

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة باجي مختار - annaba
- Université Badji Mokhtar



كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

القانون المدني (مصادر الإلتزام)

وفقا للبرنامج الوزاري في مقياس مصادر الإلتزام لطلبة السنة الثانية حقوق-جذع مشترك-
معتمدة من قبل المجلس العلمي لكلية الحقوق -جامعة عنابة- بغرض الترقية لمصاف الأستاذية

بتاريخ 2021/07/26

- إعداد الدكتوراة : أسماء تخنوني
- أستاذة محاضرة - أ -
- قسم القانون الخاص.

مقدمة :

إن الحديث عن مصادر الالتزام يتطلب الرجوع إلى أصول هذه المصادر ، لكي نتبين سبب الحقوق الأول ، و بالرجوع إل هذه الأصول إلى هذه الأصول نجد أن القانون هو مصدرها الرئيسي ، و لما كان هذا الأخير مجموعة قواعد عامة تنظم علاقات الناس و ترتب مصالحهم ، و تنشئ لبعضهم مراكز ممتازة (الحقوق) ، فإن أحكامه لا توضع لحالات فردية معينة بالذات ، بل لحالات نموذجية مجردة بقصد إنشاء حقوق مكونة من أركان معينة ، إذ يعتبر توافر الأركان اللازمة لنشوء كل حق هو المصدر المباشر لهذا الحق ، و يبقى القانون من ورائه مصدرا غير مباشر له ، و المصادر المباشرة للحقوق هي الأمور التي رتب عليها القانون نشوء الحقوق .

و المصادر المباشرة للحقوق لا تخرج في الأصل - رغم تعددها و كثرة تنوعها - عن طائفتين : طائفة التصرفات أو الأعمال القانونية ، و طائفة الوقائع القانونية ، و يقصد بالوقائع القانونية ، كل حدث أو عمل مادي يرتب القانون عليه أثرا معيناً ، و خاصة إنشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله ، أما التصرفات القانونية فيقصد بها كل إرادة تتجه إلى ترتيب مثل هذا الأثر ، أي اتجاه الإرادة المحضة إلى إحداث نتائج قانونية معينة بفعل هذه الحركة وحدها دون حاجة إلى اقتران بفعل مادي - فيما عدا الطريقة التي يتم بها التعبير عن حركة هذه الإرادة - ، و هي تتجه خاصة إلى إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه ، و بذلك نجد التصرفات القانونية قد تصدر عن إرادة الشخص منفردا كالوقف و الوصية و الاقرار ، و الوعد بجائزة ، و الايجاب الملزم ، و التعاقد لمصلحة الغير ، و عمل الفضولي و الابراء ، و إجازة العقد القابل للإبطال... و غيرها من التصرفات التي تصدر عم إرادة واحدة دون حاجة إلى إرادة شخص ثانٍ ، و من الأعمال القانونية ما يصدر عن إرادتين و لا يتم تكوينها إلا باتفاقهما ، و تسمى التصرف القانوني الصادر من جانبين ، وهو العقد ، و هو الصورة الأصلية للتصرف القانوني .

و للتمييز بين التصرفات القانونية و الوقائع القانونية أهمية خاصة في دراسة مصادر الالتزام ، فكثيرا ما يدق و يصعب هذا التمييز بسبب اختلاف الفقهاء حول تكييف مصدر الحق بشأنها ، و الذي أساسه " الإرادة " ، فالإرادة في التصرف القانوني هي ذات التصرف و جوهره ، و لهذا توصف بأنها " إرادة محضة " ، بينما في الواقعة القانونية قد توجد الإرادة كما في الأفعال الاختيارية(*) ، وقد لا توجد كما في الوقائع الطبيعية ، و تظهر أهمية هذه التفرقة بالخصوص في جمع شتات مصادر القانون و إخضاع كل طائفة إلى قواعد و أصول كلية واحدة لاسيما في الإثبات ، ذلك أن نشوء الحق أو تعديله أو تحديد وصفه أو نقله أو زواله أو ظهور أي أثر قانوني يقتضي عند المنازعة فيه إثبات مصدره المباشر ، أي إثبات الواقعة القانونية أو التصرف القانوني المرتب لأي من تلك الآثار ، فالتصرف القانوني يقتضي في الأصل إمكان تهيئة أو إعداد دليل كتابي وقت وقوعه لكي يكون من بعد وسيلة إثباته ، و ليس الحال كذلك في شأن الوقائع القانونية حيث يستعصي في الأصل تهيئة أو إعداد دليل كتابي يسجلها عند وقوعها .

وهناك طائفة ثالثة قال بها أحد الفقهاء من الوقائع القانونية ، تصح تسميتها بالوقائع المركبة أو الوقائع المختلطة و هي التي تتركب من واقعة مادية وعمل قانوني ، و مثال ذلك الشفعة إذا اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشيوخ أو الجوار، وهذه واقعة مادية ، و بإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة وهذا عمل قانوني ، أما إذا كانت الواقعة القانونية شيئا واحدا ، ولكن اختلط فيها العنصر المادي بعنصر الإرادة كانت الواقعة مختلطة ، و مثال ذلك الاستيلاء ، اختلطت فيه الحياة المادية ، وهي عنصر مادي بإرادة المستولي في أن يمتلك في الحال وهي عنصر إرادي ، ولكن العنصر المادي هنا هو المتغلب كالوفاء إذا

(*) (الوقائع الاختيارية : هي التي تقع بفعل الإنسان ، أي بإرادته و اختياره وهي نوعان أعمال مادية (لم يقصد نتائجها القانونية) ، وأعمال قانونية (قصدت بها نتائجها القانونية) ، و هناك الوقائع الطبيعية التي تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان أي دخل في حدوثها .

اختلط فيه تسليم الشيء الواجب الأداء وهو عنصر مادي بالاتفاق على انقضاء الدين ، وهو عنصر إرادي، ولكن العنصر الإرادي هنا هو المتغلب .

ومن هذا المنطلق تعد مصادر الالتزام من أهم و أصعب مواضيع القانون ، كونها السبب المنشئ و المباشر للتصرف القانوني أو الواقعة القانونية ، فالإنسان يلتزم بإرادته متى شاء في الحدود التي يسمح بها القانون ، وفي هذا النطاق تلعب الإرادة دورها في إنشاء الالتزام الذي تريده من دون أي قيد .

وقد انتهجنا في كتابة هذه المطبوعة وضع أحكام القانون المدني الجزائري في المتن معززة بأهم و أحدث الأحكام و القرارات القضائية الجزائرية و العربية ، ولزيادة الفهم و الفائدة للطلبة قابلت الدراسة مع بعض القوانين من أحكام مختلفة أو مدعمة لما ورد في القانون المدني الجزائري .

ومصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري كما هي مؤصلة فيه تتدرج تحت التصرف القانوني (العقد و الإرادة المنفردة) ، وتحت الواقعة القانونية (العمل المستحق للتعويض - الاثراء بلا سبب) ، وأيضا المصدر الخاص وهو نص القانون .

وطبقا لعرض التكوين في اليسانس ، سيتم التحليل و البيان لمحاور مقياس مصادر الالتزام في هذه المطبوعة البيداغوجية بطريقة بسيطة و مبسطