيعي، لا يمكن إجبار المدين قانوناً على الوفاء به، وهو ما أشارت له المادة 320 معد من القانون المدني الجزائري بقولها : "يترتب على التقادم إنقضاء الإلتزام، ولكن يتخلف في ذمة المدين إلتزام طبيعي وإذا سقط الحق بالتقادم

¹اسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام العقد والإرادة المنفردة، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة 1996 ص 29.

²ثروت فتحى اسماعيل، مرجع سابق، ص 22.

³مصطفى الجمال، النظرية العامة للإلتزامات، الدار الجامعية الأسكندرية، الطبعة الأولى 1987، ص 12.

تسقط معه ملحقاته ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات"¹، ومثاله أيضا الالتزامات المترتبة في ذمة القاصر نتيجة إبطال التزامه المدني بسبب نقص أهليته، بحيث لا يكون ملزما برد الأموال التي أنفقها فيما لم يعود عليه بالنفع، تطبيقا لنص المادة 2/103 من القانون المدني: "غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد".

المطلب الثاني : تقسيم الالتزام من حيث محله

محل الإلتزام كما أشرنا سابقا، هو الأداء الذي يلتزم المدين بأدائه للدائن، أو ما يحق للدائن اقتضاه من المدين، فمن هذه الزاوية يقسم الإلتزام على النحو الآتي:

الفرع الأول : الإلتزام بإعطاء شيء

ويقصد بالإلتزام بإعطاء شيء ذلك الإلتزام الذي محله نقل ملكية شيء أو أي حق عيني آخر، وذلك كالإلتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع الى المشتري، وإلتزام الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، وكذلك التزم مالك العقار بتقرير حق ارتفاق على ملكه لمصلحة عقار آخر مجاور له، أو الإلتزام بإنشاء رهن على العقار لمصلحة الدائن²، كما يتمثل الإلتزام بالإعطاء، في دفع مبلغ من النقود، كالإلتزام المستأجر بدفع الأجرة، وإلتزام المشتري بدفع ثمن الشيء المبيع³، ولهذا فإن الإلتزام بإعطاء لا يظهر في الواقع، إلا في العقود التي لا تنتقل فيها الملكية مباشرة بمجرد إبرام العقدما إما لأن شرطا في العقد عطل نقل الملكية وهو شرط الاحتفاظ بالملكية حتى تمام دفع الثمن⁴، وإما لأن محل الإلتزام شيء معين بنوعه أي شيء

¹تقابل المادة 386 في القانون المدني المصري

²عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 11.

³بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 23.

⁴راجع المادة 1/363 من القانون المدني الجزائري.

مثلي، مثال ذلك ابيعك 50 كلغ من الأرز، فلا تصبح مالكا للأرز الا بعد الإفراز¹، أي وضع القمح في أكياس وتجنبيها لحساب المشتري أو كتابة أسمه عليها، وبعد الإفراز تنتقل الملكية و لم يتم التسليم، إلا أن الإفراز والتسليم يتعاصران غالبا².

الفرع الثاني : الالتزام بالقيام بعمل

و الالتزام بالقيام بعمل يلتزم فيه المدين بأن يقوم بعمل إيجابي، كالإلتزام المقاول ببناء منزل، و التزم المؤجر بالقيام بالترميمات التي يقتضيها الانتفاع بالعين المؤجرة، وإلتزام العامل في مواجهة رب العمل، وإلتزام الطبيب بعلاج المريض والتزام الممثل بالتمثيل³، وأغلب الإلتزامات هي التزمات بعمل.

الفرع الثالث: الإلتزام بالإمتناع عن عمل

أما الإلتزام بالإمتناع عن عمل، فيقصد به التزم المدين بعدم إتيان عمل معين، كان يستطيع القيام به لولا وجود هذا الإلتزام، ومثاله إلتزام بائع المحل التجاري بالإمتناع عن فتح محل تجاري مماثل لمدة معينة، وهو ما يعرف بالإلتزام بعدم المنافسة، والتزام العامل بعدم إفشاء أسرار العمل، والتزام الممثل بعد التمثيل إلا في الأفلام التي تنتجها الشركة التي تعاقدها معها طول مدة العقد⁴، أو الشرط الذي تشترطه شركة على أحد فنيها بعدم المنافسة او بعدم العمل مع شركة منافسة بعد انتهاء عقد عمله معها⁵.

¹راجع المادة 166 من القانون المدني الجزائري.

²محمد علي البدوي الأزهري، مرجع سابق، ص 14.

³عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق ص 11.

⁴ثروت فتحي اسماعيل، مرجع سابق، ص 18.

⁵محمد علي البدوي الأزهري، مرجع سابق ص 15.

ويلاحظ إن التقسيم المتقدم يحقق فائدتين اثنتين هما¹: الإعذار و الجزاء، فالمدين بالتزام اعطاء أو بعمل لا يعتبر متأخراً في تنفيذ التزامه ولا تترتب على عاتقه أية مسؤولية قانونية الا إذا تم إعداره من قبل الدائن، أما في الالتزام بالامتناع فان الأمر ليس كذلك، إذ لا تكون هناك حاجة لإعذار المدين لغرض ترتيب المسؤولية القانونية عليه، ذلك أن مجرد مخالفة هذا الالتزام يعتبر امتناعاً عن التنفيذ يرتب عليه القانون آثاره.

أما من حيث الجزاء، فإن إخلال المدين بالتزامه السلبي المتمثل في الامتناع، فإنه لا يتيح للدائن الا المطالبة بالتعويض، إذ لا يستطع الدائن في هذا النوع من الإلتزام المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري، لما يتضمنه هذا التنفيذ من إرهاب للمدين والمساس بحريته الشخصية، وإذا كانت تلك هي القاعدة العامة في مثل النوع المتقدم من الإلتزامات فإنها غير مطلقة، فقد يستطيع الدائن طلب التنفيذ العيني في بعض صور الإلتزام بالامتناع، إذا كان هذا الأخير لا يلحق أذى بشخص المدين أو يمس بحريته الشخصية، كأن يتعهد جار بعدم فتح مطل على جاره من مسافة معينة²، أو بعدم البناء على أرض يعلم أنها ملك لغيره³، ثم أخل بهذا الإلتزام، فيجوز للدائن في الحالات المتقدمة، أن يطلب من المحكمة إزالة ما وقع مخالفاً للإلتزام .

أما في الإلتزام الإيجابي، فإنه يجور في جميع الأحوال إذا ما اخل المدين بالتزامه، أن يقوم بتنفيذ هذا الإلتزام تنفيذاً عينياً على حساب المدين بعد استئذان المحكمة.⁴

المطلب الثالث : تقسيم الإلتزام من حيث الغاية

هذا التقسيم حديث إلا أنه ساد في التشريع والقضاء، وأساسه هو مدى اتصال الأداء الذي التزم به المدين بالغاية التي يسعى إليها الدائن¹، ويرجع هذا التقسيم للفقيه الفرنسي " ديموج " في

¹ دريدعلي محمود، مرجع سابق، ص 26 وما بعدها.

² راجع المادة 709 من القانون المدني الجزائري.

³ راجع المادة 788 من القانون المدني الجزائري.

⁴ راجع المواد 166، 168، 169، 170، 171 من القانون المدني الجزائري.

بداية القرن العشرين، إذ يعتمد أساساً على الهدف الذي يريد الدائن تحقيقه أو إلى النتيجة التي يعتمد بها المدين، ومما نوعان الالتزام بتحقيق نتيجة و الالتزام ببذل عناية².

الفرع الأول : الالتزام بتحقيق نتيجة

قد يكون الأداء المطلوب من المدين القيام به هو تحقيق نتيجة معينة، كالالتزام المستأجر بدفع بذل الإيجار، والالتزام البائع بنقل الملكية، والالتزام الناقل بتوصيل المسافر الى الوجهة المقصودة³، ففي الأمثلة السابقة نكون أمام إلتزام بتحقيق نتيجة أو غاية، وفي هذه الحالة لا تبرأ ذمة المدين بالالتزم إلا إذا تحققت النتيجة أو الغاية بالفعل، ما لم يثبت أن السبب في عدم قيامه بالالتزامه أو التأخير فيه، كان راجعا إلى سبب أجنبي لا يد له فيه⁴، وفقا لما تقضي به المادة 215 من القانون المدني المصري⁵.

الفرع الثاني : الالتزام ببذل عناية

أما إذا كان الأداء الذي التزم به المدين لا يتطابق والهدف الذي يريد الدائن إدراكه، وإنما يتحدد هذا الأداء باستخدام كافة السبل المتاحة والوسائل الممكنة أو بذل الجهد والعناية اللازمة وصولا الى نتيجة معينة، ولكن دون أن يلتزم بتحقيق تلك النتيجة، فإننا نكون بصدد التزام ببذل عناية أو بوسيلة⁶.

¹ محمد على البدوي الأزهرى، مرجع سابق، ص16.

² René Demogne, Traité des obligations en general? Tome 5. N 1237 librairie arthur bousseau, paris, 1925, page 536.

³ بن شويخ رشيد، دروس في النظرية العامة للالتزامات، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص09، نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص16.

⁴ عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص12.

⁵ تقابلها المادة 176 من القانون المدني الجزائري.

⁶ ثروت فتحي اسماعيل، مرجع سابق، ص 19 .

ومثال ذلك التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة، و إلتزام المودع لديه بالمحافظة على الوديعة، وإلتزام الطبيب بمعالجة المريض، حيث يكون ملزماً بعلاجه وفقاً للأصول الطبية، ولكنه لا يلتزم بأن يشفي المريض، والأمر كذلك بالنسبة للمحامي الذي يتولى الدفاع عن موكله في قضية من القضايا المعروضة أمام المحاكم، فهو مطالب ببذل الجهد بحسب المعطيات والأدلة المتوفرة لديه¹.

وهذا التقسيم يتعلق فقط بالالتزام بالقيام بعمل، أما الإلتزام بإعطاء و الإلتزام بالامتناع عن عمل فهما يتضمنان دائماً الإلتزام بتحقيق نتيجة²، و لمعرفة ما إذا كان الإلتزام بتحقيق نتيجة أو بذل عناية، ينبغي الرجوع إلى المصدر الذي أنشأ الإلتزام كالنص القانوني أو الاتفاق بين المتعاقدين للتعرف على طبيعة هذه الإلتزامات، فمن خلال قصد المتعامدين لأن إرادة المتعاقدين في حالة العقد هي التي تحدد مضمون الإلتزامات التعاقدية³.

وأيا كان الأمر فإنه يترتب على تقسيم الإلتزام إلى التزم بتحقيق نتيجة و الإلتزام ببذل عناية جملة من النتائج القانونية أبرزها⁴:

أن المدين في الإلتزام بتحقيق نتيجة لا يكون قد نفذ إلتزامه إلا إذا تحققت النتيجة التي رمى إليها الدائن، بمعنى أن عدم تحقق النتيجة يدل على أن المدين قد ارتكب خطأً يوجب مسؤوليته، ولا يستطيع المدين التخلص من تلك المسؤولية إلا إذا أثبت أن عدم تحقيق النتيجة لم يكن بفعل خطأه وإنما جاء نتاجاً لسبب أجنبي لا يد له فيه.

¹ ابن شويخ رشيد مرجع سابق، ص 9، 10، عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 12، نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 17.

² محمد علي البدوي الأزهرى، مرجع سابق، ص 16.

³ ابن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 9.

⁴ دريد محمود علي، مرجع سابق، ص 29.

مثال ذلك إلتزام الناقل، إذ هو يلتزم بتسليم البطائع في المكان والزمان المعينين، دون تلف أو تأخير وهو التزم بتحقيق نتيجة، فإذا لم تصل البطاعة إلى المكان المعين سابقا وفي الوقت المتفق عليه في هذه الحالة يكون الناقل قد أخل بالتزامه، و لا يطالب الدائن بإثبات خطأ و تقصير الناقل، و لا يعفى المدين "الناقل" من المسؤولية إلا إذا أثبت أن عدم تنفيذ إلتزامه راجع إلى سبب أجنبي كقوة قاهرة أو إلى خطأ الدائن نفسه¹، وهذا ما أكدته المادة 176 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا استحال على المدين تنفيذ الإلتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

أما المدين بالإلتزام ببذل عناية، فإنه يعتبر موفيا بالإلتزامه إذا بذل العناية المطلوبة منه، و لو لم تتحقق النتيجة التي ينتظرها الدائن، بمعنى أن عدم تحقق النتيجة لا يكفي لقيام مسؤولية المدين، بل يكون على الدائن أن يثبت أن المدين لم يبذل العناية المطلوبة منه²، فإثبات الإهمال وعدم الحيطة في جانب المدين يقع على الدائن، كإهمال المودع في حفظ الوديعة أو إهمال الطبيب في علاج المريض على الأسس المطلوبة.

وعلى سبيل المثال نصت المادة 172 من القانون المدني الجزائري على أنه: "في الإلتزام بعمل، إذا كان من المدين أن يحافظ على الشيء، وأن يقوم بإدارته و أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفي بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك".

فمعيار العناية اللازمة إذن هو معيار الرجل العادي، وهو معيار موضوعي مجرد لا ينظر فيه إلى شخص المدين وما يبذله من عناية في شؤونه الخاصة، وإنما المطلوب أن تكون عنايته في

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص25.

² ثروت فتحي إسماعيل، مرجع سابق، ص20.

تنفيذ التزامه هي عناية الشخص المعتاد¹، وللمتعاقدين زيادة قدر العناية المطلوبة من المدين أو الإنقاص منها، إلا أنه لا يجوز الإعفاء في حالة الغش والخطأ الجسيم².

وقد أخذ بهذا المعيار المشرع الجزائري، من خلال المادة 495 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: "يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة و أن يحافظ عليها مثلما يبذله الرجل العادي".

والحال كذلك بالنسبة للوكيل في عقد الوكالة حيث نصت المادة 576 من القانون المدني الجزائري بقولها: "يجب دائما على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي".

المطلب الرابع: تقسيم الالتزام من حيث المصدر

المقصود بمصدر الإلتزام هنا، هو السبب القانوني الذي أنشأ الإلتزام³، أو الواقعة التي يترتب على حدوثها نشؤ الإلتزام، ويمكن بصفة عامة رد هذه المصادر إلى نوعين هما: المصادر الإرادية و المصادر غير الإرادية، وفق التقسيم التالي:

الفرع الأول: المصادر الإرادية

ويقصد بالمصادر الإرادية تلك التي يتأسس فيها الإلتزام على إرادة المدين، ويلاحظ أن إرادة المدين قد تشترك مع إرادة الدائن في إنشاء الإلتزام فيكون مصدر الإلتزام هو العقد، وقد تكون إرادة المدين كافية لوحدها لإنشاء الإلتزام، فيكون مصدر الإلتزام هو الإرادة المنفردة، ويطلق على هذه المصادر الإرادية اصطلاحاً "التصرفات القانونية"، والتصرف القانوني هو أن تتجه

¹ محمد علي البدوي الأزهرى، مرجع سابق، ص17.

² راجع المادة 172 من القانون المدني الجزائري، والمادتين 704، 211 من القانون المدني المصري.

³ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص119.

إرادة الشخص الى إحداث أثر قانوني معين، ويتحقق ذلك في كل من العقد والإرادة المنفردة، إذ أن إرادة الشخص في كلا المصدرين المذكورين هي التي تؤدي إلى ترتيب الآثار القانونية¹.

الفرع الثاني : المصادر غير الإرادية

والمصادر غير الإرادية تشمل الوقائع التي تترتب عليها آثارها القانونية دون اعتبار لإتجاه الإرادة في إحداث هذه الآثار، وقد تكون هذه الوقائع طبيعة لادخل الإنسان في حدوثها، كواقعة الجوار التي يترتب عليها القانون الالتزامات بين الملاك المتجاورين²، و القرابة التي يترتب عليها القانون الالتزام بالنفقة على القريب عند توافر الشروط التي ينص عليها القانون³.

وقد تكون الواقعة المنشئة للإلتزام واقعة إنسانية، أي تتم بتدخل الإنسان، كما هو الحال في العمل غير المشروع الذي يأتيه الإنسان، فيلزم بتعويض الضرر المترتب على هذا العمل، والإنسان قد يأتي العمل الضار عن قصد كمن يتلف مال غيره عمداً، وقد يقتل غيره عمداً، وقد يرتكب العمل غير المشروع عن غير قصد كالقتل الخطأ، ففي الحالتين يعتبر الإلتزام ناشئاً عن واقعة قانونية على الرغم من دور الإنسان في إحداث الضرر، إلا أنه يترتب على هذا القتل آثاره وهو نشؤ الإلتزام بالتعويض، فلاشك أن لارادة دور في حدوث الفعل، ولكن ليس لها أي دور في تحديد شروط الإلتزام و آثاره⁴.

خطة الدراسة:

وبناءً على ماسبق سوف نقسم هذه المحاضرات التي خصصناها للنظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - إلى بابين : ندرس في الباب الأول التصرفات القانونية (العقد والإرادة المنفردة)، أما الباب الثاني فتخصصه للوقائع القانونية (العمل غير غير المشروع و شبه العقود

¹دريد محمود علي، مرجع سابق، ص33.

²راجع المواد 703 إلى 712 من القانون المدني الجزائري.

³عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 30 وما بعدها.

⁴ثروت فتحي إسماعيل، مرجع سابق، ص27.

و القانون)، وقد نظم القانون المدني الجزائري هذه المصادر في فصول متتالية من الباب الخاص بمصادر الالتزام إنطلاقا من المادة 53 إلى المادة 159، ومن خلالها يمكن حصر هذه المصادر حسب القانون المدني فيما يلي:

القانون .

العقد.

الإرادة المنفردة .

العمل المستحق للتعويض (العمل غير المشروع) .

شبه العقود (الإثراء بلا سبب، الدفع غير المستحق، الفضالة).

وذلك على النحو التالي:

الباب الأول : التصرفات القانونية (العقد والإرادة المنفردة).

الباب الثاني: الوقائع القانونية (العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون).

الباب الأول : التصرفات القانونية

أشرنا من قبل إلى أن التصرف القانوني يشمل كل من العقد و الإرادة المنفردة، حيث تكون الإرادة هي مصدر الالتزام، ولهذا سوف نخصص لكل مصدر من هذين المصدرين فصلا مستقلا على النحو التالي :

الفصل الأول: العقد

الفصل الثاني: الإرادة المنفردة

الفصل الأول : العقد

يعد العقد مصدراً إرادياً رئيسياً من مصادر التزام، ويتجسد من خلال التقاء إرادتين أو أكثر وإتجاهها إلى ترتيب أثر قانوني معين، ونظراً لكونه أهم مصادر الالتزام فقد خصص له القانون المدني الفصل الثاني، حيث عالج المسائل المتعلقة به من المادة 54 إلى المادة 123 من القانون المدني.

وأياً كان الأمر فإن دراسة العقد تتطلب منا تقسيم هذا الفصل كالآتي:

المبحث الأول : مفهوم العقد وتقسيماته

المبحث الثاني : أركان العقد

المبحث الثالث : آثار العقد

المبحث الرابع: انحلال العقد

المبحث الأول : مفهوم العقد وتقسيماته

يتعين علينا بادئ ذي بدء تحديد مفهوم العقد، ثم البحث في أنواعه المختلفة، ونتولى ذلك من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول : مفهوم العقد

إن تحديد مفهوم العقد يتطلب أولاً البحث في تعريفه، ثم دراسة تطور فكرة العقد من خلال البحث في مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الأول : تعريف العقد وتحديد نطاقه

أولاً : تعريف العقد

العقد لغة : هو الربط بين شيئين، يقال عقدت طرفي الحبل أي ربطت بينهما، و وصلت الطرفين فصار الحبل متصلاً¹.

ويعرف فقهاء القانون المدني الوضعي العقد بأنه : " إتفاق إرادتين على إنشاء إلتزام أو نقله"، وبهذه المناسبة يفرق بعضهم بين العقد والاتفاق ويعتبرون الاتفاق أعم من العقد، يعتبرون الاتفاق جنساً والعقد نوعاً له، فالإتفاق إذن هو " إتفاق إرادتين على إنشاء الإلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"، فمثال الإتفاق على إنشاء إلتزام عقد البيع الذي ينشئ الإلتزامات على عاتق كل من البائع والمشتري، ومثال على نقل الإلتزام الحوالة، فهي تنقل الحق أو الدين من دائن إلى دائن، و من مدين إلى مدين، ومثال الاتفاق على تعديل الإلتزام، الإتفاق على إضافة أجل إلى الإلتزام أو تعليقه على شرط، ومثال الاتفاق على إنهاء الإلتزام الوفاء الذي ينهي الدين، أما العقد فهو إتفاق على إنشاء إلتزام أو نقله فقط².

ولكن ليس لهذه التفرقة أهمية عملية، لذلك لم يأخذ غالبية الفقهاء به، وكذلك فعلت القوانين المدنية الحديثة، لذلك يعرف العقد بأنه: " توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"³.

أما بخصوص التعريف التشريعي، فإننا نجد الكثير من القوانين المقارنة لم تتضمن تعريفاً للعقد، ومرد ذلك أن إعطاء التعريفات مسألة علمية لا يضطلع بها المشرع من حيث الأصل،

¹ عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص35.

² عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص28.

³ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 138.

وإنما تترك للفقهاء¹.

أما المشرع الجزائري فقد تناول في المادة 54 من القانون المدني الجزائري تعريف العقد بقولها: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما".

الإ أن هذا التعريف المأخوذ من قانون نابليون تعرض للإنقاد من الأوجه التالية²:

الوجه الأول: هو أنه خلط بين تعريف العقد وبين تعريف الالتزام، فالعقد رابطة تقوم على اتفاق ينشئ هذه الرابطة أو يعدلها أو ينهيها، وتترتب على قيام هذه الرابطة التزامات لكل التزام منها محله سواء كان عملاً أو امتناعاً.

أما الوجه الثاني: هو أنه اعتبر العقد نوعاً من الاتفاق، أي جعل الاتفاق جنساً و العقد نوعاً مع أن المتفق عليه هو أن العقد و الاتفاق إسمان لمسمى واحد.

و من تعريف العقد وفقاً لما ورد في فقه القانون، نجد أنه يتميز بخاصيتين:

الأولى: أن العقد ينتج عن توافق أو تطابق إرادتين أو أكثر، وهذا جوهر العقد و مناط وجوده، وذلك كما في عقد البيع والإيجار وغيرهما، ومن ثم فإن الأمر إذا كان مجرد تصرف قانوني يتم بإرادة واحدة فإنه لا يسمى عقداً بالمعنى القانوني الدقيق³.

الثانية: يجب أن يكون توافق أو تطابق الإرادتين بقصد إحداث اثر قانوني، أي واجب قانوني ملتزم، يمكن تنفيذه جبراً على المدين، فإذا انعدم هذا الأثر القانوني فلا وجود للعقد، وبالتالي لا وجود للالتزام، فإذا قام صديق بدعوة صديقه للغداء، إلا أن الداعي عدل أو تخلف المدعو، فلا

¹دريد محمود علي، مرجع سابق، ص 33.

²علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 10.

³عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 36.

مسؤولية على أي منهما، لأنهما لم يقصدا إنشاء إلتزام قانوني، وبالتالي يخرج عن دائرة العقد علاقات المجاملة أو اللياقة الاجتماعية، فالعبرة هنا بنية إنشاء الإلتزام، وهي التي تميز بين العقد وبين اتفاقات المجاملات، واستخلاص هذه النية مسألة موضوعية تتوقف على الظروف والملابسات التي تحيط بالإتفاق¹.

الفرع الثاني : نطاق العقد

المقصود بنطاق العقد - كمصدر لإلتزام - هو بيان أي العقود أو الاتفاقات التي تخضع للنظرية العامة للعقد بوصفها جزء من النظرية العامة للإلتزام، و يتحدد نطاق العقد - محل الدراسة - بأمرين:

أولاً: ليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقد، بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعا في نطاق القانون الخاص، فالمعاهدة اتفاق بين دولة و دولة، والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه، وتولي الوظيفة العامة إتفاق بين الحكومة والموظف، ولكن هذه الإتفاقات ليست عقوداً، إذ هي تقع في نطاق القانون العام : الدولي و الدستوري و الإداري².

ثانياً: و لا يكفي أن يقع الاتفاق في نطاق القانون الخاص لكي يعتبر عقداً، بل يجب أن يقع في دائرة المعاملات المالية، فالزواج اتفاق بين الزوج والزوجة ولكنه ليس بعقد، بالرغم من وقوعه في نطاق القانون الخاص، لأن القانون هو الذي يرتب أثاره لا إرادة الزوجين³.

ثالثاً: فإذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص و في دائرة المعاملات المالية فهو عقد، تستوي في ذلك العقود التي يقف فيها المتعاقدان على قدم المساواة و تلك التي يذعن فيها أحد المتعاقدين للآخر، والعقود التي توفق بين مصالح متعارضة و تلك التي تجمع ما بين مصالح

¹ ثروت فتحي إسماعيل، مرجع سابق، ص33.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص139.

³ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص30.

متوافقة، وقد حاول بعض فقهاء القانون العام إخراج عقود الإذعان والعقود التي تجمع ما بين المصالح المتوافقة كعقد الشركة والعقود التي تنظم أوضاعاً مستقرة كالعقود الجماعية من منطقة العقد، ولكن هذا الرأي لم يسد في القانون المدني¹.

المطلب الثاني : مبدأ سلطان الإرادة

يعد مبدأ سلطان الإرادة من النظم الثابتة في معظم النظم القانونية، و يقصد به أنه يكفي توافق إرادتين لإنشاء الالتزام أي لانعقاد العقد، وإن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يربتها العقد، أي أن معناه حرية الإرادة في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها². بمعنى أن للإرادة سلطان ذاتي تستمده من ذاتها، فالإرادة هي التي تخلق العقد، وأساس قوته الملزمة، ولا يستمد وجوده و الزاميته من أي سلطة خارجية عن الإرادة حتى ولو كان القانون ذاته³.

وعليه تقتضى دراسة هذا المبدأ، البحث في نشوئه وتطوره، و معرفة نتائجه والانتقادات الموجهة إليه مع تبيان موقف المشرع الجزائري منه، وفق التقسيم الآتي :

الفرع الأول: نشوؤ مبدأ سلطان الإرادة وتطوره

أولاً: نشأ مبدأ سلطان الإرادة في القانون

نتيجة لالتقاء الفلسفات الحرة التي سادت القرن الثامن عشر مع مبادئ الحرية الاقتصادية التي سادت في القرن التاسع عشر، وكان المحور الذي تدور حوله هذه الفلسفات هو حرية الفرد وتحريره من كل ضغط خارجي عليه و بصفة خاصة الضغط الصادر من القانون، والوسيلة المثلى لحماية حرية الإنسان هي إرادته بحيث لا يلتزم الإنسان إلا بما يرضاه، وكل ما يرضي

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 140.

² أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 1998، ص 13.

³ حسام الدين كمال الاهواني، مرجع سابق، ص 26.

الإيمان بالالتزام به هو تعبير عن حرته، وهكذا أصبحت الإرادة هي أساس الالتزام بالعقد، وأصبح العقد هو التعبير الوحيد عن العدل والحرية¹.

ثانيا : تطوره

ساد في القانون الروماني فكرة الشكلية كقيد لازم الإرادة في المعاملات، فالإرادة عند الرومان غير كافية لإنشاء التصرف أو ترتيب آثاره، بل يجب إفراغ ذلك في شكل معين، كالبيع والإيجار والوكالة²، فالشكلية هنا هي قاعدة نظام عام مخالفتها ترتب بطلان التصرف، وحضورها يفترض صحته، ولو لم يكن هناك سبب لهذا الإلتزام محل التصرف، أو أنه كان غير مشروع أو كانت الإرادة معيبة³.

غير أن هذه الشكلية⁴ عرفت تراجعاً في العهد الكنسي خلال القرن الثاني عشر، أمام تقدم تدريجي لمبدأ سلطان الإرادة، حيث أصبح للإرادة كلمتها في تكوين العقد احتراماً لمبادئ الكنسية كالوفاء بالعهد، و أداء الثمن العادل، وعدم تنفيذ الإلتزام العقدي يرتب الوقوع في الخطئية، تم استمر الوضع على هذا النحو إلى أن بات لإرادة الأطراف السلطان الأكبر في تحديد مضمون العقد، وكيفية تنفيذه في نهاية القرن الثامن عشر أين أزهى مبدأ سلطان الإرادة آنذاك في ظل المذهب الفردي، ثم وبسبب العامل الاقتصاد بسط هذا المبدأ من نفوذه في ظل

¹ سمير عبد السيد تتاغو، مرجع سابق، ص 10.

² قريقر فتيحة، حدود سلطات الإرادة في نطاق النظام العام، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الأول، ص 278.

³ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 43، Gounot Emmanuel : le principe de l'autonomie de la volonte en droit civil, thèse Dijon, 1912 page 136.

⁴ لخضر حليس، التنظيم القانوني للعقود المدنية، مجلة البحوث لقانونية والسياسية، العدد الأول، 2013، ص 91.

الاقتصاد الرأسمالي الذي ساد في نهاية القرن التاسع عشر، كونه كان يقوم على تمجيد الحرية الفردية من جهة، ويطلق لها العنان في إبرام الصفقات الاقتصادية من جهة أخرى¹.

الفرع الثاني: نتائج وانتقادات مبدأ سلطان الإرادة

أولاً : نتائجه

ويترتب على مبدأ سلطان الإرادة جملة من النتائج أهمها مايلي:

حرية التعاقد :

للشخص أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد، فلا يجبر الشخص على الدخول في عقد دون رضاء، وله أن يختار الشخص الذي يتعاقد معه، وله خصوصاً أن يحدد بملء إرادته محتوى شروط العقد "بالإتفاق مع المتعاقد الآخر" ، وهذه القاعدة الأخير تسمى بحق حرية التعاقد، ويتمثل فيها المظهر المهم لمبدأ سلطان الإرادة ، ويمكن بموجبها للأطراف أن يبرموا ماشاؤو من العقود، وإذا وجدت عقود مسماة فيجب أن تكون مفسرة لإرادة الاطراف عند عدم الإتفاق على خلافها لا أمرة²، و لا يقيد من حرية المتعاقدين هذه الإ فكرة النظام العام، التي يجب أن تكون محصورة في أضيق الحدود³.

وإذا كان القانون قد يتطلب شكل معين تصب فيه هذه الإرادة لإبرام العقد، فهذا على سبيل الاستثناء، ولتحقيق مصلحة معينة، تتمثل في حماية أحد المتعاقدين أو كلاهما⁴.

¹ عيسى بخيت، أثر تشريعات الإستهلاك على مبادي النظرية التقليدية للعقد، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية العدد 20، 2018، ص 111.

² محمد علي البدوي الازهري، مرجع سابق، ص30.

³ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص11، فريقر فتيحة، مرجع سابق، ص279.

⁴ ثروت فتحي إسماعيل، مرجع سابق، ص36.

ضرورة إحترام العقد:

يقتضي مبدأ سلطان الإرادة بضرورة إحترام العقد وتنفيذ الإلتزامات التي تتمخض عنه، ذلك أن العقد ينشأ بتوافق إرادتي المتعاقدين، فيكون بمثابة القانون بالنسبة إليهما¹.

فالعقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه أو تعديله من جانب أحد المتعاقدين منفرداً، على أن إحترام العقد لا يسري على المتعاقدين فقط بل يسري أيضاً على القاضي، فلا يحق له تعديل العقد أو إنهاؤه بحجة أنه غير عادل أو أن الظروف التي أبرم في ظلها قد تغيرت، بل يقتصر دور القاضي على تفسير العقد، وذلك بالبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين².

ثانياً : إنتقادات مبدأ سلطان الإرادة

تعرض مبدأ سلطات الإرادة لانقادات شديدة، ولعل من أبرزها ما يلي :

1. من الناحية الواقعية أدى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة إلى الكثير من الظلم الاجتماعي، لأنه إذا كان الأفراد متساوين من الناحية القانونية، إلا أنهم غير متساوين من الناحية الاقتصادية، وليس صحيحاً أن كل شخص حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وعلى سبيل المثال لم يكن العامل في القرن التاسع عشر حراً في أن يتعاقد مع رب العمل أو يرفض ذلك، بل كان مضطراً إلى قبول العمل بأقل راتب وفي أسوأ الأحوال³، وهكذا يصبح العقد وسيلة للتعسف بدلاً من كونه أداة لتحقيق العدالة⁴.

¹ دريد محمود علي، مرجع سابق، ص43.

² محمد علي البدوي الأزهرى، مرجع سابق، ص30.

³ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص12.

⁴ بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص7.

2. يبالغ مبدأ سلطان الإرادة في تمجيد الإرادة المطلقة و إعطائها دوراً أساسياً في إنشاء العقد وترتيب آثاره، و الواقع من الأمر أن القانون هو الذي يضيف على العقد صفة القوة و الالتزام، وليس من إرادة أطرافه¹.

3. إن مبدأ سلطان الإرادة يؤدي إلى تقديس العقد بطريقة تتجافى مع مقتضيات العدالة، فقد يبرم العقد في ظروف طبيعية يقف فيها المتعاقدان على قدم المساواة، ثم تطرأ أثناء تنفيذ العقد ظروف استثنائية تؤدي إلى إختلال التوازن العقدي، وعليه فإن قواعد العدالة تتطلب تدخل المشرع أو القاضي لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد².

على أن هذه الانتقادات أفضت إلى تقييد وتراجع مبدأ سلطان الإرادة، ومن مظاهر هذا التراجع نجد³:

أ- إتساع نطاق المصادر غير الإرادية للالتزام كالفعل الضار والإثراء بلا سبب.

ب- تقييد حرية التعاقد بقيود عديدة وشديدة، ومن أمثلتها عدم خروج العقد على النظام العام والآداب العامة و إلا كان العقد باطل بطلانا مطلقا، كذلك ظهور العقود الجبرية التي يرغم الشخص على إبرامها كعقد التأمين.

ج.- تضمين القانون مزيد من القواعد الامرة التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها، إضافة إلى الشكالية التي تتصلبها بعض العقود لحماية للمتعاقد وتنبية لخطورة التعاقد.

¹ دريد محمود علي، مرجع سابق، ص45.

² بودالي محمد، مرجع سابق، ص ص 2،3.

³ ثروت فتحي إسماعيل، مرجع سابق، ص ص 38،39.

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري

أما موقف المشرع الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة، فقد أخذ بمبدأ الرضائية من جهة، ومفادها أن المتعاقدين أحرار فيما يخص طريقة التعبير عن إرادتهما أثناء تكوين العقدة¹، و من جهة أخرى فإن آثار العقد تخضع إلى مبدئين هما: إلزامية العقد، ونسبية آثار العقد².

كما أن المشرع في حالات معينة يقر بعدم كفاية الإرادة لإنعقاد العقد، وذلك بتحرير العقود المتعلقة بالعقار في شكل رسمي وإلا كانت باطلة³، أما بخصوص مبدأ القوة الملزمة للعقد، فقد نص المشرع على منح القاضي سلطة إعادة النظر في التزامات المتعاقدين، إذا وقعت ظروف طارئة غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد، من شأنها جعل التزامات أحد المتعاقدين مرهقة⁴، ومن ذلك أيضا إعطاء للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان⁵، يضاف إلى ذلك فكرة النظام العام والآداب العامة⁶، والتأمين الإلزامي من حوادث السيارات⁷.

المبحث الثاني : تقسيمات العقود

تتعدد تقسيمات العقود بتعدد المعايير التي يتم تبنيها لذلك التقسيم، ويقسم الفقه العقود عادة، من حيث تكوينها إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية، ومن حيث التنظيم التشريعي لها إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، وتقسم العقود بالنظر إلى طبيعتها إلى عقود محددة

¹ راجع المادة 60 متى القانون المدني الجزائري.

² راجع المادة 106 في القانون المدني الجزائري.

³ راجع المادتين 59 و 324 مكرر في القانون المدني الجزائري.

⁴ راجع المادة 3/107 مكرر في القانون المدني الجزائري.

⁵ راجع المادة 110 في القانون المدني الجزائري.

⁶ راجع المواد 93 و 97 من القانون المدني الجزائري.

⁷ راجع المادة الأولى من الأمر 74-15 المؤرخ في 30 يناير سنة 1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات و بنظام

التعويض عن الأضرار المعدل و المتمم بالقانون رقم 88-31 مؤرخ في 5 ذي الحجة عام 1408 الموافق 19 يوليو سنة

1980، الجريدة الرسمية العدد 29.

وعقود احتمالية وعقود فورية وعقود زمنية، ومن حيث أثارها إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد، وعقود معاوضة وعقود تبرع.

على أن الكثير من القوانين المدينة المقارنة لم تتعرض لتقسيمات العقود، غير أن المشرع الجزائري تعرض لتقسيم العقود في المواد من 55 إلى 58 من القانون المدني، ونعرض كل تقسيم من هذه التقسيمات في مطلب.

المطلب الأول: تقسيم العقود من حيث تكوينها.

تقسم العقود من حيث تكوينها إلى عقود رضائية، عقود شكلية، وعقود عينية.

الفرع الأول: العقد الرضائي

الأصل في العقود أنها رضائية، ويقصد بذلك كفاية التراضي الانعقاد العقد¹، دون الحاجة إلى إجراء آخر، ودون الحاجة إلى إفراغها في شكل خاص، بل يكفي تطابق الإيجاب والقبول ومثالها عقد البيع الوارد على منقول، عقد الوكالة، عقد الكفالة،.. الخ

الفرع الثاني: العقد الشكلي

والعقد الشكلي فهو الذي لا يكفي لانعقاده مجرد التراضي، وإنما يجب فضلا عن ذلك إتباع شكل معين عدده القانون، وهذا الشكل يعتبر ركناً من أركان العقد لا ينعقد بدونه، وغالبا ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يتم فيها إفراغ إرادة المتعاقدين فيها أمام موظف عام مختص وفقا للأوضاع التي يحددها القانون.²

ونشير هنا إلى الحكمة في فرض الشكلية هو حماية المتعاقد وتنبهه الى خطورة التصرف المقبل عليه.

¹نارد محمد إبراهيم، مرجع سابق ، ص147.

² عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 39، راجع المادة 883 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث : العقد العيني.

العقد العيني هو ذلك العقد الذي لا يتم إنعقاده إلا بتسليم محل العقد عينا، وذلك كما في عقد هبة المنقول¹ وهو ما يستخلص من نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري. وتظهر أهميه التقسيم فيما يلي:

1. أن الشكلية المطلوبة في العقد الشكلي تعتبر ركن من أركان العقد وتخلفها يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا، وهذا خلافا للشكلية المطلوبة للإثبات².
2. يمكن للعقد الرضائي أن يصبح عقداً شكليا بإتفاق إرادة الطرفين، كون أن قاعدة الرضائية ليست من النظام العام، على أن يكون إتجاه إرادة المتعاقدين قاطعا في الدلالة على أنهما قصد أن يجعلوا من العقد الرضائي عقداً شكليا، فإذا وجد شك وجب تغليب الصفة الرضائية لانها هي الأصل³.

المطلب الثاني: تقسيم العقود من حيث التنظيم التشريعي لها

تقسم العقود من حيث تنظيم المشرع للعقد إلى:

الفرع الاول: العقد المسمى

وهو العقد الذي وضع له المشرع اسما خاصا، وتكفل بيان القواعد المنظمة له، ومثال ذلك عقد البيع والايجار والرهن و الوكالة و الوديعة والعمل....الخ.

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 23.

² راجع المواد 324 مكرر 1، 467 مكرر، 418، 645، 883، من القانون المدني الجزائري.

³ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 151.

فكل عقد من هذه العقود الإِ وتجد له أحكامه الخاصة التي وضعها المشرع لتمييزها عن غيرها من العقود¹.

أما العقود غير المسماة، وهي العقود التي لم يتولى المشرع تنظيمها، ولم يخصصها بإسم معين وهي تخضع في تكوينها و أحكامها للقواعد العامة في القانون المدني من جهة، و إلى إرادة المتعاقدين من جهة أخرى، و من أمثلة العقد غير المسمى عقد النشر.

وتظهر أهمية تقسيم العقود إلى مسماة وغير مسماة، في أن العقد المسمى تطبق عليه الأحكام الخاصة به التي أوردها القانون بشأنه، دون الأحكام العامة ولا تطبق عليه هذه الأخيرة إلا إذا لم يرد في القانون حكم خاص به، أما العقد غير المسمى فتطبق عليه القواعد العامة².

المطلب الثالث: تقسيم العقود بالنظر إلى طبيعتها

العقود من حيث طبيعتها تقسم إلى عقود محددة وعقود احتمالية وإلى عقود فورية وعقود زمنية أو مستمرة.

الفرع الأول: العقود المحددة والعقود الاحتمالية

العقد المحدد هو العقد الذي يعرف فيه كل من المتعاقدين وقت إبرام العقد، قدر ما يأخذ وما يعطي فيتحدد مقدما قدر الأداء الذي يلتزم به كل متعاقد تجاه الآخر، فعقد بيع العقار بثمن معلوم يعرف فيه البائع قيمة العقار المبيع، ومقدار الثمن الذي سوف يحصل عليه مقابل الشيء المبيع، وكذلك المشتري يعرف وقت إبرام العقد مقدار الثمن الذي يلتزم بدفعه للبائع وقيمة الشيء المبيع الذي سوف يحصل عليه بعد إتمام عقد البيع³.

¹ ابن شويخ رشيد ، مرجع سابق ،ص23.

² علي علي سليمان مرجع سابق، ص 25.

³ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق ص 15.

العقد الاحتمالي: هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى، ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعاً لحدث أو أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله، كعقود التأمين وعقود الرهان و المقامرة¹.
وتتضح أهمية التقسيم في أمرين²:

أولهما: أن الغبن لا يؤثر كمبدأ عام في العقود الإحتتمالية.

وثانيهما: أن عنصر الاحتمال يعتبر عنصراً أساسياً في العقد الإحتتمالي بحيث يترتب على تخلفه بطلان العقد، كبيع عقار مقابل إيراد مرتب لمدى حياة شخص تبين أنه قد مات قبل إنعقاد العقد.

الفرع الثاني: العقد الفوري والعقد الزمني أو المستمر

العقد الفوري: هو العقد الذي يمكن تنفيذه دفعة واحدة، كالبيع حيث يمكن إتمام التسليم والوفاء بالثمن فور إبرام العقد، ولا يؤثر في ذلك أن العقد الفوري قد يكون متراخي التنفيذ، إختياراً (الإتفاق على تأجيل التسليم) أو جبراً (بيع الشيء في المستقبل)³.

أما العقد الزمني: وهو العقد الذي يعد عنصر الزمن فيه جوهرياً، إذ به يتحدد أداء الأطراف كما في الإيجار و عقد العمل، فالأجر يقاس بالوحدة الزمنية التي يتطلبها تنفيذ العقد⁴.

أهمية التقسيم: يترتب على تقسيم العقود إلى فورية و زمنية النتائج التالية⁵:

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 164، راجع المادة 57 من القانون المدني الجزائري.

² عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 45.

³ نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق ص 150.

⁴ در بال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004، ص 13.

⁵ عبد المجيد عبدالحكيم، مرجع سابق ص 50.

1- ينسحب أثر فسخ العقود الفورية إلى الماضي بمعنى أن للفسخ أثر رجعي، فإذا تم فسخ عقد البيع وجب على البائع رد الثمن للمشتري، وعلى هذا الأخير رد الشيء المبيع إلى البائع، أما بالنسبة للعقود الزمنية فإن الفسخ لا ينسحب إلى الماضي بل يحدث أثره بالنسبة للمستقبل، لأن ما نقد لا يمكن إعادته مثل عقد الإيجار.

2- إذا وقف تنفيذ العقد لسبب في الأسباب، فإن هذا الوقف لا يؤثر في التزامات المتعاقدين في العقد الفوري، أما في العقد المستمر فإن وقف تنفيذه، يترتب عليه زول جزء منه.

3- الاعذار¹ شرط لاستحقاق التعويض عن التأخر في التنفيذ في العقد الفوري، أما في العقد المستمر فهو غير ضروري، لأن الزمن الذي يمضي لا يمكن تداركه.

4- لما كان العقد الزمني يستمر في التنفيذ، فإحتمال تغيير الظروف يكون كبير، وعليه فإن مجال نظرية الظروف الطارئة هو في العقود المستمرة في التنفيذ، أما في العقود الفورية فلا تنطبق هذه النظرية إلا إذا كان تنفيذها مؤجلاً.

المطلب الرابع: تقسيم العقود من حيث آثارها

تقسم العقود من حيث أثرها إلى عقود ملزمة للجانبين (تبادلية) وعقود ملزمة لجانب واحد، و إلى عقود معاوضة وعقود تبرع.

الفرع الأول: العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

عرف المشرع الجزائري كل من العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد في المادتين 55 و56 من القانون المدني، إلا أنه لم يكن موفقاً في ذلك.

¹الإعذار هو التنبية بالوفاء، واعتبار المدين متأخر في تنفيذ إلتزامه، وهو شرط الاستحقاق التعويض، راجع المواد 179, 180, 181 من القوانق المدني الجزائري.

أولاً : العقد الملزم للجانبين (التبادلي):

هو العقد الذي يتولد عنه التزامات متقابلة على عاتق طرفيه، بحيث يكون كل منهما دائناً ومديناً في نفس الوقت، كما هو الحال في عقد البيع، الذي يلتزم فيه البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري في حين يلتزم هذا الأخير بدفع ثمن الشيء المبيع، عقد الايجار، عقد الوكالة بأجر..... الخ¹.

ثانياً : أما العقد الملزم لجانب واحد فهو العقد الذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين فيكون مدينا غير دائن، ويكون المتعاقد الآخر دائناً غير مدين، مثال ذلك الوديعة بغير أجر يلتزم بمقتضاها المودع عنده نحو المودع أن يتسلم الشيء المودع وأن يتولى حفضة وأن يرده عيناً، دون أن يلتزم المودع بشيء نحو المودع عنده².

أهمية التقسيم : ولهذا التقسيم أهمية كبيرة تظهر في الأوجه التالية³:

1. في العقد الملزم للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، ولا محل للفسخ في العقد الملزم لجانب واحد، ومن ثم تقتضي مصلحته أن يطلب تنفيذ العقد حسب المادة 119 في القانون المدني الجزائري.

2. في العقد الملزم للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، مادام الطرف الآخر لم يقم بتنفيذ التزامه، ولا محل للدفع بعدم التنفيذ في العقد الملزم الجانب واحد طبقاً للمادة 123 من القانون المدني الجزائري.

3. في العقد الملزم للجانبين إذا استحال تنفيذ الالتزام، انقضى معه الإلتزام المقابل له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه، وتقع تبعة الهلاك على المدين الذي استحال عليه تنفيذ التزامه، أما في

¹ ابن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص26.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص158.

³ محمد علي البدوي الازهري، مرجع سابق، ص40.

العقود الملزمة لجانب واحد فإن تبعة الهلاك تقع على الدائن، ففي عقد الهبة مثلا اذا هلك الشيء الموهوب بيد الواهب وهو المدين بالالتزام، وبالتالي يزول التزام الواهب ولن يحصل الموهوب له على شيء¹.

الفرع الثاني : عقود المعاوضة وعقود التبرع

أولا : العقد بعوض وهو الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه، مثل عقد بيع يأخذ فيه البائع ثمنا للبيع الذي يعطيه المشتري، وهذا الأخير يأخذ الشيء المبيع مقابل الثمن الذي يدفعه، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 58 من القانون المدني، وهو تعريف يخلط بين العقد التبادلي والعقد بعوض².

ثانيا : عقود التبرع فهي التي ترتب آثارا قانونية لا يحصل بمقتضاها الطرف الملتزم بعوض عما يقدمه³.

وتعود أهمية التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع الى الآتي :

1. الغلط في شخص المتعاقد يؤثر على عقود التبرع، لان شخصية المتبرع تحظى بأهمية خاصة، ولهذا فإن الغلط فيها يجعل العقد قابلا للابطال، أما في عقود المعاوضة فإن الغلط لا يؤثر فيها كقاعدة عامة، إلا إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار⁴.

2. في عقود التبرع يجوز الطعن فيها بدعوى عدم نفاذ التصرف دون الحاجة إلى إثبات سوء نية المتبرع، أما في عقود المعاوضة فلا يكون حجة على الدائن الا إذا كان هناك غش صدر في المدين، و على الدائن إثبات سوء نية المدين¹.

¹ راجع المواد 369,121 من القانون المدني الجزائري.

² علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 17.

³ تادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 149.

⁴ عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 43.

3. تختلف الأهلية في عقود التبرع عنها في عقود المعاوضة، فتبرع الصبي المميز، ومن في حكمه كالسفية وذو الغفلة تقع باطلة بطلانا مطلقاً، أما المعاوضات التي تصدر عنهما فهي قابلة للإبطال.

4. تختلف المسؤولية التعاقدية في عقود المعاوضات عنها في عقود التبرع، حيث أن مسؤولية المتبرع أخف من مسؤولية المعاوض، فمسؤولية المودع عنده أيسر من مسؤولية المستأجر²، كونه متبرع بخدمته حاله ما إذا كانت الوديعة بغير أجر، أما المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة في مقابل دفع الأجرة، ولكن مسؤولية المتبرع له أشد من مسؤولية المستأجر، ومسؤولية الموهوب له أشد من مسؤولية المشتري³.

المطلب الخامس : تقسيم العقود بالنظر لحرية الأطراف في إبرامها
وهنا نميز بين عقد المساواة وعقد الإذعان.

الفرع الأول : عقد الإذعان

ويعرف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب⁴، ولا يقبل مناقشة فيها، و ذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها⁵، مثل عقود توريد الكهرباء، الغاز، الماء، الأنترنت.

¹ راجع المادة 192 في القانون المدني الجزائري.

² راجع المادة 592 في القانون المدني الجزائري.

³ راجع المواد 382,379 في القانون المدني الجزائري.

⁴ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية. دار النهضة العربية، مصر 1974، ص100.

⁵ بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 25.

الفرع الثاني : عقود المساومة

عقد المساومة هو العقد الذي يكون لطرفية الحق في مناقشة بنود العقد بكل حرية قبل إبرامه، كما يكون لهما الحق في تعديله و إنهائه بالاتفاق بينهما¹.

وتظهر أهمية التمييز بين عقود الإذعان وعقود المساومة فيما يلي²:

1. الأصل في عقود المساومة أنها تتم برضاء حر من كل المتعاقدين، بعد أن يضع كل منهما شروطه، ويترتب على ذلك أنها تخضع للقواعد العامة، فلا يجوز للقاضي أن يعدل من شروطها أو يعفي أحد المتعاقدين منها، لان العقد شريعة المتعاقدين³، كما أن الشك فيها يؤول لمصلحة المدين⁴، أما في عقود الإذعان فللقاضي أن يعدل من شروطها التعسفية، بل و له أن يعفي منها الطرف المدعن⁵، سواء كان هو الدائن أو المدين.

2. فبينما تقضي المادة 1/112 من القانون المدني الجزائري بأن الشك في عقود المساومة يؤول لمصلحة المدين، فإن الفقرة الثانية منها تقضي بأن يؤول الشك في عقود الإذعان لمصلحة المدعن.

المبحث الثاني : أركان العقد

أشرنا فيما سبق، إلى أن العقد هو توافق أو تطابق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، ومن ثم فإنه يلزم لانعقاده وجود التراضي بين الطرفين، وهذا هو الركن الأول في العقد.

¹ راجع المادة 70 في القانون المدني الجزائري.

² علي علي سليمان، مرجع سابق، ص ص 26، 27.

³ راجع المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

⁴ راجع المادة 1/112 من القانون المدني الجزائري.

⁵ راجع المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

والعقد يجب أن يكون له محل يرد عليه، بحيث يمثل أثراً له كإنشاء التزام أو تعديله أو نقله أو إنهائه، ومن ثم يجب أن يكون المحل هو الركن الثاني في العقد.

ويجب فضلاً عن ذلك، أن تتجه هذه الإرادة إلى تحقيق هدف مشروع، وهو ما يسمى بالسبب الذي يمثل ركناً ثالثاً فيه، ويضاف إليها ركن الشكلية في العقود التي اشترط لها المشرع ذلك، لا يكفي وجود هذه الأركان، بل يجب أن تستجمع شروطها التي نص عليها القانون، والا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ونبأ على ذلك فإن هذا المبحث سيقسم إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: التراضي

المطلب الثاني : المحل

المطلب الثالث : السبب

المطلب الرابع : الشكلية

المطلب الخامس : جزاء الإخلال بركن من أركان العقد

المطلب الأول: التراضي

يقصد بالتراضي توافق أو تطابق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، و كأن التراضي هو جوهر العقد، بحيث لا يقوم العقد الا بوجوده، ولكن لا يكفي هذا الوجود، بل يجب أن يكون هذا التراضي سليماً خالياً في العيوب، أي عيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، ويجب بالإضافة إلى ذلك توافر الأهلية اللازمة لطرفي العقد، وهو ما يعرف بصحة التراضي.

ولهذا نفسم هذا المطلب الى الفروع التالية :

الفرع الأول: وجود التراضي

الفرع الثاني : صحة التراضي

الفرع الأول : وجود التراضي

تقرر المادة 59 من القانون المدني الجزائري بقولها: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية." باستقراء هذا النص يتضح انه حتي يقوم الرضا في العقد، يلزم وجود الإرادة لدى كل من طرفيه، فإذا لم توجد الإرادة لأي سبب من الأسباب، فإن الرضا لا يتوافر ومن ثم لا ينعقد العقد، حيث لا يتعاقد من لا يريد، ولكي يتوافر الرضا بالعقد يجب أن تكون الإرادة صحيحة واعية من شخص يعقل معنى التصرف، وأن يكون مدركاً لماهية العقد، فعدم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون لا إرادة لهما، ومن في حكمهما¹.

ويجب أيضاً بالإضافة إلى وجود الإرادة القانونية، إتجاه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، أي إنشاء رابطة قانونية يتولد عنها التزام بالمعنى الدقيق، فلا يعتد بارادة الهازل ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة في دائرة المجاملات الاجتماعيه².

ولكن وجود الإرادة في اطارها القانوني على النحو السابق لا يكفي، خاصة وأنها مازلت كامنة في النفس البشرية، وبالتالي لا بد من التعبير عنها حتى يعتد بها القانون، وأن تتطابق الإرادتين.

وبناءً على ما سبق ذكره، يقسم هذا الفرع على النحو الآتي :

الغصن الأول : التعبير عن الإرادة

الغصن الثاني، تطابق الإرادتين

¹ عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 49.

² ثروت فتحي إسماعيل، مرجع سابق، ص 55.

الغصن الثالث: صور خاصة للتعاقد

الغصن الأول: التعبير عن الإرادة

أولاً : طرق التعبير عن الإرادة

تقضي المادة 60¹ من القانون المدني الجزائري على أنه : "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

ويبدو من نص المادة أن القانون لا يستلزم في التعبير عن الإرادة - وهو مظهرها الخارجي وعنصرها المادي المحسوس - شكلاً معيناً أو طريقة معينة، فللمتعاقد أن يختار ما يعينه من وسائل لكي يعبر عن إرادته، ما لم يتطلب القانون في أحوال خاصة، أو يتفق الطرفان على أن يكون التعبير صريحاً²، فالقاعدة العامة في القانون المدني الجزائري يستوي أن يكون التعبير صريحاً أو ضمناً للتعبير عن الإرادة، ونبين ذلك:

1- التعبير الصريح عن الإرادة :

يكون التعبير صريحاً إن كانت المظاهر التي اتبعت فيه قد قصد بها الكشف عن الإرادة، أي أحاط الغير علماً بها، وكانت هذه المظاهر تفيد المعنى المقصود منها حسب المؤلفين بين الناس³.

¹تقابل المادة 90 من القانون المدني المصري.

²ثروت فتحي اسماعيل، مرجع سابق، ص 53.

³عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 55.

والتعبير الصريح له مظاهر مختلفة، و لكنها تتفق جميعا ف يتعارف الناس على استعمالها في التعبير عن الإرادة، من هذا التعبير باللفظ ويسع أية ألفاظ يدل معناها لغة أو عرفا على إرادة الشخص، أو التعبير بالكتابة ولا يهم طريقة الكتابة، فقد تكون باليد أو بألة كتابة، رسمية أو عرفية، ويستوي أن تكون موقعة أو غير موقعة، وقد يكون التعبير الصريح بالإشارة المتعارف عليها كهز الرأس عمودياً تعبيراً عن الموافقة، وهزه أفقياً تغيير عن الرفض.¹

ومن وسائل التغيير الصريح إتخاذ موقف معين يؤدي بالضرورة إلى المعنى المقصود به، مثال ذلك عرض السلع في واجهات المحلات التجارية مع بيان أثمانها فهذا إيجاب صريح، ومثال ذلك ركوب أحد الأشخاص في وسيلة من وسائل النقل العام، فهذا تعبير صريح بقبول إبرام عقد النقل.²

2.التعبير الضمني

أما التعبير الضمني فهو لايدل مباشرة على الإرادة لكن الظروف التي تم فيها، لا يمكن تفسيره الا بإعتباره تعبيراً عن الإرادة، مثال ذلك أن يشرع المتعاقد في تنفيذ العقد، فهذا التصرف يدل على قبوله، أو أن يبدأ شخص ببيع شيء عرض عليه لشرائه دون أنا يصرح بالقبول، أو أن يقوم الوكيل بتنفيذ وكالة لم يقبلها صراحة، وهذا التنفيذ يعتبر قبولا ضمنيا لعقد الوكالة.³

ومن هذا ايضا تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن الحيازي، وذلك بتخليه إختيارياً عن الشيء المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون حفظ.⁴

ويلاحظ أن قاعدة التعبير عن الإرادة يكون صريحا أو ضمنيا ترد عليها عدة استثناءات⁵:

¹ عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق ص ص 50، 51.

² سمير عبد السيد تناغو مرجع سابق، ص 33.

³ محمد علي البدوي الأزهرى، مرجع سابق، ص 49.

⁴ راجع المادة 965 فى القانون المدني الجزائري.

⁵ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 34.

أ. إذا اشترط القانون شكلا خاصا لإبرام العقد كالرسمية في الرهن مثلا، فلا بد من مراعاة هذا الشكل كوسيلة وحيدة للتعبير.

ب. في بعض الحالات يشترط القانون، أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، وذلك بقصد تنبيه المتعاقد إلى خطورة التصرف القانوني الذي يقدم عليه¹، و مثال ذلك ما اشترطته المادة 505 من القانون المدني الجزائري، من وجوب صدور تعبير صريح من جانب المؤجر بالتنازل عن الإيجار أو إجراء إيجار من الباطن، حتى تبرأ ذمة المستأجر الأصلي.

ج. إذا اشترط المتعاقدان أن التعبير على الإرادة لا يكون إلا صريحا وفي شكل خاص، فإن العقد لا ينعقد إلا إذا روعي هذا الشكل في التعبير عن الإرادة .

3. مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة

يتعين قبل الحديث عن السكوت كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة التفرقة بينه وبين التعبير الضمني، ذلك أن التعبير الضمني هو وضع إيجابي من بعض التصرفات والوقائع، أما السكوت فهو وضع سلبي، ولما كانت الإرادة عملا إيجابيا فلا يتصور كقاعدة عامة أن يكون السكوت تعبيراً عنها، كما لا يمكن أن يتضمن السكوت إيجاباً، لأن الإيجاب عرض صادر من شخص لآخر، والسكوت لا يمكن أن يستخلص منه مثل هذا العرض².

بل إن البحث ينحصر في مدى صلاحية السكوت للتعبير عن ارادة القبول، القاعدة العامة في هذا المجال أن مجرد السكوت لا يصلح أن يكون تعبيراً عن الإرادة استناداً إلى القاعدة الفقهية

¹ راجع المادة 574 من القانون المدني الجزائري.

² نجيم اهتوت، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصادر الارادية، الطبعة الأولى، دار القيس للطباعة و النشر، 2019، ص43، انوار سلطان، مرجع سابق،، ص665.

المعروفة " لا ينسب لساكت قول "، و لهذا فلا ينشأ أي إلتزام ولا ينعقد العقد ما دام لم يقترن به قبول¹.

هذا وللقاعدة استثناء مفاده : أن السكوت المجرد يصلح في صيغة القبول للدلالة على وجود التراضي، ويمكن أن يقترن بالإيجاب وبطابقه فيكون صحيحاً متى صاحبه ظروف ملائمة تخرج حالة السكوت عن تجرده إلى حالة يطلق عليها " السكوت الملايس"، حينما يلزم في التكلم إقرار وبيان، لذا جاء الشرط الثاني في القاعدة وهو... " ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان"².

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 68 من القانون المدني على حالات جرى عليها العرف وأقرها القضاء والفقهاء، وهي حالات واردة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر وهي:

أ. إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، مثال ذلك ان يرسل البنك الى احد عملائه كشف بحسابه الجاري يذكر فيه ان عدم الاعتراض على ما في هذا البيان من ارقام او معلومات يعتبر إقرار بصحتها و قبولاً منه.

ب. إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، و مثال ذلك حالة ما اذا اعتاد تاجر بالجملة في موعد دوري معين، ان يقوم بارسال بضاعة الى تاجر التجزئة دون ان ينتظر رداً، فيعتبر السكوت في هذه الحالة قبولاً، و يكون لهذا الأخير _تاجر التجزئة_ ان يطمئن ان البضاعة التي طلبها سوف تصل اليه، لان هناك تعامل سابق بينهما.

¹ بن شويخ رشيد، رجع سابق، ص 41.

² محمد بن السايح، التراضي كمكون أساسي للعقد بين الفقه الإسلامي و بعض القوانين المدنية، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد السادس، جانفي 2016، ص 241.

ج - إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، حيث يستفاد القبول في هذه الحالة من سكوت من وجه إليه التعبير، كأن يهب شخص آخر سيارة دون أن ينتظر منه مقابل، فسكوت الموهوب له عن هذه الهبة يعتبر قبولا، لأن الهبة لمصلحته الخاصة. ومن ثم فإن كل سكوت تحيط به قرائن تدل على الرضا فإنه يأخذ حكمها.

ثانيا : الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها

من المتفق عليه أن الإرادة لا بد أن يتم التعبير عنها حتى يترتب عليها أثرها، فإذا صدر التعبير موافقا للإرادة فلا صعوبة في هذه الحالة، أما إذا حدث إختلاف بين الإرادة و وسيلة التعبير عنها، ففي هذه الحالة يثور التساؤل حول مدى اعتبار أي منهما، وما إذا كان من الواجب أن نبحث عن الإرادة الحقيقية أو الباطنة، أم يكفي أن نقف عند حدود التعبير الظاهر، مثال ذلك أن يقوم تاجر بعرض سلعة على العميل ويكتب عليها ثمنا، ثم اتضح أنه أقل من الثمن الذي يريد البيع به، أو أن يوقع شخص على عقد مطبوع لم يفتن إلى ما فيه من شروط لا يقبلها¹، توجد في هذا الشأن نظريتان :

1. نظرية الإرادة الباطنة: هي ما يختلج في النفس من ميولات و مرامي، فهي رغبة الإنسان الداخلية²، ومؤدى ذلك أنه لتحديد مدى التزام المتعاقد، يجب البحث عن الإرادة التي انطوت عليها نفسه، لأنها هي الإرادة التي اتجهت إلى إحداث أثر قانوني، أما مظهر التعبير عنها فليس الا قرينة عليها، فإذا عبر هذا المظهر عنها تعبيراً صادقا كان بها، وإلا فالعبرة بالإرادة الحقيقية التي انطوت عليها نفس المتعاقد، ولا عبرة بالمظهر الخارجي، كونه ليس إلا وسيلة لمعرفة الإرادة الحقيقية³، ويأخذ بهذه النظرية القوانين اللاتينية وعلى رأسها القانون الفرنسي.

¹ عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 55.

² على كحلون، النظرية العامة للالتزامات، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 164.

³ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 58.

2. نظرية الإرادة الظاهرة

أما الإرادة الظاهرة في الإرادة التي تخرج للغير أي تخرج عن مستواها النفسي، لتصبح معطى إجتماعياً موضوعياً يعاين من قبل الغير، فهو في نهاية الأمر ما يصدر عن الإنسان ويستقل عن ذات الشخص¹.

فالعبرة إذن بالإفصاح، إذ هو الشئ المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به و أن يرتب أحكامه، دون حاجة إلى تحسس ما تتطوي عليه النفس، فالقانون ظاهرة إجتماعية لا ظاهرة نفسية، والإرادة الباطنة لا وجود لها الا في العالم النفسي، وفي هذا استقرار المعاملات، وطمأنينة لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامة من إرادة، لا يستطيع التعرف عليها الا من طريق التعبير عنها، ولا يشترط أصحاب هذه النظرية طريقاً خاصاً لمظهر التعبير عن الإرادة، فأى مظهر من هذا المظاهر يصح عندهم سواء كان صريحاً أو طمئينا²، وتأخذ بهذه النظرية القوانين الجرمانية، وعلى رأسها القانون المدني الألماني.

3. اتجاه المشرع الجزائري

الملاحظ أن غالبية التشريعات مزجت بين النظريتين، ومنها التشريع الجزائري حيث أعتد بالإرادة الباطنة، وأخذ بها عند الكلام على عيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال³، فجعل من هذه العيوب سبباً لابطال العقد لعدم سلامة الإرادة.

كما أعتد بها عند الكلام على الباعث الدافع إلى التعاقد كسبب للالتزام الإرادي، ورتب عليه بطلان العقد إذا كان سببه غير موجود أو كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة⁴، كما أخذ بها في تفسير العقد إذا كانت عبارته غير واضحة، فأوجب البحث عن النية المشتركة

¹ علي كحلون، مرجع سابق، ص 164.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 180، 181.

³ راجع المواد 81 إلى 91 من القانون المدني الجزائري.

⁴ راجع المواد 98، 97 من القانون المدني الجزائري.

للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل،
وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات¹.

كما غلب الأخذ بمبدأ الإرادة الظاهرة في حالات كثيرة، وفي ذلك حفاظاً لاستقرار المعاملات
ومن تلك الحالات:

أ. ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني " يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن
إرادتهما المتطابقتين".

ب. وما قضت به المادة 61 من القانون المدني : " ينتج التعبير عن الإرادة في الوقت الذي
يتصل فيه، بعلم من وجه إليه".

ج . ومن ذلك أيضاً ما قضت به المادة 1/111 من القانون المدني على أنه : " إذا كانت
عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة
المتعاقدين".

د. وما قضت به المادة 62 من القانون المدني: " إذا مات من مصدر منه التعبير عن الإرادة
أو فقد أهليته قبل ان ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال
التعبير بعلم من وجه إليه".

ثالثاً : متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره

نصت المادة 61 من القانون المدني بقولها: " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي
يتصل فيه، بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على
عكس ذلك".

¹راجع المادة 2/111 من القانون المدني الجزائري.

بإستقراء هذه المادة يتضح أنها تقيم تفرقة بين الوجود الفعلي للتعبير أي بمجرد صدوره عن صاحبه، والوجود القانوني له، أي انتاجه لاثرة، فمجرد صدور التعبير عن صاحبه لا يكفي لترتيب أثره القانوني، بل يجب حتى يتحقق الوجود القانوني للتعثير، أن يتصل بعلم من وجه إليه¹.

فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً مثلاً، فإنه لا ينتج أثره الا إذا وصل إلى علم المتعاقد الآخر الذي يوجه إليه الإيجاب، و متى وصل إلى علمه أنتج أثره، وبالتالي من وقت العلم يعتبر قائماً لا يجوز العدول عنه، وكان الموجب أن يعدل عن إيجابه ما دام لم يتصل بعلم من وجه اليه، وإذا كان هذا التعبير قبولا، فإنه لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب، والأثر المترتب على ذلك هو إقتران القبول بالإيجاب وبالتالي إنعقاد العقد².

ونظراً لأن العلم حالة نفسية، لا يمكن التحقق منها بسهولة، فقد جعل القانون المدني من وصول التعبير قرينة على العلم به، إلا أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، فيستطيع من وجه إليه التعبير إثبات أنه رغم وصول التعبير، الا أنه لم يعلم به لغيابه مثلاً، أو عدم العلم بسبب المرض³.

رابعاً : أثر الموت أو فقد الأهلية في التعبير عن الإرادة

تقضي المادة 26 من القانون المدني بأنه: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فان ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل".

¹ ثروت فتحي اسماعيل، مرجع سابق، ص 69.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 184.

³ عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 109.

وهنا أخذ القانون بالإرادة الظاهرة، فقرر أن التعبير عن الإرادة متى صدر من صاحبه، فإنه ينفصل عنه ويأخذ وجوداً قانونياً، وتترتب عليه آثار قانونية على الرغم من موت صاحب التعبير أو فقد أهليته¹.

من خلال هذا النص نفرق بين حالتين :

الأولى: إذا كان التعبير عن الإرادة صادر من الموجب، ثم مات الموجب أو فقد أهليته قبل وصول التعبير إلى القابل، وأعلن القابل قبوله دون أن يعلم بموت الموجب أو بفقد أهليته، فإن العقد لا يتم، إذ يشترط لتمامه أن يصل العلم بالقبول إلى الموجب، نظراً لتخلف الشرط المنصوص عليه في المادة 61 من القانون المدني .

الثانية: أما إذا مات المتعاقد الذي قبل الإيجاب الموجه إليه قبل أن يصل قبوله إلى علم الموجب، فإن ذلك لا يمنع من إنعقاد العقد عندما يصل التعبير إلى علم الموجب بعد ذلك، ويلتزم به ورثة القابل في حالة الوفاة أو من ينوب عنه في حالة فقد الأهلية، ولا يسرى هذا الحكم إذا تبين أن العقد لا يمكن تنفيذه بغير الطرف الذي مات أو فقد أهليته، أو إذا تبين أن هذا الاعتبار الشخصي في شروط العقد ذاته².

الفصل الثاني : تطابق الإرادتين

ينعقد العقد بصدور إيجاب من أحد الطرفين وإقترانه بقبول من الطرف الآخر، وقد يحدث ذلك في مجلس واحد هو مجلس العقد، وقد يحدث ذلك في أكثر من مجلس واحد، كما يحدث في التعاقد بين الغائبين أو بالمراسلة، وند اس كل ذلك فيما يلي :

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 36.

² سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 36.

أولاً : الإيجاب

هو العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين، فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول¹.

وقد عرفته محكمة النقض المصريه بأنه : " هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين حيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد"²، كما عرفته محكمة النقض الفرنسية بأنه : "عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث يكون ملتزماً به في حالة قبوله من المتعاقد"³.

أولاً- 1: شروط الإيجاب

أ. أن يكون جازماً و باتاً: الإيجاب تعبير جازم عن اتجاه الإرادة نحو إبرام عقد، وهو ما يعبر عنه بوجوب أن يكون التعبير عن الإيجاب باتاً، فإذا تخلف الجزم في التعبير عن الإرادة ، لم تكن سوى أمام مجرد " دعوة إلى التعاقد " أو " التفاوض"، ومن أمثلة ذلك الإعلان عن المنتجات دون بيان أسعارها في المتاجر، أو إعلانات الشركات عن حاجتها إلى موظفين⁴، وعليه فإن وضع شخص لافته على عقار معين يعلن فيها عن رغبته في بيعه أو تأجيره، فلا يعد هذا العرض إيجاباً، بل مجرد دعوة للتفاوض بشأن بيع أو إيجار هذا العقار.

ب. يجب أن يكون العرض كاملاً، بحيث تتوفر فيه العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، لأن العقد ينعقد بمجرد اقترانه بقبول مطابق له، ففي البيع مثلاً لا يعتبر العرض إيجاباً إلا إذا عين

¹ علي فيلالي، مرجع سابق، ص 103.

² طبعة رقم 3197 لسنة 58 ق، 1990/1/8، مجموعة أحكام النقض في خمس سنوات، القسم المدني، ص 860، مشار له لدي خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 316.

³ بوطالبي زينب،، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، 2014، ص11.

⁴ نادر محمد البراهيم، مرجع سابق، ص 152.

فيه الشيء المبيع والتمن تحديدًا كافيًا، أما في عقد الإيجار فيجب أن يتضمن العرض تحديدًا للعين المؤجرة والأجرة.¹

فإذا لم يتضمن العرض العناصر الأساسية للعقد، فلا يُعتبر إيجابًا بل مجرد دعوة للتفاوض، وتظهر أهمية التمييز بينهما في أن الإيجاب إذا صادفه قبول انعقد العقد، أما الدعوة إلى التعاقد فلا ترتب أثرًا قانونيًا، ويجوز العدول عنها دون أن يترتب عن هذا العدول أية مسؤولية، إلا إذا أمكن اعتبار العدول خطأ يستوجب التعويض وفقًا لأحكام المسؤولية التقصيرية، خاصة وإن المفاوضات مرحلة سابقة من إبرام العقد.²

أولاً_2 : القوة الملزمة للإيجاب

هنا يُثار التساؤل حول ما إذا كان الموجب ملزمًا بالبقاء على إيجابه؟ أم أن له الحق في الرجوع عنه طالما أنه لم يقترن به قبول ينعقد به العقد؟ للرد عن هذا التساؤل تقرر المادة 63 من القانون المدني أنه: "إذا عين أجل للقبول، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل.

وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة."

وطبقا لهذا النص، فإن الأصل في الإيجاب أنه غير ملزم، ويجوز للموجب الرجوع عنه في أي وقت ما دام لم يقترن به قبول، و خلافا لهذا الأصل فإنه يكون ملزما للموجب إذا عين أجل للقبول، لأن مقتضى تعيين الميعاد هو رضاء الموجب بإرادته أن يبقى ملتزما بالإيجاب طوال هذه المدة ولذلك لا يجوز له الرجوع عن إيجابه خلال هذه الفترة، وتعيين ميعاد للقبول إما أن يتم بواسطة الموجب نفسه، أو قد يُستخلص من طبيعة المعاملة، كما لو كان التعاقد بين

¹ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 72.

² ثروت فتحي اسماعيل، مرجع سابق، ص 75.

غائبين عن طريق المراسلة، حيث يُفترض أن يظل الموجب ملتزم بإيجابه المدة اللازمة لوصول الإيجاب علم الشخص الموجه إليه¹.

أولاً - 3 : حالات سقوط الإيجاب

حتى و لو أقرن الإيجاب بميعاد فهو مؤقت، إما أن يصادفه قبول فينقصد انلنقصد، و إما أن يسقط في الحالات التالية²:

في التعاقد بين حاضرين، يسقط الإيجاب إذا رجع الموجب فيه قبل قبوله، أو إذا انقض مجلس العقد دون أن يصدر قبول من الطرف الآخر³.

يسقط الإيجاب سواء أكان ملزماً أو غير ملزم إذا تم رفضه من الموجه إليه، ولو قبل انتهاء مدته.

كذلك الأمر إذا كان الإيجاب معلقاً على شرط ولم يتحقق هذا الشرط، كالفشل في الامتحان مثلاً، فيحق للموجب الرجوع عن إيجابه.

يسقط الإيجاب بانتهاء المدة المحددة للقبول.

الأصل أن يوجه الإيجاب إلى شخص معين، غير أن ذلك لا يمنع من توجيه الإيجاب إلى الجمهور، في هذه الحالة يكون الإيجاب ملزماً لصاحبه كما لو كان موجهاً إلى شخص معين، ومن تطبيقاته عرض السلع مع بيان أثمانها في المحلات التجارية و كذلك البيع عبر شاشات التلفاز أو عبر المواقع الإلكترونية، شريطة توفر شروط الإيجاب السابق ذكرها.

¹ سمير عبد السيد تتاغو، مرجع سابق، ص 38.

² محمد علي البدوي الأزهرى، مرجع سابق، ص 68.

³ راجع المادة 64 من القانون المدني الجزائري.

ثانياً: القبول

ثانيا - 1: تعريفه

القبول هو التعبير عن إرادة الطرف الآخر بالموافقة على الإيجاب، بحيث يكون مطابقاً لمضمونه، ويكتمل العقد بمجرد وصول القبول إلى علم الموجب¹.

ويُعرّف أيضاً بأنه: التعبير عن إرادة من وُجّه إليه الإيجاب، والذي بصدوره بشكل مطابقاً للإيجاب تتم عملية التعاقد بين الموجب والقابل².

ثانياً- 2: شروط القبول

يشترط في القبول حتى ينعقد به العقد توافر شرطين:

أ- أن يصدر القبول والإيجاب قائماً: بمعنى أن يصدر القبول خلال الفترة التي يكون فيها الإيجاب قائماً ولم يسقط، فإذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب، فلا ينعقد العقد.

ب - مطابقة القبول للإيجاب: يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب دون زيادة أو تقييد أو تعديل، لأن القبول الذي يتضمن زيادة أو تعديلاً يُعد إيجاباً جديداً³.

ثانياً- 3: حالات خاصة في القبول

رأينا فيما تقدم أن السكوت قد يعتبر قبولاً، وهناك حالات أخرى للقبول نص عليها القانون.

أ- القبول في عقود المزا

تنص المادة 69 من القانون المدني على أنه: "لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزا، ويسقط المزا بعطاء أعلى ولو كان باطلاً".

¹نادر محمد ابراهيم، مرجع سابق، ص 154.

²نجيم اهتوت، مرجع سابق، ص 53.

³راجع المادة 66 من القانون المدني الجزائري.

فمتى أقيم مزاد، سواء كان قضائياً أو اختياريًا، فلا يعتبر عرض البضاعة في المزاد إيجابًا، وإنما الإيجاب هو أن يتقدم شخص بسعر يظهر استعداده لأخذ البضاعة المعروضة، ولا يتم القبول إلا برسو المزاد على آخر عطاء، وكلما تقدم عطاء يزيد على ما سبقه فإنه يسقط ما قبله¹، ولو كان باطلا كأن يصدر من شخص عديم الأهلية، أو من شخص ممنوع عليه شراء الشيء المعروض في المزادة².

ب- القبول في عقود الإذعان

تنص المادة 70 من القانون المدني على أن: "يتم القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بالشروط المقررة التي يضعها الموجب ولا تقبل مناقشة فيها". يقصد بعقود الإذعان: العقود التي يسلم فيها القابل بالشروط المقررة التي يضعها الموجب ولا يقبل مناقشتها، ويتمثل الإيجاب في هذا النوع من العقود، في عرض الموجب للخدمة على الجمهور، وهو إيجاب دائم ومستمر، ويتم وفقاً لشروط موضوعة سلفاً ومنشورة على الناس على نحو يمكنهم من العلم بها³.

ويتبين مما سبق أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دأئة معينة تحددها الخصائص الآتية⁴:
تعلق العقد بسلعة أو مرفق يعد من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.
احتكار الموجب للسلعة أو الخدمة احتكاراً قانونياً أو فعلياً، نتيجة لكون المنافسة فيها محدودة النطاق.

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 38.

² راجع المادة 402 من القانون المدني الجزائري.

³ عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 134.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 230.

توجيه الإيجاب إلى الناس كافة بشروط موحدة ودائمة، وغالبًا ما تكون في صيغ مطبوعة تحتوي على شروط لا تقبل المناقشة.

ومن أمثلة عقود الإذعان: التعاقد مع شركات الكهرباء، الغاز، الماء، البريد، والهاتف، وقد حاول المشرع الجزائري التخفيف من حدة هذا النوع من العقود كباقي التشريعات من حدة الضغط الاقتصادي، بما قرره من حماية للمتعاقد المدعن وهو الطرف الضعيف في العقد، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 110 من القانون المدني بقولها: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة و يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". وإمعاناً من المشرع في حماية الطرف المدعن، نصت المادة 112 من القانون المدني على أنه: "يؤول الشك في مصلحة المدين.

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المدعن".

فالنص المذكور أعلاه يقرر أن الشك في عقود الإذعان يُفسر لمصلحة الطرف المدعن، سواء كان مدينًا أو دائئًا.

ثالثاً: اقتران الإيجاب بالقبول

يتم التعاقد إذا اقترن القبول بالإيجاب وتم التطابق بينهما، ونظرًا لأن التطابق بين إرادة الموجب وإرادة القابل يختلف باختلاف نوعية التعاقد، سواء كان بين حاضرين في مجلس واحد أو بين غائبين كالتعاقد بالمراسلة، فإن هذا الأمر يستوجب الوقوف عنده، مع تحديد النتائج القانونية المترتبة على كل واحد منهما على النحو التالي.

ثالثاً - 1: التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد

المجلس الواحد في التعاقد هو الفترة الزمنية غير المنقطعة التي يكون فيها الأطراف مشغولين بمناقشة العقد، فليس المكان هو الذي يحدد مفهوم المجلس الواحد، وإنما الزمان هو المحدد الحقيقي لهذا المفهوم، وعلى هذا الأساس اعتبرت المادة 64 من القانون المدني التعاقد بواسطة الهاتف تعاقدًا بين حاضرين بحكم توفر معنى المجلس الواحد¹.

وقد نص المشرع الجزائري على مسألة التعاقد بين حاضرين في المادة 64 من القانون المدني، حيث جاء فيها: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً و كذلك صدر الإيجاب من شخص إلى آخر عبر الهاتف أو بأي طريق مماثل.

غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد." من خلال هذا النص، يتبين لنا أن الأصل في التعاقد بين حاضرين، سواء كان ذلك حقيقياً أو حكماً كما في حالة التعاقد بالهاتف أو بطريق مماثلة، أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ فورية القبول، أي أن القبول يجب أن يصدر فوراً بعد الإيجاب، ما دام الموجب لم يحدد أجلاً للقبول، وإلا أمكنه التحلل من إيجابه.

ولكن استثناءً من هذا الأصل، يجوز أن يتراخى القبول إذا توافر شرطان²:

بقاء المتعاقدين منشغلين بالتعاقد، وعدم انصراف أحدهما أو كليهما عن التعاقد بأمر أخرى، حتى ولو ظل يجمعهما مكان واحد.

¹ علي كحلون، مرجع سابق، ص 178.

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 117.

بقاء الموجب على إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول.

ثالثاً-2: التعاقد بين غائبين

يكون التعاقد بين غائبين إذا لم يجمع المتعاقدين مجلس واحد، ويتم ذلك بواسطة رسالة أو برقية أو بواسطة رسول يحمل الكلام ولا تكون له صفة النيابة¹.

ومن ثم يكون هناك فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، ومثال ذلك أن يرسل تاجر بوهران رسالة إلى تاجر بتدوف يعرض عليه بيع بضاعة بشروط معينة، ويجيب التاجر بتدوف برسالة يضمنها قبول الشراء بالشروط المعروضة.

ويثير التعاقد بين غائبين مشكلتين، هما تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، وللإجابة عن هذه الإشكاليات ظهرت مدارس مختلفة أنتجت عدة نظريات على النحو التالي:

أ - نظرية إعلان القبول: تقوم هذه النظرية على أن التعاقد يتم بمجرد أن يعلن القابل عن قبوله، لأن العبرة بتطابق الإرادتين، وهو ما يتحقق بمجرد الإفصاح عن القبول.

هذه النظرية تحقق السرعة في التعامل، غير أن احتمال عدول القابل يبقى وارداً ما دام الطرف الآخر غير عالم بالقبول.²

ب - نظرية تصدير القبول: يرى أصحاب هذه النظرية أنه لا يكفي إعلان القبول، بل يجب تصديره حتى يخرج من يد القابل ولا يمكنه الرجوع عنه أو استرداده، وذلك بإرساله إلى الطرف الآخر بالبريد، وقد أخذ على هذه النظرية أن التصدير لن يزيد من قيمة القبول، كما أنه لن يمنع استرداد الرسالة، لأن ملكية الرسالة لا تزال للمرسل ما دامت لم تصل إلى المرسل إليه.³

¹ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 81.

² ابن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 57.

³ عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 69، 70.

ج - نظرية تسليم القبول: وفقاً لهذه النظرية يعتبر العقد قائماً في الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب، ولو لم يعلم به¹، فإذا وضعت الرسالة البريدية في صندوق البريد الخاص بالموجب، فإن العقد يكون قد تم، ولكن يُعاب على هذه النظرية أن الموجب قد تصل إليه رسالة القبول دون أن يعلم بها.

د - نظرية العلم بالقبول: يرى أنصار هذه النظرية أن انعقاد العقد يرتبط بعلم الموجب بقبول من وجه إليه الإيجاب، ففي هذا الوقت يتحقق اقتران القبول بالإيجاب وينعقد العقد، ومع ذلك يؤخذ على هذه النظرية أن معرفة القبول أو العلم به أمر خفي ويصعب تحديده في كثير من الحالات².

ثالثاً - 3: موقف المشرع الجزائري

وأمام هذه الاختلاف، ذهب القانون المدني الجزائري إلى تبني صراحة الأخذ بنظرية العلم بالقبول، حيث نصت المادة 67 على أنه "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

فالمشرع الجزائري يعتبر أن العقد قد تم في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، ولتسهيل إثبات هذا العلم، أقام المشرع قرينة قانونية مفادها أن وصول التعبير عن الإرادة قرينة على العلم به، ما لم يثبت عكس ذلك، إلا أن هذه القرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، فيمكن للموجب، رغم وصول القبول إليه، أن يثبت عدم علمه به، كأن يقدم الدليل على أنه كان في المستشفى مثلاً ولم يعلم بالقبول إلا في وقت لاحق.

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 35.

² دريد محمد علي، مرجع سابق، ص 95.

واعتماد المشرع الجزائري لنظرية العلم بالقبول هو نتيجة للمبدأ القاضي بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يصل إلى علم من وجه إليه¹، ويشير النص إلى أنه إذا كان الأصل هو أن العقد يتم وقت علم الموجب بالقبول، فإنه يجوز حسب النص المشار إليه سابقاً، للمتعاقدين الاتفاق على غير ذلك، أو إذا وُجد نص خاص في القانون يحدد زمان انعقاد العقد.

ثالثاً - 4: أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد

إن تحديد مكان وزمان إبرام العقد له أهمية عملية من عدة نواحي²:

- يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه الذي لم يحدد له أجل طالما أن القبول لم يصل إليه.
 - يعتبر عقد بيع المنقول تاماً من وقت وصول القبول إلى الموجب، وتكون ثمار المبيع له من هذا الوقت.
 - تسري المواعيد ومنها ميعاد التقادم من الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب، ويُنظر إلى أهلية التعاقد من هذا الوقت.
- يقضي القانون الدولي الخاص بأن المتعاقدين يمكنهم اختيار القانون الذي يطبق على عقدهما، فإذا اختار المتعاقد أن يكون قانون المكان الذي تم فيه العلم هو المطبق، فيكون القانون المطبق هو قانون المكان الذي يصل فيه القبول إلى الموجب.

الفصل الثالث: صور خاصة للتعاقد

الأصل في العقد هو أن يتم بتبادل الإيجاب والقبول، وأن يبرمه كل من الطرفين بنفسه، غير أنه قد يقوم شخص آخر بإبرامه نيابة عنه، كما أن هناك مراحل تمهيدية تسبق إبرام العقد، وسوف نعرض لكل صورة من هذه الصور بالدراسة على الوجه التالي:

¹راجع المادة 61 من القانون المدني الجزائري.

²علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 36.

أولاً: العربون

يُتفق أحياناً على أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مبلغاً من المال - يكون عادة من النقد - يسمى العربون، و أكثر ما يكون ذلك في عقد البيع أو عقد الإيجار، حيث يدفع المشتري للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن أو من الأجرة، و يكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد، بشرط أن يدفع من يريد العدول مقدار هذا العربون للطرف الآخر، و إما تأكيد العقد و البث فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون.¹

أولاً - 1: تعريف العربون

العربون هو مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد، و يقصد به أما السماح لكل منهما العدول عن العقد مقابل ترك العربون أو تأكيد العقد على أساس أن دفع العربون دليل على جدية التنفيذ.²

أولاً - 2: موقف المشرع الجزائري من العربون

لم يقدم القانون المدني الجزائري تنظيمًا محددًا للعربون حتى تم تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، حيث نصت المادة 72 مكرر³ على أن "يمنح العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك.

فإذا عدل من دفع العربون، فقده".

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ص 259، 260.

² عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2005، ص 50.

³ أضيفت بالقانون رقم 10_05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية عدد 44، ص 21.

وإذا عدل من قبضه رده و مثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر".

يستخلص من هذا النص ما يلي¹:

أ - إذا تم تحديد دلالة العربون بالإتفاق بين المتعاقدين، فإن هذه الدلالة هي التي تطبق ويعمل بها.

ب - إذا لم يتم تحديد ذلك بين المتعاقدين، اعتبر العربون دليلاً على رغبة كل من المتعاقدين في الارتباط النهائي، على أنه يحق لكل منهما العدول عنه، مع اعتبار العربون خياراً لهذا العدول، فإذا عدل الذي دفع العربون خسره، وإذا كان العدول ممن قبضه يتعين عليه أن يرد ضعفه.

وضياع قيمة العربون في حالة العدول ليس هو تعويض عن ضرر حتى يجوز تخفيضه أو الغاؤه إذا لم يتحقق الضرر، ولكنه ثمن يمنح خيار العدول عن إبرام العقد، ولذلك ينبغي دفعه في جميع الأحوال التي يعدل فيها عن إبرام العقد².

ثانياً: الوعد بالتعاقد

قد يصل المتعاقدان إلى المرحلة النهائية من عملية التعاقد، وهي إرتباط الإيجاب بالقبول وظهور العقد إلى الوجود، إلا أنهما يقفان عندها من غير أن يبرما العقد ابراماً نهائياً، بل يؤجلان ذلك إلى فترة لاحقة، فقد لا يستطيع أحدهما أن يبرم العقد في الحال فيحتفظ لنفسه بحق إبرامه خلال فترة معينة، وقد لا يستطيع كلا العاقدين إبرام العقد في الحال، فيحتفظ كل

¹ ابن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 73.

² عبد الرشيد مأمون، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، المؤسسة الفنية لطباعة و النشر،

مصر، دون تاريخ نشر، ص ص 83، 84.

منهما لنفسه بالحق في إبرامه من خلال مدة مدة معينة، ويكون ملزماً لجانب واحد أو ملزم لجانبين، وهذا ما يسمى بالوعد بالتعاقد¹.

ثانياً - 1 : تعريف الوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد هو عقد يلتزم بموجبه أحد الطرفين أو كل منهما بإبرام عقد في المستقبل حينما يبدي الموعود له رغبته خلال الموعد المحدد اتفاقاً، فهو عقد يتم بتلاقي إرادتين، إيجاب من الواعد وقبول من الموعود له، ويمهد لنشأة عقد يراد إبرامه في المستقبل، والوعد بالعقد يصح في العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد².

مثال ذلك أن يعد شخص آخر ببيع قطعة أرض بمبلغ معين إذا أظهر هذا الأخير رغبته في الشراء خلال شهر، فيقبل الموعود له هذا العقد يسمى هذا العقد بين الإثنين الوعد بالبيع.

مثال آخر: أن ينشئ شخص مصنعا على قطعة أرض استأجرها ولم يتحصل على الأموال اللازمة لشراء الأرض، فيحصل على وعد ببيع قطعة الأرض من مالكها، ومن ذلك أن يؤجر المالك عقاره لمن يتعهد بشراء بثمن معين، إذا رغب المالك في بيعها خلال مدة الإيجار، ويطلق على هذا العقد في هذه الحالة وعد بالشراء³.

ثانياً - 1: شروط الوعد بالتعاقد

ويشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد شروط حددتها المادة 71 من القانون المدني الجزائري بقولها :
"الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، و المدة التي يجب إبرامه فيها.

¹ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 95.

² عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 49.

³ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 133.

وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

وهذه الشروط هي :

أ- إكتمال أركان العقد : الوعد بالتعاقد يجب استكمال أركانه، أما بالنسبة للأهلية فيشترط في الواعد الأهلية الخاصة بالعقد الموعود به، طالما أن إبرام هذا العقد لا يحتاج إلى تعبير إرادي جديد من جانبه، أما بالنسبة لأهلية الموعود له فلا يشترط فيه وقت الوعد سوى التمييز.

ب- تعيين المسائل الجوهرية للعقد الموعود به: يتعين تضمين الوعد بالتعاقد كافة العناصر الجوهرية للعقد الموعود به، ويقصد بذلك أركان العقد وشروطه الأساسية، كالمبيع والتمن في عقد البيع، وإذا كان عقد إيجار، يجب الاتفاق على العين المؤجرة، والأجرة ومدة الإيجار، طالما أن العقد النهائي يتم بمجرد إبداء الموعود له الرغبة في التعاقد إذا كان الوعد ملزم لجانب واحد، وحلول الأجل المتفق عليه إذا كان الوعد ملزم لجانبين، دون حاجة إلى إتفاق جديد بين الطرفين¹.

ج- تحديد مدة الوعد : كما يجب أن يتضمن الوعد بالتعاقد مدة معينة يتعين أن يبدي الموعود له رغبته خلالها، إذا أراد إبرام العقد الموعود به، وتحديد مدة الوعد قد يتم بتعبير صريح كأسبوع أو شهر، وقد يتم ضمنا يستخلص من ظروف الاتفاق كالوعد بالبيع الصادر من المؤجر الى المستأجر، فتكون مدة الوعد هي مدة الإيجار²، وإذا لم يتم تحديد المدة، وقع الوعد بالتعاقد باطلاً.

د- استيفاء الشكل : ويشترط كذلك في الحالات التي يكون العقد الموعود به شكلياً كعقد رهن رسمي أو عقد هبة، أن يتم الوعد في نفس الشكل الذي يتطلبه القانون للعقد المراد إبرامه، وهذا

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 38.

² زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام - العقد و الإرادة المنفردة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 65.

ما تقرره المادة 2/71 من القانون المدني، وعلى هذا النحو فإن الوعد بإبرام رهن رسمي يجب أن يتم هو أيضا في الشكل الرسمي، وكذلك، الوعد بالهبة، وبغير ذلك لأمكن للأفراد التحايل على شرط الشكل¹.

ثانيا - 3 : آثار الوعد بالتعاقد

إذا انعقد الوعد صحيحا على النحو الذي قدمناه، فإن الأثر الذي يترتب عليه يجب أن نميز فيه بين مرحلتين، فإذا كان الوعد ملزما للجانبين فإن حلول الميعاد المحدد لإبرام العقد الذهائي هو الذي يفصل ما بين هاتين المرحلتين، أما إذا كان الوعد ملزم لجانب واحد، فإن ظهور رغبة الموعد له في التعاقد، هي التي تفصل بين المرحلتين على النحو الآتي :

◆ قبل حلول المدة المتفق عليها أو ظهور الرغبة: في هذه المرحلة لا يكسب الوعد الاحقوقا شخصية، ولا ينشئ حقوق عينية، حتى ولو كان التعاقد النهائي من شأنه أن ينقل حقاً عينياً كما في البيع، ويترتب على ذلك أمران :

يبقى الواعد مالكاً للشيء فله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائي، و في هذه الحالة لا يكون للموعد له الا الرجوع بالتعويض على الواعد.

إذا هلك الشيء في هذه المرحلة، فإن تبعة الملاك يتحملها الواعد على أساس أنه المالك، وبالتالي لن ينعقد العقد الموعد به لتخلف المحل².

¹سمير عبد السيد تتاغو، مرجع سابق، ص 46.

²مروان عزيد عزت حمد، الوعد بالتعاقد وتطبيقاته في القانون المدني العراقي - دراسة قانونية مقارنة-، مجلة آفاق للعلوم،

المجلد الخامس، العدد الرابع، 2020، ص 51.

◆ بعد حلول المدة المتفق عليها أو ظهور الرغبة :

إذا أظهر الموعود له رغبته في إبرام العقد الموعود به خلال المدة المتفق عليها، أو حل الأجل المتفق عليه إذا كان وعد ملزم للجانبين، فإن العقد النهائي يكون ملزماً دون الحاجة إلى رضا جديد، و تترتب على ذلك التزامات كل طرف من أطراف العقد، فإذا كان العقد الموعود به بيعاً، فيصبح البائع ملزماً بتسليم الشيء المبيع و المشتري ملزماً بدفع الثمن، وإذا نكل الواعد ورفض تنفيذ الوعد، ساغ للموعود له أن يطلب التنفيذ العيني وذلك باستصداره حكماً بإيقاع العقد الموعود إبرامه¹، وهذا ما تقضي به المادة 72 من القانون المدني بقولها : "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد".

ثالثاً : النيابة في التعاقد:

الأصل أن يقوم الشخص بإبرام عقوده بنفسه، لكن قد يتم إبرام العقد عن طريق نائب، أي عن طريق النيابة، وهذا بسبب التغيب عن مكان انعقاد العقد او عدم الخبرة ونقصانها أ بسبب عدم التمييز ونقصه².

ثالثاً - 1: تعريف النيابة

تعرف النيابة بأنها :حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني، مع إضافة آثاره إلى شخص الأصيل³.

كما تعرف أيضا بأنها : تولى شخص بتعيينه الإرادي إبرام تصرف قانوني معين و إنصراف آثار هذا التصرف من حقوق والتزامات إلى ذمة شخص غيره، وذلك اما بناءا على رضا هذا

¹هلابي خيرة - تريح مخلوف، أحكام الشكلية في الوعد بالتعاقد في ظل القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد الثاني، 2017 ص 360.

²تادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، صفحة 157.

³أنور سلطان، مرجع سابق، ص 24.

الأخير أو استنادا إلى حكم القانون، بحيث يكون من أبرم التصرف القانوني نائبا عن غيره، ومن انصرفت إليه الآثار أصيلا¹.

ثالثا -2 : أنواع النيابة في التعاقد

تنقسم النيابة من حيث مصدرها الذي يستمد منه النائب سلطته إلى نيابة إرادية أو إتفاقية ونيابة قانونية وأخيرا النيابة القضائية .

أ- النيابة الإتفاقية : وهي التي تنشأ بمقتضى عقد بين الطرفين كما هو الحال في عقدا الوكالة، حيث عرفت المادة 571 من القانون المدني بقولها : "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وبإسمه".

ب - النيابة القانونية : و قد يطلق على هذا النوع بالنيابة الضرورية، ذلك أنها وجدت لضرورة تتمثل في عجز الأصيل في القيام بالتصرفات القانونية، وهؤلاء هم ناقصي الأهلية وعديميها و الممنوعون من التصرف، أو من يتعذر عليهم التعبير عن إرادتهم، ومصدر هذا النوع من النيابة هو القانون²، إذ لا دخل لإرادة الأصيل في إنشائها، ولا في تعيين الشخص النائب³.

ج- النيابة القضائية: ويكون مصدرها القضاء، لأن القاضي هو الذي يقررها، كتقرير الوصاية على القاصر (المواد من 92 إلى 98 من قانون الأسرة)، والقيم عن المحجور عليه (المواد 101 إلى 108 من قانون الأسرة)، والمقدم على الشخص المفقود (المادة 111 في قانون الأسرة).

وقد تناول المشرع الجزائري أحكام النيابة في المواد من 73 إلى 77، والوكالة في المواد 571 إلى 589 من القانون المدني.

¹ حسين علي سعود - محمد صادقي، النيابة في التعاقد وآثارها على اطراف العقد، مجلة آداب الكوفة، العدد 56، الجزء الأول، ص250.

² راجع المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 190 من القانون المدني الجزائري.

³ حسين علي سعود، محمد صادقي، مرجع سابق، ص 255.

ثالثا -3: شروط النيابة :

لا يكون تصرف النائب نافذا في حق الأصيل، إلا إذا تحققت جملة من الشروط وهي:

حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

أ- يكون النائب طرفا في العقد الذي يبرمه لحساب الأصيل، على عكس الرسول الذي تقتصر مهمته على النقل المادي لإرادة المرسل، دون أن يكون طرفا في العقد، ولما كان النائب طرفا في العقد، فإنه يشترط أن تتوافر لديه الأهلية الكافية لثبوت الإرادة، وأن تصدر إرادته سليمة خالية من عيوب الإرادة، ويعتبر تعاقدته قد تم بين حاضرين إذا جمعه والمتعاقد الآخر نفس مجلس العقد¹.

وقد نص على هذا الحكم في المادة 73 / 1 من القانون المدني التي تقرر أنه: "إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الإعتبار عند النظر في عيوب الرضاء، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو إفتراض العلم بها حتما."

أما إذا كان النائب يتصرف طبقا لتعليمات صدرت إليه من الأصيل، فإن نية هذا الأخير هي التي تؤخذ بعين الإعتبار دون نية النائب، وهو ماقرته الفقرة الثانية من المادة 73 من القانون المدني على أنه: "غير أنه إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها."

أما بخصوص أهلية الأصيل، فإنها تحدد تبعا لمصدر النيابة، ففي النيابة الإتفاقية لابد من توافر الأهلية لدى الأصيل، أما في النيابة القانونية فالأصيل دائما غير أهل، لذلك يقيم عنه القانون نائبا.

¹أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص41.

ب- تعاقد النائب باسم الأصيل ولحسابه:

تقتضي النيابة أن يباشر النائب عملية التعاقد باسم الأصيل حتى تتصرف إليه آثار التصرف، بحيث يجب أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إضافة آثار العقد، من حقوق والتزامات إلى الأصيل، فالمراد بهذا الشرط أن تتوافر نية التعاقد عند النائب وعند من تعاقد معه¹.

ويجب أن يصرح النائب بصفته هذه، ذلك أن الأصيل هو الذي يعتبر طرفاً في العقد وليس النائب، وإليه تتصرف جميع آثاره، أما إذا لم يتحقق ذلك فإن آثار العقد تقتصر على عاقيه ولو أن أحدهما يعمل في الحقيقة لحساب شخص ثالث².

وبالتالي فإن النائب إذا ما تعاقد بإسمه الشخصي، فإن آثار العقد لا تتصرف إلى الأصيل وإنما تتصرف إليه دائماً كان أو مديناً، إلا أنه لهذه القاعدة استثنائين، حيث تتصرف آثار العقد إلى الأصيل بالرغم من أن النائب، لم يعلن وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً في حالتين³:

1- إذا كان من المفروض حتماً أن يعلم المتعاقد مع النائب بوجود النيابة، فمن يدخل محل تجاري ويشترى سلعا منه، يفترض أنه يعلم أن البائع يبيع نيابة عن صاحب المحل.

2- إذا كان يستوي لدى المتعاقد مع النائب أن يتعامل مع الأصيل أو النائب، ومثال ذلك البيع في محل تجاري، إذا أن صاحب المحل لا يهمله أن يتعامل مع الأصيل أو النائب مادام قد قبض الثمن.

¹ محمد بن قادة خويصرة، الحيل كوسيلة للتعاقد في القانون المدني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2016/2017، ص 111.

² عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 55.

³ تنص المادة 75 من القانون المدني على أنه: "إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الأصيل دائماً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو مع النائب."

وفي حالة عدم إعلان النائب عن صفته ولم تتوافر إحدى الحالتين السابقتين، فإن التعاقد في هذه الحالة يعتبر قائماً بين المتعاقد والنائب شخصياً، وليس للنائب أن يدفع بإنصراف إرادته إلى التعاقد باسم الأصيل¹.

ج- أن يلتزم النائب حدود النيابة:

كذلك لكي ترتب النيابة آثارها، وأخصها إنصراف أثر العقد إلى الأصيل²، أن يلتزم النائب حدود النيابة، ويستدل على حدود النيابة من مصدرها (الإتفاق، القانون، أمر القضاء)، ويتجاوز النائب حدود نيابته عند تعديه حدود السلطات الممنوحة له، وأن يمارسها بعد إنقضاء النيابة³.

وبمفهوم المخالفة وعند تجاوز النائب حدود نيابته، فإن العقد الذي يبرمه لا تتصرف آثاره إلى الأصيل كعاقدة عامة، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها إستثناءات في الحالات التالية:

الحالة الأولى : حالة إقرار الأصيل العقد الذي أبرمه النائب متجاوزاً حدود نيابته، ويسرى هذا العقد في حق الأصيل من وقت إبرامه لا من وقت الإقرار⁴.

الحالة الثانية : إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت إبرام العقد إنقضاء النيابة، فإن العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفه، وهذا نظرا لحسن نيته ونية من تعاقد معه، وتطبيقاً لذلك إذا عزل الأصيل النائب دون أن يعلم هذا الأخير ومن تعاقد معه، فإن أثر العقد الذي يبرمه تتصرف إلى الأصيل بالرغم من تجاوزه حدود نيابته⁵.

¹ محمد بن قادة خويرة، مرجع سابق، ص112.

² راجع المادة 74 و المادة 1/575 من القانون المدني الجزائري.

³ نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص159.

⁴ محمد بن قادة خويرة، مرجع سابق، ص116.

⁵ راجع المادة 76 من القانون المدني الجزائري.

-الحالة الثالثة : إذا تعذر على الوكيل إخطار الموكل سلفا بتجاوزه حدود الوكالة، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف، وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يخطر الموكل حالا بتجاوزه حدود الوكالة¹.

ثالثا- 4 : آثار التعاقد بالنيابة

تترتب على التعاقد بالنيابة علاقات ثلاث²:

أ- ففي العلاقة بين النائب ومن تعاقد معه ينصرف أثر العقد إلى الأصيل كما أشرنا سابقا، ولا يلتزم النائب بأي التزام ينشأ عن هذا العقد، كما أنه لا يكسب حقا يترتب عليه.

ب- وأما العلاقة بين النائب والأصيل فيحددها إما العقد إذا كانت إتفاقية أو القانون إذا كانت نيابة قانونية أو أمر القضاء إذا كانت قضائية.

ج- أما العلاقة بين الأصيل ومن تعاقد معه النائب، فبمجرد إتمام العقد، تقوم علاقة مباشرة بين الأصيل ومن تعاقد النائب معه.

ثالثا- 5 : تعاقد الشخص مع نفسه

قد يحدث أن يتعاقد الشخص مع نفسه، أي بصفته أصيلا عن نفسه ونيابة عن غيره، وكقاعدة عامة لا يجوز له ذلك بسبب تعارض المصالح، فيخشى الإضرار بمصلحة الأصيل³.

إلا أن القانون جعل هذا التصرف موقوفا على إجازة الأصيل عند العلم به، إذا أقره القانون وقواعد التجارة طبقا لأحكام المادة 77 من القانون المدني إذ تنص على أنه: "لا يجوز لشخص

¹راجع المادة 2/575 من القانون المدني الجزائري.

²علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 45.

³بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 66، راجع المواد 410، 411 من القانون المدني الجزائري.

أن يتعاقد مع نفسه بإسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل.

على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة."

فطبقا لهذا النص و إستثناء من الأصل، يجوز للموكل أن يرخص للوكيل مقدما أن يتعاقد لحساب نفسه، أو يجيز هذا التعاقد بعد تمامه، ويستثنى من هذا الحكم ما يقضي القانون به في بعض الحالات، وما تقضي به قواعد التجارة في حالة الوكيل بالعمولة¹.

الفرع الثاني: صحة التراضي

سبق وأن قلنا بأن وجود التراضي وحده لا يكفي لوجود العقد، بل لابد من أن يكون هذا التراضي صحيحا، ولصحة التراضي يشترط أن يكون المتعاقد أهلا للتعاقد، وأن تكون الإرادة خالية من عيوب الرضاء.

وعليه فإننا نبحت هنا مسألتين، هما الأهلية وعيوب الإرادة ونرى كل منهما على حدة.

الفصل الأول: الأهلية

ويقصد بالأهلية هنا أهلية الأداء أي قدرة المتعاقد على إبرام تصرفات قانونية صحيحة، ومعنى ذلك أن أهلية الوجوب أي صلاحية الشخص لتحمل الإلتزامات، واكتساب الحقوق، لا تكفي للقول بأن التراضي كان صحيحا².

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 45.

² سوزان علي حسن، الوجيز في مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001، ص 205.

أحكام أهلية الأداء

وعلى خلاف أهلية الوجوب، فإن أهلية الأداء لا تثبت كاملة بالنسبة لجميع الأشخاص، بل تكون بالنسبة لبعضهم معدومة أو ناقصة، والسبب في ذلك أن صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية، ومباشرتها بنفسها، لا تتحقق بكونه إنسان وحدها، بل يشترط لثبوتها أن يكون هذا الشخص على قدر كافي من العقل والإدراك، لذلك فإن أهلية الأداء تختلف وتتطور تبعا لمراحل تطور الشخص ونموه واكتمال ملكاته العقلية، كما قد تطرأ على هذه الأهلية عوارض بعد بلوغ الشخص سن الرشد.

وتعتبر الأحكام المتعلقة بالأهلية من النظام العام، وهو ما قرره المادة 45 من القانون المدني بقولها: "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها."

أولا: تدرج الأهلية بحسب السن

يمكن تقسيم حياة الإنسان الى ثلاث مراحل:

المرحلة الأولى : قبل بلوغ سن الثالثة عشر (13 سنة)

فالشخص الذي لم يبلغ سن الثالثة عشر يعتبر عديم التمييز، ومن ثم فهو عديم الأهلية، وبالتالي لا يستطيع أن يباشر أي نوع من التصرفات القانونية أيا كانت طبيعتها، حتى ولو كانت نافعة له نفعاً محضاً، وتعتبر تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً، وفي ذلك تقرر المادة 42 من القانون المدني على أنه: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون."

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة."

وفي هذا أيضاً تقرر المادة 82 من قانون الأسرة على أنه: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة."

المرحلة الثانية : تبدأ من بلوغ الشخص سن الثالثة عشر (13سنة) دون أن يصل إلى سن الرشد (19سنة)، وفيها يكون الصبي مميزا(ناقص الأهلية)، ومن ثم يكون له القدرة على القيام بالتصرفات القانونية، غير أن هذه القدرة غير كاملة.

وعلى هذا تنص المادة 43 من القانون المدني على أنه : "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون."

أما عن حكم تصرفاته القانونية، فتقرر المادة 83 من قانون الأسرة على أنه : "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة(43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء."

بإستقراء هذا النص يتضح أن حكم ما يبرمه الصبي المميز من تصرفات يختلف بسبب نوع التصرف.

- 1- التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول هبة وقبول وصية، فإن التصرف يكون صحيحاً.
- 2- التصرفات الضارة ضرراً محضاً كقيام القاصر بإبراء مدنيا له، أو قيامه بهبة جزء من أمواله إلى الغير، فإن هذه التصرفات تكون باطلة بطلاناً مطلقاً.
- 3- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: وهي التصرفات التي تحمل الربح والخسارة، حيث يحصل فيها كل طرف على مقابل لما أعطى كالبيع والإيجار¹، وتكون هذه التصرفات صحيحة منتجة لآثارها، و لكن يمكن المطالبة بإبطالها والذي له الحق في المطالبة بذلك إما الوصي أو الولي وإما الصبي نفسه بعد بلوغه سن الرشد.

¹محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2011، ص519.

المرحلة الثالثة: تبدأ من بلوغ الشخص 19 سنة كاملة، فإنه يصبح بالغاً رشيداً، ويكون أهلاً لمباشرة جميع التصرفات القانونية، وفي هذا تقرر المادة 40 من القانون المدني على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة."

وهو نفس الحكم الذي قرره المادة 86 من قانون الأسرة بقولها: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني."

ثانياً: عوارض الأهلية

عوارض الأهلية أربعة هي الجنون والعتة والغفلة والسفه.

فتتعرض لمضمونها وأثرها بشيء من الإيجاز:

ثانياً - 1 العوارض المعدمة للأهلية:

أعتبر المشرع الجزائري الجنون والعتة من أسباب إنعدام الأهلية طبقاً لأحكام المادة 42 من القانون المدني.

أ- الجنون: هو مرض يصيب الإنسان ويؤدي إلى ذهاب عقله و تعطيل إرادته، والجنون إما أن يكون مطبقاً أي لا يفيق المريض من جنونه ابداً، أو غير مطبق أي يفيق فترة ويجن فترة أخرى¹.

ب - العتة: هو شخص قليل الفهم مختلط الكلام فاقد التدبير².

¹ عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 63.

² المادة 2/11 من القانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، الجريدة الرسمية لسنة 1992، العدد 36، لبيبا.

أما التصرفات القانونية التي يقوم بها المجنون أو المعتوه، فإنها تكون باطلة شأنها في ذلك شأن تصرفات الصبي غير المميز¹.

ثانياً_2: العوارض المنقصة للأهلية:

إعتبر المشرع الجزائري الأهلية ناقصة أيضا عند من في حكم الصبي المميز كالسفيه وذوي الغفلة.

أ- السفيه : عرفته المادة 11 في فقرتها الرابعة على أنه: " مبذر ماله فيما لا فائدة فيه²، أو هو من لا يحسن تدبير أمواله³.

ب الغفلة : هي ضعف في الملكات النفسية تبرز من خلال انخداع الشخص على وجه يهدد ماله بالضياع، فيغبن فيما يجريه من معاملات⁴.

أما بخصوص حكم تصرفاتهما، فإنه من خلال نص المادة 43 من القانون المدني يكون حكم تصرفاتهما هو ذات حكم تصرفات القاصر المميز.

ثالثا : موانع الأهلية

قد يقوم لدى الشخص كامل الأهلية ظروف تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، ولهذا يقيم القانون من يتولى عنه مباشرة هذه التصرفات أو يساعده في مباشرتها، وموانع الأهلية ثلاث:

1- المانع الطبيعي (ذو العاهتين) : إذا اجتمع في شخص عاهتان من العاهات الثلاث العمى و البكم والصم، و تعذر عليه بسبب وجود هاتين العاهتين التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن

¹راجع المادة 42 من القانون المدني الجزائري والمادة 82 من قانون الأسرة الجزائري.

²المادة 411 من القانون رقم 17 لسنة 1992.

³نجيم أهتوت، مرجع سابق، ص37.

⁴عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 64.

تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته، وإذا صدر من الشخص الذي عين من أجله مساعد قضائي تصرف بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة، كان هذا التصرف قابلا للإبطال لصالحه¹.

2-المانع المادي (الغيبية): ونعني بذلك أي شخص كامل الأهلية و سليم العقل والإرادة، ولكن منعتة ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه، و تسبب غيابه في ضرر للغير، ولهذا تقوم المحكمة بتعيين وكيله عنه لإدارة شؤونه².

3-المانع القانوني : قد يحكم على شخص في جناية بالسجن المؤبد، السجن المؤقت لمدة تتراوح بين 5 سنوات وعشرين (20) سنة، فتأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني، مما يترتب عليه حرمانه من ممارسته حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية، وبالتالي تصبح تصرفاته باطلة بطلانا مطلق، أثناء تنفيذه العقوبة الأصلية³.

الغصن الثاني : عيوب الإرادة

لا تكفي أهلية التعاقد ليكون العقد صحيحا، بل يجب أن تكون إرادة كل من الأطراف سليمة خالية من كل العيوب، والإرادة المعيبة هي إرادة موجودة ولكنها غير سليمة، أي لحقها عيب من عيوب الرضا، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، وندرس كل من عيوب الإرادة على النحو التالي:

أولا : الغلط

نتاول تعريف الغلط وأنواعه، وشروطه وأخيرا آثار الغلط.

¹راجع المادة 80 من القانون المدني الجزائري.

²راجع المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري.

³راجع المادة 9 مكرر التي اضيفت بالقانون رقم 06 - 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدل و يتم الأمر رقم 66-

156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية العدد84، ص12.

أولاً - 1 : تعريف الغلط

يعرف الغلط بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة بتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها¹، ويعرف كذلك على أنه وهم تلقائي يقع فيه متعاقد حين إبرامه للتصرف، يجعله يتصور الشيء الذي تعاقد عليه على غير حقيقة².

وقد تناول المشرع أحكامه في المواد 81 إلى 85 من القانون المدني.

أولاً-2 : أنواعه:

يجب أن نميز بين ثلاثة أنواع للغلط، وذلك على الوجه التالي:

أ- الغلط المانع : هو ذلك الغلط الذي يحول دون انعقاد العقد، ذلك لأنه يؤدي إلى إنعدام الرضا وليس إلى مجرد تعييبه، ومتى انعدم الرضا إمتنع إنعقاد العقد، وذلك لأن هذا الأخير فقد ركناً من أركانه³، مثال ذلك إذا أعطى شخص آخر مبلغاً من النقود على سبيل القرض، فيقبله الأخير على أنه هبة، فالغلط هنا وقع في طبيعة العقد، مما يترتب عليه بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، كما يقع أيضاً في ذاتية المحل وفي وجود سبب الالتزام

ب - الغلط الجوهرى (المؤثر) : وهو الغلط الذي بلغ في نظر المتعاقد الذي وقع فيه، حداً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع فيه، فهو إذا وقع في صفة الشيء، وجب أن تكون هذه الصفة جوهرية في اعتبار المتعاقدين، و إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وجب أن تكون تلك الذات أو الصفة السبب الرئيسي في التعاقد⁴.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 289.

² دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 22.

³ ثروت فتحي إسماعيل، مرجع سابق، ص 137.

⁴ سوزان على حسن، مرجع سابق، ص 208.

ج - الغلط غير المؤثر: إذا وقع غلط في الحساب أو في الكتابة، فإنه لا يؤثر في صحة العقد لكن يجب تصحيحه، وقد نصت على ذلك المادة 84 من القانون المدني بقولها: " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات العلم، ولكن يجب تصحيح الغلط."

أولا - 3 : شروط الغلط في القانون المدني الجزائري

أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة للغلط، والتي تجيز إبطال العقد إذا كان الغلط هو الدافع إلى التعاقد¹، ولإبطال العقد على أساس الغلط وجب توفر الشروط التالية:

أ - أن يكون الغلط جوهريا:

لا يكفي أن يقع متعاقد ما في غلط كيفما كان، بل لا بد أن يكون الغلط جوهريا، أي بلغ حدا من الجسامة يمتنع معه المتعاقد المعني من إبرام العقد، فيما لو تبينه من أول الأمر²، وهو ما أشارت له صراحة المادة 1/82 من القانون المدني الجزائري.

وتتمثل صور الغلط الجوهري في الآتي:

1-الغلط في صفة جوهرية في الشيء : والأمثلة على هذا النوع من الغلط كثيرة ومتعددة منها أن يتم التعاقد على شراء قماش على أساس أنه قابل للغسيل ثم يتبين أنه ليس كذلك، أو أن يشتري شخص قطعة أرض على أساس أنها تطل على الشارع الرئيسي، ثم يتبين ان الأرض محصورة من جميع الجهات ...الخ³.

2-الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته : يكون الغلط جوهريا أيضا، إذا كان الدافع إلى التعاقد هو ذات المتعاقد، كأن يهب شخص لآخر مبلغا من المال، معتقدا أنه من أقاربه ثم

¹زكريا سرايش، مرجع سابق، ص 72.

²دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 22.

³دريد محمود علي، مرجع سابق ص 138.

يكشف، عدم وجود قرابة بينهما¹، كما يؤثر الغلط في صفة من صفات المتعاقد، مما يجعل العقد قابلا للإبطال، كأن يتعاقد فلاح مع شخص يظن أنه مهندس زراعي، ثم يتبين لاحقا أنه ليس مهندس زراعي.

3 - الغلط في القانون: تنص المادة 83 من القانون المدني على مايلي: "يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و 82 ما لم يقضي القانون بغير ذلك"، وقد جعل هذا النص الغلط في القانون سببا لقابلية العقد للإبطال كالغلط في الواقع تماما، متى توافرت الشروط الواردة في المادتين 81 و 82 من القانون المدني. فمن يتنازل على نصيبه في الميراث مقابل مال، وهو يظن أنه يرث الربع ثم يتبين أنه يرث النصف، فيجوز له طلب إبطال العقد على أساس غلط في القانون.

ب - إتصال الغلط بالمتعاقد الآخر

إذا كان أحد المتعاقدين قد وقع في غلط جوهري على النحو السابق ذكره، فإن هذا لا يكفي لإبطال العقد، بل لا بد أن يكون المتعاقد الآخر مشتركا في نفس الغلط أو على علم به أو من السهل عليه أن يعلم به، وهذا ما قرره المشرع الجزائري في نص المادة 2/82 بقوله: " إذا وقع في صفة في الشيء يراها المتعاقدان جوهريّة، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية."²

وطبقا لهذا النص إذا كان الغلط فرديا، وقع فيه أحد المتعاقدين بمفرده، فإنه لا يؤثر في صحة العقد وذلك حماية للمتعاقد الآخر، وحماية الثقة في المعاملات.³

¹أنور سلطان، مرجع سابق، ص 152.

²غير أن المادة 120 من القانون المدني المصري نصت صراحة على هذا الشرط بقولها: "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط. أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه."

³سمير عيد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 55.

ج - عدم جواز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية.

تنص المادة 85 من القانون المدني على أنه : " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي بك حسن النية. .

و يبقى على الأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه، ذا أظهر الطرف الآخر استعدادا لتنفيذ هذا العقد. "

فمن يشتري لوحة فنية على أساس أنها أصلية، ثم يكتشف لاحقا أنها مقلدة، فإنه يعد متعسفا في استعمال حقه، إذا تمسك بإبطال عقد البيع، إذا عرض بائع اللوحات الفنية اعطاء المشتري اللوحة الفنية التي أراد شراءها.

أولا - 4: آثار الغلط

إذا تحقق الغلط بالشروط المذكورة آنفا، جاز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله¹، ويقع على من يدعي أنه وقع في غلط عبء الإثبات، وباعتبار أنه واقعة قانونية فإنه يجوز إثباته بكافة وسائل الإثبات².

ثانيا : التدليس

نتناول التدليس من حيث التعريف، الشروط والآثار المترتبة.

ثانيا -1:تعريف التدليس

التدليس : هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد³، ويعرف أيضا بأنه : استعمال شخص

¹راجع المادة 81 من القانون المدني الجزائري.

²بلحاج العربي مرجع سابق ص ص 107، 108.

³عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 318.

طرقاً إحتيالية لإيهام شخص بغير الحقيقة وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد¹.

ثانياً-2: شروط التدليس

حدد المشرع الجزائري شروط التدليس في المادة 86 من القانون المدني بقولها: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها احد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم والطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملبسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس"، ويبدو من هذا النص أن للتدليس شروطا هي :

أ - استعمال طرق احتيالية :

يجب لقيام التدليس استخدام طرق احتيالية من شأنها إيقاع المتعاقد في غلط وإيهامه بغير الحقيقة، أي تضليل المتعاقد ودفعه إلى إبرام العقد تحت ستار هذا التضليل أو الخديعة²، وكأن هذا الشرط يتحلل في الواقع إلى عنصرين :

العنصر المادي (الطرق الاحتيالية): يقصد بها عموما كافة الوسائل الإحتيالية التي تستخدم للتأثير على إرادة المتعاقد و ايمامه بغير الحقيقة، وتتخذ هذه الطرق صوراً متعددة منها أن يقدم مالك العقار عقود إيجار مزورة لمن يريد شراء ذلك العقار بقصد إيهامه بأنه يحقق دخلا أكبر من دخله الحقيقي، وأن يقدم العامل شهادات مزورة عن مؤهلاته ليحمل صاحب العمل على التعاقد معه.³

وبجانب ذلك يكفي مجرد الكذب، إذا خرج عن المألوف في التعامل، كما لو تم بخصوص بيانات محددة مع العلم بالأهمية الخاصة التي يعول عليها المتعاقد، وخاصة إذا كان الكذب في

¹سوزان على حسن مرجع سابق ص208.

²ثروت فتحى اسماعيل، مرجع سابق، ص156.

³دريد محمود علي، مرجع سابق، ص147.

مسألة معينة استعلم عنها المتعاقد كمكان منع البضاعة المباعة، وعلى العكس فإن الكذب المألوف في التعامل لا بعد تدليسا كامتداح التاجر لبضاعته في البيع العادي¹.

بل وقد يكون السكوت تدليسا، إذا كان المدلس قد سكت عمداً عن واقعة أو عن ملابسة حاسمة في العقد، مثال ذلك أن يبيع شخص منزلاً لآخر ويكتم عنه أنه قد صدر قرار بنزع ملكية هذا المنزل المنفعة العامة، أو أن يكتم المؤمن على حياته مرضاً وراثياً خطيراً لو علمت به شركة التأمين لما أمنت على حياته².

2. العنصر المعنوي: وهو نية التضليل لتحقيق غرض غير مشروع، فإذا انتقت نية التضليل، فلا يوجد التدليس الذي يعبي الإرادة، كمالو أنخدع المتعاقد بمظاهر الغنى التي تبدو على المتعاقد الآخر، أو التاجر الذي يمتدح بضاعته تقصد الترويج لها، حيث لا يعد عمله هذا تدليسا، طالما أنه ليس هناك نية التضليل³.

ب - أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد

وقد نصت على ذلك المادة 1/86 من القانون المدني بقولها: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

إذ لا يكفي للتمسك بالتدليسي استعمال المتعاقد طرق احتيالية لتضليل الطرف، مما يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، بل يجب أن يكون ما تم استعماله من طرق احتيالية هو الذي دفع

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 55.

² علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 61.

³ عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 89.

المتعاقد الآخر إلى إبرام العقد، بمعنى أن تكون من الطرق الاحتمالية وصلت حدا من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد¹ وقاضي الموضوع هو الذي يبت في ذلك، فيقدر أثر التدليس في نفس المتعاقد المدلس عليه، ليقرر ما إذا كان هذا التدليس هو الذي دفعه إلى التعاقد، يبدو مما سيف أنا معيا والتدليس معيار شخصي، ينظر فيه الى شخص المتعاقد من حيث سنه وثقافته وذكائه.²

ج - اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر أو أن يكون على علم به

الأصل أن يصدر التدليس من المتعاقد الآخر، لغرض حمل المتعاقد الأول على إبرام العقد، وهذه الصورة المألوفة للتدليس، غير أنه في بعض الحالات يكون شخص من الغير هو المتسببا في التدليس، ومثال ذلك أن يقوم سمسار بالكذب على المشتري لدفعه لشراء منزل معين، فيندفع هذا الأخير بكلامه³، فيبرم العقد نتيجة لذلك، فما تأثير هذا التدليس على هذا العقد؟

لإجابة عن هذا السؤال يقتضي بنا الأمر الرجوع إلى المادة 87 من من القانون المدني بقولها : " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد، مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس".

ومن ثم فإن العقد يكون غير قابل لإبطال، إذا أثبت أن البائع في المثال السابق لم يكن على علم بوجود التدليس، ولم يكن من المفروض أن يعلم به، وعليه فإن للبشري لا يكون له الا الرجوع على السمسار بالتعويض في هذه الحالة⁴، على أساس المسؤولية التقصيرية.

¹ لي فيلاي، مرجع سابق، ص 182.

² بد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 326 .

³ كريا سرايش، مرجع سابق، ص 81 .

⁴ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص ص 182، 181.

ثانيا - 3 - أثر التدليس

إذا توافرت في التدليس الشروط المذكورة آنفا، وتعاقد المتعاقد بناء أعلى التدليس، فإن العقد يكون قابلا للابطال المصلحة المتعاقد المدلس عليه، بشرط أن يقيم الدليل على ما يدعيه، وله في ذلك كافة طرق الإثبات والأن المسألة تتعلق بوقائع مادية ما ويكون من إختصاص قاضي الموضوع تقدير هذه الأدلة.¹

كما ينشأ له الحق في طلب التعويض، نتيجة الضرر الذي أصابه جراء التدليس، كون هذا الأخير يعتبر عمل غير مشروع، مما يمثل انحرافا عن السلوك السوي، يستوجب تعويض الضرر الذي يصيب الشخص المدلس عليه.²

ثالثا : الاكراه

لقد تناول المشرع الجزائري الاكراه كعيب في عيوب الإرادة في المادتين 88 و 89 من القانون المدني وتبعاً لذلك سنتطرق إلى تعريفه و بيان شروطه و آثاره، على النحو الآتي :

ثالثا -1: تعريف الاكراه

الإكراه: هو ضغط غير مشروع يقع على إرادة الشخص فيحمله على التعاقد³، ويعرف أيضا على أنه: ضغط يقع على المتعاقد فيلجئه إلى التعاقد، فهو بمثابة القوة التي تدفع المتعاقد متحملة على التعاقد دون رغبة منه⁴.

¹ بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 83.

² أنور سلطان، مرجع سابق، ص 108.

³ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 110 .

⁴ على كحلون، مرجع سابق، ص 200

والاكراه نوعان، "مادي" وهو الإكراه الذي تستخدم فيه قوة مادية تمارس على الفاعل مباشرة، فتنتقل إلى إرادته وتفقد حريته الاختيار¹، كأن يسك شخص بيد آخر ويجبره على التوقيع على التوقيع على عقد بأخذ بصمته دون إرادته، و"معنوي" بتوليد رهبة في النفس تدفع إلى التعاقد، والمقصود بالاكراه في هذا المقام هو الاكراه المعنوي، فالإكراه المادي لا يعيب الإرادة بل يعدمها أصلاً، ويؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً².

ثالثاً -2: شروط الاكراه

يجب أن تتوفر في الإكراه شروط معينة حتى يمكن إعتباره عيباً، يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، وقد نصت على هذه الشروط المادة 88 من القانون المدني بقولها: "يجوز إبطال العقد لإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال.

ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية، والصحية وجميع الظروف الآخر التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه.

ويبدو من هذا النص أن للإكراه شروطاً ثلاثة :

أ - استعمال وسائل للاكراه :

¹بوصري محمد بلقاسم، الاكراه والاستغلال، مجلة العلوم الاجتماعية والقانونية، المجلد السابع العدد الثاني جوان، 2022، ص 299.

²تادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 163.

يجب أن يقترن الإكراه بوسائل تهدد المكره، بخطر جسيم محقق به كالضرب والايذاء الدني أو الإبداء الأدبي كالتهديد بنشر فضيحة أو تشويه سمعه، وقد يتوجه هذا التهديد المادي أو الأدبي الى أحد أقارب المكره، أو الى ماله، أو مال غيره.¹

والإكراه يتحقق عادة باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع تهديد شخص بقتله أو إحراق منزله أو إختطاف ولده، إذا لم يمتض إلتزاما، ويتحقق أيضا بإستعمال وسائل مشروعة للوصول الى غرض غير مشروع كأن يهدد الدائن مدينه التاجر بشهر إفلاسه إذا لم يوقع له إلتزام يزيد عن أصل الدين، على أنه إذا استعملت وسائل مشروعة للضغط على إرادة المدين، وكان يراد بها الوصول إلى غرض مشروع، كأن يهدد الزوجة زوجها بالحبس في حالة عدم النفقة، فالغرض هذا مشروع ولا يكون هناك الكراه.²

ب - أن تكون هناك رهبة قد حملت المكره على التعاقد.

ومعنى ذلك أن تكون الوسائل التي استعملها المتعاقد قد أثرت في نفسية المتعاقد إلى درجة حمله على إبرام العقد، و في حقيقة الحال لا ينظر الى قوة الوسائل، بقدر ما ينظر إلى شخصية من وقع عليه الإكراه، وقد أخذ القانون بمعيار ذاتي أو شخصي في تقدير الرهبة، حيث يخضع أمرها لقاضي الموضوع مراعيًا في تقديره، سن المكره وجنسه و حالته الاجتماعية، كما يدخل في التقدير مكان وزمان التهديد، فمن يتم تهديد ليلا ليس كمن يهدد في وضح النهار.³

¹ عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 92.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ص 342، 341.

³ زكريا سرايش، مرجع سابق، ص 84.

ج - اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر أو كان على علم به.

تنص المادة 89 من القانون المدني على أنه: " إذ صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه".

وطبقا لهذا النص يشترط لإبطال العقد أن يكون الإكراه قد صدر من المتعاقد الآخر، ولكن هذا ليس بضروري، بل يكفي أن يكون المتعاقد الآخر على علم به أو من المفروض أن يكون على علم به، كما قد يتحقق الإكراه ولو كان ناتج عن ظروف غير إرادية، استغلها المتعاقد الآخر في التأثير في إرادة المتعاقد المكره مثال ذلك أن يكون شخص في حالة خطر محقق (كالغرق)، فيحصل منه شخص آخر على تعهد يدفع مبلغ كبير من النقود مقابل إنقاذه¹.

وقد أراد المشرع الجزائري أن يوفق في ذلك بين الأمرين، فلم يعتد بالإكراه الصادر من الغير حماية للوضع الظاهر ولحسن النية، إلا إذا كان المتعاقد مع المكره يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه².

وفي حالة عدم إثبات أن المتعاقد الآخر، كان يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم، لا يكون أمام المتعاقد المكره سوى الرجوع على الغير الذي صدر منه الإكراه، بالتعويض إستناداً لقواعد المسؤولية التقصيرية لأن التهديد بهذا الشكل يعتبر عمل غير مشروع³.

¹ سمير عيد السيد نتاغو، مرجع سابق، ص ص 64،46..

² بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 87.

³ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 192.

ثالثا - 3 : اثار الاكراه

يترتب على اثبات أن العقد تم إبرامه تحت تأثير الاكراه، وذلك بتوفر الشروط المذكورة أفقاً، فيكون للمتعاقد المكره طلب إيصال العقد لمصلحته، مع طلب التعويض على الصرر الذي أصابه نتيجة التهديد، كونه عملا غير مشروع.

رابعا : الاستغلال

لقد تناول المشرع الجزائر الاستغلال كعيب من عيوب الارادة، في المادة 90 من القانون المدني، ومن خلال ذلك نتطرق إلى تعريفه، وإلى عناصره التي تتحدد من خلالها شروط تحققه، ثم نبين الجزاء المترتب على الإستغلال.

رابعا - 1 : تعريفه

يعرف الإستغلال بأنه عدم التعادل الفادح بين قيمة ما يعطيه أحد المتعاقدين، وقيمة ما يأخذه نتيجة لاستغلال المتعاقد الآخر طيشه البين أو هواه الجامع¹.

ويلاحظ بداية عدم الخلط بين العين والاستغلال، فثمة تفرقة بينهما، فالعين هو المظهر المادي للاستغلال، فقد ينفى التعادل بين الالتزامات المتقابلة في عقود المعاوضة، فيتحقق غبن أحد المتعاقدين، دون أن يلحق إرادته عيب معين، وجواز الطعن في العقد إنما يقوم على أساس الغبن².

فالغبن إذن هو عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، ويستخلص من هذا التعريف³:

ان الغبن لا يتصور الا في عقود المعاوضه غير الاحتمالية.

¹ ثروت فتحي اسماعيل، مرجع سابق، ص 185.

² أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 62.

³ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 356.

أن الغبن يقدر وقت تمام العقد.

يعتد بالغبن الفاحش دون الغبن اليسير.

والغبن جاء في القانون محدد بنصوص خاصة، من بينها ما جاء في نص المادة 358 من القانون المدني بقولها: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع."

وهو ما أشار له المشرع الجزائري صراحة في المادة 90 من القانون المدني على أنه : "إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع الإلتزامات المتعاقدا الآخر".

رابعا - 2 : عناصر الاستغلال

يتحقق الاستغلال باجتماع عنصرين :

أ- العنصر المادي : يتعين لتحقيق الاستغلال أن يكون هناك ابتداء قدر من الغبن أصاب أحد المتعاقدين، والغبن كما سبق أنا ذكرنا، هو عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يحصل عليه بمقتضى العقد، ويلزم أن يكون هذا الغبن فاحشاً، بمعنى أن تكون قيمة الأداءات التي التزم بها.

حد المتعاقدين لانتعادل على الإطلاق مع قيمة الأداءات التي التزم بها المتعاقد الآخر، أي أن يكون هناك اختلال فادح بين الإلتزامات المتعاقدين¹، وقد عبر القانون المدني الجزائري عن هذا المفهوم في المادة 90 من القانون المدني: "إذا كانت الإلتزامات أ حد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع الإلتزامات المتعاقدا الآخر."

¹دريد محمود علي، مرجع سابق، ص164.

وقد ترك المشرع للقاضي تقديره في ضوء ظروف التعاقد¹.

ب - العصر النفسي : ويتحقق العنصر النفسي إذ كان اختلال التعادل في العقد قد جاء نتيجة استغلال ضعف معين في المتعاقد المعينون، وقد عبرت عن ذلك المادة 90 من القانون المدني بقولها: وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبزم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه مليشا بينا أو هوى جامحا ."

أ. الطيش البين: ويقصد بذلك الخفة التي تؤدي إلى عدم الاكتراث بالنتائج المترتبة عن العمل

الذي يقدم عليه الشخص، أو الوقوف عند النتائج القريبة وعدم تدبر النتائج البعيدة .²

أو هو حالة نفسية تصيب الشخص فتجعله يتخذ قراراته دون تقدير عواقب .³

ولا يشترط أن يكون الطيش البين حالة دائمة، بل قد يكون عرضيا كمن يصاب بحالة من الحماس أو الاستفزاز، كما يشترط أن تكون حالة الطيش واضحة بينة، كما في حالة الوارث التي يحتاج إلى نقود سريعة، فيقع ضحية استغلال من شخص يشتري منه أمواله بثمان بخس⁴.

II. الهوى الجامح: فهو ميل النفس إلى شيء واشتهاؤها اياه، وأغلب الحالات التي يستغل فيها الهوى تقع بين أفراد من جنسين مختلفين، وخاصة الأزواج والزوجات إذا كان بينهم تفاوت كبير في السن ما فيستولي الشاب منهما على الكبير بالسن ويتغل ميله إليه وهواه اياه فيعمله على التنازل له عن أمواله وعقاراته ويجرده من أكثر ما يملك⁵.

¹ عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 261.

² أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 64.

³ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 131.

⁴ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 64.

⁵ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 159.

رابعا -3 : جراء الاستغلال

إذا وجد الإستغلال فإنه يترتب عليه أن يكون للمتعاقد المغبون الطعن في العقد، فله أن يطلب بإبطاله أو إنقاص التزاماته، كما يجوز في عقود المعاوضة، لأن يتوفى الطرف الآخر، اذا القاضي ما يراه كافيا لرفع الغبن¹.

أ. دعوى ابطال العقد : وهي دعوى يرفعها الطرف المغبون مطالبا بإبطال العقد، الذي أبرمه نتيجة استغلال المناقد الآخر فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، غير أن القاضي لا يلتزم بأن أيقضي بالابطال، وله أن يكتفي بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون، إذا رأى أن هذا كاف لرفع أثر الإستغلال²، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بإبطال العقد، إذا طلب المتعاقد إنقاص التزاماته، اذا يمتنع عليه أن يحكم بأكثر مما طلب منه.

ب. دعوى إنقاص التزامات المتعاقد المغبون :

اذا رأى الطرف المعبون أنه من مصلحته الإبقاء على العقد، فإنه سوف لجأ الى هذه الدعوى، والقاضي في هذه الحالة ملزم بإنقاص التزامات هذا المتعاقد.

ج. توفي دعوى الإبطال في عقود المعاوضة:

يمكن في عقود المعاوضة، أن يتوفى المتعاقد الذي استغل طيش بيبين أو هوى جامع في المتعاقد الآخر، إذا هو عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، وللقاضي في ذلك السلطة التقديرية. على أنه يلاحظ أن الدعوى بإبطال العقد أو إنقاص الإلتزامات يجب أن ترفع خلال سنة حتى تاريخ إبرام العقد و إلا كانت غير مقبولة، ومدة سنة هي مدة سقوط و ليست مدة تقادم، فلا تقبل الوقف ولا الانقطاع.

¹راجع المادة 90 من القانون المدني الجزائري.

²عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 97.

المطلب الثاني: المحل

يُميز الفقه بين محل العقد ومحل الإلتزام، فمحل العقد هو العملية القانونية التي يقصد الطرفان تحقيقها بمقتضى العقدة، أما محل الإلتزام فهو الأداء الذي يلتزم به المدين لمصلحة الدائن، ويتمثل في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء¹.

وسواء أعتبرنا المحل ركناً في الإلتزام أم في العقد، فلا بد من توافر شروط معينة فيه، ليكون العقد صحيحاً منتجاً لآثاره، ووفقاً للمواد 92 إلى 95 من القانون المدني تتمثل شروط المحل في التالي :

الفرع الأول: أن يكون محل الإلتزام موجوداً أو قابلاً للوجود

والمحل الممكن إذا ورد العقد على شيء فيجب أن يكون هذا الشيء موجوداً، وإذا ورد على عمل أو امتناع عن عمل، فيجب أن يكون العمل أو الامتناع ممكناً، وهو ما ستعالجه على النحو الآتي :

أولاً : المحل الموجود

يقصد بالمحل الموجود أن يكون موجوداً عند إبرام العقد، أو ممكن الوجود في المستقبل، ولكل من هاتين الحالتين حكمها الخاص.

1) المحل الموجود عن إبرام العقد.

إذا تعلق الإلتزام بشيء معني، سواء كان التزاماً بعمل كالإلتزام بإصلاح سيارة أو التزاماً المؤجر بتمكين المستاجر بالانتفاع بالعين المؤجرة، أو التزاماً البائع تسليم الشيء المبيع، أو كان إلتزاماً بإعطاء كنفل ملكية هذا الشيء، أو تقرير حق عيني آخر عليه، فيجب أن يكون هذا الشيء

¹أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص66.

موجوداً والا وقع بإطلا، مالم يتبين أن ارادة المتعاقدين قد انصرفت إلى التعاقد على شيء سيوجد مستقبلاً¹.

أما إذا قصد المتعاقدان أن الشيء موجود عند إبرام العقد ثم تبين أن هذا الشيء غير موجود، فالعقد لا ينعقد ولا ينشأ التزام على عاتق أي منهما، أما إذا كان المحل موجود عند إبرام العقد ثم تلف بعد ذلك، فإن العقد ينعقد، ولكن تنفيذه يكون مستحيلًا، فيفسخ العقد، ويلتزم المدين بالتعويض إذا كان سبب الهلاك راجعاً إليه²، مع العلم أن هذه الحالة تقتصر إذا الشيء معيناً بالذات، ولا تمتد إلى الأشياء المعنية بالنوع كونها لا تهلك.

(2) المحل ممكن الوجود في المستقبل :

تنص المادة 92 من القانون المدني على أنه: "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً.

غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

ويتضح من هذا النص أن القاعدة العامة في جواز ان يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً، والأمثلة على عقود وارة على شيء مستقبلي كثيرة، مثال ذلك عقد بيع محصول أرض زراعية قبل نضجه، أو تأجير منزل لم يتم بناؤه، أو بيع مصنوعات لم يتم صنعها بعد، في كل هذه الأمثلة محل الإلتزام هو إعطاء شيء مستقبلي، وهو جائز طالما أن الشيء ممكن الوجود، والعقد

¹تروت فرحى اسماعيل، مرجع سابق، ص 204 .

²عبد المجيد عبد الحكيم، مرجع سابق، ص164.

ينعقد في الحال، ولكن تنفيذه يكون مؤخرا الى وقت تحقق الشيء، فإذا لم يتحقق هذا الشيء بأن تلف المحصول فان العقد يفسخ بعد انتقاد العقد¹.

على أن المشرع قد يحرم لاعتبارات خاصة أنواعا من التعامل في الأشياء المستقبلية، ومن أمثلتها ما ورد عليه النص في الفقرة الثانية من المادة 92 من القانون المدني، من خلال هذا النص نجد أن القانون لم يستثن من المتعامل في الأشياء المستقبلية، الا التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه، وجعله باطلا بطلانا مطلقا، لأنه يحمل معنى المضاربة على موت المورث، والمضاربة على حياة إنسان منافية للآداب، كما أن هذا التحريم حماية للوارث السفية في ميراث لم يؤل إليه بعد تصرفا طبشا يبدد فيه ما لا لم يتعب في جمعه، على أن القانون أجاز التصرف في تركة الشخص وهو حي عن طريق الوصية².

ثانيا : المحل ممكنا

اذا ورد العقد على عمل أو امتناع عن عمل، فإن هذا العمل أو الامتناع يجب أن يكون ممكنا، فإذا كان مستحيلا فالعقد لا ينعقد³، لالما أن الالتزام تكليف فلا بد لأن يكون في حدود الإمكان، لأنه لا تكليف بمستحيل، والإستحالة إما مطلقة أو نسبية، وإما أن ترجع إلى طبيعة الأشياء أو الى القانون، وذلك ما سنتناوله:

(1) الاستحالة المطلقة : تعني أن يكون محل العقد ممتنعا على الكافة، على نحو يمنع قيام الإلتزام، ويترتب عليه بطلان العقد، و يشترط أن تكون الاستحالة قائمة وقت العقد، فإن كانت لا حقة عليه، فإنها لا تمنع من انعقاد، وإن كانت تؤدي إلى إنقضائه⁴، والاستحالة المطلقة كما

¹ سمير السيد تناغو، مرجع سابق، ص70.

² علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 70.

³ راجع المادة 93 من القانون المدني الجزائري.

⁴ عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص ص 100، 101.

قد تكون طبيعية كالالتزام الجراح بإجراء عملية جراحية لمريض مات قبل العقدة، قد تكون قانونية كالتزام المحامي برفع استئناف حكم بعد إنقضاء ميعاد الإستئناف¹.

(2) الاستحالة النسبية : وهي التي تقوم بالنسبة للمدين دون غيره، حيث يستجبل على المدين تنفيذ الالتزام، في حين يكون في مقدور غيره تنفيذه، فإنها لا تحول دون نشؤ الالتزام وإنقراض العقد، وبالتالي يكون للدائن إما طلب التعويض أو فسخ العقد إذا كان ملزم للجانبين، ومثال ذلك أن يتعهد رسام برسم صورة لأخر وهو لا يملك المؤهلات الفنية لذلك².

الفرع الثاني: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين.

يشترط في المحل أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين، وقد نصت على ذلك المادة 94 من القانون المدني بقولها : " إذالم يكن محل معنيا بذاته، وجب ان يكون معينا بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلا.

ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تظمن العقداً يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدات على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن ببية ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط ."

من النص السابق يتبين أن القانون يشترط أن يكون المحل معلوماً للمتعاقدين علماً بمنع الخداع ولا يفضي إلى المنازعة والإكاذن العقد باطلا، و لتوضيح ذلك تفرق أن يكون محل الإلتزام اعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

¹سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 72.

²ثروت فتحي اسماعيل، مرجع سابق، ص212.

أولاً: الالتزام بإعطاء:

فإذا انصب العقد على شيء بذاته وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة¹، أي يجب ذكر أوصافه الأساسية التي تميزه عن غيره، فإذا كان هذا الشيء منزلاً فيجب بيان موقع المنزل وأوصافه وإذا كان أرضاً وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها و تحديد حدودها، أما إذا كان الشيء غير معين بالذات وجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره، فإذا لم يحدد المقدار، وجب أن يتضمن العقد ما يستطيع به تحديده، كما إذا تعهد مورد توريد مستشقي باللحم فالمقدار اللازم من هذا اللحم وإن لم يحدد في العقد، فإنه قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفي². وإذا كان الشيء غير محدد من حيث درجة الجودة، فإن المدين يتلزم بإعطاء شيء من درجة متوسط، فلا يكون في درجة جيدة حتى لا يقغن المدين، ولا يكون من درجة رديئة حتى لا يقغن الدائن.

أما إذا كان محل الالتزام نقود، فقد نصت المادة 95 من القانون المدني بقولها: "إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير". ومفاد هذا أنه إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وجب تعيين هذه النقود بذكر نوعها و مقدارها خمسمائة دينار جزائري مثلاً، أو غير ذلك من النقود، دون أن يكون لارتفاع أو انخفاض قيمة النقود وقت الوفاء أي أثر.

ثانياً : الالتزام بعمل أو امتناع عن عمل :

إذا كان محل الإلتزام عملاً أو إمتناعاً عن عمل، فإنه يجب أن يكون معيناً تعييناً كافياً نافياً للجهالة والنزاع، فلو تعاقد شخص مع مقاول على بناء دارله، فينبغي تحديد أوصاف هذه الدار ومحتوياتها وحدودها، ويتم ذلك عموماً من خلال وضع تصميم يبين فيه شكل الدار ومساحتها

¹راجع المادة 352 من القانون المدني الجزائري.

²عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص84.

وما تشتمل عليه من غرف ومرافق، ويؤخذ بذات الحلم إذاكات محل الإلتزام امتناع عن عمل، إذ يجب أن يعين نوع العمل الذي يلتزم المدين بالامتناع عنه، ومدى هذا الإلتزام من حيث الزمان والمكان¹، فإذا التزم تاجر بالامتناع عن منافسة تاجر آخر، فإنه ينبغي تعيين نوع النشاط، مع تحديده بفترة زمنية معينة وبمكان معين.

الفرع الثالث: مشروعية المحل

يتعين أن يكون محل الإلتزام مما يجوز التعامل فيه، وقد نصت على ذلك المادة 93 من القانون المدني بقولها: " إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا ".

و من هذا أن الأشياء التي تخرج عن التعامل لا تصلح أن تكون محلا للإلتزام، والأشياء الخارجة عن التعامل، إما لان تكون بحكم طبيعتها أو بحكم القانون.²

أولاً: الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها: وهي تلك الأشياء التي لا يمكن أن يستأثر أحد بحياتها، أي أنها أشياء لا يؤدي انتفاع البعض بها إلى الحيلة دون إنتفاع البعض الأخر³، ومثالها الهواء، الشمس، بمياه البحر، أما إذا تم الاستئثار بجزء منها كالهواء المضغوط، فإن يجوز عندئذ ان تكون محلاً للتعامل.

ثانياً : الأشياء التي تخرج على التعامل بحكم القانون :

قد تكون بعض الاشياء قابلة للتعامل بحكم طبيعتها، غير أن القانون أخرجها من دائرة التعامل، بالنظر الي الغرض الذي خصصت له، وذلك من أجل دوام المنفعة العامل، كالأموال العامة

¹دريد محمود علي، مرجع سابق، ص 185,186.

²نجيم اهتوت، مرجع سابق، ص 88.

³أنور سلطان، مرجع سابق، ص 210.

فلا يجوز التصرف فيها أو حجزها أو تملكها بالتمام¹، وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل لأنه غير مشروع، على النساس نص القانون الذي منع من التعامل في الشيء على اعتبارات النظام العام، تمتع التعامل في التركة المستفيلية، الإتجار في المخدرات².

المطلب الثالث: السبب

يندفع الاطراف إلى إبرام العقود الأسباب منها المباشر الذي لا يختلف حوله المتعاقد، كهدف البائع من إبرام عقد البيع وهو الحصول على الثمن، إلا ان لإبرام العقود في ذات الوقت أسباباً غير مباشرة، تختلف من متعاقد إلى آخر³.

وبهذا المعنى فإنه يقصد بالسبب معاني متعددة، فقد يعني السبب الانشائي، أي المصدر المنشئ للالتزام كالعقد، أو الفعل الضار، أو الإثراء بلا سبب، وقد يكون السبب هو الغرض الذي يستهدفه المدين من الارتباط بالالتزام والسبب بهذا المعنى إما أن يكون غرضاً مباشراً، فيسمى السبب القصدي، وإما أن يكون غرضاً غير مباشر، فيسمى الباعث الدافع الى التعاقد.

ولقد تناول المشرع الجزائري السبب في المادتين 37 و 98 تحت رقم 2 مكرر بعنوان السبب، والذي استحدثه بموجب القانون 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، وهنا تدارك المشرع ما كان عليه الوضع قبل هذا التعديل، وقام بالفصل بين ركن المحل و ركة السبب، فالمحل هو جواب على من يسأل : بماذا التزم المدني، بينما

السبب هو الجواب لمن يسأل: لماذا التزم المدني؟⁴

¹راجع المادى 689 من القانون المدني الجزائري.

²عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص398.

³نادر محمد ابراهيم، مرجع سابق، ص160.

⁴علي فيلالى، مرجع سابق، 243.

وأدى الاختلاف بين السبب في الالتزام والسبب في العقد إلى ايجاد نظريتين: هما النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، ثم نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري، وقف التقسيم الثاني :

الفرع الاول : النظرية التقليدية في السبب

أولاً : مضمون النظرية التقليدية :

نشير بداية إلى أن هذه النظرية تنسب إلى فقهاء القانون الفرنسي القديم، وبخاصة دوما وبواتيه ويفردي لاجاس¹.

وتفرق هذه النظرية بين ثلاثة أنواع من الأسباب هي السبب المنشئ، والسبب القصدي، والسبب الدافع.

أما السبب المنشئ فإنه لا يدخل في نطاق البحث، إذ هو مصدر مصادر الالتزام بالمعنى الشائع، وذلك كالعقد، والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع، لأنه ينشئ الالتزام.

أما السبب الدافع : فهو الباعث الدافع، الذي دفع المتلزم لأن يتعاقد، وهو عبارة عن الغرض البعيد أو غير المباشر الذي جعل المتلزم يتعاقد، وذلك كمن يشتري منزلاً، فإن الباعث من وراء شرائه ودفع ثمنه، قد يكون هو السكن فيه، أو استغلاله بالتأجير أو اتخاذه ناديًا للقمار²، والسبب الباعث بهذا المعنى، فإنه يجمع الخصائص التالية³:

أنه شيء خارجي عن العقد، فلا يذكر في الاتفاق، هو شيء ذلك للمانزه، إذ يرجع إلى نواياه، وهو شيء متغير، لا في كل نوع من العقود فحسب، بل في كل عقد على حدة.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص436.

² عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص107.

³ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص438.

والسبب القسدي هو الغرض المباشر أ والغاية المباشرة التي يقصد المتعاقد الوصول إليها من وراء التزامه، والسبب بهذا المعنى هو الذي يقصده النظرية التقليدية وتقف عنده¹، وبهذا المعنى يكون واحداً لا يتغير يتغير الأشخاص في النوع الواحد من العقود فهو منضبط، ولا يتغير الا بتغير العقود، أي أن سبب إلتزام المتعاقد موضوعي لا عبر فيه النوايا المتعاقد الملتمزم في العقد².

ففي العقد الملزم للجانبين، فسبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر، ففي عقد البيع مثلا سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع، وسبب التزام البائع بتسليم الشيء المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن.

أما في العقد الملزم الجانب واحد، وكان عقدا رضائيا كالوعد بالتعاقد فان سبب الالتزام هو إبرام العقد الذهائي، أما إذا كان العقد الملزم لجانب واحد عقداً عينياً، فإن سبب التزام المدين هو واقعة التسليم.

أما في عقود التبرع كالهبة مثلا، يكمن سبب التزام المتبرع في نية التبرع واسداء الجميل.

ثانيا : خصائص السبب في النظرية التقليدية

يتميز السبب في مفهوم النظرية التقليدية بعدة خصائص هي³:

1. السبب القسدي عنصر داخلي في العقد ويستخلص من عبارات التعاقد.

2. السبب القسدي عضو موضوعي لا تؤثر فيه نوايا المتعاقد.

3. السبب القسدي عنصر غير متغير، بل يبقى واحدا في النوع الواحد من العقود.

¹ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص195.

² بلجاح العربي، مرجع سابق، ص ص 301، 300.

³ ثروت فتحي اسماعيل، مرجع سابق، ص222.

4. السبب القسدي يوجد من وقت انعقاد العقد وحق تنفيذه.

ثالثاً : شروط السبب في النظرية التقليدية

يشترط أنصار النظرية التقليدية أن تتوافر في السبب ثلاثة شروط هي :

1. وجود السبب: شرط وجود السبب هو شرط ابتداء وبقاء، فالسبب ينبغي أن يكون موجوداً وقت إبرام العقد، و ينبغي أن يظل قائماً إلى وقت تنفيذه، فإذا لم يوجد السبب ابتداءً كان العقد باطلاً، وإذا تخلف السبب بعد ذلك أصبح العقد مهدداً بالزوال، ومثال ذلك في حالة سند المجاملة، فإن السبب لا يكون موجوداً و بالتالي فإن السند يكون باطلاً، سند المجاملة هو تعهد بدين لا وجود له يعطيه المدين للدائن معاملة له¹.

2. أن يكون السبب صحيحاً: ويكون السبب غير صحيح في حالتي السبب الموهوم أو المغلوط والسبب الصوري²:

أ- أما السبب الموهوم فمثاله: إيداع شخص بأنه دائن لتركة بينما يكون المورث قبل وفاته وفي هذا الدين.

ب- وأما السبب الصوري : فهو الذي يضمن فيه المتصرف نية التبرع في صورة إبرام عقد.

3. شرط المشروعية : يتعين أن يكون السبب مشروعاً، والسبب المشروع هو الذي لا تحرمه القوانين أو النظام العام أو الآداب العامة، فإذا تعهد شخص الأخر بارتكاب جريمة مقابل مبلغ من النقود، في هذا المثال يبطل العقد لعدم مشروعية السبب في التزام المتعاقد الأول، وعدم مشروعية المحل في التزام المتعاقد الثاني.

¹سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 80، 79.

²عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 80.

الفرع الثاني : النظرية الحديثة في السبب

أولاً : نقد النظرية التقليدية :

انتقدت نظرية السبب القسدي واعتبرت أنها غير دقيقة، ثم أنها أيضا غير دي فائدة وعقيمة، حيث أن السبب يكون واحداً في كل العقود من نفس النوع، وبالرغم من أن البواعث الكامنه في النفوس تختلف من شخص إلى آخر في نفس النوع في العقود¹.

كما أن النظرية الحديثة جاءت من أجل سد النقص المسجل على النظرية التقليدية، حيث أنها عجزت بعض العقود، نظراً لاعتدادها بالغاية القريبة من التعاقد دون الغاية البعيدة، فإذا وهب شخص مبلغاً من المال لآخر، فإن الهبة تقع صحيحة حسب النظرية التقليدية، أي كانت البواعث التي حملت الواهب على التبرع، فمنها ما يكون مشروع كتقديم إعانة لجمعية خيرية أو شخص مريض، ومنها ما يكون غير مشروع من أجل إقامة علاقة غير شرعية أو على سبيل الرشوة.

ثانياً : مضمون النظرية الحديثة في السبب .

أعدت النظرية الحديثة – وهي من خلق القضاء الفرنسي، وإن كانت تمتد جذورها إلى القانون الكنسي – بالباعث الدافع الى التعاقد، واشترطت أن يكون هذا الباعث الدافع إلى التعاقد مشورعاً²، ولا يشترط أن يكون الباعث موجود، لأن الباعث موجود دائماً في كل العقود، فلا يوجد شخص يبرم عقد بغير دافع أو باعث دافع الا إذا كان مجنوناً، وفي هذه الحالة يكون العقد باطلاً لإنعدام الإرادة³.

¹ عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 90.

² ثروت فتحي اسماعيل، مرجع سابق، ص 233 .

³ سمير عبد السيد تناعو، مرجع سابق، ص 85 .

وإنسجاماً مع هذا التحديد، نجد أن القضاء في فرنسا قضى ببطلان عقد لعدم مشروعية السبب، كون الباعث الدافع إلى التعاقد غير مشروع متى كان الباعث مشتركاً بين المتعاقدين أو كان الباعث غير المشروع هو الدافع الاحدهما على التعاقد مع علم الآخر بهذا الباعث، وهذا الحماية للمتعاقد حسن النية وتحقيق لاستقرار التعامل، فقضى ببطلان عقد التبرع إذا كان الباعث تبرع رجل الى امرأة هو إقامة علاقة غير مشروعة بينهما، وعقد القرض يكون الباعث إليه تمكين المفترض من الاستمرار في المقامرة¹.

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من النظريتين

نص المشرع الجزائري في المادة 97 من القانون المدني على ما يلي :

"إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً". واضح من النص أن المشرع الجزائري قد اعشق النظرية الحديثة في السبب²، والتي تأخذ من الباعث الدافع إلى التعاقد أساساً لها، وتشتترط نية وجوب مشروعيتها، فعبارة السبب غير المشروع أو المخالف للنظام العام، إنما تتصرف إلى السبب كما ناقشته النظرية الحديثة، غير أن المشرع الجزائري في نص المادة 02/98 بقوله: " ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك "، إذ يشير هذا النص إلى النظرية التقليدية في السبب، ذلك أن السبب الذي يذكر في العقد هو الغرض المباشر. وليس الباعث على التعاقد³، وفي ذلك تأكيد المشرع الجزائري لاعتماده النظرية التقليدية إلى جانب النظرية الحديثة.

¹نجيم أهتوت، مرجع سابق، ص94.

²محمد صبرى السعدي، مرجع سابق، ص230.

³دريد محمود علي، مرجع سارق، ص210.

أولاً : ضوابط السبب في القانون الجزائري

ما دام أن القانون قد اشترط وجود السبب ولو من باب الإفتراض فقد أحاطه ببعض الضوابط¹:

1- وجوب أن أن يكون سبب العقد مشروعاً: فلا يكفي مجرد وجود السبب في العقد، بل ينبغي أن يكون هذا السبب مشروعاً و إلا كان العقد باطلاً، ويكون السبب مشروعاً إذا لم يكن مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، فمن يشتري سلعة ممنوع تداولها في السوق كالمخدرات، أو يستأجر محلاً لممارسة القمار والدعارة، فيعتبر العقد في الأمثلة السابقة باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية السبب .

2- اتصال الباعث غير المشروع يعلم المتعاقد الآخر : قد يحدث أن يكون كلا المتعاقدين على علم بالباعث غير المشروع، ومع ذلك يبرمان عقداً بينهما، وفي هذه الحالة يكون العقد باطلاً، إلا أنه في بعض الحالات يكون أحد المتعاقدين على علم بعدم مشروعية السبب دون المتعاقد الآخر، فإنه لا يؤثر في صحة العقد حماية للمتعاقد حسن النية واستقراراً للمعاملات.

ثانياً: إثبات السبب في القانون الجزائري

تنص المادة 98 من القانون المدني على أنه: "كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

هذا النص يواجه فرضين²:

¹ ابن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص ص 98، 99.

² علي علي سليمان مرجع سابق ص 76 .

الفرض الأول: أن يكون العقد خالياً من ذكر السبب، فيفترض في هذا الفرض أن للعقد سبباً مشروعاً، ولكن هذه القرينة بسيطة، يجوز للمدين أن يثبت عكسها بجميع طرق الإثبات دون أن العقد خالي من ذكر السبب.

الفرض الثاني: أن يذكر السبب في العقد، فيفترض أن هذا السبب حقيقي وليس صورياً، وللمدين أن يثبت أن السبب المذكور في العقد صوري وليس هو الحقيقي، ولكن على المدين في هذه الحالة أن يثبت العكس بالكتابة، لأن الكتابة لا يجوز إثبات عكسها إلا بمثلها، ولو لم ترد قيمة العقد عن مئة ألف دينار، فإذا أثبت المدين صورية العقد، كان عبء إثبات العكس على الدائن، وإذا أثبت الدائن أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، فللمدين أن يثبت أنه غير مشروع بكل طرق الإثبات، لأن عدم المشروعية غش و الغش يجوز إثباته بكل طرق الإثبات.

المطلب الرابع: الشكلية

يُعتبر الشكل أسلوب التعبير عن الإرادة، وليس بديلاً عن الإرادة ذاتها ولا يستغني به عنها، فالإرادة هي التي تنشئ التصرف القانوني. ووجود الشكل لا يغني عن وجود إرادة سليمة صالحة للتعاقد، فالأصل أن العقود رضائية¹ إذ يكفي توافق الإرادتين لإنشاء التصرف القانوني. غير أن التصرفات الشكلية، هي التصرفات التي لا تنشأ بمجرد إبداء رضاء المتصرف به، يجب أن يتم التعبير عن الإرادة في شكل معين يحدده القانون ويفرضه، لانعقاد هذه التصرفات وفي حالة غيابه أو تخلفه يترتب عليه بطلان العقد بطلاناً مطلقاً².

¹راجع المادة 59 من القانون المدني الجزائري.

²خالد أبو طه، أحمد حسنية، العقود التجارية - دراسة تحليلية-، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد الأول، أبريل 2020، ص. 103-104.

الفرع الأول: مفهوم الشكلية

إن الشكلية في الأساس تنقسم إلى نوعين، وهما الشكلية القانونية والشكلية الاتفاقية.

أولاً: الشكلية القانونية

تعتبر الرضائية القاعدة العامة للعقود، ولكن بعض العقود تتطلب لانعقادها ونفاذ سريانها أن تتخذ شكلاً معيناً، وهذا الشكل يحدده المشرع بنصوص قانونية، مما سبق يتضح أن الشكل القانوني له صفة الالتزام.

فالشكلية القانونية إذن هي الشكلية يشترطها القانون، وتعتبر ركن من أركان العقد بنص القانون كالشكلية في عقد بيع العقار أو عقد الوعد بالبيع العقاري¹.

كما تعرف أيضاً بأنها ما ألزم به المشرع الأفراد للتعبير عن إرادتهم ولا يمكن الاستغناء عنها أو استبدالها، ولا يقتصر دور الشكل في مرحلة إبرام العقد بل تمتد آثاره لمرحلة النفاذ والفعالية، بمعنى في حالة عدم اتباع الشكل الذي فرضه المشرع في العقد تكون كل مراحل العقد باطلة². وقد عرفت المادة 324 من القانون المدني العقد الرسمي بقولها: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

أما المادة 324 مكرر 1 قد نصت على العقود الرسمية الواجب إفراغها في قالب رسمي بقولها: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو

¹فرانس بحر محمود، مجلس العقود الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة كلية التراث، العدد 17، 2015، ص 201.

²خالد أبو طه، أحمد حسنية، مرجع سابق، ص 108.

كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية، أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية، في شكل رسمي".
باعتبار أن الشكلية تقررت لحماية المتعاقدين ومراقبة المعاملات بين الأفراد، فإن عدم احترامها إذا اشترطها القانون كركن، يجعل القانون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً¹.

الفرع الثاني: الشكلية الاتفاقية

أما الشكلية الاتفاقية، فهي التي ترجع إلى اتفاق المتعاقدان على إبرام العقد الرضائي، المبني على إرادة حرة في شكل معين أو جعله مرتبطاً بإجراء معين، فعندئذٍ يصبح العقد الرضائي عقداً شكلياً، كما لو اتفق متعاقدين على أن الاتفاق المبرم بينهما لا يكون نهائياً وملزماً إلا من وقت تصديقه من قبل شخص مختص قانوناً، وبالتالي تصبح الشكلية بعد ذلك من أركان العقد، فلا ينشأ العقد ما لم يتم تصديق تلك الكتابة².

وعليه فالشكلية المتعلقة بالعقود الرضائية، التي يتفق أطرافها على إفراغها في قالب رسمي، ومصدر هذه الشكلية هو إرادة أطراف العقد، حيث يعد اتفاق الأطراف بمثابة قانون، مع أنه لا يوجد نص في القانون يقضي صراحة بذلك، إلا أن القانون المقارن يقر بالنص على صحة شرط الشكلية، ويعتبره من الشروط التي لا يمكن أن تتعارض مع القانون أو النظام العام، مثال ذلك عقد النشر كونه من العقود الرضائية في الأصل، ولكن يجوز تحريره في قالب رسمي أمام الموثق³.

¹ علي فيلالي، العقود الخاصة - البيع-، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2005، ص. 170-175

² فراس بحر محمود، مرجع سابق، ص 458.

³ مقني بن عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطالان المحررات التوثيقية - دراسة في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص من 1 إلى 224.

الفرع الثالث: أهمية الشكلية الرسمية

تلعب قاعدة الرسمية دورًا مهمًا لما تنطوي عليه من مزايا متعددة لحماية المصلحة العامة، وكذا المصلحة الخاصة فيما يلي :

1/ حماية أطراف التصرف :

حيث يُعد التصرف الرسمي ترجمة صادقة على إرادة المتعاقدين، وإن كان مقيدًا باحترام القواعد القانونية، مما يقلل من النزاعات ويجعل المتعاقدين يشعرون بالأمان والاطمئنان، كما أنه يكفل حرية هذه الإرادة في إبرام التصرف، كما تعتبر وسيلة إثبات مهمة لا يرقى لها الشك وهذا ما يترتب عليها استقرار المعاملات¹.

إن الشكل الرسمي يحمي المتصرف من التسرع، كونه يتطلب التمعن والتروي والتفكير من أجل تحديد مضمون التصرف القانوني بصورة أدق².

كما أن الرسمية حجة على كل من المتعاقدين، وتعتبر سندًا قابلاً للتنفيذ³.

إن دور الشكلية لا يقتصر على حماية الأطراف فحسب، بل يهدف أيضًا إلى حماية حقوق الغير الذي يتأثر بإبرام هذا التصرف، حيث اشترط المشرع إفراغ عقد الهبة في شكل رسمي حماية للواهب وأفراد أسرته⁴.

¹ على عبد العالي خشان، النظام القانوني للشكل في قانون المدني، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد 14، العدد الثاني، 2007.

² شيخ سناء، الشكلية في التصرفات العقارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012/2011.

³ بغاشي مليكة، قانون التوثيق والإجراءات التوثيقية الرسمية لعقد البيع، دار النعمان، الجزائر، 2012.

⁴ ديش تورية، الشكلية كآلية للضمان ودور الموثق في تجسيد التصرفات العقارية - دراسة مقارنة، مجلة العلوم وآفاق المعارف، المجلد الثاني، العدد الأول، جوان 2020، ص496.

2/ حماية المصلحة العامة في الحالات الآتية:

- ❖ تمويل الخزينة العامة عن طريق التحصيل والتقليل من المضاربات غير المشروعة.
- ❖ إبرام التصرف أمام ضابط عمومي مختص، يحقق العدالة والمساواة بين أطراف العقد¹.
- ❖ تحقيق الأمن القانوني والائتمان :يؤدي العقد الرسمي التوثيقي الذي يمتاز بخصائص منها السرية والموثوقية وكذا سلامة المحتوى، إلى تحقيق الاستقرار وتعزيز الأمن والائتمان بين المتعاملين².

المطلب الخامس: جزاء تخلف أركان الانعقاد أو شروط صحته - نظرية البطلان -

يترتب على تخلف أركان العقد أو شروط صحته بطلانه، و من خلال هذا المطلب سوف نتطرق إلى حالات البطلان المطلق³ و البطلان النسبي، وكذا خصائصهما، ثم نبين آثار البطلان، وذلك على النحو الآتي

الفرع الأول: حالات البطلان المطلق وخصائصه

الفرع الثاني: حالات البطلان النسبي وخصائصه

الفرع الثالث: آثار البطلان

¹ زواوي محمود، الشكلية في العقود المتعلقة بالتصرفات المدنية في القانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1987، ص 220.

² ديش تورية، مرجع سابق، ص 437.

³ دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 49.

الفرع الأول: حالات البطلان المطلق وخصائصه

أولاً: حالات البطلان:

الحالة الأولى :

انعدام الرضا، وذلك بعدم تطابق الإيجاب والقبول، أو كان أحد المتعاقدين عدم الأهلية لصغر سنه أو جنونه أو عته.

ب- إذا لم تتوافر شروط المحل من حيث الوجود أو التعيين أو المشروعية.

ج- إذا لم تتوافر شروط السبب بأن كان سبب الالتزام غير موجود أو كان غير مشروع.

د- تخلف الشكل في العقود الشكلية، وتخلف التسليم في العقود العينية (تسلم العين).

الحالة الثانية :

إذا أوجد نص في القانون يقضي ببطلان العقد، ما نصت عليه المادة 92 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية بقولها: "غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه الا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

ثانياً : خصائص البطلان المطلق

يتميز البطلان المطلق بالخصائص الآتية:

1- لا يزول البطلان بالإجازة

الإجازة عمل قانوني يصدر من جانب واحد بغرض غرض الطرف عما شب صحة رضائه بسبب نقص أهليته أو تعيب الرضاء بأحد العيوب المفسدة له، وبذلك فهي لا ترد إلا على عقد صحيح مهدد بالزوال والإبطال بسبب نقص في الأهلية أو تعيب في الرضاء، لتضفي عليه طابع الاستقرار فيستقر على إثرها صحيحاً على الدوام، وبالتالي فلا يتصور ورودها على العقد

الباطل باعتباره عقدًا معدومًا لا يتصور له أي وجود قانوني أو واقعي (المادة 102 من القانون المدني الجزائري)¹.

2- لكل ذي مصلحة حق التمسك بالبطان

العقد الباطل عقد معدوم يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، ويعتبر ذا مصلحة كل من له حق يتأثر بوجود العقد أو بطلانه، وبالتالي لا يجوز لمن له مصلحة مجردة من أي حق أن يتمسك ببطلان العقد، كجار يتمسك ببطلان عقد إيجار جاره كراهيةً في مجاورته له أو تاجر يتمسك ببطلان عقد شركة مجاورة له تقاضيًا لمنافستها له، فمثل هذه المصلحة مجردة عن الحق فلا يعتد بها قانونًا².

وبناءً على ما سبق يكون لأي من العاقدين أن يتمسك بالبطلان حتى وإن كان البطلان قد جاء من ناحيته، حيث يترتب على البطلان استرداد أدائه لدى الطرف الآخر، كما يثبت حق التمسك بالبطلان للخلف العام لهاذين العاقدين أي للورثة والموصى له بحصة في التركة، كما يثبت هذا الحق للخلف الخاص لهما، كما يثبت لدائني العاقدين حق التمسك بالبطلان، لأنه إذا كان العقد بيعًا وأبطل العقد استرد البائع المبيع فيمكن لدائنيه أن ينفذوا عليه بحقهم باعتباره أحد عناصر الذمة المالية لمدينهم والتي تمثل ضمانًا عامًا لدائنيه كما يمكن لدائني المشتري أن ينفذوا بحقهم على الثمن الذي يعود إلى ذمة المشتري.

يمكن للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، إذا عرض عليها نزاع ورأت أن العقد محل النزاع به حالة من حالات البطلان المطلق سالف الذكر، كما لو كان العقد صادرًا من عديم الأهلية أو كان الرضا غير موجود لعدم تطابق الإرادتين أو كان العقد شكليًا وتخلف الشكل المطلوب له قانونًا كهبة غير رسمية، فعندئذ تقضي المحكمة بالبطلان من تلقاء نفسها ولو لم

¹ ابن شويخ رشيد، مرجع سابق ص 108، 109

² علي علي سليمان مرجع سابق ص 77.

يطلب منها ذلك أحد أصحاب المصلحة في البطلان، بل إن ذلك واجب على المحكمة يتعين عليها أدائه، وليس مجرد حق أو رخصة تستعملها أو لا تستعملها (المادة 102 من القانون المدني الجزائري).

3-التقادم يرد على دعوى البطلان ولا يرد على الدفع به

على الرغم من أن العقد الباطل عقد معدوم لا وجود له، إلا أن القانون اتجه إلى إسقاط حق التمسك بالبطلان بطريق الدعوى بمضي خمسة عشرة سنة من تاريخ إبرام هذا العقد الباطل (المادة 2/102 من القانون المدني الجزائري)، وذلك رغبة في الحفاظ على استقرار المعاملات بعد مضي هذه الفترة الزمنية الطويلة.

بيد أن سقوط حق طلب بطلان العقد الباطل بالتقادم لا يعني أن هذا العقد قد انقلب صحيحاً بين طرفيه بمضي مدة التقادم، وإنما يظل عقداً معدوماً لا وجود له بين طرفيه أو بالنسبة لغيرهما، غاية ما هنالك أن مثل هذا العقد لا تسمح دعوى مبتدأة ببطلانه.

وإذا كان التقادم يرد على دعوى البطلان، فإنه لا يرد على الدفع به، لأن الدفع بالبطلان لا يثير خصومة قضائية فهو لا يعدو عن كونه مجرد تمسك بأمر واقع فالعقد الباطل عقد معدوم لا أثر له ولذلك يمكن للعائد الذي سقط حقه، رفع دعوى البطلان بالتقادم أن يجد ضالته في التحصن بالدفع بهذا البطلان إذا طالبه العائد الآخر بتنفيذ العقد، كما لو طلب المشتري بعقد باطل من البائع تسليمه المبيع، حيث يمكن للبائع أن يرد طلبه بالدفع ببطلان العقد، وإذا حدث أن قام البائع بتسليمه المبيع فإن له الحق في رفع دعوى الاستحقاق لاسترداداه فهي لا تسقط بالتقادم، وإذا تمسك المشتري في مواجهة طلبه في هذه الدعوى بالعقد كان له أن يقع ببطلان هذا العقد.

ويقول أحد الفقهاء - وبحق - إن تأييد " الدفع بالبطلان " هو الذي يمنع من تنفيذ عقد باطل مهما طال الزمن، وهو ما يترتب عليه تحقيق قدر من العدالة التي قد نفتقدها بسبب تقادم

دعوى البطلان ذلك أنه قد يحدث ألا يثير أي من الطرفين مسألة بطلان العقد طوال فترة التقادم وحتى اكتمالها، ولكن قد يطلب أحدهما التنفيذ بعد هذه الفترة، وهنا يكون الدفع بالبطلان هو خير وسيلة لرد هذه المطالبة¹.

4- لا يحتاج البطلان إلى اتفاق أو حكم لإنشائه².

لا جرم أن العقد إذا كان باطلاً فلا حاجة للعائد ذي المصلحة في هذا البطلان أن يتفق مع العاقد الآخر على بطلانه أو أن يرفع دعوى لإنشائه، نظرًا لأنه عقد معدوم الوجود في ذاته لا يترتب عليه أثر - كقاعدة عامة - سواء بين طرفيه أو بالنسبة لغيرهما من أصحاب المصلحة في التمسك بهذا البطلان، وبالتالي يمكن لذوي المصلحة في البطلان أن يرتبوا شؤونهم على هذا الأساس، فيكون للشخص الذي باع عقارًا له بعقد باطل أن يتصرف في هذا العقار على أساس انعدام العقد الأول، لكونه باطلاً، كما أنه من حق دائنيه أن يقوموا بالتنفيذ على هذا العقار بوصفه أحد عناصر ذمة مدينهم، ويكون من حق البائع إذا رفع عليه مشتري العقار دعوى يطالبه فيها بتسليمه المبيع بموجب هذا العقد الباطل أن يرد هذه الدعوى عن طريق الدفع ببطلان عقد البيع.

بيد أنه قد يكون من مصلحة من يتمسك ببطلان العقد الباطل أن يقوم برفع دعوى مبتدأة أمام القضاء للمطالبة بتقريره، لاسيما إذا كان سبب البطلان مثار جدل واختلاف بين طرفي العقد مما يستوجب تدخل القاضي لحسم النزاع بينهما بشأنه، كما لو كان سبب البطلان يرجع إلى الباعث النفسي الدافع إلى التعاقد والمشوب بعدم المشروعية، على أن يراعي أن القاضي إذا أصدر حكماً بالبطلان بعد التثبت من توافر سبب النطق به فإن حكمه لا يعد منشئاً لهذا البطلان وإنما يعد حكماً كاشفاً ومقرراً لعقد باطل أصلاً.

¹ زكريا سرايش، مرجع سابق، ص 115.

² دريد محمود على، مرجع سابق، ص 216.

الفرع الثاني : البطلان النسبي

أولاً : - حالات البطلان النسبي:

يعتبر العقد باطلا بطلانا نسبيا أو قابلا للإبطال في الحالات الآتية¹:

الحالة الأولى: إذا كان أحد العاقدين ناقص الأهلية وكان العقد دائرا بين النفع والضرر.

الحالة الثانية: إذا شاب رضاء أحد العاقدين عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال.

الحالة الثالثة : إذا ورد نص قانوني خاص يقرر قابلية العقد للإبطال مثال ذلك بيع ملك الغير حسب ما تنص عليه المادة 397/1 مدني جزائري على أنه " إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، أعلن أو لم يعلن بيعه " .

ثانيا: خصائص البطلان النسبي

يتميز البطلان النسبي بالخصائص الآتية:

1- البطلان النسبي يزول بالإجازة²:

العقد القابل للإبطال عقد صحيح توافرت فيه كافة أركان العقد، و تحققت في أركانه كافة شروطها باستثناء ركن التراضي الذي وإن توافر فيه شرط الوجود، إلا أنه قد افتقر إلى شرط الصحة لنقص أهلية العاقد أو لتعيب رضائه بأحد العيوب المفسدة له، فالعقد هنا عقد قائم وصحيح ولكنه مهدد بالزوال إذا تمسك ببطلانه من كان رضؤه به غير صحيح فإذا أجازته من

¹ ابن شويخ رشيد، مرجع سابق ص 105.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ص ص 516، 519.

له حق التمسك ببطلانه استقرت له صحته ووجوده بصورة نهائية وتلاشى عنه خطر زواله (المادة 100 م ج)، فما هو معنى الإجازة؟

معنى الإجازة : إجازة العقد القابل للإبطال هي تصرف قانوني من جانب واحد وهو المجيز، يعلن فيه عن ارادته في غض الطرف عما شاب صحة رضائه من نقص في الأهلية أو تعيب هذا الرضاء بأحد العيوب المفسدة له.

فلا تحتاج الإجازة الى قبول فهي عمل إنفرادي يصدر من المجيز فيؤتي أثره دون توقف على ارادة الطرف الآخر باعلان القبول له، وبالتالي ليس من حق المجيز أن يرجع في إجازته بحجة عدم إعلان الطرف قبوله لها¹.

من له حق الإجازة :

يثبت حق إجازة العقد القابل للإبطال للعائد الذي جعل له القانون حق الإبطال لمصلحته بسبب نقص أهليته أو فساد رضائه بأحد عيوب الرضاء، وبذلك تصح الإجازة من ناقص الأهلية بعد بلوغ سن الرشد أو من وليه أو وصيه قبل بلوغه هذه السن، متى كانت قابلية العقد للإبطال بسبب نقص الأهلية، و تصدر من المتعاقد الذي وقع في غلط تلقائي أو غلط مدفوع، أو الذي تعرض لإكراه معنوي، أو ممن وقع في غبن بسبب استغلال الطرف الآخر لطيشه البين أو هواه الجامح، إذا كان سبب البطلان يرجع الى فساد التراضي بعيب الغلط أو التدليس أو الاكراه او الاستغلال.

شروط صحة الإجازة :الإجازة كعمل قانوني من جانب واحد يلزم لصحتها أن تتوافر لها الشروط الآتية:

¹ عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق ص 117، 118.

أن تصدر من صاحب الحق في إصدارها وهو من تقرر البطلان لمصلحته من العاقدين، وبالتالي لا تصح الإجازة من الطرف الآخر غير من تقرر الإبطال لمصلحته.

أن تصدر الإجازة عن رضاء حر خال من عيوب التراضي سالفه الذكر.

أن يعلم المجيز بسبب قابلية العقد للإبطال ويتجه رغم ذلك إلى إجازة العقد، وهذا يقتضي أن يكون على علم بأن العقد كان قابلاً للإبطال لمصلحته بسبب الغلط التلقائي الذي وقع فيه فجعله يتوهم غير الواقع، أو بسبب الغلط المدفوع نتيجة لتدليس العاقد الآخر أو بسبب الرهبة التي حدثت له من الإكراه المعنوي الذي تعرض فحمله على العقد. . الخ، وأنه يرغب رغم ذلك في إجازة هذا العقد والتنازل عن حقه في المطالبة بإبطاله ليستقر العقد صحيحاً بصورة نهائية.

شكل الإجازة:

لا يلزم في التعبير عن الإجازة شكل خاص، فيجوز أن يكون التعبير عنها بصورة صريحة عن طريق القول أو الكتابة أو الإشارة، أو بطريقة ضمنية يُستفاد منها قصد إجازة العقد كقيام المشتري للمبيع بعقد صحيح قابل للإبطال بسبب عيب الغلط، بالتصرف بالمبيع رغم علمه بهذا العيب الذي وقع فيه، مما يدل على إجازته للعقد رغم وجود الغلط الذي كان مهدداً له بالإبطال (المادة 100 م ج).

أثر الإجازة:

يترتب على صدور الإجازة ممن له الحق فيها أن يستقر العقد، الذي كان قبل صدورها قابلاً للإبطال، صحيحاً بصفة نهائية ويزول عنه خطر التهديد بالزوال.

ويقع على عاتق من يدعي حصول الإجازة للعقد القابل للإبطال ممن له الحق فيها عبء إثبات ما يدعيه. ويمكنه إثبات الإجازة بكافة طرق الإثبات، على أساس أن المكلف بالإثبات ليس

طرفاً في الإجازة فهي عمل قانوني من جانب واحد، وبالتالي لا يُطالب بدليل معين من أدلة الإثبات.

وإذا أُجيز العقد القابل للإبطال استقر صحيحاً بصفة نهائية وزال عنه ما كان يتهدهه من خطر القابلية للإبطال، لا من وقت صدور الإجازة ممن له الحق فيها ولكن من وقت إبرام العقد، لأن للإجازة أثراً رجعياً¹.

بيد أن ارتداد أثر الإجازة إلى وقت إبرام العقد مقيد بعدم الإضرار بحقوق الغير حسن النية، فلا ينبغي أن يضار من هذا الأثر الرجعي ذلك الغير الذي كسب حقاً قبل صدور الإجازة، فلو تصورنا أن أحد العاقدين قد باع عقاراً له للآخر، تحت تأثير الرهبة التي حدثت نتيجة للإكراه المعنوي المتصل بعلم العاقد الآخر، ثم قام برهن العقار نفسه إلى ثالث حسن النية على أساس أنه سيطلب إبطال العقد بهذا الإكراه، ولكنه عدل عن هذا الطلب وأجاز العقد، فإنه وإن كانت هذه الإجازة تجعل العقد صحيحاً منذ إبرامه، فتزيل ملكية البائع المُكْرَه من وقت إبرام العقد فتجعله غير ذي صفة في إيقاع الرهن بحسب الأصل إلا أن القانون قيد الأثر الرجعي للإجازة بعدم الإضرار بحقوق الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً قبل صدورهما، وبذلك يبقى الرهن على العقار المبيع صحيحاً وناظراً حماية للغير حسن النية (المادة 100 م ج).

2_ المطالبة بالبطلان النسبي حق مقصور على من تقرر لصالحه:

العقد القابل للإبطال عقد موجود وصحيح بين طرفيه، غاية من هنالك رضاء أحد طرفيه شابه قصور في صحته إما نتيجة لنقص أهليته أو بسبب ما أفسده أحد عيوب التراضي، ولذلك فقد جعل له القانون وحده حق طلب إبطال هذا العقد فينقلب على اثر الحكم بالبطلان إلى عقد باطل تزول عنه كل آثاره، أو التنازل عن هذا الطلب بإجازته صراحة أو ضمناً فيستقر صحيحاً باتاً غير مهدد بالزوال (المادة 99 من القانون المدني الجزائري).

¹ عبد القادر الفار، مرجع سابق ص 105

فلا يجوز للعائد مع ناقص الأهلية أو مع من وقع رضائه بالعقد تحت تأثير الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال، أن يطلب إبطال العقد، لأنه حق مقصور على من تقرر الإبطال لصالحه. كما لا يجوز للمحكمة أن تقضي بهذا البطلان من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب العائد الآخر غير من تقرر الإبطال لمصلحته¹.

وينتقل حق طلب الإبطال للخلف العام للمتعاقد صاحب الحق فيه بعد وفاته، فيكون لورثة القاصر أو ورثة المتعاقد المعيب رضائه الحق في طلب إبطال العقد بعد موت مورثهم، كما أن لهم حق التنازل عنه بإجازة العقد صراحةً أو ضمناً.

ويثبت للخلف الخاص لهذا العائد أو لدائنيه حق التمسك بالإبطال عن طريق الدعوى غير المباشرة، أي عن طريق استعمالهم لحق مدينهم الذي تراخى في استعماله، إذ ليس لهم من حق مباشر في مواجهة العائد الآخر.

3_ لا يتم البطلان إلا بالاتفاق أو بحكم قضائي:

انه على خلاف العقد الباطل الذي لا يحتاج إلى اتفاق أو حكم لبطلانه باعتباره عقداً معدوماً غير موجود أصلاً، فإن العقد القابل للإبطال عقد صحيح قائم بين طرفيه يحمل في ثناياه ما يهدده بالزوال، لذلك فهو يظل موجوداً ومنتجاً لآثاره إلى أن يتم إبطاله بطريق الاتفاق بين طرفي العقد أو عن طريق القضاء بصدور حكم ببطلانه².

ولذلك يعتبر الاتفاق أو الحكم منشئاً لهذا البطلان وليس مقررراً أو كاشفاً له بخلاف الحال في البطلان المطلق، وهذا أمر منطقي لأن الحكم الذي يصدر بشأن عقد باطل معدوم الوجود لا يضيف شيئاً ولا ينشئ شيئاً جديداً، فهو يقرر أمراً واقعاً بشأن عقد ميت أصلاً، بعكس الحال في حالة البطلان النسبي، فالحكم يصدر في مواجهة عقد موجود وصحيح بين طرفيه فيجعله عقداً

¹تادر محمد ابراهيم، مرجع سابق، ص166.

²دريد محمود علي، مرجع سابق ص 217.

باطلاً عديم الوجود والأثر بعد أن كان صحيحاً منتج للأثر بسبب عدم صحة رضاء أحد طرفيه.

4_ الدعوى والدفع يسقطان بالتقادم:

أنه على خلاف الحال في البطلان المطلق الذي يسقط فيه الحق في رفع دعوى مبتدأة لطلبه بمضي المدة دون سقوط الحق في الدفع به، فإن كلاً من الدعوى والدفع يسقطان بمضي المدة في حالة البطلان النسبي (5 سنوات)، ويرجع هذا التمايز بين هذين النوعين من البطلان في هذا الخصوص إلى أن الدفع بالبطلان النسبي كالدعوى من حيث الأثر، حيث يثير خصومة قضائية بشأن عقد موجود وصحيح تحتاج إلى حكم قضائي ينشئ وصف البطلان فيها فيكون حكماً منشئاً للبطلان وليس كاشفاً عنه أو مقررأ له، هذا بعكس الحال في البطلان المطلق، حيث إن الدفع بالبطلان لا يعدو عن كونه مجرد تمسك بأمر واقع لا يثير في الحقيقة أدنى خصومة قضائية بشأنه، بل إنه حتى في الحالة التي قد تثور خصومة بين العاقدين بصدده فإن حكم القاضي فيها يكون كاشفاً عن وصف البطلان الموجود بالعقد أصلاً وليس منشئاً له¹.

ومما تجدر ملاحظته أن القانون المدني الجزائري قد عمد إلى التمييز في مجال بدء حساب مدة التقادم بين ما إذا كانت قابلية العقد للإبطال ترجع إلى نقص أهلية أحد العاقدين أو ترجع إلى فساد رضائه بعيب الغلط أو التدليس أو الإكراه، وذلك على التفصيل الآتي:

أ- إذا كانت قابلية العقد للإبطال ترجع إلى نقص أهلية أحد العاقدين، فإن دعوى المطالبة بإبطاله لا تسقط إلا بمضي خمس سنوات يبدأ حسابها من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، ويرجع ذلك لأن نقص أهلية العاقد قد تطول فتستوعب مدة تزيد على المدة المقررة.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ص 522.

ب- أما إذا كانت قابلية العقد للإبطال ترجع إلى فساد رضاء أحد العاقدين بسبب عيب الغلط أو التدليس أو الإكراه، فيبدأ حساب مدة الخمس سنوات من اليوم الذي يتم فيه اكتشاف الغلط أو التدليس أو من يوم انقطاع الإكراه.

ج- غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال بسبب الغلط أو التدليس أو الإكراه إذا إنقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد (المادة 101 مدني جزائري).
- مثال للتوضيح:

تاريخ إبرام العقد: 01 - 01 - 2001

تاريخ اكتشاف الغلط : 01 - 01 - 2010

حساب مدة التقادم :

أ - من يوم صدور العقد: انقضت 10 سنوات

ب - من يوم اكتشاف العيب يبدأ حساب 5 سنوات من يوم اكتشاف العيب وهو الغلط اذن:

2010 + 05 ⇐ 2025

نحن بتاريخ مثلا 01-01-2011 : تقادم الحق في طلب الإبطال انقلب العقد صحيح غير مهدد بالزوال .

الحق في الإبطال العقد في هذه الحالة يتقادم بانقضاء 10 سنوات من يوم أم العقد لا بانقضاء 5 سنوات من يوم اكتشاف الغلط، لأن المدة الأولى هي الأقصر و التقادم يكون بأقصر الأجلين 5 سنوات من يوم اكتشاف العيب أو 10 سنوات من وقت تمام العقد.

مثال آخر : تاريخ إبرام العقد 01 - 01 - 2001

تاريخ اكتشاف الغلط 01 - 01 - 2005

الحق في الإبطال العقد في هذه الحالة يتقادم بانقضاء 5 سنوات يبدأ حسابها من تاريخ اكتشاف الغلط وهو: 2005-01-01 → 05+2005 ⇐ 2010

نحن بتاريخ مثلا 01 - 01 - 2008 : له الحق في طلب الإبطال (من وقع في خطأ دفعه للتعاقد).

نحن بتاريخ مثلا 01 - 01 - 2011: تقادم الحق في طلب الإبطال و انقلب العقد صحيحا غير مهدد بالزوال.

الفرع الثالث: اثار البطلان

الأصل العام أنه متى بحكم ببطلان العقد، سواء أكان العقد باطلاً أصلاً أم كان قابلاً للإبطال، فالنتيجة واحدة وهي أن العقد قد أصبح معدوماً منذ إبرامه، فلا يصلح لترتيب أي أثر من آثار العقد الصحيح سواء في إطار العلاقة بين طرفيه أو بالنسبة للغير. بيد أن القانون قد يتجه رغم ذلك في بعض الأحوال إلى الحد من فكرة انعدام العقد الباطل بالكلية فيرتب عليه بعض آثار العقد الصحيح وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً:الأصل العام: الأثر الرجعي للعقد

القاعدة العامة أنه إذا حكم القاضي ببطلان العقد أياً كان نوع البطلان زال كل أثر للعقد بين طرفيه منذ ميلاده فيصير كالعدم سواء بسواء، فإن كان العقد لم ينفذ قبل هذا الحكم فلا مجال لتنفيذه مطلقاً أما إذا كان العاقدان قد نفذاه كلياً أو جزئياً وجب إعادة العاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيرد كل واحد منهما إلى الآخر حقه الذي أخذه بموجب هذا العقد الباطل المعدوم، فإن كان العقد بيعاً وجب على البائع رد الثمن إلى المشتري ووجب على المشتري أن يرد المبيع إلى البائع.

وإذا حدث وتعذر إعادة العاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، كما لو كان المبيع قد هلك في يد المشتري لسبب يرجع إليه أو كان العقد من عقود الزمنية كعقد إيجار مثلاً، ففي هذه الحالة يُعوض البائع تعويضاً عادلاً عن هلاك المبيع، ويعوض المؤجر عن مدة الإيجار التي انتفع فيها المستأجر بالعين المؤجرة قبل الحكم ببطلان عقد الإيجار تعويضاً عادلاً، (المادة 103 م ج)¹.

ويحول دون العاقد واسترداد ما أداه في العقد، أن يكون الحكم ببطلان العقد لسبب يرجع إليه أو كان عالماً به فإبطال عقد شراء شقة لعدم مشروعية الباعث (كما لو كان المشتري قد اشتراها لاستغلالها في أعمال منافية للنظام العام والآداب) يمنعه من أن يسترد الثمن الذي دفعه للبائع كمقابل للشقة، (المادة 103 الفقرة 3 م ج)².

ثانياً: بيد أنه قد يخرج القانون في بعض الأحوال على منطبق البطلان الذي يوجب الانعدام الكلي للعقد فيرتب على العقد الباطل بعض آثار العقد الصحيح، أو يُخالف أثر الحكم بالبطلان الذي يوجب إلزام كل عاقد برد ما أخذه كاملاً من العاقد الآخر بموجب العقد المحكوم ببطلانه، فلا يلزم العاقد برد كامل ما أخذ ولكن يلزمه بالرد في حدود ما عاد عليه من منفعة بسبب العقد، وذلك على النحو التالي:

1- ◀ الحد من أثر البطلان في خصوص التزام ناقص الأهلية بالرد ▶

لقد كان من مقتضى القاعدة العامة لأثر البطلان والتي توجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام التصرف الباطل، أن يلتزم ناقص الأهلية أو عديمها برد الأداء الذي حصل عليه من العاقد الآخر بناءً على العقد قبل بطلانه كاملاً، فيرد إليه كامل الثمن الذي دفعه إليه مشتري العقار، ما دام أنه سيسترد منه في المقابل المبيع كاملاً. غير أن القانون خرج على هذا

¹ علي فيلالي، مرجع سابق ص 345.

² بلحاج العربي، مرجع سابق ص 352.

الأصل العام ولم يُجز إلزام ناقص الأهلية بالرد إلا في حدود ما عاد عليه من منفعة بسبب العقد، وذلك من باب الرعاية لمصلحة ناقص الأهلية، (المادة 103 الفقرة 2 م ج).

ويقع على عاتق الطرف الآخر إثبات مدى المنفعة التي عادت على ناقص الأهلية من وراء العقد، كأن يكون قد استعمل ثمن بيع العقار في سداد دين كان عليه أو في شراء عقار آخر أو أنفقه في تعليمه أو في شيء يعود عليه بالنفع، أما إذا كان ناقص الأهلية قد بدد هذا الثمن في ما يضره كما لو أنفقها في ملذاته وشهواته فلا يقع عليه التزام بالرد في مواجهة العاقد الآخر، وفي هذه الحالة يتحمل العاقد مع ناقص الأهلية مغبة هذا التعامل حيث كان ينبغي عليه التثبت قبل إبرام العقد من أهلية من سيتعاقد معه، ومادام أنه لم يكثر بذلك أو علم بنقص أهلية هذا العاقد ورغم ذلك تعاقد معه، فيستحق من وجهة نظر واضع القانون أن يتحمل مغبة آثار العقد القابل للإبطال لنقص أهلية من تعاقد معه إذا حكم ببطلانه بعد ذلك بناء على طلب ناقص الأهلية، فلا يسترد من ناقص الأهلية إلا في حدود ما عاد على ناقص الأهلية من منفعة بسبب أدائه في العقد، بحيث إذا عدت المنفعة فلا يُسترد شيئاً¹.

2 - ◀ الحد من أثر بطلان عقد الشركة ▶

لقد كان من مقتضى الأصل العام لبطلان عقد الشركة في إطار العلاقة بين الشركاء، أن يصير هذا العقد معدوماً منذ إبرامه، غير أن تطبيق فكرة الانعدام الكلي للعقد الباطل على عقد الشركة من شأنه أن يؤدي إلى تجاهل وجود الشركة كشركة واقعية لها آثارها بين الشركاء أو في مواجهة الغير الذين تعاملوا مع هذه الشركة لذلك فقد اتجه الفقه والقضاء إلى الاعتداد بالوجود الفعلي أو الواقعي للشركة في إطار العلاقة بين الشركاء وقصر أثر البطلان على المستقبل دون الماضي، بحيث يرجع إلى نصوص العقد الباطل في تصفية حقوق الشركاء في الفترة السابقة على الحكم ببطلان عقد الشركة، وتوزع الأرباح والخسائر على هؤلاء الشركاء

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ص 538.

على ضوء ما ورد في هذا العقد من نصوص، مما يدل على الحد من آثار البطلان بالنسبة للماضي وقصر آثاره على المستقبل فقط، خروجاً على فكرة الأثر الرجعي لبطلان العقد¹.

3 - البطلان الجزئي أو إنتقاص العقد:

قد يحدث أن ينشأ العقد صحيحاً في أغلب أجزائه ولكن يشوبه البطلان أو القابلية للإبطال في جزء منه فقط، ففي هذه الحالة يميل القانون إلى بتر الجزء الباطل فقط والإبقاء على الأجزاء الصحيحة للعقد وذلك خروجاً على منطق البطلان الذي يوجب إنعدام العقد كلياً إذا تضمن ما يشوبه بالبطلان أو القابلية للإبطال و تمسك صاحب الحق بالإبطال.

إذ تفترض فكرة البطلان الجزئي أننا بصدد عقد غير صحيح في كل أجزائه، كما أنه في نفس الوقت ليس باطلاً أو قابلاً للإبطال في كل أجزائه، هو إنما هو عقد صحيح في معلم أجزائه ويشوبه البطلان أو القابلية للإبطال في جزء أو شق منه فقط²، و يفضل القانون الإبقاء على مثل هذا العقد في أجزائه الصحيحة والاكتفاء ببتر الجزء الباطل أو القابل للإبطال (إذا طلب صاحب المصلحة في الإبطال ذلك) بدلا من إبطال العقد كلية.

وفي ذلك تنص المادة 104 مدني جزائري على أنه " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله".

ومثاله كأن يشتري شخص مجموعة من السلع من آخر ويقع في غلط جوهري في إحدى هذه السلع ففي هذا المثال يمكن بموجب فكرة البطلان الجزئي أن تُبطل فقط الجزء الباطل فقط أو نحكم ببطلان الجزء القابل للإبطال متى تمسك به صاحب الحق ونبقي على باقي العقد في

¹فتاحي محمد، الشركة الفعلية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية و السياسية، العدد 13، المجلد 17، 2016، ص101.

² محمد الصبري السعدي، مرجع سابق ص 266 وما يليها.

أجزائه الصحيحة، فيصح البيع بالنسبة لجميع السلع باستثناء السلعة التي وقع فيها المشتري في غلط جوهري، هذا كله ما لم يتبين من ظروف التعاقد أن إرادة العاقدين ما كانت لتتجه إلى إبرام العقد بدون وجود الشق الباطل أو القابل للإبطال من هذا العقد، فعندئذ يبطل العقد في جميع أجزائه.

وقد ينص القانون على البطلان الجزئي أو انتقاص العقد ولو كان ذلك على غير إرادة عاقيه وذلك في الحالات التي يقصد فيها العاقدان من وجود الجزء الباطل في العقد إهدار قواعد القانون المتصلة بالنظام العام، كأن يبرم العاقدان عقد بيع لسلعة بسعر يجاوز سعرها الإلزامي المحدد لها حيث يبطل في هذه الحالة الجزء الباطل المخالف لنصوص القانون فقط ويصح العقد بدونها حتى وإن كانت إرادة العاقدين قد انصرفت إلى عدم قبول العقد بدون هذا الجزء الباطل¹.

4 - تحول العقد:

قد يحدث أن يتضمن العقد الباطل أو القابل للإبطال بين ثناياه عناصر عقد آخر وإن لم يقصده العاقدان إلا أن إرادتهما كانت ستتصرف إليه حتماً لو كانا يعلمان ببطلان العقد الأصلي، فعندئذ يعتد قانوناً بعناصر العقد الآخر الموجودة بين أشلاء وركام العقد الباطل أو القابل للإبطال، ما دام أن تحول العقد الباطل أو القابل للإبطال إلى العقد الآخر أمر يتفق مع الإرادة المحتملة أو المتوقعة لطرفي العقد، كما تتحقق من خلاله المصلحة العامة كأثر فوري للإبقاء على العقود وعدم إهدار كل قيمة لها بصورة كاملة².

¹ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص، 94.

² علي علي سليمان، مرجع سابق ص 80.

وفي ذلك تنص المادة 105 مدني جزائري على أنه "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية العاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد".

مثلاً عقد البيع الباطل لتفاهة الثمن قد يصلح عقد هبة صحيحة إذا توافرت لدى البائع نية التبرع وأُفرغ التصرف في الشكل الرسمي المطلوب لذلك قانوناً.

شروط فكرة تحول العقد:

الشرط الأول:

أن يكون العقد الأصلي باطلاً أو قابلاً للإبطال، وهذا أمر بديهي لأن العقد الأصلي إذا كان صحيحاً فلا يتحول منه إلى غيره احتراماً لما له من قوة ملزمة لطرفيه كعقد تلاقى عليه إرادتا طرفيه، حتى ولو ثبت أن العاقدين يؤثران عليه العقد الآخر الذي يتضمن العقد الأصلي عناصره، فلا يتحول عقد الهبة متى كان صحيحاً إلى بيع بئس و لو كان العاقدان يؤثران على الهبة.

كما أنه إذا كان العقد الأصلي باطلاً أو قابلاً للإبطال في جزء منه فقط، وصحيحاً في بقية أجزائه فلا يُؤخذ بفكرة تحول العقد ولكن يؤخذ بفكرة البطلان الجزئي أو انتقاص العقد، على أساس أن أعمال فكرة إنقاص العقد يعتمد على الإرادة الحقيقية لطرفي العقد، في حين أن أعمال فكرة تحول العقد يعتمد على الإرادة المحتملة لهما.

الشرط الثاني:

توافر كل عناصر العقد الجديا بالعقد الأصلي الباطل أو القابل للإبطال، وهذا شرط منطقي تستوجبه فكرة تحول العقد ذاتها، فلا يمكن التحول من عقد باطل أو قابل للإبطال إلى غيره

كعقد جديد إلا إذا توافرت بين أشلاء هذا العقد الباطل أو القابل للإبطال كافة عناصر العقد الجديد.

وليس من حق القاضي أن يتلمس كل أو بعض عناصر العقد الجديد من خارج العقد الأصلي المشوب بالبطلان أو كما يقول البعض: لا يجوز استحداث عنصر خارجي وإقحامه على العملية العقدية لإعمال فكرة تحول العقد، بحيث إذا أبطل عقد بيع سيارة لكونها غير مملوكة للبائع فلا يجوز القول بتحول العقد إلى سيارة أخرى يملكها هذا البائع، لأن المحل في العقد الباطل غير المحل الذي يُراد تحويل العقد الجديد إليه وهذا مما يخالف منطق نظرية التحول وجوهرها.

الشرط الثالث:

أن تكون الإرادة المحتملة للعاقدين ستتجه إلى العقد لو تبينا بطلان العقد الأصلي، على أساس أن فكرة التحول لا تقوم على مبدأ التسلط على إرادة العاقدين بتلمس العقد الجديد بعيداً عن إرادتهما، ولكنها تقوم على أساس التفسير المنطقي للإرادة المشتركة للعاقدين حيث يستفاد من ظروف العقد وملاساته أن هذه الإرادة يحتمل أنها كانت تتصرف إلى العقد الجديد لو علم المتعاقدان ببطلان العقد الأصلي.

المبحث الثالث: آثار العقد

يتحقق إبرام العقد وفقاً لأحكام القانون أن تترتب بعض الآثار، فتنشأ في ذمة المتعاقدين الحقوق والالتزامات، التي اتجهت إرادتهما إليها، ويصبح العقد "شريعة المتعاقدين"، أن تصبح أحكام العقد هي القانون الذي يحكم علاقة طرفيه ولا ينحصر أثر العقد في أطرافه، بل يمتد إلى من تربطهم صلة بالمتعاقدين مثل الخلف العام والخاص والدائنين.

ويقال في هذا الصدد أن آثار العقد نسبية، فهذه الآثار نسبية من حيث الأشخاص ونسبية من حيث المضمون.

المطلب الأول: آثار العقد من حيث الأشخاص

الأصل أن آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين، وخلفهما العام والخاص بشروط معينة، ما غير هؤلاء، فلا تنصرف إليهم من حيث الأصل آثار العقد، حيث لا يلتزمون بما ينشأ عنه من التزامات ولا يتلقون ما يتولد عنه من حقوق، ولكن مع ذلك فإن آثار العقد قد تنصرف إلى الغير على سبيل الاستثناء في بعض الحالات.

الفرع الأول: آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين

القاعدة الأساسية هي نسبية أثر العقد¹، و معنى ذلك أن الالتزامات و الحقوق الناشئة عن العقد تنصرف إلى المتعاقدين فقط، ولا تتعدى غيرهما، كما أن الخلف العام والخلف الخاص ليسوا من الغير إذا توافرت شروط معينة.

أولاً: أثر العقد بالنسبة للخلف العام

يقصد بالخلف العام كل من تلقى من سلفه نتمته المالية كلها أو جزء شائعاً فيها، وبالتالي فإن كل من الوارث والموصى له بجزء شائع من التركة كالثالث أو الربع يعتبر خلفاً عاماً². فأثر العقد ينصرف إلى هذا الخلف العام، ويرتبط به هذا الخلف كما يرتبط به السلف، ولكن استثناء من هذا الأصل لا ينصرف أثر العقد إلى خلف المتعاقدين العام في الأحوال التالية³:

وقد نصت المادة 108 من القانون المدني على ذلك بقولها: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث."

¹ نادر محمد ابراهيم . مرجع سابق ص 170.

² كريد علي محمود .مرجع سابق ص 243.

³ علي علي سليمان .مرجع سابق ص 86، 87.

إذا كانت طبيعة العقد ذاتها تستوجب عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، كون شخصية المتعاقد محل اعتبار، مثل التعاقد مع فنان أو مهندس معين.

إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، كأن يتفق الطرفان في عقد الإيجار على انتهاء العقد بوفاة أحدهما.

نلاحظ ان الشريعة الإسلامية وضعت قاعدة تقول: "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، فطبقاً لهذه القاعدة لا تنتقل التزامات المورث إلى ورثته، بل تتعلق التزاماته بتركته، ولا يلتزم ورثته بديونه، ولا تنتقل إليهم التركة إلا بعد سداد ديون المورث.

إذا وجد نص في القانون يقضي بعدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، كما هو الحال في الحال في عقد الشركة حيث ينص القانون على انتهاء عقد الشركة بموت أحد الشركاء (المادة 439 القانون المدني)، وينص أيضاً على إنتهاء عقد الوكالة بموت الوكيل أو الموكل (المادة 586 القانون المدني)، وحق الانتفاع ينتهي بموت المنتفع (المادة 852 القانون المدني).

قد يُعتبر الخلف العام من الغير¹ بالنسبة للتصرفات التي تصدر عن المورث حال حياته ومضافة إلى ما بعد الموت بقصد الإضرار بورثته من بعده، فالمورث حال حياته حر في أن يتصرف في ماله كيف يشاء ولمن يشاء و لو أدى ذلك إلى تجريدته من كل ما يملك فلا يبقى للورثة من شيء بعد موته، مادامت هذه التصرفات منجزة أي غير مضافة إلى ما بعد الموت، بيد أن المورث ليس من حقه أن يتصرف في أمواله تصرفات مضافة إلى ما بعد وفاته إلا عن طريق الوصية و في حدود ثلث التركة فقط (المادة 185 قانون الأسرة: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، و ما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة") .

¹ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق ص 290.

وبالتالي لو إفترضنا أن المورث قد أوصى قبل موته بكل ماله لأحد ورثته أو لأي شخص آخر، فإن هذه الوصية لا تنفذ في حق الورثة كخلف عام له إلا في حدود الثلث فقط، أما ما يزيد على الثلث فيعتبر الورثة من الغير بالنسبة له فلا ينفذ في حقهم إلا إذا أجازوه.

بل أن واضع القانون حماية للورثة من التحايل على أحكام الميراث من جانب المورث قد اعتبر أي تصرف يصدر عن المورث في مرض الموت ويراد منه التبرع في حكم الوصية (المادة 776 القانون المدني)، ولا ينفذ في حق الورثة إلا في حدود ثلث التركة فقط، كما اعتبر أيضاً كل تصرف يصدر عن المورث في مرض الموت في حكم التبرع فيأخذ حكم الوصية ولا ينفذ إلا في حدود الثلث، ما لم يقدّم الدليل من جانب المتصرف إليه على أنه تصرف بعوض (المادة 776 فقرة 3 القانون المدني)، كأن يثبت أنه دفع المقابل النقدي لما حصل عليه من منقول أو عقار من المورث، كما اعتبر القانون أن تصرف الشخص لأحد ورثته بأحد أعيان التركة حال حياته مع احتفاظه لنفسه بأي طريقة كانت بحيازة هذه العين التي تصرف له فيها و بحقه في الإنتفاع بها مدة حياته، من قبيل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فتسري عليه أحكام الوصية (المادة 777 القانون المدني)، فلا ينفذ في حق الورثة إلا في حدود ثلث التركة، هذا ما لم يُقدّم الدليل على عكس ذلك، كما لو أثبت الوارث أنه اشترى العين من مورثه وأنه قد دفع له ثمن شرائها وأن العين بقيت في حيازة المورث بموجب عقد إيجار، كما لو أن المورث قد استأجرها منه بعد بيعها له.

ثانياً: آثار العقد بالنسبة للخلف الخاص

تعريف : يقصد بالخلف الخاص هو من يتلقى عن غيره عيناً بذاتها أو حقاً عينياً على هذه العين فيخلفه في العقود المتصلة بها¹. فالمشتري يعد خلفاً خاصاً للبائع في العين المبيعة، والموصى له بعين محددة من أعيان التركة يعد خلفاً خاصاً للموصى في هذه العين، وصاحب

¹نجيم أهتوت، مرجع سابق ص 130.

حق الانتفاع يعد خلفاً خاصاً لمالك الرقبة في العين التي له عليها حق انتفاع، والدائن المرتهن للعقار يعد خلفاً خاصاً للراهن الذي تلقى عنه حق الرهن كحق عيني على العين المرهونة.

ومما تجدر ملاحظته أن خلافة الخلف الخاص لسلفه تعد خلافة نسبية تقتصر على المال أو الحق الذي تلقاه عن هذا السلف، فلا تمتد إلى غيره من أموال السلف، بعكس الخلف العام فخلافته عامة تشمل كل أموال السلف وما يتصل بها من عقود في الحدود سالفة الذكر.

• شروط انصراف آثار عقد السلف إلى خلفه الخاص¹:

يتعين لإنصراف آثار عقد السلف لخلفه الخاص، أن تتوافر في هذا العقد الشروط التالية:

◆ الشرط الأول: أن يكون هذا العقد متعلقاً بالمال الذي آل إلى الخلف الخاص. فالعقود التي يبرمها السلف بشأن مال آخر من أمواله غير المال الذي انتقل إلى خلفه الخاص يعتبر هذا الخلف الخاص غيراً (من الغير) بالنسبة لها فلا تنفذ في حقه، وهذا أمر منطقي لأن خلافته لسلفه مقصورة على العقود المتصلة بالمال الذي تلقاه عنه، لذا يثور التساؤل حول معرفة متى يكون عقد السلف متصلاً بالمال الذي آل إلى خلفه الخاص ليخلفه في الحقوق والالتزامات المتولدة عنه؟

يعتبر العقد الذي يبرمه السلف متعلقاً بالمال الذي تلقاه عنه الخلف الخاص إذا كانت الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد من مستلزمات هذا المال الذي آل إلى الخلف الخاص.

وتعتبر الحقوق² من مستلزمات هذا المال إذا كانت مكملة له، بحيث تصير من توابعه، ويمكن تبرير انتقالها إلى الخلف الخاص على أساس القاعدة التي تقضي بأن توابع الشيء تلحق به عند التسليم، كما تعد الالتزامات من مستلزمات المال الذي آل إلى الخلف الخاص إذا كانت محددة له، أي تحد من الحق الذي انتقل إلى هذا الخلف فتفرض قيوداً عليه، ويمكن تبرير

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق ص ص 114 و 115.

² عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 295 و ما يليها.

انتقالها من السلف إلى خلفه الخاص على أساس أنها كانت تحد أصلاً من حق المتصرف (أي السلف)، وهو لا يملك أن ينقل لغيره أكثر مما له أصلاً، ذلك أن فاقد الشيء لا يعطيه.

وبناءً على ما سبق يعد حق الارتفاق الذي كان مقرراً لخدمة العقار المبيع بموجب اتفاق سبق أن أبرمه السلف، من الحقوق التي تنتقل إلى الخلف الخاص الذي آلت إليه ملكية هذا العقار، كما تنتقل إلى الخلف الخاص كافة التأمينات أو الضمانات الشخصية (كالكفالة مثلاً) والعينية (كالرهن مثلاً) التي كانت مقررة لضمان الحق الذي آل إلى الخلف الخاص، لذلك إذا أحيل حق لشخص معين، فإن حوالة هذا الحق إليه تنقل إليه إلى جانب هذا الحق المحال له جميع الضمانات العينية والشخصية التي تضمن الوفاء بهذا الحق، كما تنتقل إلى الخلف الخاص كافة الحقوق الشخصية التي تعمل على تقوية وتدعيم الحق الذي آل إليه، فمن يشتري مصنعاً تنتقل إليه إلى جانب ملكية المصنع كحق عيني، التأمين الذي سبق أن أبرمه السلف قبل أن يبيعه هذا المصنع، كما أنه إذا أبرم تاجر اتفاقاً مع تاجر آخر مجاور له بعدم منافسته، ثم باع هذا المتجر، فإن مشتري هذا المتجر تنتقل إليه، إلى جانب ملكية المتجر الحقوق الناشئة عن الاتفاق بعدم المنافسة .

وفي المقابل تنتقل إلى الخلف الخاص الالتزامات التي كانت تحد من الانتفاع¹ بالمال الذي آل إليه من سلفه كما لو كان العقار الذي آل إلى الخلف الخاص محملاً بحق ارتفاق لعقار آخر مجاور له بناءً على اتفاق سبق أن أبرمه السلف مع صاحب العقار المخدوم، حيث يظل العقار بعد انتقاله إلى الخلف الخاص مثقلاً بهذا الحق، أو كان السلف قد التزم قبل بيع العمارة لآخر بعدم الارتفاع بالبناء عن حد معين، فإن هذا الالتزام ينتقل إلى مشتري هذه العمارة، أو كان قد التزم بعدم منافسة تاجر آخر مجاور له، حيث يلتزم خلفه الخاص بعدم المنافسة.

¹دريد محمود علي، مرجع سابق، ص ص 249، 250.

أما الحقوق التي لا تعد من توابع المال الذي آل إلى الخلف الخاص ولا من مكملاته بحسب طبيعة هذا المال أو وفقاً للعرف، فلا تنتقل إليه، كما لو كان بائع السيارة له حق إيوائها في مرآب معين بناءً على اتفاق أبرمه قبل بيعها مع صاحب المرآب فإن هذا الحق لا ينتقل إلى من يشتري هذه السيارة، كما أن الحقوق التي تتصل بشخص السلف ولا تتعلق بالمال الذي آل إلى الخلف الخاص لا تنتقل إلى هذا الخلف كما لو كان المال الذي آل إلى الخلف الخاص أرضاً زراعية، وكان مقرراً للسلفه من قبل صاحب أرض مجاورة حق استعمال أدواته الزراعية لقربة بينهما أو لصلة الصداقة التي تجمعهما، فإن هذا الحق لا ينتقل مع الأرض إلى مشتريها.

وكذلك الحال فإن الالتزامات التي لا تحد من الحق الذي آل إلى الخلف الخاص وتنفك بطبيعتها أو بمقتضى العرف عن الارتباط بهذا الحق، فإنها لا تنفذ في مواجهة هذا الخلف، كما لو كان بائع السيارة قد سبق له الالتزام مع صاحب محل لإيواء السيارات بدفع مبلغ شهري عن إيواء وتنظيف سيارته عنده، فإن مثل هذا الالتزام لا ينتقل إلى خلفه الخاص.

كما لا تنتقل إلى الخلف الخاص الالتزامات التي تتصل بشخص السلف لا بالمال الذي آل إلى خلفه الخاص، كما لو كان السلف قد وهبه آخر العقار المبيع فالتزم السلف في مقابل ذلك بإعطائه إيراداً مرتباً طيلة حياته، فلا ينتقل هذا الالتزام إلى مشتري هذا العقار.

◆ الشرط الثاني: صدور عقد السلف قبل انتقال المال إلى خلفه الخاص

وهذا شرط منطقي إذ لا يتصور أن تُثار مسألة انصراف آثار عقد السلف لخلفه الخاص، إلا إذا كان هذا العقد قد صدر عن السلف قبل أن ينتقل المال إلى خلفه الخاص، فيكون ذا صفة في إبرام أي نوع من أنواع التصرف بشأنه، أما إذا كان العقد تالياً لانتقال ملكية هذا المال إلى الخلف الخاص، فإن أي تصرف يصدر عن سلفه يكون غير نافذ في حقه فلا تتصرف إليه آثاره، لكونه صادراً عن غيره ذي صفة في إصداره، مثال ذلك أن يقوم بائع العقار بعد بيعه

وانتقال ملكيته إلى المشتري بالتسجيل، بإعادة بيعه مرة أخرى أو رهنه أو تأجيله، فلا ينفذ أي عقد من هذه العقود في مواجهة الخلف الخاص، على أساس أن سلفه بعد أن نقل ملكية العقار إليه فقد صفته في إبرام أي عقد بشأن هذا العقار.

◆ الشرط الثالث: علم الخلف الخاص بعقد السلف قبل انتقال المال إليه

يلزم قانوناً للاحتجاج في مواجهة الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه السلف بشأن المال الذي تلقاه عنه، أن يتحقق له العلم بهذا العقد وقت انتقال المال إليه (المادة 109 القانون المدني). وهذا شرط تقتضيه اعتبارات العدالة لأن انتفاء علم الخلف الخاص بما أبرمه سلفه من عقود بشأن المال الذي تلقاه عنه قد يفسد رضاه بالعقد فيوقعه في الغلط كأحد عيوب التراضي، لأنه ربما لو علم بما يثقل هذا المال من حقوق للآخرين لما أقدم على التعاقد أصلاً أو كان سيتعاقد ولكن على الأقل بشروط مغايرة عن الشروط التي تعاقد عليها، الأمر الذي يستوجب ضرورة علمه الحقيقي بعقد السلف التي أبرمها بشأن المال الذي آل إليه قبل التعاقد بشأنه مع هذا السلف، حتى لا يلزم بشيء لا يرضاه¹.

وتتجلى أهمية العلم بصفة خاصة عند الاحتجاج في مواجهة الخلف الخاص بالالتزامات المتولدة عن عقد سلفه بخصوص المال الذي تلقاه عنه. إذ تمثل هذه الالتزامات قيوداً تحد من انتفاعه بالمال الذي آل إليه بعكس الحال بالنسبة للحقوق المتولدة عن عقد السلف، فإنها لا تنتقل ذمة السلف بشيء، بل على العكس قد تقيده دون مقابل، وبالتالي يرى بعض الفقهاء أن ثبوت هذه الحقوق للخلف الخاص لا يحتاج إلى إثبات علمه بها عند تلقيه المال من سلفه، إذ يُفترض فيه القبول لو كان يعلم بها وقت تلقيه المال من سلفه وإذا تبين العكس بأن كان يرفضها لو علم بها من قبل، فما عليه إلا أن ينتازل عنها عند العلم بها².

¹ عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق ص 128.

² سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق ص 120.

ولعل هذا هو عين ما نصت عليه المادة 109 مدني جزائري السالفة الذكر حيث اشترطت لأجل تحمل الخلف الخاص الالتزامات الناشئة عن عقد سلفة بشأن المال الذي آل إليه منه وجوب علمه الفعلي بذلك وقت تلقي هذا المال عن سلفة، ولم تشرط هذا العلم للاستفادة الخلط الخاص من الحقوق المتصلة بالمال الذي آلا إليه من سلفه، إلا أنه مما يغني عن هذا العلم تحقق التسجيل أو القيد بشأن الحقوق العينية التي تتولد عن عقود السلف المتصلة بالمال الذي آل إلى خلفه الخاص، حيث يُفترض علم الجميع بما فيهم الخلف الخاص بالحقوق العينية المسجلة أو المقيدة.

الأصل أن كلا من الخلف العام والخلف الخاص ينصرف إليه أثر العقد إلا في أحوال معينة. لاستثناء يكون الخلف العام أو الخلف الخاص من الغير:

الخلف العام يكون من الغير ولا ينصرف إليه أثر العقد إذا أثبت أن التصرف الذي صدر من سلفه قد صدر في مرض الموت فلا يسري التصرف إلا على اعتباره وصية.

الخلف الخاص يكون من الغير ولا ينصرف إليه أثر العقد، إذا كان هذا العقد غير سابق على انتقال الشيء إلى الخلف، أو كان الحق أو الالتزام الناشئ من العقد غير مكمل للشيء أو غير محدد له.

ملاحظة: لا يعد دائنوا العاقدين خلفاً عاماً أو خاصاً لأيهما، وبالتالي لا تتصرف إليهم مباشرة آثار العقود التي يبرمها العاقدان بيد أن ذلك لا ينفي تأثير الدائنين بما يصدر عن مدينهم من تصرفات بطريقة غير مباشرة، وذلك بقدر تأثير هذه التصرفات على عناصر الذمة المالية لهذا المدين، والتي تشكل الضمان العام لجميع الدائنين، من أجل ذلك فقد قرر القانون عدداً من الوسائل القانونية المتنوعة للمحافظة على الضمان العام المقرر لهؤلاء الدائنين لدفع محاولات المدين لإنقاص هذا الضمان أو الحد من زيادة عناصره، عن طريق الدعاوى الثلاث المتمثلة

في الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليسية (أي دعوى عدم نفاذ التصرف)، ودعوى الصورية، وغيرهم من الوسائل القانونية الأخرى التي تستهدف الحفاظ على الضمان العام¹.

الفرع الثاني: آثار العقد بالنسبة للغير

تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد، فإنه لا تتصرف آثار العقد الى الغير، فهو أجنبي عنه، على أن التعهد عن الغير في مجال الالتزامات، والاشتراط لمصلحة الغير في مجال الحقوق، يدفع إلى ضرورة دراسة مدى حجة هذين الأمرين في مواجهة الغير.

أولاً: التعهد عن الغير

نصت المادة 114 من القانون المدني على أنه: "إذا تعهد شخص عن الغير فلا ينقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به. أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد".

فالتعهد عن الغير إذن هو اتفاق بمقتضاه يتعهد شخص بعمل، هو أن يحمل شخصاً آخر على قبول التزام معين، و مثال ذلك ان يتجاوز الوكيل حدود وكالته و يتعهد شخصياً بأن يجعل الموكل يقر الاتفاق الخارج حدود التوكيل².

والمبدأ هو أن التعهد عن الغير لا يلزم هذا الغير، وإن رتب مسؤولية المتعهد بالتعويض أو التنفيذ بنفسه.

¹ زكريا سرايش، مرجع سابق، ص 140.

² تادر محمد ابراهيم، مرجع سابق ص 172.

أولاً-1: شروط التعهد عن الغير

نصت المادة 114 من القانون المدني شروط التعهد عن الغير، والمتمثلة في الشروط التالية:

أن يتعاقد المتعهد باسمه لا بإسم الغير.

أن يقصد المتعهد عن الغير إلزام نفسه بتعهد، وليس إلزام الغير.

أن يلتزم المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد.

أولاً-2: آثار التعهد عن الغير¹

يتوقف تحديد هذه الآثار على قبول الغير للتعهد أو رفضه:

في حالة قبول التعهد: إذا قبل الغير التعهد، فإنه ينتج أثره فيما بين الطرفين وبالنسبة للغير.

بالنسبة للطرفين، يعتبر قبول الغير، تحقيقاً للنتيجة التي التزم بها المتعهد.

وبالنسبة للغير، فإنه يترتب على قبوله أن ينشأ عقد جديد بينه وبين المتعهد له، ويتم هذا العقد

من الوقت الذي يتم فيه التعهد، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أن يستند أثر القبول إلى الوقت

الذي صدر فيه التعهد.

في حالة رفض التعهد:

للغير كامل الحرية في قبول التعهد أو رفضه، ولا يعتبر مسؤولاً عن الرفض لأنه غير ملتزم،

وهو أجنبي عن التعهد، وبالتالي يكون قد أخل بالتزامه، ومن ثم يكون مسؤولاً عن تعويض

المتعهد له وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية.

¹ عبد الله مبرك النجار، مرجع سابق ص 130.

ثانيا: الإشتراط لمصلحة الغير

الإشتراط لمصلحة الغير هو عقد يتم بين شخصين هما المشتراط والمتعهد، بموجبه يشترط الأول على الثاني، أن يؤدي الأخير لشخص ثالث أجنبي من العقد، يسمى المستفيد أو المنتفع حقا أو أداءً عينياً، ومن ثم فإن أطراف الإشتراط لمصلحة الغير هما ثلاثة : المشتراط والمتعهد وهما أطراف العقد، وأما الثالث فهو المنتفع، فإنه يعتبر من الغير، وهو يستفيد استثناء من المبدأ القاضي: بنسبية أثر العقد¹.

ومثال ذلك أن يقوم شخص بإبرام عقد التأمين على الحياة لصالح أولاده، الأولاد هنا هم المنتفعين ليسوا أطرافا في عقد التأمين، لانه ينعقد بين المستأمن وشركة التأمين.

وقد تناول المشروع الجزائري أحكام الإشتراط لمصلحة الغير في المواد، 116، 117، 118 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا - 1 : شروط الإشتراط لمصلحة الغير: تتمثل هذه الشروط طبقا لنص المادة 116 من القانون المدني في الآتي:

- أ- أن يتعاقد المشتراط بإسمة لا بإسم المنتفع أو المستفيد.
- ب- أن تتجه إرادة طرفي عقد الإشتراط إلى ترتيب حق مباشر المنتفع.
- ج - أن تتوافر مصلحة شخصية للمشرط مادية أو معنوية
- د- أن يكون المنتفع قابلا للموجود والتعيين عندما ينتج العقد اثره.

¹عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 564.

ثانياً- 2: آثار الاشتراط لمصلحة الغير

يترتب على الاشتراط المصلحة الغير علاقات ثلاث، علاقة بين المشتري والمتعهد، وعلاقة بين المشتري والمنتفع، وعلاقة بين المتعهد والمنتفع.

أ- علاقة المشتري والمتعهد: هي علاقة تعاقدية يحكمها عقد الاشتراط الذي أبرم بينهما، فيجوز للمشتري مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه (الحق الذي اشترطه) لمصلحة المستفيد.

ب - علاقة المشتري بالمستفيد: يحددها الدافع إلى الإشتراط، فقد تكون تبرعية، كما هو في حال اشتراط الأب لمصلحة أولاده، وقد تكون معاوضة، كما هو حال اشتراط البنك الممول للمال المؤمن عليه، وللمشتري أن ينقض اشتراطه طالما تم ذلك، قبل أن يعلق المنتفع عن رغبته في الاستفادة وله ان يطالب بتنفيذ الشرط، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك¹.

ج-علاقة المتعهد بالمستفيد: يكتسب المنتفع حقا شخصيا مباشرا، ويترتب في ذمة المتعهد دون حاجة إلى إعلان منه للمنتفع، فيكون له مطالبه المتعهد بالوفاء بالتزامه، وفي حالة الامتناع عن التنفيذ يحق له الرجوع على المتعهد بالتعويض، دون طلب الفسخ لأنه ليس طرف في العقد².

المطلب الثاني: نسبية آثار العقد من حيث المضمون

ان آثار العقد ليست نسبية من حيث الأشخاص فقط، بل انها نسبية كذلك من حيث المضمون، إذ أن المتعاقد لا يلزم، الا بما تضمنه العقد من التزام، وإذا أخل هذا المتعاقد باي من الالتزامات التي يترتبها العقد في دمه، فإنه يكون مسؤولاً في مواجهة المتعاقد الآخر.

¹ نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 173.

² علي علي سليمان، مرجع سابق 95.

وعليه فإن دراسة نسبية أثر العقد في حيث المضمون، تتطلب بحث موضوعين رئيسيين هما:
تحديد مضمون العقد والمسؤولية العقدية.

الفرع الأول : تحديد مضمون العقد

يلزم لتحديد مضمون العقد أن نعرف أولاً معنى العبارات الى يشتمل عليها، غير أن العقد قد يكتفه شيء من الغموض، مما يتطلب اللجوء إلى تفسيره، وينبغي بعد ذلك تحديد نطاق العقد للوقوف على مدى الالتزامات التي ينشئها في دمة المتعاقدين، فإذا ما تحدد هذا النطاق التزام كل متعاقد بتنفيذه تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

أولاً : تفسير العقد

تنص المادة 111 من القانون المدني على أنه: " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات."

ويبدو من هذا النص أن المشرع يفرق في تفسير العقد بين حالة وضوح عبارات العقد، وحالة غموض عبارات العقد.

حالة وضوح عبارات العقد: إذا كانت عبارات العقد واضحة، فإنه طبقاً للمادة 1/111 من القانون المدني، لا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، بل يلتزم القاضي بمعناها الظاهر.

حالة غموض عبارات العقد: أما إذا كانت عبارات العقد يشوبها غموض، يكون هناك محل لتفسير العقد لإزالة الغموض، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند

المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات، وهذا تطبيقا للمادة 2/111 من القانون المدني.

أما في حالة الشك في معنى عبارات العقد، فإنه وفقا لنص للمادة 1/112 من القانون المدني، فإنه يفسر الشك المصلحة المدين، ويستثنى من ذلك العبارات الغامضة في عقود الإيداع، حيث لا يجوز أن يكون تفسيرها ضاراً بالطرف المدعن سواء كان دائناً أو مديناً، وفقاً لما تقضي به قواعد العدالة.

ثانياً : تحديد نطاق العقد

نصت المادة 107 من القانون المدني على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام."

ووفقا لهذا، لا يقتصر وجوب تنفيذ العقد على ما اشتمل عليه، فهو يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام¹.

فإذا أتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظ بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد²، ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد تم إبرامه، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها، فإن القاضي يقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة³.

¹ راجع المادة 388 من القانون المدني الجزائري.

² ارجع المادة 65 من القانون المدني الجزائري.

³ نادر محمد ابراهيم، مرجع سابق، 174.

ثالثا : تنفيذ العقد طبقا لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " يترتب على وجود العقد أن يقوم طرفيه بالوفاء بالالتزام الذي رتبته العقد عليه، وهو ما يعبر عنه بأن شروط العقد تقوم مقام القانون بالنسبة للمتعاقدين، وهذه القاعدة نتيجة طبيعة لمبدأ سلطان الإرادة¹، ولهذا نصت المادة 106 من القانون المدني على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله الا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون. "

وبناء على هذا النص، يكون العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز من حيث الأصل تعديل أو نقض العقد بالإرادة المنفردة لطرفي العقد، غير أنه يجوز الإتفاق على تعديل أو نقض العقد، كما قد يكون نقض العقد أو التحلل منه راجعا إلى سبب يقره القانون، كما في الوكالة² والعارية³، كما قد يسمح القانون للقاضي تعديل العقد لاعتبارات تتعلق بالعدالة، كما في الشرط الجزائي⁴، وكذلك في حالة تضمين عقود الإذعان شروط تعسفية⁵، فله أن يعدل فيها أو يعفي الطرف المدعن منها، كما له أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول في حالة الحوادث الاستثنائية، والتي تعتبر أهم الاستثناءات الواردة على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، على أن نتناولها وفق الآتي:

نظرية الظروف الطارئة:

يقصد بالظروف الطارئة تلك الوقائع التي تحدث بعد إنعقاد وقبل اكتمال تنفيذه، بحيث تجعل التزام المدين مرهقا له، أي يهدده بخسارة فادحة وليس معناه أن يصبح مستحيلا⁶. فأعطى المشرع القاضي سلطة تعديل العقد ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وهذا حفاظا على

¹ عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 137.

² راجع المادة 587 من القانون المدني الجزائري.

³ راجع المادة 547 من القانون المدني الجزائري.

⁴ راجع المادة 184 من القانون المدني الجزائري.

⁵ راجع المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

⁶ زكريا سرايش، مرجع سابق، ص 130.

التوازن الاقتصادي للعقد، وهو ما نصت عليه المادة 3/107 من القانون المدني على أنه: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة المصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

شروط نظرية الظروف الطارئة:

طبقاً للمادة 3/107 من القانون المدني ينبغي لتطبيق هذه النظرية

توافر الشروط التالية:

أن يكون العقد متراخي التنفيذ، ولهذا يستلزم أن يكون العقد من العقود الزمنية كإيجار أو من العقود دورية التنفيذ كعقد التوريد.

أن يكون الحادث استثنائيا عاماً غير متوقع.

أن يؤدي الحادث إلى أن يصبح تنفيذ المدين الإلتزامه مرهقا - أي الحاق خسارة فادحة بالمدين - وليس مستحيلا.

أثار نظرية الظروف الاستثنائية :

إذا توافر الشروط السابقة، فإنه يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك بإعادة التوازن بين التزامات الطرفين، ويجوز له أن يأمر بوقف التزام المدين، إذا لم يكن في وقف التنفيذ ضرر جسيم للدائن، إذا رأى أن الظروف الطارئة مؤقتة ولن تلبث طويلا حتى

تزول، ولا يجوز للمقاضي أن يحكم بفسخ العقد، ويعتبر تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا تحققت شروطها من النظام العام¹.

الفرع الثاني : المسؤولية العقدية

الأصل أن يقوم المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، فإذا أمتنع عن تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، أمكن الدائن اللجوء الى القضاء والمطالبة بإلزام المدين بالتنفيذ العيني أو المطالبة بالتنفيذ بمقابل (التعويض)، إذا توافرت حالاته².

يتضح مما سبق، أن المسؤولية العقدية تنشأ عند الإخلال بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، فتعتبر الجزاء الذي يربته القانون على إخلال المدين بإلتزامه التعاقدية³.

أولاً: أركان المسؤولية العقدية

يشترط القيام المسؤولية العقدية توافر أركانها والمتمثلة في الخطأ العقدي، الضرر والعلاقة السببية بينهما.

1- الخطأ العقدي: وهو عدم تنفيذ المدين لإلتزامه الناشئ عن العقد، فالمدين قد التزم بالعقد، فيجب تنفيذ التزامه لأن العقد شريعة المتعاقدين، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالإلتزام ناشئاً عن عمد أو عن إهماله، ويجدر بالذكر في هذا المجال أن الالتزامات نوعان وهما الإلتزام بتحقيق نتيجة والإلتزام ببذل عناية، وبعبارة فإن الإلتزام بتحقيق نتيجة يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم تحقيق هذه النتيجة، أما الإلتزام ببذل عناية يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة⁴.

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 101 .

² راجع المواد 160,164, 176 من القانون المدني الجزائري.

³ دريد محمود علي، مرجع سابق، ص 290.

⁴ عبد القادر الفار، مرجع سابق ص ص 141، 142.

2- ركن الضرر: الضرر هو ما أصاب الدائن من أذى من جراء عدم تنفيذ المدين لإلتزاماته، ويقع عبء إثبات هذا الضرر على المضرور نفسه أي على الدائن، ولا يفترض وجود الضرر لمجرد ثبوت خطأ المدين¹، وفي المسؤولية العقدية لا يشمل التعويض إلا الضرر المباشر والمتوقع والمحقق الوقوع²، سواء كان ضرر مادي أو معنوي³.

3- العلاقة السببية: لا يكفي إثبات وقوع الخطأ والضرر لإنعقاد المسؤولية العقدية، بل يلزم فوق ذلك ثبوت أن الخطأ هو السبب في وقوع الضرر، ويقع عبء الإثبات على الدائن (فهو المدعي)، وهو ما يستوفيه بالاستعانة بكافة طرق الإثبات⁴، فيتنتقل عبئ الإثبات إلى المدين، والذي لا يملك عندئذ سوى إثبات السبب الاجنبي سواء كان قوة قاهرة أو حدث فجائي أو خطأ المضرور أو خطأ الغير⁵.

ثانيا : آثار المسؤولية العقدية

يترتب على توافر أركان المسؤولية العقدية التي سبق ذكرها، أن ينشأ للدائن المضرور الحق في التعويض، وهذا بعدا أن يكون الدائن قد قام بإعذار المدين بوجوب تنفيذ التزامه⁶، إلا إذا تم إعفائه من الإعذار ذاته⁷، والتعويض القضائي الذي يحصل عليه الدائن يكون في غالبه في شكل نقدي سواء بدفعه للمدين دفعة واحدة، أو مقسما أوفي شكل إيراد مرتب مدى الحياة،

¹ سوزان على حسن، مرجع سابق، ص 225.

² راجع المادة 182 من القانون المدني الجزائري.

³ راجع المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري

⁴ نادر محمد ابراهيم، مرجع سابق، 185.

⁵ راجع المادة 127 من القانون المدني الجزائري.

⁶ راجع المادة 179 من القانون المدني الجزائري.

⁷ راجع المادة 181 من القانون المدني الجزائري.

بحسب ما يراه القاضي¹، لكن لا مانع من أن يتخذ التعويض الصورة العينية (كإصلاح الشيء الذي أتلفه المدين بخطئه²).

والتعويض يقدره القاضي يوم الحكم، لا يوم الإمتناع عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، وسبب ذلك أن التاريخ هو الكفيل بتعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه كاملاً نظراً لإمكانية تطور الضرر بين تاريخ عدم التنفيذ وتاريخ الحكم³، وأحكام المسؤولية العقدية ليست من النظام العام، بدليل أن المشرع أجاز لأطراف العقد إما تشديد مسؤولية المدين، أو الإعفاء منها كلية بحيث لا يسأل المدين عن عدم تنفيذه للالتزام العقدي أو للتأخر فيه، مالم لم يحدث غش منه أو خطأ جسيم⁴.

المبحث الرابع : إنحلال العقد

إذا نشأ العقد صحيحاً نافذاً لازماً وجب تنفيذه، والتنفيذ هو الطريق الطبيعي لزوال الرابطة التعاقدية وبه ينقضي العقد، ولكن قد تطرأ أمور تؤدي إلى زوال العقد قبل البدء بتنفيذه أو قبل اتمام تنفيذه، وهذه الأمور إما إن تحدث أثرها بالاستناد إلى الماضي أو بالنسبة للمستقبل فقط⁵.

وزوال أثر العقد بالاستناد إلى الماضي يكون في العقود فورية التنفيذ ويسمى بالفسخ، أما زوال أثره بالنسبة للمستقبل فقط فيكون في العقود الزمنية ويسمى بالإنتهاء، كما قد يتم هذا الانحلال في العقود التي رخص فيها القانون لأحد المتعاقدين بإنهائها بناء على إرادته المنفردة كعقد الوكالة في المادة 587 من القانون المدني، وعقد العارية في المادة 547 من القانون المدني.

¹ راجع المادة 132 من القانون المدني الجزائري.

² دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 65 .

³ راجع المادة 131 من القانون المدني الجزائري.

⁴ راجع المادة 178 من القانون المدني الجزائري.

⁵ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 366.

المطلب الأول: مفهوم الفسخ وشروطه

نحدد في هذا المطلب مفهوم الفسخ كجزء يترتب على الإخلال بالالتزام التعاقدي، كما نحدد شروطه فيما يلي:

الفرع الأول : مفهوم الفسخ

ينشئ العقد الملزم للجانبين التزامات متقابلة على عاتق كل من طرفيه، فيصبح كل منهما دائناً للآخر ومديناً له، كما ينشئ هذا العقد إرتباطاً بين تلك الإلتزامات، ويؤدي هذا الارتباط في الواقع إلى نتيجة قانونية مهمة مقتضاها أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامة، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب حل الرابطة الناشئة عن العقد، وهذا هو الفسخ، كما يجوز لهذا المتعاقد أن يطالب بالتعويض لا على أساس الفسخ، وإنما على أساس استبقاء العقد والتمسك به وتلك المسؤولية العقدية¹.

ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام الفسخ في المواد من 119 إلى 122 من القانون المدني.

الفرع الثاني : شروط الفسخ

يجب ان تتوافر شروط معينة لإمكان المطالبة بالفسخ، وهذه الشروط تتمثل في الآتي:

أولاً : أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين: إذ في مثل هذه العقود يقوم الارتباط بين الإلتزامات المتقابلة، مما يبرر الأحد الطرفين لأن يطلب الفسخ حتى يتحلل من التزاماته، إذا كان الطرف الآخر لم يقم بتنفيذ التزامه، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فلا يتصور فيها الفسخ، وإنما يكون له الحق في مطالبة التنفيذ العيني أو بمقابل عن طريق التعويض².

¹ دريد محمود علي، مرجع سابق، ص 307.

² سمير عبد السيد نتاغو، مرجع سابق، ص 190.

ثانيا : أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعدا لتنفيذ التزامه: إذ أنه لو كان غير مستعد بعد، أو كان تنفيذ التزامه أصبح مستحيلا، فإن العقد يفسخ بقوة القانون¹.

ثالثا : إمتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه

ويشترط كذلك أن يكون أحد المتعاقدين قد امتنع عن تنفيذ التزامه كله أو بعضه، أو أن يكون قد نفذه تنفيذاً معيباً، أو بعد فوات الوقت المحدد للتنفيذ، دون أن يكون ذلك الامتناع أو التأخير راجعا إلى سبب أحسب لا يد له فيه، لأنه إن كان الإمتناع أو التأخير بسبب لا يد له فيه فإن العقد قد يفسخ بقوة القانون².

رابعا : قدرة طالب الفسخ على الرد العيني لما كان قد تلقاه بناء على العقد

يترتب على الفسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد إذا تلقى طالب الفسخ أداء جزئياً أو معيباً من المتعاقد الآخر، فيشترط لثبوت حقه في الفسخ، أن يكون قادرا على الرد العيني لما كان قد تلقاه، والا امتنع عليه حق الفسخ، كما لو قد تصرف فيه الآخر حيث لا يمكنه أن يسترده من المتصرف إليه، بناء على التزامه بالضمان في مواجهته³.

خامسا : أن يقوم طالب الفسخ بإعذار المدين وفقا لما تقضي به المادة 119 من القانون المدني.

لأن الإعذار هو الذي يضع المدين موضع المقصر، فلا يعتبر المدين متخلفا عن تنفيذ التزامه الا بعد هذا الإعذار⁴، ويكون إعذار المدين بإذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم عن

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 104

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 701 وما بعدها.

³ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ص 134، 135.

⁴ عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق على 144.

طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز ان يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بحلول الأجل دون حاجة إلى أي اجراء آخر¹.

المطلب الثاني : أنواع وآثار الفسخ

الفسخ إما أن يتم بحكم قضائي، أو نتيجة شرط يتفق فيه المتعاقدان مقدما، على أنه إذا لم يتم أحدهما بتنفيذ التزامه، فالعقد يفسخ وهذا هو الفسخ بحكم الإتفاق، أو يتم بحكم القانون، على أنه يترتيب على الفسخ في الصور السابق ذكرها آثاراً، ولغرض توضيح ذلك نبحت من خلال هذا المطلب أنواع وآثار الفسخ، وفق التقسيم التالي:

الفرع الأول : أنواع الفسخ

الأصل أن يقع الفسخ بواسطة القضاء، ومع ذلك فقد يتم الفسخ بإتفاق المتعاقدين أو بقوة القانون، وعليه ندرس هذه الأنواع الثلاثة للفسخ بنفس هذا الترتيب.

أولاً : الفسخ القضائي

الأصل في الفسخ هو أن يصدر بحكم القضاء بعد أن يطالب به الدائن صراحة، ولكن وفقاً للمادة 1/119 من القانون المدني، فإنه يشترط ان يسبق رفع دعوى الفسخ إعدار من الدائن طالب الفسخ إلى المدين مطالباً إياه بالتنفيذ.

وإذا رفعت دعوى الفسخ، فان الحكم بالفسخ لا يكون حتمياً بل يبقى أمر الفسخ اختيارياً لطرفي العقد وللقاضي، فبالنسبة لأطراف العقد يستطيع الدائن طالب الفسخ العدول عن طلبه، كما يستطيع المدين أن يتوقف الفسخ بتنفيذ التزامه، أما بالنسبة للقاضي فله حرية تقدير ظروف الحالة، فإذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته، يجوز له عدم الحكم بالفسخ ومنح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه، وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من

¹ راجع المادة 180 من القانون المدني الجزائري.

المادة 119 من القانون المدني بقولها: " ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ، إذا ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات"، أما إذا كان ما لم يوف به المدين على قدر كبير من الأهمية فيجوز للقاضي الحكم بفسخ العقد¹.

ثانيا: الفسخ الاتفاقي (فسخ العقد بحكم الإتفاق)

تنص المادة 120 من القانون المدني على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي.

وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين "

وهذا النص يبين أن فسخ العقد يجوز أن يتقرر بناء على اتفاق صريح في العقد، كما يتخذ اتفاق المتعاقدين بشأن فسخ العقد صورة متعددة.

1- قد يتضمن العقد شرطا يفيد أن العقد يكون مفسوخا، إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه، ولا يعبر هذا الشرط عن نية المتعاقدين في تعديل القواعد العامة بشأن الفسخ، ومن ثم فهو لا يغني عن الإعذار، ولا عن اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية².

¹ سوزان علي حسن، مرجع سابق، ص 227.

² أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 139، 140.

2 - وإذا إتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، فهذا الشرط لا يغني عن رفع الدعوى ولا عن الإعذار، ولكن يسلب القاضي سلطته التقديرية، فلا يملك إلا الحكم بالفسخ، والحكم الصادر بالفسخ يكون منشئاً للفسخ لا كاشفاً له¹.

3 - قد يرد في إتفاق المتعاقدين شرط يفيد أن العقد يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي، وإعمالاً لهذا الشرط فإن مجرد إخلال المدين بالتزامه يترتب عليه فسخ العقد، ويشترط لذلك إعدار المدين، طالما أنه لم يتفق على الإعفاء منه، أما إذا نازع المدين في مدى تنفيذ التزامه من عدمه، فإن الحكم الصادر بالفسخ يكون كاشفاً للفسخ لا منشئاً له².

4 - وأخيراً قد يتفق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم ودون حاجة إلى إعدار، وفي هذه الحالة فإن مجرد حلول أجل تنفيذ الإلتزام، وعدم قيام المدين بالتنفيذ يترتب عليه فسخ العقد دون الحاجة إلى إعدار المدين أو رفع الأمر للقضاء³.

ثالثاً : الفسخ بحكم القانون (الإنفساخ)

تنص المادة 120 من القانون المدني على أنه: " في العقود الملزمة للجانبين إذا إنقضى الإلتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون."

تطبيقاً لهذا النص قد يصبح تنفيذ الإلتزام أحد المتعاقدين مستحيلًا، إستحالة التنفيذ هنا راجعة لسبب أجنبي لايد للمدين فيه، كأن تكون الإستحالة بسبب حالة من حالات القوة القاهرة، ولا يكون المدين مسؤولاً أمام الدائن عن إستحالة التنفيذ، ولا يلتزم بتعويضه عن أي ضرر يترتب

¹ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 373.

² دريد محمود على، مرجع سابق، ص 316.

³ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 195.

عن عدم التنفيذ، ولا يكون هناك مجالاً لإلغاء العقد، على أن يتحمل المدين وحده تبعه الهلاك وإستحالة التنفيذ¹.

الفرع الثاني : آثار الفسخ

يترتب على فسخ العقد إذا تم بحكم القضاء أو الإتفاق أو نص القانون، زوال العقد بأثر رجعي، حيث يعتبر العقد كأن لم يكن، وتزول كافة الآثار التي رتبها، لا من وقت الحكم بالفسخ أو من وقت عدم التنفيذ، وإنما من وقت إبرامه، وقد نصت المادة 122 من القانون المدني بقولها: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا إستحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

ولغرض توضيح ذلك نبحث آثار الفسخ في مواجهة المتعاقدين وآثاره في مواجهة الغير.

أولاً : آثار الفسخ فيها بين المتعاقدين

لعل الأثر الجوهرى الذى يترتب على الفسخ هو إنحلال الرابطة التعاقدية، إذ يعود الطرفان المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد، فيرد كل منهما إلى الآخر ما قد تسلمه منه بمقتضى العقد، وهو ما يعبر عنه بالأثر الرجعى للعقد، أما إذا إستحال على المتعاقد رد ما قبضه، فإنه يصار إلى الحكم عليه بالتعويض².

أما فى العقود الزمنية كعقد الإيجار والعمل، فلا يمكن إعادة الحالة التى كانت قبل التعاقد، فالمنفعة التى حصل عليها المستأجر لا يمكن ردها وبالتالى لا يكون للفسخ أثر رجعى، وإنما يكون اعتباراً من تاريخ الفسخ، وبالتالى على المستأجر أن يرد للمؤجر العين المؤجرة على الحالة التى تسلمها منه³.

¹سوزان علي حسن، مرجع سابق، ص 229.

²دريد محمود علي، مرجع سابق، ص 323.

³بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 146.

ثانيا : أثر الفسخ بالنسبة للغير

وزوال حكم العقد بأثر رجعي إلى حين نشوئه، يسري في حق الغير أيضا، فيترتب على أن المشتري يعتبر كأن لم يملك المبيع أبدا وزوال الحقوق التي رتبها على المبيع قبل الفسخ، وعندئذ قد يسترد البائع العين خالية من أي حق عليها، فإذا باع شخص عينا وباعها المشتري إلى شخص ثالث أو رتب عليها أحد الحقوق العينية، كحق انتفاع مثلا تم فسخ العقد، فالبائع يسترد العين من المشتري الثاني إذا كان المشتري الأول قد باعها، ويستردها من المشتري الأول خالية من الحقوق التي رتبها عليها، إلا أن هذه القاعدة المتقدمة غير مطلقة، فهناك بعض الاستثناءات ترد عليها:

1- في حالة التصرف الوارد على منقول:

فإن للمتصرف إليه حسن النية، أن يتمسك بإكتسابه ملكية المنقول، بناء على قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، وهذا تطبيقاً لنص المادة 835 من القانون المدني التي تقضي بأنه: "من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سند لحامله، فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته." ولا يلزم برد المنقول الذي تلقاه.

2- في حالة التصرف الوارد على عقار:

إذا كان المشتري لعقار قد رتب عليه رهنا رسميا لمصلحة دائن مرتهن حسن النية، أي لا يعلم بأن العقد سوف يفسخ، وتم فسخ العقد بين البائع والمشتري، في هذه الحالة وجب على المشتري رد العقار إلى البائع، فإن حق الرهن الرسمي يبقى متقلا لهذا العقار على الرغم من فسخ العقد بين المتعاقدين، فيعود العقار إلى البائع مثقل بالرهن الرسمي، وهو ما نصت عليه المادة 885 من القانون المدني.

الفصل الثاني : الإرادة المنفردة

التصرف بالإرادة المنفردة تصرف قانوني يقوم به شخص معين بإرادته المنفردة دون حاجة إلى إرادة شخص آخر، وهو بهذا يرتب آثار قانونية، ولأن أهم هذه الآثار هو إنشاء الإلتزام، ونتيجة لإختلاف الفقه حول ضرورة وجود طرفي الإلتزام لنشوئه، فقد ثار خلاف فقهي حول قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الإلتزام¹.

وترتيباً على ما سبق ذكره، نريد أن نحدد موقف المشرع من ذلك كله، بعد أن نعرض الإتجاهات الفقهية وإختلافها في شأن الإرادة المنفردة، ثم مدى تأثير المشرع بهذا الإختلاف، وأهم تطبيقات الإرادة المنفردة في القانون المدني الجزائري.

المبحث الأول: مدى قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الإلتزام

لا تصلح الإرادة المنفردة في الواقع لإنشاء إلتزام في ذمة الغير، إذ لا يتصور أن يصبح الشخص دائماً لآخر بإرادته المنفردة، ولكن هل يتصور أن يصبح الشخص مديناً لغيره بإرادته المنفردة؟

إختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل وإنقسموا إلى إتجاهين إثنين رئيسيين، يذهب أولهما إلى عدم كفاية الإرادة المنفردة لإنشاء الإلتزام، بينما يذهب الإتجاه الثاني إلى أن الإرادة المنفردة يمكن أن تكون مصدراً من مصادر الإلتزام، فنبحث هذين الإتجاهين:

المطلب الأول: الإرادة المنفردة ليست مصدراً للإلتزام

يذهب جانب كبير من الفقه الفرنسي إلى عدم كفاية الإرادة المنفردة لإنشاء الإلتزام، فلا بد لكي تنشئ الإرادة إلتزاماً ما أن تلتقي بها إرادة أخرى مطابقة لها، بمعنى أن العقد هو المصدر

¹أقتال حمزة، الإرادة المنفردة مصدر للإلتزام بين الرضا و التأييد، مجلة معارف، السنة السابعة، العدد 15، ديسمبر 2013،

الوحيد للإلتزامات الإرادية¹، وهذه القاعدة ورثها القانون الفرنسي من تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم²، وهذا الإتجاه مع تسليمه بأن الإرادة المنفردة يمكن أن تنتج آثار قانونية مختلفة، إلا أنه يستثني أثراً واحداً، وهو عدم قدرة الإرادة المنفردة لإنشاء الإلتزام³.
ومن خلال هذا المطلب سوف نتطرق إلى حجج وأسانيد هذا الإتجاه مع بيان تقديرها، وفق الفروع التالية:

الفرع الأول: أسانيد وحجج الإتجاه التقليدي

يستند هذا الإتجاه إلى مجموعة من الحجج والأسانيد أبرزها ما يلي:

- 1 - إذا كان مفهوماً أن الإنسان يستطيع أن يلتزم بإرادته المنفردة، فينبغي أن يسمح له أيضاً التحلل من إلتزامه هذا بنفس الإرادة التي أنشأته وهي الإرادة المنفردة، وبهذا يصبح الإلتزام معلقاً على محض إرادة المدين، وهو غير جائز في القواعد العامة⁴.
- 2 - إن نظرية الإرادة المنفردة غير قائمة على أسس صحيحة، لأنه إذا أمكن أن نفهم إلتزام المدين بإرادته المنفردة، فلا يمكن أن تفهم كيف أن الدائن يصبح دائناً دون إرادته، فإذا قيل أن المدين يلتزم لغير دائن، فما معنى هذا الإلتزام وما قيمته؟، وإذا قيل بضرورة إرادة الدائن ليصبح دائناً فهذا هو توافق الإرادتين ومنه ينشأ العقد⁵.

¹ دريد محمود علي، مرجع سابق، ص 333.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1283.

³ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 368.

⁴ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 204.

⁵ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 388.

3 - كذلك فإن الأوضاع القانونية والمتعلقة بالإيجاب الملزم والإشترط لمصلحة الغير، والتي تستلزمها الحياة العملية، يمكن إقرارها أو تفسيرها كلها أو أكثرها على الأقل دون حاجة إلى تلك النظرية¹.

الفرع الثاني: رد أنصار النظرية الألمانية على إعتراضات الإتجاه التقليدي (النظرية الفرنسية).

1 - إن الإلتزام بالإرادة المنفردة ضرورية قانونية، تتسجم مع المنطق القانوني مراعاة لإعتبارات الثقة في المعاملات، والمقتضيات الإجتماعية المختلفة وعليه فإنه ليس هناك ما يمنع من جعلها مصدراً للإلتزام².

2 - إن الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام تستند في آخر الأمر إلى حكم القانون شأنها في ذلك شأن العقد، فلا مانع من أن تكون كذلك طالما أن الشخص يلتزم في حدود القانون³.

3 - كذلك لا يشترط طبقاً للتصور الموضوعي للإلتزام، أن يرضى الدائن بإكتساب الحق الناشئ عنه، بل ولا يشترط أن يكون الدائن موجوداً أو معروفاً، وقد سبق أن رأينا تطبيقاً لهذا التصور في نظرية الإشتراط لمصلحة الغير، حيث يجوز أن يكون المنتفع غير معروف أو غير موجود وقت الإشتراط، وطبقاً لهذا التصور فإنه يكفي لنشأة الإلتزام أن يكون المدين موجوداً وقت نشأته، وليس هناك أهمية كبيرة لشخص الدائن⁴.

المطلب الثاني: قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الإلتزام

بعد تراجع المذهب الحر الذي كان سائداً وقت صدور القانون المدني الفرنسي في العام 1804، والذي إعتنق أفكاره على الصعيد القانوني، و بعد ظهور تقنيات مدينة حديثة، في

¹ عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 171.

² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 331.

³ قتال حمزة، مرجع سابق، ص 5.

⁴ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 205.

بداية القرن العشرين، ولاسيما القانون المدني الألماني الذي يعد الإرادة المنفردة مصدراً مستقلاً للإلتزام، ناد تيار فقهي مهم بإدخال هذا المصدر الجديد في القانون الفرنسي¹.

وقد ذهب معظم الفقه الألماني، وجانب من الفقه الفرنسي إلى أن الإرادة المنفردة تعتبر مصدراً من مصادر الإلتزام شأنها في ذلك شأن العقد، فإذا كانت الإرادة تلزم من صدرت عنه عند إقترانها بإرادة أخرى، أي عند إنعقاد العقد، فإن ذلك يدل دلالة قاطعة على أن القوة الملزمة للإرادة المنفردة قد توافرت لها قبل ذلك، وإلا لما استطاعت أن تلزم حتى بعده، لذلك فإن فريقاً من هذا الفقه يذهب إلى أن الإرادة المنفردة تعد المصدر الإرادي الوحيد للإلتزام، إذ أن العقد ليس إلا نتاجاً يجمع بين تصيرفين بالإرادة المنفردة².

الفرع الأول : أسانيد الفقه الألماني وحججه

وأياً كان الأمر فإن هذا الإتجاه الفقهي الذي يعترف بالإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام، فإنه يستند إلى مجموعة من الحجج والأسانيد التالية:

1 - أنها تساعد على تفسير الكثير من الأوضاع القانونية، التي لا يمكن تفسيرها بغير الإرادة المنفردة، كالوعد بجائزة والإشتراط لمصلحة الغير والإيجاب الملزم، فالشخص الذي يعلن عن جائزة لمن يعثر على شيء ضائع أو يقوم بعمل معين، يكون ملزماً تجاه من يعثر على الشيء الضائع أو يقوم بالعمل، وأساس إلتزامه هو إرادته المنفردة، وِالتزام المتعهد نحو المنتفع في الإشتراط لمصلحة الغير، لا يمكن أن يكون أساسه إلا في الإرادة المنفردة³.

2 - نجد أنه ليس فيه ما يمنع من الأخذ بها، بل إن أعمال مبدأ سلطان الإرادة لا يكون كاملاً، إلا إذا أعترف للإرادة المنفردة بالقدرة على إنشاء الإلتزام، أما تقييدها في ذلك بضرورة

¹ فوار صالح، الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً للإلتزام (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد الأول، 2012، ص ص146، 147.

² دريد محمود على، مرجع سابق، 335.

³ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 386.

توافقها مع إرادة أخرى، فليس سوى بقية من آثار القيود العديدة التي فرضت على مبدأ سلطات الإرادة في الماضي، والتي ينبغي التخلص منها¹.

3- لا يمكن الاعتراض على الإرادة المنفردة بأنها تنشيء إلتزاماً من غير دائن، ذلك أن الإلتزام يمثل قيمة مالية إلى جانب كونه رابطة شخصية، ويترتب على ذلك إمكان تصور وجود الدين بغير دائن، طالما أن هذا الدائن سيوجد مستقبلاً عند تنفيذ الإلتزام².

الفرع الثاني: إعتراض أنصار النظرية الفرنسية على النظرية الألمانية

ويرد أنصار النظرية الفرنسية على الحجج التي أوردها أنصار النظرية الألمانية بما يلي:

1 - يقضي المنطق القانوني السليم في التعامل، الذي يكون أساسه التعارض بين مصالح المتعاملين، بأن تكون هناك مفاوضات بين الأطراف وأخذ ورد، حيث لا تستقل بالأمر إرادة دون الآخر مراعاة وتحقيقاً لهذه المصالح المتعارضة، حيث تؤثر كل منهما على الأخرى لأجل تطابقهما لينعقد العقد³.

2 - إذا قيل أن للإرادة المنفردة القدرة على إنشاء الإلتزام، فيجب القول أيضاً بأن لها القدرة على قضاء هذا الإلتزام، وبذلك يصبح إلتزام من إلتزام بإرادته المنفردة، معلقاً على محض إرادته فلا يكون له قيمة⁴.

3 - إن نظرية الإرادة المنفردة غير قائمة على أساس صحيح، لأنه إذا أمكن أن تفهم إلتزام المدين بإرادته المنفردة، فلا يمكن أن نفهم كيف أن الدائن يصبح دون إرادته⁵.

¹ عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 169.

² دريد محمود علي، مرجع سابق، ص 337.

³ عبد الحميد عزوز، مرجع سابق، ص 63.

⁴ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 388.

⁵ المرجع نفسه، ص 388.

ونخلص في الأخير إلى أن هذه الاعتراضات، التي تقدم بها خصوم نظرية الإرادة المنفردة لا تؤدي إلى حد أن تدك قواعدها¹ هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، يرى البعض الآخر من الفقه، بأنه لاداعي من هذه الخشية فالإلتزام بالإرادة المنفردة لن يبتلع العقد ولن يلغيه، بل إن لكل منهما نطاقا خاصا به، و يبقى للعقد النصيب الأوفي من التنظيم التشريعي، فلا يوجد إذن ما يحول قانونا أو عدالة دون أن تكون الإرادة المنفردة مصدرا للإلتزام².

المبحث الثاني: الإرادة المنفردة في القانون المدني الجزائري

ترتب الإرادة المنفردة آثاراً قانونية عدة في القانون المدني الجزائري كما أنها تعد من المصادر الإرادية للإلتزام، ولكنها لا تعد مصدراً عاماً، وإنما تعد مصدراً عندما ينص القانون على ذلك، وما دامت الإرادة المنفردة مصدراً إرادياً للإلتزام، فإنها تتفق مع العقد في خصائص عدة، ولكنها تتميز عنه، في أنها لا تحتاج إلى إرادة ثانية، وهي إرادة القابل، من أجل أن تنتج آثارها القانونية.

المطلب الأول: موقع الإرادة المنفردة في القانون المدني الجزائري

يظهر بأن المشرع قد تأثر بالخلاف حول الإرادة المنفردة، حيث عرف موقفه تدرجا في الإعتراف بها كمصدر للإلتزام، فمن خلال النصوص المتعلقة بالإرادة المنفردة، يتبين أنه إعترف بشكل تدريجي بقدرة الإرادة المنفردة بإنشاء الإلتزام³.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1286.

² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 331.

³ قتال حمزة، مرجع سابق، ص 17.

الفرع الأول: الإرادة المنفردة بين كونها مصدر إستثنائي وعام

لقد عرف موقف المشرع الجزائري من كون الإرادة المنفردة مصدراً للإلتزام تطوراً عبر مرحلتين، مرحلة ما قبل تعديل القانون المدني في 20/06/2005¹، حيث كان ينظر لها على أنها مصدر إستثنائي للإلتزام، ومرحلة ما بعد التعديل، حيث أصبحت مصدراً عاماً للإلتزام.

أولاً : الإرادة المنفردة مصدر استثنائي للإلتزام

إن التعرض إلى موقف المشرع من حيث الإعتداد بالإرادة المنفردة مصدراً للإلتزام أولاً قبل تعديل 2005 للقانون المدني، نجده قد حصر مصادر الإلتزام في القانون ونص عليه في الفصل الأول في المادة 53، ثم العقد في فصل ثاني من المادة 54 إلى غاية المادة 123، ثم تطرق إلى العمل المستحق للتعويض في الفصل الثالث في المواد 124 إلى 140، ثم شبه العقود في الفصل الرابع من المادة 141 إلى المادة 159، وعليه فإن من الناحية الشكلية لم يعتد المشرع بالإرادة المنفردة، كمصدر من مصادر الإلتزام، ولكن من حيث المضمون، وبصدد تنظيمه للعقد وتحديدًا بالقسم الثالث المتعلق بآثار العقد، نجده قد نص في المادة 115 على الوعد بجائزة الموجه للجمهور، وهو التطبيق العملي للإرادة المنفردة²، بالإضافة إلى تطبيقات في نصوص متفرقة³، مما يظهر أن المشرع قد اعتبرها حين ذاك مصدراً إستثنائياً للإلتزام في حالات محددة قانوناً، ونتيجة لذلك لا تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشيء إلتزاماً، إلا حيث أجاز لها بنصوص خاصة وهي لا تلزم صاحبها إلا في أحوال خاصة، وهي التي أقرتها هذه النصوص⁴.

¹ التعديل كان بموجب القانون 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية عدد 44، ص 18.

² عزور عبد الحميد - حليس لخضر، مكانة الإرادة المنفردة في مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري قبل وبعد تعديل 2005، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 09، العدد 02، جوان 2023، ص ص 736، 737.

³ مثل الإيجاب المقترن بأجل في المادة 63 من القانون المدني والوعد الملزم لجانب واحد المادة 71 من القانون المدني.. الخ.

⁴ علي سليمان، مرجع سابق، ص 315.

ثانيا : الإرادة المنفردة مصدر عام

وبموجب تعديل القانون في سنة 2005، نجد أن المشرع أقر صراحة بإمكانية أو صلاحية الإرادة المنفردة لأن تكون مصدرا عاماً للإلتزامات الى جانب العقد، ويعتبر هذا من أهم ما جاء به التعديل الذي مس القانون المدني، ولعل سبب ذلك يرجع إلى إقتناع المشرع بضرورة مسايرة المعاملات الإقتصادية الحالية التي تتسم بسرعة تداول رؤوس الأموال، وهو بذلك أعتق أصلا المذهب الموضوعي في نظرية الإلتزام¹.

بل إن المشرع قد خصص للإرادة المنفردة فصلا مستقلا وهو الفصل الثاني مكرر، تحت عنوان: الإلتزام بالإرادة المنفردة وأخرج أحكام الوعد بجائزة من المادة 115 من القانون المدني إلى المادة 123 مكرر ضمن الفصل المخصص للإرادة المنفردة².

من خلال ما تقدم، نجد أن المشرع جعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للإلتزام، بحيث أقر أنها تنشئ إلتزامات دون حاجة إلى نصوص خاصة، و بهذا يكون المشرع قد اتجه نحو المذهب المادي الذي يرى بالطابع المادي للإلتزام واستقلاله من أشخاص الرابطة القانونية³.

الفرع الثاني : خصائص تصرف الإرادة المنفردة

يمتاز تصرف الإرادة المنفردة بالخصائص التالية⁴:

أولاً: تعد الإرادة المنفردة مصدرا محدودا وإستثنائيا، حيث قصر المشرع دور الإرادة المنفردة في إنشاء الإلتزام على الحالات الخاصة التي ينص عليها القانون، حتى تكون هذه الإرادة ثابتة وجدية.

¹عزوز عبد الحميد، حليس لخضر، مرجع سابق، 738.

²محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 370.

³قتال حمزة، مرجع سابق، ص 20.

⁴قواز صالح، مرجع سابق، ص ص 158، 159.

ثانيا : تصرف الإرادة المنفردة هو تصرف إرادي ينتج أثره بإرادة واحدة ، دون أن يتوقف ذلك على إرادة ثانية، كما هو عليه الحال بالنسبة للعقد.

ثالثا : تطبق على تصرف الإرادة المنفردة، عندما يكون مصدراً للإلتزام، الأحكام العامة للعقد بإستثناء ما يتعلق منها بوجود إرادتين متطابقتين، وعليه يشترط في المتصرف بالإرادة المنفردة أن تتوافر فيه أهلية الأداء وأن تكون إرادته خالية من عيوب الإرادة، كما يجب أن يكون السبب مشروعاً، وأن تتوافر في المحل شروط محل العقد السابق بيانها.

رابعاً : ينتج تصرف الإرادة المنفردة أثره من وقت صدور التعبير عن الإرادة من المتصرف، شرط أن تتوافر في هذا التعبير أركانه جميعها و شروط صحته.

المطلب الثاني : تطبيقات للإلتزام بالإرادة المنفردة

لا تعتبر الإرادة المنفردة في القانون المدني الجزائري، وكثيراً من القوانين المقارنة مصدراً عاماً للإلتزام، وإنما تعتبر مصدراً للإلتزام في الحالات الخاصة التي ينص عليها القانون، واستناداً إلى ذلك تقرر المادة 123 مكرر من القانون المدني بقولها: "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف مالم يلزم الغير .

ويسرى على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام بإستثناء أحكام القبول".
على أن البحث في ثنايا القانون المدني الجزائري يشير إلى وجود تطبيقات لنشوء الإلتزام بالإرادة المنفردة، كما أن هناك تطبيقاً شائعاً أورده المشرع ونظم أحكامه وهو "الوعد بجائزة".

الفرع الأول: حالات الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام

نص القانون المدني الجزائري على حالات يكون مصدر إلتزام المدين فيها هو الإرادة المنفردة، وهذه الحالات تتمثل فيما يلي:

الإيجاب الملزم المادة 63 من القانون المدني، ومن تطبيقات الوعد الملزم لجانب واحد المادة 71 من القانون المدني.

إجازة العقد القابل للإبطال المادة 100 وما يليها من القانون المدني.

تطهير العقار المرهون رهنا رسميا من الرهون التي تنقله المواد 915 من القانون المدني وما يليها.

الوصية : هي تصرف بإرادة منفردة ينشأ عنها حق عيني للموصى له المواد 184 وما يليها من قانون الأسرة .

الوقف المواد 217 وما يليها من قانون الأسرة .

الإبراء: يجوز للدائن بإرادته المنفردة التنازل دون مقابل عن حقه في ذمة المدين، فيترتب على ذلك إنقضاء إلتزام المدين (المادة 305 من القانون المدني).

الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور 123 مكرر 1.

الفرع الثاني : الوعد بجائزة الموجه للجمهور

لعل أهم تطبيقات الإرادة المنفردة التي نص عليها القانون، وأشار إلى أحكامها هو الوعد بجائزة، حيث نصت المادة 123 مكرر 1 بقولها: " من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها.

وإذا لم يعين الواعد أجلا لإنجاز العمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان الجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد.

يمارس حق المطالبة بالجائزة تحت طائلة السقوط في أجل (6) أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور".

وتقتضي دراسة الوعد بجائزة أن نعرض أولاً لشروطه، وأن نبحت في أحكامه ثانياً.

أولاً: شروط الوعد بجائزة الموجه للجمهور

يعتبر الوعد بجائزة الموجه للجمهور تصرفاً قانونياً بالإرادة المنفردة، لذلك فإنه يشترط فيه توافر جملة من الشروط:

1 - أن تصدر عن الواعد إرادة جدية باتة، فإذا لم يكن الواعد جاداً في وعده فلا يترتب في ذمته أي إلزام¹.

2 - كما ينبغي أن تتوافر لدى الواعد الأهلية اللازمة، التي تعدد وفقاً لما إذا كان الوعد تبرعاً أو على سبيل المعاوضة، ويجب أن تصدر إرادة الواعد سليمة خالية من أي عيب من عيوب الإرادة²، وأن تتجه إلى غرض مشروع، أي أن يكون الباعث لهما على الإلتزام مشروعاً.

3 - تعد الجائزة محلاً للإلتزام الواعد، وقد تكون مبلغاً من النقود أو نقل ملكية سيارة، لذلك فإنه يشترط فيها أن تكون ممكنة ومشروعة و معينة أو قابلة للتعين.

4 - والتعبير عن الإرادة في الوعد بجائزة، لا يخضع للقواعد العامة التي تجعل من الجائز أن يكون التعبير صريحاً أو ضمناً، بل يخضع لقاعدة خاصة مفادها، أن يكون التعبير عن الإرادة موجهاً إلى الجمهور، فإذا وجه التعبير إلى شخص معين أو أشخاص معينين، فإننا نكون بصدده إيجاب لا بد أن ينضم إليه قبول حتى ينعقد العقد، ونخرج عن نطاق الإلتزام بالإرادة المنفردة، وتوجيه الوعد إلى الجمهور يقتضي الإلتجاء إلى الوسيلة المؤدية إلى علم الجمهور بمضمون هذا الوعد، ويكون ذلك بطريق النشر في الصحف أو إصاق النشرات أو الإذاعة أو

¹أدريد محمود علي، مرجع سابق، ص 342.

²أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 149.

التلفزيون، أو غير ذلك من وسائل النشر العامة، والحكمة من ذلك هي أن يتيسر لأكبر عدد من الناس العلم بما وجه إليهم¹.

5 - أن يتضمن الإعلان أمرين : أولاً - جائزة معينة يلتزم الواعد بإعطائها . ثانياً - عملاً معيناً يقوم به الفائز لإستحقاق الجائزة².

ثانياً : آثار الوعد بجائزة الموجه للجمهور

تختلف آثار الوعد بجائزة بحسب ما إذا كان الواعد قد حدد مدة للقيام بالعمل الذي تقدم الجائزة عنه، أو لم تحدد مدة لذلك.

➤ تحديد مدة للقيام بالعمل

إذا تم تحديد له مدة معينة للقيام بالعمل المطلوب، فليتزم الواعد بالبقاء على وعده طوال المدة المحددة، ولا يجوز له الرجوع قبل إنتهاء المدة، ويجري على وعده حكم الإيجاب الملزم. ويستحق الجائزة من قدم له العمل المطلوب، سواء كان قد أتمه قبل الإعلان أو في خلال المدة المحددة، وسواء كان قد علم بالإعلان أو لم يعلم، أي سواء كان قد قام بالعمل من أجل الجائزة أو قام به دون علمه بالجائزة³.

أما إذا انقضى الأجل دون أن يقوم أحد بالعمل المطلوب إنقضى إلتزام الواعد، وإذا قام بعد ذلك شخص بهذا العمل فلا يلتزم الواعد بأداء الجائزة التي كان قد وعد بها، وإنما يمكن أن يلتزم على أساس الإثراء بلا سبب إذا ما توافرت شروط الإثراء بلا سبب⁴.

¹سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ص 210، 211.

²عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 396.

³علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 317.

⁴نجيم أهتوت، مرجع سابق، ص 156.

➤ عدم تحديد مدة معينة للقيام بالعمل

وإذا لم يتم الواعد بتحديد مدة يجب القيام بالعمل من خلالها، فله أن يرجع ما دام لم يتم أحد بالعمل، ولكن يجب الرجوع بالطريقة التي أعلن بها الوعد، وإذا قام أحد بالعمل قبل الرجوع إستحق الجائزة، ولو لم يكن عالمياً بالموعد عند قيامه به، وحتى لو قام به قبل الوعد¹.

وفي حالة إتمام العمل قبل رجوع الواعد في وعده، فإنه يلزم رفع دعوى المطالبة بالجائزة، خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور²، وهذه المدة هي مدة سقوط وليست مدة تقادم، فلا يرد عليها الوقف أو الإنقطاع³.

الباب الثاني : المصادر الغير الإرادية

تتمثل هذه المصادر في العمل غير المشروع، والاثراء بلا سبب أو الفعل النافع، وأخيرا القانون، على أن نخصص لبيان كل مصدر منها فصلا على النحو الآتي.

الفصل الأول : العمل غير المشروع

الفصل الثاني: شبه العقود

الفصل الثالث : القانون

الفصل الأول: العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية)

تنقسم المسؤولية إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، وبما أننا قد عرضنا من قبل للمسؤولية العقدية في الفصل المتعلق بالعقد، يبقى لنا دراسة المسؤولية التقصيرية التي تنشأ عن مخالفة التزام قانوني، وقد نظم المشرع الجزائري أحكام المسؤولية التقصيرية في المواد من 124 إلى 140 مكرر 1 من القانون المدني، وتم تقسيمها إلى ثلاثة أقسام هي المسؤولية عن الأعمال

¹ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 397.

² راجع المادة 123 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

³ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 151.

الشخصية والتي تقوم على الخطأ الذي سيتوجب الاثبات والتي تتضمن المبادي العامة للمسؤولية التقصيرية، ثم المسؤولية عن عمل الغير، تم المسؤولية الناشئة عن الأشياء، وهذين النوعين الأخيرين من المسؤولية لا يقومان على الخطأ الواجب الإثبات، وإنما يقومان على أسس أخرى، لعل أبرزها هو الخطأ المفترض¹.

و ترتيباً على ما سبق تم تقسيم هذا الفصل على النحو الآتي:

المبحث الأول: المسؤولية عن الأعمال الشخصية

المبحث الثاني: المسؤولية عن عمل الغير

المبحث الثالث: المسؤولية الناشئة عن الأشياء

المبحث الأول: المسؤولية عن الأعمال الشخصية

يقصد بالمسؤولية عن الأعمال أو الأفعال الشخصية تلك التي ترجع إلى فعل الشخص محدث الضرر المتضمن التدخل المباشر في إحداثه (أي دون وساطة شخص آخر أو تدخل شيء)، بحيث ينشأ الضرر عن فعل ينسب إلى المسؤول شخصياً، وهذا النوع من المسؤولية يمثل القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية².

والمسائل الأساسية المتصلة بالمسؤولية الشخصية، تتعلق بأركان هذه المسؤولية وآثارها.

المطلب الأول: أركان المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية

تنص المادة 124 من القانون المدني على أن: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض." ومفاد هذا النص أنه يلزم لقيام

¹ مرو أحمد عبد المنعم ديش، ماهية المسؤولية التقصيرية و أركانها وأحكامها وفقاً للقانون المدني المصري، مجلة صوت القانون، المجلد السادس، العدد الثاني، نوفمبر 2019، ص 1057.

² المرجع نفسه، ص 1057.

المسؤولية أن يكون هناك خطأ و أن يتسبب هذا الخطأ في ضرر للغير، وأن يكون هذا الضرر نتيجة للخطأ، وبالتالي يمكننا القول بأن أركان المسؤولية التقصيرية هي: الخطأ، الضرر، علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر، وذلك كما سيأتي شرحه في الفروع التالية على النحو المبين.

الفرع الأول : الخطأ

تضاربت الآراء الفقهية حول الخطأ في المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الفعل الشخصي، فهناك من اعتبره عمل ضار غير مشروع، و هناك من أعتبر أن الخطأ هو الإخلال بالتزام سابق، والالتزام السابق هو الإمتناع عن العنف والكف عن الغش، وكذا اليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء، وهذا لا يعد تعريفا للخطأ بل هو تقسيم لأنواعه¹.

ويقصد بالخطأ في اطار المسؤولية التقصيرية، الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي، ويدخل في هذا المعنى التعريف المشهور للعلامة بلانيول و هو أن الخطأ إخلال بالتزام سابق، وهو التزام قانوني عام بعدم الإضرار بالغير، ويعبر هذا التعريف عن الركن المادي في الخطأ وهو التعدي أو الانحراف، ولكن بجانب الركن المادي، لابد من توافر ركن آخر معنوي وهو ركن الإدراك والتمييز، إذ لا خطأ بغير إدراك²، على النحو الآتي:

أولاً : الركن المادي (التعدي أو الانحراف في السلوك) : وفقاً لما أجمع عليه الفقه، فإن الركن المادي للخطأ يتمثل في الانحراف في السلوك، بمعنى أن ينحرف الشخص عن السلوك الواجب الاتباع أو السلوك النموذجي، ومن المتفق عليه أيضاً أنه عند تحديد ما إذا كان هناك إنحراف في السلوك من عدمه، فإن المعمول به في ذلك هو المعيار الموضوعي لا المعيار الشخصي، بمعنى أنه لا ينظر عند تحديد الشخص الذي صدر منه ذلك الخطأ، فإذا كان شديد اليقظة

¹مدان المهدي، المسؤولية التقصيرية في الفعل الشخصي، مجلة معارف للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد الثاني، العدد الثالث، 2021، ص34.

²سمير عبد السيد تناعو، مرجع سابق، ص 226.

كان أقل سلوك منحرف منه يعد خطأ يستوجب مساءلته، وإذا كان مهملاً فلن يعتبر سلوكه انحرافاً إلا إذا كان على درجة كبيرة من الجسامة، لأن مثل هذا المعيار الشخصي (وهو معيار صعب الأخذ به)، يجعل حصول المضرور على تعريض متوقفاً على طبيعة الشخص الذي الحق به الضرر، وعلى ما إذا كان حريصاً أو مهملاً، وهو ما قد يزيد من مقدار الضرر بالمضرور، إذ ما ذنبه؟ إذا كان من الحق به الضرر مهملاً لا يعتبر سلوكه _ منظوراً إليه ذاتياً _ انحرافاً إلا إذا بلغ درجة كبيرة من الجسامة، هذا بالإضافة إلى أن هذا المعيار الشخصي سينطوي على مكافأة المهملين و عقاب الحريصون¹.

وعليه، يعد معيار الرجل العادي هو الأنسب والأصلح لقياس التعدي، وقد أخذ به المشرع الجزائري في العديد من أحكام القانون المدني.

ولكن لا بد من الإشارة هنا إلى أن هناك بعض الحالات التي لا يكون فيها التعدي خطأً، وهذه الحالات هي :

1. حالة الدفاع الشرعي : قرر المشرع في المادة 128 من القانون المدني على أنه : "من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله أو عن نفس غيره أو عن ماله، كان غير مسؤول على أن لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يُحدده القاضي."

و شروط الدفاع الشرعي هي²:

أ- أن يكون المدافع أمام خطر حال وشيك الوقوع على نفسه أو على ماله أو على نفس الغير أو ماله أو ماله.

¹ عمر و أحمد عبد المنعم دبش، مرجع سابق، ص ص1058، 1059.

² علي علي سليمان، مرجع سابق، ص203.

ب- أن يكون الدفاع ضد عمل غير مشروع

ج- أن يستعمل الدفاع بالقدر اللازم لدفع الإعتداء، فإذا تجاوز هذا القدر كان مسؤولاً عن تعويض ما أحدثه من ضرر بقدر هذا التجاوز.

2. حالة تنفيذ أمر صادر من رئيس : تنص المادة 129 من القانون المدني على ما يلي: " لا يكون الموظفون والعمال العامون مسؤولين شخصياً عن أعمالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذاً لأوامر صدرت إليهم من رئيس، متى كانت اطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم."

و يشترط لإنطباق هذا النص الشروط التالية هي:

أ- أن يكون مرتكب الفعل الضار موظفاً أو عاملاً عمومياً.

ب- أن يصدر الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس مع اعتقاده بمشروعية هذا الأمر، على أن تكون طاعة هذا الأمر واجبة.

ج- أن يراعي الموظف أو العامل العمومي الحيطة والحذر عند تنفيذ أمر الرئيس.

3. حالة الضرورة : تنص المادة 130 من القانون المدني على أنه: "من سبب ضرر للغير ليقادى ضرراً أكبر محققاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً."

وحالة الضرورة هي الحالة التي يضطر فيها الشخص إلى أحداث ضرر قليل لتجنب ضرر كبير، وفي هذه الحالة يلزم بتعويض مناسب تقدره المحكمة، لا بالتعويض كله¹.

و شروط هذه الحالة هي²:

أ- أن يكون هناك خطر محقق بنفس محدث الضرر أو بماله أو بغيره.

¹ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 438.

² سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 231.

ب- أن يكون مصدر هذا الخطر سبب أجنبي، كفعل الطبيعة أو فعل الغير.

ج- أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر من الضرر الذي أصاب الغير، فإذا توافرت هذه الشروط، قضى القانون بتعويض مناسب، تطبيقاً لاحكام الإثراء بلا سبب.

ثانياً : الركن المعنوي في الخطأ _ الإدراك:

تنص المادة 125 من القانون المدني على أنه: " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو باهمال منه أو عدم حيطة إلا إذا كان مميزاً. "

ومفاد هذا النص، أنه حتى يكون الشخص مسؤولاً مسؤولية تقصيرية، فلا بد أن يكون مميزاً، فلا يشترط بلوغ سن الرشد، أما الصبي غير المميز الذي لم يبلغ الثالثة عشر من عمره وكذلك المجنون، فلا يسأل أي منهما في الأفعال الضارة الصادرة منه، لأن إدراك الواجبات القانونية وضرورة احترامها تستلزم القدرة على التمييز لدى الشخص، والعبرة في تقدير وجود التمييز من عدمه هو وقت ارتكاب الفعل الضار، أي الإخلال بالواجب القانوني العام بعدم الإعتداء¹.

الفرع الثاني : الضرر

فالمقصود بالضرر في القانون هو كل أذى يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، ولا تقوم المسؤولية بغير ضرر، فهو العنصر الأساسي لقيام المسؤولية، وبمقدار حجم الضرر يكون مقدار التعويض².

أولاً: أنواع الضرر

الضرر في الفعل المستحق للتعويض قد يكون مادياً كما قد يكون معنوياً.

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 173.

² بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 155.

1. الضرر المادي : هو الذي يصيب المضرور في حق من حقوقه التي يحميها القانون سواء في جسمه أو ماله، أو يصيبه في مصلحة مادية مشروعة¹.

2. الضرر الأدبي : وهو الذي يصيب الشخص في قيمة غير مالية، ومن الأمثلة على هذا الضرر الذي يصيب الشخص في جسمه فيسبب له ألما أو جراحا أو تشويها، ومن الأمثلة كذلك الاعتداء على السمعة والشرف بالسبب والقذف أو التشهير².

ثانيا : أقسام الضرر

1. الضرر المباشر والضرر غير المباشر

ورد النص على التعويض على الضرر المباشر في المادة 182 من القانون المدني الواردة في المسؤولية العقدية، و هذا المعيار يصدق أيضا على المسؤولية التقصيرية، التي تقضي باعتبار الضرر مباشرا اذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه، و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أيتوقاه ببذل جهد معقول³.

2. الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع

تنص الفقرة الثانية من المادة 182 من القانون المدني على أنه : "غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيم الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد."، من خلال هذا النص نجد أن هذه المادة قد قصرت التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر الذي كان متوقعا عند إبرام العقد، أما التعويض في المسؤولية التقصيرية فيشمل الضرر الذي كان متوقعا والضرر الذي لم يكن متوقعا، فلو اعتدى إنسان على آخر بالضرب، وأدى ذلك الضرب إلى إحداث عاهة مستديمة، فإنه يسأل

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص162.

² سمير عبد السبير تناغو، مرجع سابق، ص ص، 248، 249.

³ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 170.

عن الضرب وعن العاهة المستديمة، ولا يحق له التذرع بأن العاهة لم تكن متوقعة، فهو مطالب بأن يتوقعها¹.

3. الضرر الحال والضرر المستقبلي

يشترط في الضرر أن يكون حال بمعنى محقق، والضرر المحقق هو الذي يكون قد وقع فعلاً، أو أن يكون وقوعه في المستقبل على نحو مؤكد، ومثال الأول أن يكون الضرر قد حصل بالفعل، بأن مات المصاب أو احتراق المال أو إتلاف السيارة، و أما الضرر المؤكد وقوعه في المستقبل، فمثاله ما يصيب العامل من إصابة أثناء العمل، ولا يدري مقدار الآثار التي ستنتشأ عنها، وما إذا كانت ستشكل عجزاً كلياً أو عجزاً جزئياً عن العمل، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض عن الضرر الذي وقع بالفعل²، على أن يكون للمضروب الحق في أن يطالب خلال مدة معينة إعادة النظر في التقدير³.

أما الضرر المستقبلي هو ذلك الضرر الذي تحقق سببه، ولكن آثاره لن تتحدد بصورة دقيقة الا في المستقبل، فالعامل الذي يصاب بحادثه تعجزه كلياً أو جزئياً عن العمل، يستحق التعويض عن الضرر الناشيء من العجز الحالي وعن الضرر الذي سيتحقق في المستقبل، في حين أن الضرر المحتمل هو الذي لم يتحقق أي قدر منه منذ وقوع الحادثة، ويكون وقوعه في المستقبل أمراً محتملاً غير مؤكد⁴.

ومع أن الضرر المحتمل لا يعوض عنه الا إذا تحقق، فإن الفرصة وان كانت بذورها أمراً محتملاً، الا أن تقويت هذه الفرصة يعتبر أمراً محققاً يترتب عليه ضرر حال يستوجب التعويض، و مثاله إذا أهمل محام في استئناف حكم صدر ضد مصلحة موكله، فإنه يضيع

¹ بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 156.

² عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 251.

³ راجع المادة 131 من القانون المدني الجزائري .

⁴ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 184.

عليه فرصة كسب هذا الإستئناف، ويعتبر ذلك ضرراً محققاً يستطيع الشخص المطالبة بالتعويض عنه، ولكن لا يستطيع أن يطالب بتعويضه عما كان سيحكم له لو أنه كسب الإستئناف لان ذلك أمراً محتملاً غير محقق، ومثاله أيضاً أن يتسبب شخص في تعطيل طالب من دخول الامتحان¹.

الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر

لا يكفي لقيام المسؤولية وقوع خطأ من شخص و حدوث ضرر لآخر، بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر و إلا انعدمت المسؤولية، وهذا ما يسمى بالرابطة السببية أو بعلاقة السببية بين الخطأ والضرر².

وقد تطلب المشرع الجزائري توافر رابطة السببية، إذا نصت المادة 124 من القانون المدني: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضرراً الغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

كما نصت المادة 127 من القانون المدني بقولها: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجيء، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

هذه المادة تقرر مبدأ خاصا بعلاقة السببية، بمعنى أنه إذا لم توجد رابطة السببية بين الخطأ والضرر، لا يكون الشخص الذي وقع منه الخطأ مسؤولاً، ولا تنتفي علاقة السببية وفقاً لما قررته المادة 127 الا إذا وجد سبب أجنبي، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير.

أما بالنسبة للسبب الأجنبي، فقد ذكرت المادة 127 السابق ذكرها أمثلة على ذلك كالحادث المفاجئي والقوة القاهرة، وهما تعبيران مختلفان يدلان على معنى واحد يقصد به أمر غير متوقع

¹ عمرو أحمد عبد المنعم ديش، مرجع سابق، ص 1063.

² سوزان على حسن، مرجع سابق، 236.

الحصول وغير ممكن الدفع، فمثال القوة القاهرة نشوب حرب أو ثورة، ومثال الحدث الفجائي انفجار آلة ونحو ذلك من الحوادث ما دام شرطاً استحالة التوقع واستحالة الدفع قد توافرا¹.

أما بالنسبة لخطأ المضرور فيفترض هنا أن الضرر الذي حصل كان متصلاً بشخص معين، ولكن فعل الشخص لم يكن هو السبب في حصوله، لأن فعل المتضرر نفسه استغرق فعل هذا الشخص، بأن كان يفوقه كثيراً في الجسامة والتأثير في النتيجة، ومثال ذلك أن يتعمد المضرور الحاق الضرر بنفسه، فيرمي بنفسه أمام سيارة تسير بسرعة، فيكون فعل المضرور مستغرقاً لفعل السائق الذي يسير بسرعة، أو كان فعل هذا الشخص ما هو إلا سبب أو نتيجة لفعل المضرور، ومثال ذلك سائق سيارة يفاجأ بطفل يقطع الشارع جرياً فيؤديه، ففي هذه الحالة يكون السائق غير مسؤولاً لأن علاقة السببية منتفية².

أما إذا لم يستغرق أحد الخطأين خطأ الآخر، بل بقيا متميزين، كل منهما اشترك في إحداث الضرر مستقلاً، كان للضرر سببان خطأ المضرور وخطأ الشخص الآخر، ويكون كل منهما مسؤول بقدر ما تسبب في الضرر³.

ولكن كثيراً ما يصعب تقدير هذه الرابطة بسبب تعدد الأسباب التي أدت إلى وقوع الضرر، أو بسبب تعدد الأضرار المتسلسلة عن سبب أصلي واحد.

أولاً : تعدد الأسباب

إذا كان الضرر واحد وتعددت الأسباب، فهل تقوم رابطة السببية بين الضرر و كل هذه الأسباب أم يعزى الضرر إلى سبب واحد منها؟ يجب التفرقة في هذه الحالة بين فرضين :

¹ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 464.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ص 742، 743.

³ عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 192.

1. إذا كان أحد الأسباب يستغرق الآخر فإن هذا السبب يبقى هو الوحيد الذي أحدث الضرر فتتحقق مسؤولية صاحبه كاملة، و يتحقق ذلك في صورتين : إما أن يكون أحد السببين خطأ عمدي و الآخر غير عمدي، وهنا يستغرق الخطأ العمد الخطأ غير العمد، ويصبح هو السبب الوحيد الذي نقف عنده، وإما أن يكون أحد السببين نتيجة للسبب الآخر كالتنفيذ الخطأ بناء على مشورة خاطئة وهنا يستغرق خطأ المشورة خطأ التنفيذ.

2. إذا لم يكن هناك سبب يستغرق الآخر، فإن محكمة النقض المصرية، قد قضت بأنه يجب التمييز بين الأسباب العارضة والأسباب المنتجة، ونقف عند الثانية دون الأولى وتعتبرها وحدها السبب في إحداث الضرر¹.

ثانيا : تعدد الأضرار

قد يفضي الفعل الواحد إلى أضرار متعددة يعقب بعضها بعضا، كأن ينتج عن الخطأ ضرر ويترتب على هذا الضرر ضرر ثان ويؤدي ذلك إلى ضرر ثالث وهكذا، وفي هذا الفرض يثور التساؤل عن مدى مسؤولية مرتكب الفعل الضار عن هذه السلسلة من الأضرار؟

الأصل في هذا الصدد أن يحدث الضرر لا يسأل عن كل هذه السلسلة من الأضرار، وإنما يسأل عن الضرر المباشر فقط، سواء هذا الضرر متوقعا أم غير متوقع، ويكرس القانون المدني الجزائري هذا الاتجاه صراحة من خلال المادة 182، حيث يتحدد الضرر الذي يلتزم المسؤول عن الفعل الضار بالتعويض عنه، طالما كان نتيجة طبيعية للعمل غير المشورع، أو بعبارة أخرى هو ذلك الضرر الذي لم يكن في وسع المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول.²

ولتوضيح كل من الضرر المباشر والضرر غير المباشر، نضرب المثال التالي:

¹سوزان على حسن، مرجع سابق، ص237.

²دريد محمود علي، مرجع سابق، ص424.

أُتلف شخص مضخة المياه العائدة لجاره، فترتب على هذا العمل تعطيل ري المزروعات في تلك الأرض حتى تُلقت، وأدى ذلك بدوره إلى توقف المزارع عن سداد ديونه، فأوقع الحجز على أمواله وبيعت بثمن بخس.

يلاحظ في هذا المثال أن تلف المضخة يعد ضرراً مباشراً متوقعاً، بينما تلف المزروعات يعتبر ضرراً مباشراً غير متوقع، ويسأل المتسبب عن تعويضهما جميعاً، أما توقف المزارع عن سداد ديونه والحجز عن أمواله، فهذه كلها أضرار غير مباشرة لا يشملها التعويض.

المطلب الثاني: آثار المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي

يترتب على انعقاد المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي، حق المضرور في رفع دعوى المسؤولية مطالباً بالزام المسؤول بالتعويض عن الضرر الذي أحدثه بخطئه، ويتطلب تناول آثار المسؤولية التقصيرية التعرض إلى دعوى المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي، والجزاء المترتب عنها.

الفرع الأول: دعوى المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي

الأصل أن دعوى أي مسؤولية كانت تقوم بناءً على أطراف لها وهما المدعي و المدعى عليه، فالأول يقدم دفع و الثاني يقدم طلبات فهذا هو المستقر عليه.

أولاً: أطراف الدعوى

المدعي: هو المضرور إما مضروراً أصلياً أو ضرراً ارتدادياً (كأقارب المضرور الأصلي)، ولا مانع من أن المدعي هو وارث المضرور، باعتبار أن حقوق المورث تؤول إلى وراثته، كما لا مانع أن يكون المدعي شخصاً آخر غير المتضرر الحقيقي، و هذا كالدائن في

الدعوى غير المباشرة، و شركة التأمين، أو أي هيئة أخرى عمومية تحل محل المضرور الحقيقي للمطالبة بحقوق هذا الأخير، من ذلك هيئة الضمان لاجتماعي¹.

المدعى عليه :هو المسؤول أو نائبه أو خلفه، فالمسؤول هو المدعى عليه في المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي أو عن فعل الغير أو عن الأشياء، فإذا كان المسؤول قاصراً، فنائبه هو وليه أو وصيه، وإذا كان محجوراً عليه، فنائبه هو القيم أما إذا كان راشداً أي بالغاً فنائبه هو محاميه، ويحل محل المسؤول _المدعى عليه_ خلفه أي الورثة، والتركة تكون هي المسؤولة بعد موت المسؤول، وعلى المضرور أن يرفع دعوى ضد كل الورثة أو على أحدهم، ويتقاضى حقه كاملاً من قبل تركة المتوفي _المدعى عليه²_، كما قد يكون المدعى عليه هو مؤمن المسؤول، كما هو الحال في حوادث السيارات مثلاً، وفي حال تعدد المسؤولين يكونون متضامنين في أداء التعويض طبقاً لنص المادة 126 من القانون المدني³.

ثانياً: الطلبات والدفع

الطلبات هي التعويض عن الضرر، وهو أمر يقدره المدعي كما يشاء، ولا يكون للقاضي أن يزيد عما طلبه المدعي، ولكن له أن يحكم بأقل منه.

ويكون للمدعى عليه في دعوى المسؤولية يدفعها بأحد الأمرين:

إما أن ينكر قيام المسؤولية بادعائه أنها غير متوافرة الأركان، و إما أن يعترف بقيام المسؤولية، و لكنه يدعي بانقضاء الالتزام المترتب عليها، بالتقادم مثلاً⁴.

ثالثاً: تقادم الدعوى

¹دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 106.

²مدان المهدي، مرجع سابق، ص 42.

³دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 106.

⁴سوزان علي حسن، مرجع سابق، ص 238.

تسقط دعوى التعويض طبقاً لنص المادة 133 من القانون المدني بانقضاء 15 سنة من يوم وقوع الفعل الضار، وبمضيها يسقط حق المضرور في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به، و نفس الحكم يسري على الدعوى المدنية بالتبعية الناشئة عن جريمة جنائية، حسبما نصت عليه المادة 10 من قانون الإجراءات الجزائية، و التي أخضعت هذه الدعوى لأحكام القانون المدني من حيث التقادم.

الفرع الثاني: جزاء المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي

يتمثل الأثر المترتب على قيام المسؤولية المدنية في التعويض، وهذا الأخير يقدره القاضي بناءً على طلب المضرور، وبالرجوع إلى نص المادة 132 من القانون المدني التي تقضي بأنه: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسماً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً."

ويُقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير المشروع.

أولاً: طرق التعويض

الأصل أن يكون التعويض عن المسؤولية التقصيرية عينياً، وذلك بإعادة الحال إلى ما كان عليه، كهدم حائط بني بصفة غير مشروعة و إصلاح السيارة المعطوبة، على أنه قد يُستعاض عن ذلك بالتعويض بمقابل إذا استحال إعادة الحال إلى ما كان عليه، وبذلك يجوز أن يكون التعويض غير نقدي، ومثاله نشر الحكم بإدانة المسؤول في جرائم السب والقذف¹.

¹نادر محمد ابراهيم، مرجع سابق، ص 203.

أما التعويض النقدي، فهو قد يكون دفعة واحدة، كما يجوز أن يكون مقسطاً، أو إيراداً لمدى الحياة وفقاً لتقدير القاضي، وفي الحالة الأخيرة يجوز الحكم على المسؤول بتقديم تأمين لضمان الوفاء، وهو ما أشارت له المادة 132 من القانون المدني صراحة.

ثانياً: تقدير التعويض

يُقَدَّر القاضي التعويض عن الضرر المباشر، والذي يشتمل على عنصرين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاتته¹، ويجب على القاضي أن يراعي في تقدير التعويض الظروف الملازمة للمضرور أي ظروفه الشخصية، كالظروف الصحية والعائلية والمالية، كما أن التعويض يُقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات²، فوجب أن يقدر التعويض على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي، شريطة أن يُبين القاضي عناصر الضرر الذي قضى من أجله التعويض، وأن يناقش كل منها على حدة ويبين وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته³.

ثالثاً: وقت تقدير التعويض

إذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم، تقدير مدى التعويض بصفة نهائية، جاز له أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة، بالنظر من جديد في تقدير التعويض⁴، كما يمكن للقاضي أن يمنح المضرور تعويضاً مؤقتاً، كنفقات العلاج ومصاريف التنقل... الخ.

المبحث الثاني: المسؤولية عن عمل الغير

المسؤولية عن عمل الغير تختلف عن المسؤولية عن الأعمال الشخصية، في أنها تقوم على خطأ مفترض غير واجب الإثبات وذلك تسهيلاً للمضرور في حصوله على التعويض، خلافاً

¹ راجع المادة 1/182 من القانون المدني الجزائري.

² راجع المادة 131 من القانون المدني الجزائري.

³ سوزان علي حسن، مرجع سابق، ص 240.

⁴ راجع المادة 131 من القانون المدني الجزائري.

للقاعدة العامة التي توجب إثبات الخطأ في جانب المسؤول¹، والمسؤولية عن أعمال الغير لها تطبيقين في القانون المدني الجزائري: هما مسؤولية من تجب عليه الرقابة عن هم في رقابته، ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع.

المطلب الأول: مسؤولية من تجب عليه الرقابة عن هم في رقابته

لقد أقر المشرع الجزائري مسؤولية من تجب عليه الرقابة عن هم في رقابته، وذلك من خلال نص المادة 134 من القانون المدني بقولها: "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار.

ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو إذا أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية."

الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة

ينبغي أن ينشأ واجب قانوني أو اتفاقي بالرقابة، ثم يقع فعل ضار من الشخص الخاضع للرقابة.

أولاً: تولي شخص الرقابة على شخص آخر

لا يكون الرقيب مسؤولاً إلا إذا كان هناك التزام بالرقابة سواء كان مصدره القانون، كرقابة الأب لابنه القاصر أو الاتفاق كرقابة مدير مستشفى الأمراض العقلية على مرضاه، وعلة الالتزام بالرقابة هنا هي حاجة الابن أو المريض إلى هذه الرقابة بسبب قصره في الحالة الأولى أو بسبب حالته العقلية في الحالة الثانية².

¹سمير عبد السيد تناعو، مرجع سابق، ص 273.

²سوزان علي حسن، مرجع سابق، ص 241.

ثانياً: صدور فعل ضار من المشمول بالرقابة

يشترط لذلك أن يصدر عمل ضار أو غير مشروع من الطرف المسؤول بالرقابة، سواء كان هذا الأخير قاصراً أو يعاني من خلل عقلي أو جسدي¹.

الفرع الثاني: دفع مسؤولية متولي الرقابة

إن قرينة الخطأ التي أقامها القانون ليست قاطعة، وإنما هي قرينة بسيطة قائمة على الافتراض، ومن ثم يجوز له أن يثبت عكسها، بمعنى يجوز له أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة كما ينبغي وأن يثبت أنه لم يخطئ.

كما يمكن لمتولي الرقابة نفي قرينة علاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي حصل، وذلك بإثبات أن الضرر لا محالة واقع ولو بذل رقابة كاملة، كأن يكون الضرر قد وقع بسبب أجنبي لا يد له فيه².

وإذا ثبتت مسؤولية متولي الرقابة، كان للمضرور أن يرجع عليه بالتعويض، و للمضرور أن يرجع على كل من متولي الرقابة والخاضع لها المميز، لأن المسؤولية التقصيرية يجوز فيها التضامن، فإذا استوفى المضرور التعويض من أحدهما، لم يكن له أن يرجع على الآخر³.

المطلب الثاني: مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع

تنص المادة 136 من القانون المدني على ما يلي: "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعاً منه في حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها. وتتحقق علاقة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حرّاً في اختيار تابعه، متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع."

¹ دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 89.

² بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 164.

³ رمضان أبو سعود، مرجع سابق، ص 412.

على أن دراسة هذه المسؤولية تقتضي التعرف على شروطها وأحكامها.

الفرع الأول: شروط مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه

يشترط لقيام مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه توفر الشروط التالية:

أولاً: علاقة التبعية

يقصد بذلك أن يعمل التابع لحساب المتبوع، وأن يكون للمتبوع عليه حق الرقابة والتوجيه وإصدار الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها، لذا فإن علاقة التبعية تقوم في الغالب على عقد بين المتبوع والتابع، كعقد العمل الذي يربط بين العامل ورب العمل أو بين المستخدم وصاحب المتجر¹.

ومع ذلك فإنه لا يشترط لقيام علاقة التبعية وجود عقد بين التابع والمتبوع، كما أنها لا تستلزم أن يكون التابع مأجوراً، كما لا يشترط لقيامها أن تكون سلطة الرقابة والتوجيه مستمرة، إذ أن هذه العلاقة تقوم حيثما يكون للمتبوع على التابع سلطة التوجيه والرقابة، ولا يهم بعد ذلك أن تكون مدة الرقابة طويلة أو قصيرة².

ثانياً: ارتكاب التابع خطأ أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها

لا بد أن يصدر الخطأ من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها حتى تقوم مسؤولية التابع، فمثلاً فسائق السيارة وهو تابع لصاحبها إذا دهس شخصاً في الطريق عن خطأ، يكون قد ارتكب هذا الخطأ، وهو يقود السيارة أي يؤدي عملاً من أعمال وظيفته، فيكون المتبوع وهو صاحب السيارة مسؤولاً عن هذا الخطأ³.

¹ دريد محمود علي، مرجع سابق، ص 463.

² أنور سلطان، مرجع سابق، ص 380.

³ تيزي عبد القادر، الفعل المستحق للتعويض كمصدر من مصادر الالتزام، محاضرات في القانون المدني، كلية الحقوق و

العلوم السياسية، جامعة الجيلالي الياصب سيدي بلعباس، 2020/2019 ص 37.

ثالثاً: خطأ التابع

تتوقف مسؤولية المتبوع على مسؤولية التابع، وعلى ذلك تنتفي مسؤولية المتبوع إذا لم تتحقق مسؤولية التابع، كما لو ارتكب التابع الفعل الضار أثناء مباشرته حق الدفاع الشرعي، أو نتيجة قوة قاهرة، أو كان فاقد التمييز في هذا الوقت¹.

الفرع الثاني: أحكام مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه

نتولى دراسة هذه الأحكام في فقرتين، نخصص الأولى لبحث الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، ونبحث في الثانية رجوع المتبوع على محدث الضرر.

أولاً: أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه

تقوم مسؤولية المتبوع عن عمل التابع على أساس الخطأ المفترض في جانب المتبوع، يتلخص فحواه أن المتبوع يقوم في جانبه خطأ مفترض، خطأ في الرقابة أو خطأ في التوجيه، أو خطأ في الاختيار، أو خطأ فيهما جميعاً، وهذا الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، وعليه إذا قام هذا الافتراض وقامت هذه المسؤولية، يلتزم المتبوع بتعويض إتجاه المضرور².

ثانياً: رجوع المتبوع على التابع

تقتضي المادة 137 من القانون المدني على أنه: "للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيم"، وتطبيقاً لذلك لا يمكن للمتبوع الرجوع على تابعه، إلا في حالة كان الضرر الذي أحدثه التابع للغير قد ارتكب نتيجة خطأ جسيم، أما مسألة تقدير الخطأ الجسيم تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع.

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 215.

² تيزي عبد القادر، مرجع سابق، ص 38.

المبحث الثالث: المسؤولية الناشئة عن الأشياء

تتحقق مسؤولية الشخص عن الشيء إذا كان حارساً له، ونشأ عن هذا الشيء ضرر للغير، فيُنسب إلى الحارس خطأ في الحراسة تقوم على أساسه مسؤولية الحارس¹.

وقد نص المشرع الجزائري على أربعة (04) أنواع من للمسؤولية الناشئة عن الأشياء والمتمثلة في الآتي:

المسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية (المادة 138 من القانون المدني).

المسؤولية عن حراسة الأشياء الحية (الحيوان) (المادة 139 من القانون المدني).

المسؤولية عن تهدم البناء (المادة 140 / 2 و 3 من القانون المدني).

المسؤولية عن الحريق (المادة 1/140 من القانون المدني).

وترتيباً على ما سبق سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: المسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية

تقوم هذه المسؤولية على فكرة الخطأ في حراسة الأشياء غير الحية.

الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية حارس الأشياء غير الحية

تنص المادة 1/138 من القانون المدني على أنه: "كل من تولى حراسة شيء وله قدرة الاستعمال والتسييره والرقابة يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء"، يتضح من خلال هذه المادة أنه يشترط لقيام المسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية توفر الشروط التالية:

¹سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 288.

أولاً: أن يتولى شخص حراسة الشيء

يقصد بالحراسة عند المشرع الجزائري قدرة استعمال الشيء وتسييره (أو توجيهه) ورقابته، وهذه العبارة من إبتداع محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر سنة 1941، ويقصد بتلك العبارة سيطرة الشخص الفعلية على الشيء محل الحراسة (فالسيارة تُستعمل بركوبها والحضان بركوبه أو باستعماله في الجر أو نقل الأشياء)، أما التوجيه أو التسيير، فهو سلطة إصدار أو توجيه الأمر أو النهي بصدد الشيء، أما الرقابة فتعني تعهد الشيء بالصيانة مثلا و الإصلاح لئلا يضر بالغير¹.

ثانيا : حدوث ضرر بفعل الشيء

يجب حتى تتحقق مسؤولية حارس الشيء، أن يكون الضرر ناشئاً عن فعل الشيء، ولا يكفي في ذلك تدخل الشيء تدخلًا سلبيًا، بل يجب أن يحدث الضرر نتيجة لحركة إيجابية من الشيء، كأن تدهس السيارة شخصًا أثناء عبوره الطريق، ولا يشترط أن يحدث الضرر نتيجة لإستخدام شخص لهذا الشيء، فقد يتسبب الشيء في الضرر نتيجة لحركة ذاتية، و في هذه الحالة تقوم المسؤولية مباشرة على عاتق الحارس على أساس أن الخطأ مفترض في جانبه².

الفرع الثاني: دفع مسؤولية حارس الأشياء غير الحية

ولما كان حارس الشيء لا يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه بنفي الخطأ، لم يبقى أمامه لدفع المسؤولية إلا أن ينفي علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي وقع، وهو لا يستطيع نفي علاقة السببية هذه إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ المصاب أو خطأ الغير³.

¹دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 102.

²سوزان علي حسن، مرجع سابق، ص 249.

³عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، 1100.

المطلب الثاني: المسؤولية عن حراسة الأشياء الحية (الحيوان)

تنظم أحكام هذه المسؤولية المادة 139 من القانون المدني، وذلك من خلال ما تقضي به من أن: "حارس الحيوان ولو لم يكن مالكاً له مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب لا ينسب إليه".

على أن دراسة المسؤولية عن فعل الحيوان تتطلب منا أن نبحث في شروط هذه المسؤولية، وفي أساسها القانوني.

الفرع الأول: شروط المسؤولية

يشترط لقيام هذا النوع من المسؤولية أن يكون هناك حيوان في حراسة شخص، وأن يتسبب هذا الحيوان في الإضرار بالغير.

أولاً: حارس الحيوان

حارس الحيوان هو صاحب السيطرة الفعلية عليه، و مسؤولية حارس الحيوان تقوم على خطأ مفترض في الحراسة، ومثل هذا الخطأ لا يمكن أن ينسب إلا الشخص الذي يكون الحيوان تحت إشرافه ورقابته¹.

وتظل الحراسة للمالك حتى لو كان الحيوان في يد الخادم، لأن هذا الأخير يسيطر على الحيوان لحساب المالك الذي تبقى له السيطرة الفعلية على الحيوان².

¹سمير عبد السيد تناعو، مرجع سابق، ص 289.

²سوزان علي حسن، مرجع سابق، ص 245.

ويقصد بالحيوان بهذا الصدد، أي نوع من الحيوانات، أليفاً كان أو متوحشاً، كبيراً أو صغيراً، خطراً أو غير خطر، ولكن يشترط أن يكون الحيوان حياً ومملوكاً لأحد من الناس، وأن تكون حراسته ممكنة¹.

ثانياً: أن يسبب الحيوان ضرر

أي أنه يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن فعل الحيوان، بمعنى أن يكون الحيوان قد قام بدور إيجابي في إحداث الضرر، فلا مسؤولية عن الضرر الذي لا يقوم فيه الحيوان بأي دور إيجابي، ومثال ذلك هو أن يرتطم إنسان بحيوان واقف فيصاب ببعض الأضرار، فلا مسؤولية في هذا الفرض على صاحب الحيوان².

ولا يشترط أن يحدث إحتكاك مادي بين الحيوان والشيء الذي حدث فيه الضرر، فلو كان الحيوان مفترساً وخرج من المكان المخصص له إلى الطريق العام مثيراً الخوف بين الناس، فنتج عن هذا الخوف اصطدام أحد الأشخاص بغيره فجرح أو مات، فإن الضرر في هذه الحالة يكون من فعل الحيوان³.

الفرع الثاني: أساس مسؤولية حارس الحيوان ودفعها

و هو الخطأ المفترض في جانب الحارس والمقصود هنا الخطأ في الحراسة، ومفاد ذلك أنه ليس على المضرور إلا إثبات أن المدعى عليه هو حارس الحيوان وأن الضرر قد وقع بفعل الحيوان، والخطأ المفترض هنا لا يقبل إثبات العكس، فلا يستطيع الحارس مثلاً الدفع بأنه لم يرتكب الخطأ و أنه قام ببذل العناية الكافية حتى لا يحدث الحيوان أي ضرر أو أذى للغير⁴.

¹ عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 220.

² دريد محمود علي، مرجع سابق، ص 483.

³ سمير عبد السيد تناعو، مرجع سابق، ص 290.

⁴ سوزان علي حسن، مرجع سابق، ص 246.

ولا يعني ذلك أن الحارس لا يستطيع على الإطلاق نفي المسؤولية عن نفسه، بل من الممكن أن ينفي علاقة السببية بين فعل الحيوان و الضرر الذي أصاب المدعي، وذلك إما بإثبات القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور.

المطلب الثالث: المسؤولية عن تهدم البناء

نظمت هذه المسؤولية المادة 140 من القانون المدني بقولها: "مالك البناء مسؤول عما يحدثه إنهدام البناء من ضرر ولو كان انهداما جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، أو قدم البناء، أو عيب فيه.

ويجوز لمن كان مهدياً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر فإن لم يحم المالك بذلك، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه".

وسندرس شروط المسؤولية وأساسها القانوني ثم كيفية دفع هذه المسؤولية.

الفرع الأول: شروط المسؤولية

تقوم هذه المسؤولية عند تولي شخص حراسة بناء وتسبب إنهدامه في إحداث ضرر بالغير.

أولاً: حراسة البناء

يشترط لقيام مسؤولية حارس البناء أن يكون هناك شخص قائم بحراسة البناء، وهو من له السيطرة الفعلية على البناء، فيكون مكلفاً بحفظه وتعهده بالصيانة، وهو المتصرف في شؤونه، ومن تم توجد قرينة على أن حارس البناء هو المالك فالبائع قبل التسليم، والمقاول الذي قام بتشديد البناء يعتبر حارس له حتى يسلمه لمالكه¹.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1070.

ومستأجر البناء ليس هو الحارس_كمبدأ عام_ إذ أن المسؤولية تقتصر على حالة الإندام الناتج عن نقص في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه، والأعمال التي تمنع ذلك التهدم تقع على عاتق المؤجر باعتبارها من الترميمات الضرورية، وعلى ذلك فالمؤجر في الغالب هو الحارس¹.

وأما البناء فيقصد به كل ما يتم تشييده من طرف الإنسان متصلاً بالأرض، بغض النظر عن المواد المستعملة في التشييد أو الحفر².

ثانياً: أن يكون الضرر ناشئاً عن تهدم البناء

تهدم البناء هو تفككه وانفصاله عن الأرض، يستوي أن يكون التهدم كلياً أو جزئياً، ولكن يجب أن يكون هناك تهدم فعلي، أما مجرد أن يكون البناء مهدداً بالسقوط أو التهدم، فقد أجازت المادة 140 من القانون المدني لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء، أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدر الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه³.

الفرع الثاني: أساس المسؤولية

تقوم مسؤولية حارس البناء على أساس خطأ مفترض في جانبه، يتمثل إما في قدم البناء، أو عيب فيه، أو إهمال في صيانتته، وهذا الافتراض قابل لإثبات العكس، فالحارس يستطيع أن ينفى عن نفسه الخطأ، وبالتالي ينفى عن نفسه المسؤولية، إذ هو أثبت أن البناء لم يكن في حاجة إلى إصلاح أو تجديد، وأنه كان قائماً بكل ما يحتاج إليه البناء من صيانة وترميم⁴.

¹أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 223.

²بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 178.

³عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 222.

⁴سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 294.

كما يمكن للحارس أن يدفع عن نفسه المسؤولية، وذلك بنفي علاقة السببية ما بين تهدم البناء والضرر الذي وقع، بأن يثبت مثلاً أن زلزالاً كان هو السبب في تهدم البناء وهذه هي القوة القاهرة، أو أن المضرور نفسه هو الذي منع حارس البناء من القيام بأعمال الصيانة أو الإصلاح، وهذا يُعد خطأً من جانب المضرور¹.

الفصل الثاني: شبه العقد

وشبه العقد تسمية آتية من القانون الروماني، ذلك أن الرومان ميزوا بين العقد (وهو عمل مشروع) و بين الجريمة (وهي عمل غير مشروع)، غير أن الواقع العملي أوجد فيما بعد أعمالاً، غير مشروعة، و لكن ليست من الجرائم المنصوص عليها، فأطلقوا عليها شبه الجريمة، كما أنه وجدت أعمالاً مشروعة لكنها ليست من العقود، فأطلقوا عليها شبه العقد، ومن القانون الروماني استمد المشرع الفرنسي هذه التسمية التي نقلها عنه بدوره المشرع الجزائري²، و يشمل شبه العقد الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق، والفضالة.

وقد نظم المشرع أحكامه في المواد 141 إلى 159 من القانون المدني، و سنتناول هنا دراسة كل من:

المبحث الأول: الإثراء بلا سبب

المبحث الثاني: دفع غير المستحق

المبحث الثالث: الفضالة

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1077.

² دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 108.

المبحث الأول: الإثراء بلا سبب

نظم المشرع موضوع الإثراء بلا سبب في المادة 141 وما بعدها، والتي تنص على أن: "كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها، يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء".

فالقانون المدني يأخذ بمبدأ عام يقضي بأن كل من أثري على حساب شخص آخر بدون سبب قانوني، يلتزم في حدود ما أثري، بتعويض ما افتقر عما لحقه من خسارة¹.

وسندرس شروط الإثراء بلا سبب، ثم أحكامه.

المطلب الأول: شروط الإثراء بلا سبب

يشترط في الإثراء بلا سبب وجود إثراء في جانب وافتقار في جانب آخر مع انعدام السبب القانوني لذلك:

أولاً: إثراء المدين

ويتحقق إثراء المدين بزيادة منفعة مادية أو معنوية إلى ذمته أو دفع خسارة عنها، وذلك بإضافة قيمة مالية إلى ذمة المثري، فالشخص الذي ينتفع بمنزل مملوك للغير دون أن يكون هناك عقد إيجار، يثرى على حساب المالك، ويكون الإثراء في مثل هذه الحالات إيجابياً، وقد يكون الإثراء سلبياً، كمن يدفع ديناً على غيره، فيثري هذا الغير دون سبب بمقدار ما نقص من ديونه، وكذلك لوقام مشتري العقار المرهون بدفع الدين إلى الدائن المرتهن، فإن البائع يثرى بمقدار ما قام المشتري بدفعه من الدين²، وإذا كان الإثراء في الأمثلة السابقة مادياً، فإنه قد يكون معنوياً ما

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 225.

² عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 326.

دام في المستطاع تقديره بالمال، فالمحامي الذي يحصل على حكم ببراءة المتهم يثرى أدبيًا، والطبيب الذي يعالج المريض يثرى إثراءً صحيحًا، إذا لم يكن هناك عقد أبرم بين كل منهم¹.

ثانيا - افتقار الدائن:

يقابل هذا الشرط في الواقع الشرط الأول، إذ ينبغي أن يكون هناك اغتناء في جانب المدين وافتقار في جانب الدائن، وأن يكون ذلك الاغتناء نتيجة لهذا الافتقار، ويلاحظ أن الافتقار كالاغتناء إيجابي وسلبى، أما الإيجابي وهو الذي ينقص من العناصر الموجبة لذمة الدائن، كأن يدفع شخص دينًا في ذمة الغير، أما الافتقار السلبي فإن يتمثل عموماً في فوات منفعة أو كسب على المفقر².

وقد يكون الافتقار مادياً، ويتحقق ذلك بانتقال قيمة مالية من ذمة الدائن إلى ذمة المثري، أما الافتقار المعنوي فيتحقق عندما يكون هناك إثراء معنوي، فالأستاذ الذي يعلم التلميذ، والطبيب الذي يصف الدواء والمحامي الذي يعطي الاستشارة القانونية، كل من هؤلاء يفتقر افتقاراً معنوي³.

ثالثاً - انعدام السبب

إننا انعدام السبب المشروع هو الذي يبرر الترام المثري بتعويض المفقر، فإذا تحقق سبب مشروع يستند إليه الشخص في اثرائه، فلا يلتزم بشيء في مواجهة المفقر⁴.

والمقصود بالسبب هناك هو السبب الإنشائي بمعنى المصدر، فإذا وجد مصدر ثبت للشخص حقاً قبل آخر، فاكتمل هذا الحق لا يؤدي إلى تطبيق قاعدة الاثراء، ما دام أن هذا الحق

¹ حسام الدين كمال الأهواني، مرجع سابق، ص 690.

² دريد محمود علي، مرجع سابق ص 492 وما بعدها.

³ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 539.

⁴ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 227.

يستند إلى مصدر يقره القانون، فقد يكون تصرفاً قانونياً وهو ما يتحقق عادة بموجب عقد بيع أو هبة أو حكماً من أحكام القانون ومثال ذلك اكتساب شخص الملكية الشيء بالتقادم¹.

المطلب الثاني: أحكام الإثراء بلا سبب

إذا ما توافرت الشروط السابقة، فإنه طبقاً للمادة 141 من القانون المدني يلتزم المثري في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الأثر فيما بعد.

أولاً: دعوى التعويض

القاعدة العامة في هذا الصدد أن المثري يلتزم بتعويض المفقور بمقدار الأقل من قيمة الإثراء وقيمة الافتقار، والواقع أن التعويض لا يمكن إلا أن يكون بمقدار أقل القيمتين: قيمة الاغتناء وقيمة الافتقار، إذ لا يجوز أن يزيد التعويض على خسارة المفقور، وإلا كان هذا المفقور بدوره قد أثري على حساب غيره دون وجه حق، كما لا يجوز أن يزيد التعويض على مقدار ما أصاب المثري من كسب²، ويلاحظ أن الوقت الذي يراعى فيه تقدير قيمة الإثراء هو وقت حدوث الإثراء، أما الوقت الذي يراعى فيه تقدير قيمة الافتقار فهو وقت النطق بالحكم، ويترتب على ذلك أن الحكم الذي يصدر في الدعوى لا ينشئ الحق في التعويض، ولكنه يكشف عنه فقط ويقره، أما الحق في التعويض فقد نشأ من وقت استعمال عناصر الالتزام، أي من وقت إثراء المدين على حساب الدائن³.

¹ نادر محمد براهيم، مرجع سابق، ص 210.

² كريد محمود على، مرجع سابق، ص 496.

³ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 319.

ثانياً: تقادم دعوى الإثراء بلا سبب

نصت المادة 142 من القانون المدني بقولها: " تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق "

فدعوى الإثراء بلا سبب تتقادم إما بمدة عشر سنين من اليوم الذي يعلم فيه المفترق بحقه في تعويض ما افتقر به، وهو لا يعلم بحقه هذا إلا إذا علم بافتقاره من ناحية، وعلم بمن أثري على حسابه من ناحية أخرى، فإذا هو علم بافتقاره و لكن لم يعرف من أثري على حسابه، أو لم يعلم يعرف ما افتقر به، مازن التقادم يخضع للقاعدة العامة و هي 15 سنة من نشوء الحق في التعويض، أي من يوم حدوث الإثراء بلا سبب¹.

المبحث الثاني: دفع غير المستحق

ورد النص على أحكام دفع غير المستحق في المادة 143 من القانون المدني بقولها: " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده.

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

فهذا النص يقرر القاعدة العام في دفع غير لمستحق، وبمقتضاه يجور لمن دفع شيئاً بدون وجه حق أن يسترده، وله في هذا الشأن أن يرفع دعوى استرداد ما دفع بغير حق².

وبالاطلاع على نصوص المواد من 143 إلى 145 من القانون المدني، يتبين لنا أنه يشترط في الالتزام بدفع غير مستحق توفر شروط ستناول مع دراستها على التوالي قبل أن نعرض لأحكام دفع غير المستحق.

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 246.

² عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 332.

المطلب الأول: شروط الدفع غير المستحق

يشترط لدفع غير المستحق توفر الشروط التالية:

أولاً: حصول الوفاء

الأصل في المدين أن ينقد الإلتزام وهذا التنفيذ العيني، الذي يطلق عليه الوفاء والوفاء بهذا تصرف قانوني يشترط فيه ما يشترط في غيره من أهلية وإرادة سليمة من العيوب، والوفاء كما قد يكون بعين ما التزم به المدين، يكون أيضاً بما يعادل الوفاء وهذا كالوفاء بمقابل والمقاصة، وعلى هذا يشترط أن يتولى المدين المزعوم إعطاء شيء للموفي له على سبيل الوفاء¹.

ثانياً: الوفاء معيب

فالوفاء تصرف قانوني يبطل إذا اختل أحد أركانه، ويهنا هنا ركن السبب، ويتحقق ذلك في الحالات الآتية:

الدين منعدم من الاصل: ومثال ذلك أن يقوم وارث بتنفيذ وصية قام بها مورثه، ولكن المورث كان قد عدل عن هذه الوصية، فيلتزم الذي تسلم الوصية من الوارث بردها، أو شخص يقوم بتعويض عن فعل يظنه غير مشروع و أنه مسؤول عنه².

الدين غير مستحق الأداء³: فالوفاء بدين معلق على شرط واقف، يعتبر وفاء بدين غير مستحق، سواء كان ذلك قبل تحقق الشرط أو بعد تخلف الشرط، كما أن الوفاء بدين مؤجل الاستحقاق يعتبر وفاء بغير المستحق، إذا كان هذا الوفاء قد تم قبل حلول الأجل، ولم يقصد الموفي أن يتنازل عن الأجل⁴.

¹دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص112، 113.

²علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 250.

³راجع المادة 145 من القانون المدني الجزائري.

⁴أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، 230.

زوال سبب الدين بعد الوفاء: وإذا كان الدافع مدينا والدين مستحقا عن الدفع، لكن سبب الدين زال بعد الوفاء، فإن ما دفع لا يعود له سبب ويكون بقاءه لدى من تسلمه دون حق فيجب رده، مثال ذلك ما إذا اشترى شخص شيئاً دفع ثمنه تم فسخ البيع واسترد البائع المبيع، فإن سبب الدفع وهو عقد البيع قد زال بزواله لم يعد هناك سبب الاحتفاظ البائع بالمبلغ الذي قبضه من المشتري، فيجب عليه رده¹.

الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به: وقد يكون الدين ترتب في ذمة الدافع للمدفع له ديناً صحيحاً واجب الأداء، ولكنه انقضى بسبب من أسباب الانقضاء، ثم قام الدافع بوفائه مرة أخرى بعد انقضائه، مثال ذلك أن يكون الدين قد وفاه المورث ولم يعثر الوارث على المخالصة فوفى الدين مرة أخرى، أو أن يكون قد انقضى بالمقاصة أو بالتجديد أو بالإبراء ووفه المدين للدائن بالرغم من انقضائه، في جميع هذه الصور دفع المدين ديناً كان موجوداً نافذاً واجب الأداء ولكنه وقت الدفع كان قد انقضى، فيكون الدافع قد دفع ديناً غير مستحق².

ثالثاً: أنا يكون الوفاء نتجة غلط

يمكن استخلاص هذا الشرط في مضمون نص المادة 143 في فقرتها الثانية، ومعنى ذلك أنه يشترط لاسترداد غير المستحق أن يكون الموفي قد وقع في غلط عند الدفع، أي يفترض فيمن يدفع شيئاً في الذمة أن يكون قد دفعه نتيجة غلط، وأنه مكان ليدفعه لو علم أنه غير ملزم بذلك³.

وهذا الغلط مفترض، إذ يقوم على اعتبارات واقعية، فمن يوفي بدين غير مستحق يجهل عادة عدم استحقاق هذا الدين وهذه القرنية بسيطة، يمكن للموفي له أن يثبت عكسها، ويجوز مع

¹ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، 555.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1191 أو ما بعدها.

³ دريد محمود علي، مرجع سابق، ص 504.

ذلك للموفي أن يسترد ما وفاه، ولو كان عالماً بأن ما يوفيه غير مستحق، وذلك إذا كان الموفي ناقص الأهلية وقت الوفاء أو كان قد أكره على الوفاء¹.

المطلب الثاني: أحكام دفع غير المستحق

تختلف أحكام دفع غير المستحق في الواقع بحسب ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو سيئ النية.

وقد تناولت المادة 147 من القانون المدني هذه الأحكام، وميزت من تسلم غير المستحق بحسن النية ومن تسلمه بسوء نية.

أولاً: حالة ما إذا كان الموفي له حسن النية

إذا كان الموفي له لا يعلم أن ما يقبضه ليس مستحقاً له، فإنه في هذه الحالة يكون حسن النية ولا يلتزم إلا برد ما تسلم، فإذا كان قد تسلم نقوداً فهو يردها دون فوائد وإن كان قد تلقى شيئاً فإنه يرد نفس الشيء أو ما يماثله مع احتفاظه بالثمار التي جناها نتيجة لاستغلاله هذا الشيء².

ثانياً: الموفي له سيئ النية

يلتزم الموفي بإثبات سوء نية الموفي له، فحسن نية هذا الأخير مفترضة، فعند ثبوت سوء نية الموفي له، يكون المبدأ هو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل دفع غير المستحق، وهو ما ينعكس على رد الثمار و الفوائد، وإزالة المستحدث في العين، أو دفع أقل قيمته، قيمة مستحق الإزالة أو ما زاد في قيمة العين، كذلك يسأل الموفي له عن هلاك وتلف العين ولو كان راجعاً إلى القوة القاهرة، وإذا خرجت العين من يده وجب عليه ردها وذلك باسترجاعها من الغير، وإلا رد قيمتها وقت التصرف³.

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 231.

² سوزان على حسن، مرجع سابق، ص 256.

³ تادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 212.

ثالثاً: الوفاء بدين مؤجل والوفاء لناقص الأهلية

وإذا كان الدافع مدنياً لمدفوع له ولكن الدين لم يحل أجله، وقام الدافع بالوفاء جاهلاً عدم حلول أجل الدين، في هذه الحالة يجوز له أن يسترد ما دفعه، ولكن يجوز للدائن من ناحية أخرى أن يقتصر على رد ما استقاده بسبب هذا الوفاء المعجل على ألا يزيد ما يردده على الضرر الذي أصاب المدين، فإذا كان محل الدين مبلغاً من النقود فعلى الدائن أن يرد للمدين فائدته - إذا كان القانون لا يحرم الفائدة - بالسعر القانوني أو الاتفاقي من المدة الباقية لحلول الأجل¹.

أما بخصوص ناقص الأهلية، فنص المادة 148 في القانون المدني على أنه: " إذا لم تتوفر أهلية التعاقد فيمن تسلّم غير المستحق فلا يكون ملزماً إلا بالقدر الذي أثري به".

ووفقاً لهذا النص، فإن ناقص الأهلية لا يلتزم في رد غير المستحق إلا بمقدار ما عاد عليه من نفع حقيقي، فلا يلتزم. برد ما أنفقه في اللهو والملذات لأن هذا لا يعد إثراء له، وهذا حماية ورعاية المصلحة القاصر².

رابعاً: سقوط دعوى الاسترداد بالتقادم

نصت المادة 143 من القانون المدني على ما يلي: "تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد، وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشر سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق".

وطبقاً لنص المادة 143 تسقط دعوى الاسترداد بانقضاء عشر سنوات من يوم علم من دفع غير المستحق بأن له الحق في الاسترداد، وبمضي خمس عشرة سنة من يوم نشأ الحق، إذا لم يكن قد علم بحقه في الاسترداد¹.

¹ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 560، راجع المادة 145 من القانون المدني الجزائري.

² عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 337.

المبحث الثالث: الفضالة

يقصد بالفضالة أن يتولى شخص القيام بشأن لحساب شخص آخر دون أن يوكل بذلك².

وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 150 من القانون المدني بقوله: "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك"، وقد قام المشرع بتنظيم أحكامها في المواد من 150 إلى 159 هي القانون المدني.

ويظهر لنا بوضوح من خلال التعريف السابق، أن الفضولي هو من يقوم بعمل لحساب الغير دون أن يكون له ولاية التصرف، ودون أن يكون ملزماً بذلك، أي أنه قام بهذا العمل طواعية دون إجبار ولا نهي³.

ومثال أن يقوم شخص بإقامة جدار لمنع سقوط منزل جاره، أو أن يبادر بإسعاف ابن هذا الجار من إصابة مفاجئة، ويعتبر المتدخل في شؤون الغير متفضلاً، وقد سماه القانون الفضولي، أما الغير الذي تم التدخل المصلحته فيسمى رب العمل.

المطلب الأول: شروط الفضالة

تتحقق الفضالة عند توفر الشروط التالية:

أولاً: أن يقوم الفضولي بعمل من أعمال الفضالة

يشترط أن يقوم الفضولي بشأن من الشؤون التي تتصف بالعجلة ولا تحتمل التأخير لحساب شخص آخر، ويتمثل هذا في قيامه بعمل قانوني، كان أن يكون وكيلاً عن صاحب الشأن ويتجاوز حدود الوكالة المرسومة له، فيعتبر فضولياً فيما جاوز تلك الحدود، وكأن يؤجر عيناً

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 261.

² كدرال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 115.

³ بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 189.

شائعة بينهما، أو يبيع محصولات لرب العمل مما يسرع إليه التلف، وقد يقوم بعمل مادي كترميم منزل آيل للسقوط، أو إطفاء حريق شب في منزله¹.

ثانياً: قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل

لا يكفي مجرد النفع أو الفائدة الذي يجلبه الفضولي لرب العمل، فلا يجوز مثلاً ان يتقدم الفضولي لشراء صفقة من أرض أو بناء الحساب رب العمل لمجرد أنها صفقة رابحة، أو أن يطلب الأخذ بالشفعة لحساب رب العمل لمجرد أن الأخذ بالشفعة يعود عليه بالنفع، في كل هذه الفروض يعتبر عمل الفضولي عمل نافع، بل يكون محقق الفائدة لكنه ليس من الشؤون العاملة لرب العمل².

إن يجب أن يكون تدخل الفضولي ضرورياً، أي أن يكون العمل الذي قام به الفضولي من الشؤون العاجلة التي ما كان رب العمل ليرجأها لو عرضت عليه، كقبول هبة عن رب العمل، أو التعاقد مع مقاول لإصلاح منزل مهدد بالسقوط أو التعاقد مع طبيب لعلاج رب العمل من مرض أفقده وعيه، أو حتى محصول يخشى عليه التلف³.

ثالثاً : نية تحقيق مصلحة رب العمل

لا يكفي مجرد التدخل في شأن الغير، بل يجب أن يكون ذلك بنية تحقيق مصلحة للغير أي بهدف أداء خدمة له أو لحسابه، والعبرة هنا بقصد الفضولي وقت تدخله، فإذا اتجهت نية الشخص إلى تحقيق مصلحته هو_ حتى لو أدى ذلك إلى تحقيق مصلحة الغير_ فإنه لا يعتبر فضولياً⁴، فلو أن مستأجر قام بإصلاحات ضرورية في العين المؤجرة كي يوفر لنفسه الانتفاع

¹ عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 239.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1235.

³ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 235، أنور سلطان، مرجع سابق، ص 436.

⁴ سوزان على حسن، مرجع سابق، ص 259.

بالعين على نحو ملائم، فإنه لا يعتبر فضوليا لأنه يعمل لمصلحة نفسه، ويكون رجوعه على المالك بدعوى الإثراء بلا سبب¹.

أما إذا اتجهت نية الشخص إلى تحقيق مصلحته ومصلحة رب العمل في آن واحد، فهو يعتبر في هذه الحالة فضولي، وهذا هو ما نصت عليه المادة 151 من القانون المدني بقولها: "تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي، أثناء توليه شأنًا لنفسه، قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر".

ومثال ذلك الشريك على الشيوع الذي يجري ترميمات ضرورية في العقار المملوك، فالقانون يعتبره فضوليا في الرجوع على باقي الشركاء على الشيوع، لأنه يعمل لمصلحة شركائه، حتى ولو كان ينظر إلى مصلحته في ذات الوقت².

رابعاً: ألا يكون الفضولي ملزماً بذلك

وهوما أشارت له العبارة الأخيرة في المادة 150 من القانون المدني بقولها: "... دون أن يكون ملزماً بذلك".

فيشترط في الفضولي الا يكون ملتزماً بالقيام بالعمل لحساب الغير بمقتضى عقد أو وكالة، أو بمقتضى نص القانون، كما لو كان ولياً أو وصياً على رب العمل، أو كان متبوعاً يقوم بدفع التعويض عن تابعه طبقاً لنص المادة 136 من القانون المدني³.

و الغالب أن يجهل رب العمل تدخل الفضولي في شؤونه، وهنا لا خلاف في تحقق الفضالة ما دام رب العمل لم يعلم بها، أما إذا نهاه رب العمل عن التدخل، وجب على الفضولي الامتناع عن التدخل، فإذا استمر في تدخله كان ذلك منه خطأ يرتب مسؤوليته، إذا تسبب ذلك في

¹ عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 625.

² سوزان على حسن، مرجع سابق، ص 259.

³ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 274.

الحاق ضرر برب العمل، أما إذا ترتب على تدخله نفع لصاحب العمل فلا يرجع عليه بدعوى الفضالة وإنما بدعوى الإثراء بلا سبب¹.

المطلب الثاني: أحكام الفضالة

إذا توافرت شروط الفضالة، ترتبت التزامات في ذمة الفضولي، وفي ذمة رب العمل، ونبين هذين الالتزامين فيما يلي:

أولاً: التزامات الفضولي

مصدر هذه الالتزامات جميعاً عمل مادي إرادي يقوم به الفضولي، فيرتب عليه القانون مباشرة هذه الالتزامات، وهذا ظاهر إذا كان العمل الذي يقوم به الفضولي هو عمل مادي، وهو صحيح أيضاً حتى إذا كان العمل الذي يقوم به الفضولي هو تصرف قانوني، سواء عقده باسمه الشخصي أو باسم رب العمل²، وهذه الالتزامات في على النحو الآتي:

مضي الفضولي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه: وهذا ما عبرت عنه المادة 153 من القانون المدني بقولها: "يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرة بنفسه".

أن يخطر الفضولي رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك، وقد نصت على هذا الالتزام العبارة الأخيرة من المادة 153 من القانون المدني بقولها: "كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك".

أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي، فهو مسؤول عن خطائه، بمعناه في المسؤولية العقدية والتقصيرية، ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المرتب على هذا الخطأ، إذا كانت الظروف تبرر ذلك، وإذا عهد الفضولي إلى غيره بالعمل أو ببعضه كان

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 237.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1247.

مسؤولاً عن تصرفات نائبة، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب، وإذا تعدد الفضوليون بعمل واحد، كانوا متضامنين في المسؤولية، والتزام الفضولي هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة¹، وقد نظمت أحكام هذا الالتزام المادة 154 من القانون المدني.

يجب على الفضولي تقديم حساب لرب العمل: كما يلتزم الفضولي بأن يقوم بتقديم حساب لرب العمل، ورد ما استولى عليه، وهذا ما نصت عليه المادة 155 من القانون المدني بقولها: " يلتزم الفضولي بما يلزم به الوكيل من رد ما تسلمه بسبب الفضالة، وتقديم حساب ما قام به. "

ثانياً: التزامات رب العمل

تحدد التزامات رب العمل في الفضالة انطلاقاً من المادة 157 من القانون المدني فيما يلي:

أن يقوم رب العمل بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه.

تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها باسمه شخصياً.

الالتزام برد النفقات الضرورية والنفقات النافعة.

الالتزام بتعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه.

ثالثاً: المسائل المشتركة بين الفضولي ورب العمل

الأهلية:

تنص المادة 158 من القانون المدني على ما يلي: "إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد فلا يكون مسؤولاً عن إدارته إلا بالقدر الذي أثري به ما لم تكن مسؤوليته ناشئة عن عمل غير مشروع.

¹نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 213.

أما رب العمل فتبقى مسؤوليته كاملة، ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد " .

يستخلص من النص السابق، أنه إذا أبرم الفضولي تصرفا قانونيا باسمه شخصيا، وجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد اللازمة للعقد الذي يقوم بإبرامه، وأما إذا تعاقد باسم رب العمل، فلا تشترط فيه إلا أهلية التمييز مثله مثل الوكيل، وبالنسبة إلى الأعمال المادية تكفي فيه أهلية التمييز، ولكن إذا أبرم التصرف وهو ناقص الأهلية، فلا يسأل إلا في حدود ما أثري به¹.

بالنسبة لرب العمل لا يشترط أن تتوافر فيه أهلية الأداء، أو حتى مجرد الإدراك والتمييز لأن مصدر التزامات رب العمل ليس إرادته بل القانون².

أثر موت الفضولي أو رب العمل على الفضالة:

تنص المادة 156 من القانون المدني يقولها: "إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلزم به ورثة الوكيل طبقا لأحكام المادة 2/589.

وإذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزما نحو الورثة بما كان ملزما به نحو مورثهم."

تطبيقا لهذا النص إذا مات الفضولي انقضت الفضالة والتزم ورثته إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة، أن يبادر إلى إحظار رب العمل يموت مورثهم، واتخاذ من التدابير ما يقتضيه الحال للحفاظ على الأعمال التي أنجزها الفضولي³.

أما إذا مات رب العمل فلا تنقضي الفضالة، بل يبقى الفضولي ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم، بمعنى أن التزامات الفضولي لا تتأثر بموت رب العمل.

رابعاً: تقادم دعوى الفضالة

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 300.

² سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 349.

³ راجع المادة 2/589 من القانون المدني الجزائري.

تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه هذا الحق¹.

الفصل الثالث: القانون

تقضي المادة 53 من القانون المدني بأن: "تسري على الالتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيرها النصوص القانونية التي قررتها".

القانون هو مصدر الالتزامات جميعاً، لأن كل مصادر الالتزام تستمد قوتها من القانون، فالقانون هو الذي جعل العقد مصدر الالتزام، والقانون هو الذي جعل العمل غير المشروع مصدر الالتزام، والقانون هو الذي جعل الفعل النافع مصدراً للالتزام، والقانون هو الذي جعل الإرادة المنفردة مصدر الالتزام، و طبقاً لقانون السببية و تدرج الأسباب، فإن القانون ليس هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات، و لكن مصدرها المباشر هو العقد أو العمل غير المشروع أو الفعل النافع أو الإرادة المنفردة بحسب الأحوال، أما القانون فهو المصدر غير المباشر لهذه الالتزامات، وهو المصدر الذي تستند إليه المصادر الأخرى و تستمد منه وجودها وقوتها².

وقد ينشأ الالتزام من القانون مباشرة، فنكون بصدور التزام قانوني، يكون القانون هو مصدره المباشر، وفي هذه ينشأ الالتزام دون عمل إيجابي أو سلبي صادر من الشخص الذي ترتب الالتزام في ذمته³.

ويلاحظ أن الالتزامات المقررة بنص القانون مباشرة، تنشأ مستقلة بذلك عن إرادة ذوي الشأن، فهي لا تقتضي فيهم أهلية خاصة شأنها شأن الالتزامات غير الإرادية، كما يلاحظ أن نص القانون الذي ينشي الالتزام هو الذي يحدد أركان هذا الالتزام ويبين أحكامه¹.

¹ راجع المادة 159 من القانون المدني الجزائري.

² سمير عبد السيد تناعو، مرجع سابق، ص 351.

³ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 241.

تطبيقات القانون كمصدر مباشر للالتزام

هناك التزامات كثيرة يعتبر القانون مصدرها المباشر، ومن ذلك في القانون المدني: التزامات الفضولي²، والتزامات الجوار والالتزامات الناشئة عن الحائط المشترك والحائط الملاصق³، ومنها في قانون الأسرة⁴: التزامات الأسرة، حيث تدخل النفقة، والواجبات الأخرى بين الزوجين، وبين الوالدين والأولاد، والتزامات الأولياء، والأوصياء والقوام، ومنها في قانون المالية في كالاتزام بدفع الضرائب، وغير ذلك من الحالات التي تعتبر تطبيقا للقانون كمصدر مباشر للالتزام بها⁵.

¹دريد محمود علي، مرجع سابق، ص520.

²راجع المواد من 153 إلى 155 من قانون المدني الجزائري.

³راجع المادة 690 من قانون المدني الجزائري وما يلها.

⁴راجع المواد 36 إلى 39 من قانون الأسرة الجزائري.

⁵عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص352.

الخاتمة :

تناولنا في هذه المحاضرات و التي خصصناها للنظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ، حيث تمت في فصل تمهيدي، و بابين.

فقد تناولنا في الفصل التمهيدي مضمون نظرية الالتزام، و ذلك من خلال مبحثين، فتحدثنا في المبحث الأول عن تعريف الإلتزام وأركانه وأهميته، أما المبحث الثاني فخصصناه لتقسيمات الإلتزام حيث يقسم الفقه الإلتزام بالنظر إلى عدة اعتبارات، فمن حيث الحماية القانونية يقسم إلى التزام مدني والتزام طبيعي، ومن حيث محلة يقسم إلى إلتزام بنقل حق عيني والتزام بعمل و التزم بالامتناع عن عمل، أما من حيث اتصال أداء المدين بالغاية التي يهدف إلى تحقيقها إلى التزم بتحقيق نتيجة وإلتزام ببذل عناية، ومن حيث الواقعة الواقعة المنشيئة تقسم الإلتزامات إلى التزمات غير إرادية والتزمات إرادية.

درسنا في الباب الأول التصرفات القانونية (العقد والإرادة المنفردة)، و ذلك من خلال فصلين، تطرقنا في الفصل الأول الى العقد كونه يعد مصدراً إرادياً رئيسياً من مصادر التزم، ويتجسد من خلال التقاء إرادتين أو أكثر وإتجاهها إلى ترتيب أثر قانوني معين، ونظراً لكونه أهم مصادر الإلتزام فقد خصص له القانون المدني الفصل الثاني، حيث عالج المسائل المتعلقة به من المادة 54 إلى المادة 123 من القانون المدني.

وأياً كان الأمر فإن دراسة العقد تتطلب منا تقسيم هذا الفصل كالآتي: المبحث الأول مفهوم العقد وتقسيماته، أما المبحث الثاني فخصصناه للحديث عن أركان العقد، في حين تطرقنا في المبحث الثالث الى آثار العقد، أما المبحث الرابع و الأخير فتناولنا فيه انحلال العقد.

أما الفصل الثاني من الباب الأول و المعنوان بالإرادة المنفردة، حيث أن التصرف بالإرادة المنفردة تصرف قانوني يقوم به شخص معين بإرادته المنفردة دون حاجة إلى إرادة شخص آخر، وهو بهذا يترتب آثار قانونية، و للوقوف على هذه الآثار تم تقسيمه إلى مبحثين على

النحو الآتي: المبحث الأول: مدى قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الإلتزام، اما المبحث الثاني فتعرضنا فيه الى الإرادة المنفردة في القانون المدني الجزائري.

أما الباب الثاني فقد خصصناه للمصادر الغير الإرادية للإلتزام، و المتمثلة في العمل غير المشروع، و شبه العقود أو الفعل النافع، وأخيرا القانون، و تم تخصيص فصل لكل مصدر من هذه المصادر على النحو الآتي.

الفصل الأول : العمل غير المشروع، و ترتيبا على ما سبق تم تقسيم هذا الفصل الى ثلاث مباحث، عرضنا في المبحث الأول: المسؤولية عن الأعمال الشخصية، و في المبحث الثاني: المسؤولية عن عمل الغير، و اخير المسؤولية الناشئة عن الأشياء في المبحث الثالث.

اما الفصل الثاني: شبه العقود وقد نظم المشرع أحكامه في المواد 141 إلى 159 من القانون المدني، و تناولنا هنا دراسة كل من: الإثراء بلا سبب في المبحث الأول، و الدفع غير المستحق في المبحث الثاني ، أما المبحث الثالث تناولنا فيه الفضالة أحكامها من خلال التطرق الى شروطها و التزامات الفضولي و رب العمل.

أما الفصل الثالث و الأخير القانون حيث تنص المادة 53 من القانون المدني بأن: "تسري على الإلتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيرها النصوص القانونية التي قررتها".

فالقانون هو مصدر الإلتزامات جميعاً، لأن كل مصادر الإلتزام تستمد قوتها من القانون، كما تطرقنا من خلال هذا الفصل الى تطبيقات القانون كالمصدر مباشر للإلتزام.

قائمة المراجع :

الكتب:

- ثروت فتحي اسماعيل، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول مصادر الإلتزام، المجلد الأول المصادر الإرادية، عليه الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2017/2016.
- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للإلتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية للإلتزام، 2008.
- دريد محمود علي، النظرية العامة للإلتزام، القسم الأول، مصادر الإلتزام دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2012.
- نادر محمد إبراهيم، مقدمة في القانون، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، الطبعة الرابعة 2016.
- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء في الأول في مصادر الإلتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبعة والنشر الأهلية، بغداد، العراق، الطبعة الثانية، 1963.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية 2007.
- عبد الله مبروك النجار، مصادر الإلتزام الإرادية وغير الإرادية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2002/2001.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- يحي عبد الودود، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات المصادر الاحكام، الإثبات، القسم الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1994.
- علي فيلالي، الإلتزامات و النظرية العامة للعقد، موقع للنشر والتوزيع، الجزائر 2001.
- علي فيلالي، العقود الخاصة - البيع، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2005.
- حسام الدين كمال الأهواني، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية، دون دار نشر، 1995.
- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، 1983.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر 2004.
- حسن علي دنون، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2002
- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول (التصرف القانوني والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001.
- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية، مصر، 2009

أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للإلتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية للإلتزام، دون دار نشر، 2008.

محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، مكتبة الوحدة ليبيا 2018.

رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

اسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام والعقد والإرادة المنفردة، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة 1996.

مصطفى الجمال، النظرية العامة للإلتزامات، الدار الجامعية الإسكندرية، الطبعة الأولى 1987.

بن شويخ رشيد، دروس في النظرية العامة للإلتزامات، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015.

أنور سلطان، الموجز في مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 1998.

بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

نارد محمد إبراهيم، مقدمة في القانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الرابعة، 2016.

- دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004.
- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية. دار النهضة العربية، مصر 1974.
- نجيم اهتوت، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصادر الارادية، الطبعة الأولى، دار القيس للطباعة و النشر، 2019.
- على كحلون، النظرية العامة للالتزامات، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي،الأسكندرية، مصر، 2011.
- عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2005.
- عبد الرشيد مأمون، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، المؤسسة الفنية لطباعة و النشر، مصر، دون تاريخ نشر.
- زكريا سرابش، الوجيز في مصادر الالتزام - العقد و الإرادة المنفردة، دار هومة، الجزائر، 2013.
- سوزان على حسن، الوجيز في مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001.
- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2011.

مقني بن عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطلان المحررات التوثيقية - دراسة في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

بغاشي مليكة، قانون التوثيق والإجراءات التوثيقية الرسمية لعقد البيع، دار النعمان، الجزائر، 2012.

الرسائل العلمية:

شيخ سناء، الشكلية في التصرفات العقارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011/2012.

محمد بن قادة خويبة، الحيل كوسيلة للتعاقد في القانون المدني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2016/2017.

زواوي محمود، الشكلية في العقود المتعلقة بالتصرفات المدنية في القانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1987.

بوطالبي زينب،، الإيجاب والقبول في التعاقد الالكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، 2014.

المقالات العلمية:

قريقر فتيحة، حدود سلطات الإرادة في نطاق النظام العام، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الأول، 2017.

لخضر حليس، التنظيم القانوني للعقود المدنية، مجلة البحوث لقانونية والسياسية، العدد الأول، 2013.

عيسى بخيت، أثر تشريعات الإستهلاك على مبادي النظرية التقليدية للعقد، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية العدد 20، 2018.

محمد بن السايح، التراضي كمكان أساسي للعقد بين الفقه الإسلامي و بعض القوانين المدنية، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد السادس، جانفي 2016.

مروان عضيد عزت حمد، الوعد بالتعاقد وتطبيقاته في القانون المدني العراقي - دراسة قانونية مقارنة، مجلة آفاق للعلوم، المجلد الخامس، العدد الرابع، 2020.

هلايلي خيرة - تريح مخلوق، أحكام الشكلية في الوعد بالتعاقد في ظل القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد الثاني، 2017.

حسين علي سعود - محمد صادقي، النيابة في التعاقد وآثارها على اطراف العقد، مجلة آداب الكوفة، العدد 56، الجزء الأول.

بوصري محمد بلقاسم، الاكراه والاستغلال، مجلة العلوم الاجتماعية والقانونية، المجلد السابع العدد الثاني جوان 2022.

خالد أبو طه، أحمد حسنية، العقود التجارية - دراسة تحليلية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد الأول، أبريل 2020.

فرانس بحر محمود، مجلس العقود الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة كلية التراث، العدد 17، 2015.

على عبد العالي خشان، النظام القانوني للشكل في قانون المدون، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد 14، العدد الثاني، 2007.

ديش تورية، الشكلية كآلية للضمان ودور الموثق في تجسيد التصرفات العقارية - دراسة مقارنة، مجلة العلوم وآفاق المعارف، المجلد الثاني، العدد الأول، جوان 2020.

فتاحي محمد الشركة الفعلية في التشريع الجزائري مجلة العلوم القانونية و السياسية، العدد 13، المجلد 17، 2016.

قتال حمزة، الإرادة المنفردة مصدر للإلتزام بين الرفض و التأييد، مجلة معارف، السنة السابعة، العدد 15، ديسمبر 2013 .

فوار صالح، الارادة المنفردة بوصفها مصدرا للإلتزام (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد الأول، 2012.

عزور عبد الحميد - حليس لخضر، مكانة الإرادة المنفردة في مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري قبل وبعد تعديل 2005، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 09، العدد 02، جوان 2023.

عمرو أحمد عبد المنعم دبش، ماهية المسؤولية التقصيرية و أركانها وأحكامها وفقا للقانون المدني المصري، مجلة صوت القانون، المجلد السادس، العدد الثاني، نوفمبر 2019.

مدان المهدي، المسؤولية التقصيرية في الفعل الشخصي، مجلة معارف للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد الثاني، العدد الثالث، 2021.

محاضرات:

تيزي عبد القادر، الفعل المستحق للتعويض كمصدر من مصادر الإلتزام، محاضرات في القانون المدني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي الياصب سيدي بلعباس، 2020/2019.

النصوص القانونية:

القانون رقم 06 - 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدل و يتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية العدد 84.

الأمر 15-74 المؤرخ في 30 يناير سنة 1974 المتعلق بالزاميه التأمين على السيارات و بنظام التعويض عن الأضرار المعدل و المتمم بالقانون رقم 31-88 مؤرخ في 5 ذي الحجة عام 1408 الموافق 19 يوليو سنة 1980، الجريدة الرسمية العدد 29.

الامر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

القانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، الجريدة الرسمية لسنة 1992، العدد 36، ليبيا.

المراجع باللغة الأجنبية:

Gounot Emmanuel : le principe de l'autonomie de la volonte en droit civil, thèse Dijon, 1912.

René Demogne, Traité des obligations en general? Tome 5. N 1237 .librairie arthur bousseau, paris, 1925

2	مقدمة :
4	الفصل التمهيدي : مضمون نظرية الالتزام.
5	المبحث الأول: مفهوم نظرية الالتزام.
5	المطلب الأول: تعريف الالتزام.
12	المطلب الثاني: أركان الإلتزام .
14	المطلب الثالث : أهمية نظرية الالتزام .
16	المبحث الثاني : تقسيمات الإلتزام .
16	المطلب الأول : تقسيم الإلتزام من حيث الحماية القانونية.
18	المطلب الثاني : تقسيم الالتزام من حيث محله .
20	المطلب الثالث : تقسيم الالتزام من حيث الغاية .
24	المطلب الرابع: تقسيم الالتزام من حيث المصدر .
26	الباب الأول : التصرفات القانونية .
27	الفصل الأول : العقد .
27	المبحث الأول : مفهوم العقد وتقسيماته .
27	المطلب الأول : مفهوم العقد .
31	المطلب الثاني : مبدأ سلطان الإرادة .
36	المبحث الثاني : تقسيمات العقود .
37	المطلب الأول: تقسيم العقود من حيث تكوينها .

38.....	المطلب الثاني: تقسيم العقود من حيث التنظيم التشريعي لها
39.....	المطلب الثالث: تقسيم العقود بالنظر إلى طبيعتها
41.....	المطلب الرابع: تقسيم العقود من حيث آثارها
44.....	المطلب الخامس : تقسيم العقود بالنظر لحرية الأطراف في إبرامها
45.....	المبحث الثاني : أركان العقد
46.....	المطلب الأول: التراضي
99.....	المطلب الثاني: المحل
105	المطلب الثالث: السبب
112	المطلب الرابع: الشكلية
116	المطلب الخامس: جزاء تخلف أركان الانعقاد أو شروط صحته - نظرية البطلان -
134	المبحث الثالث: آثار العقد
135	المطلب الأول: آثار العقد من حيث الأشخاص
146	المطلب الثاني: نسبية آثار العقد من حيث المضمون
153	المبحث الرابع : إنحلال العقد
154	المطلب الأول: مفهوم الفسخ وشروطه
156	المطلب الثاني : أنواع وآثار الفسخ
161	الفصل الثاني : الإرادة المنفردة
161	المبحث الأول: مدى قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الإلتزام
161	المطلب الأول: الإرادة المنفردة ليست مصدرا للإلتزام

المطلب الثاني: قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الإلتزام.....	163
المبحث الثاني: الإرادة المنفردة في القانون المدني الجزائري	166
المطلب الأول: موقع الإرادة المنفردة في القانون المدني الجزائري.....	166
المطلب الثاني : تطبيقات للإلتزام بالإرادة المنفردة	169
الباب الثاني : المصادر الغير الإرادية.....	173
الفصل الأول: العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية)	173
المبحث الأول: المسؤولية عن الأعمال الشخصية.....	174
المطلب الأول: أركان المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية	174
المطلب الثاني: آثار المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي.....	184
المبحث الثاني: المسؤولية عن عمل الغير	187
المطلب الأول: مسؤولية من تجب عليه الرقابة عن هم في رقابته	188
المطلب الثاني: مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع	189
المبحث الثالث: المسؤولية الناشئة عن الأشياء.....	192
المطلب الأول: المسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية.....	192
المطلب الثاني: المسؤولية عن حراسة الأشياء الحية (الحيوان)	194
المطلب الثالث: المسؤولية عن تهدم البناء	196
الفصل الثاني: شبه العقد.....	198
المبحث الأول: الإثراء بلا سبب	199
المطلب الأول: شروط الإثراء بلا سبب	199

201	المطلب الثاني: أحكام الإثراء بلا سبب
202	المبحث الثاني: دفع غير المستحق
203	المطلب الأول: شروط الدفع غير المستحق
205	المطلب الثاني: أحكام دفع غير المستحق
207	المبحث الثالث: الفضالة
207	المطلب الأول: شروط الفضالة
210	المطلب الثاني: أحكام الفضالة
213	الفصل الثالث: القانون
215	الخاتمة
217	قائمة المراجع
225	الفهرس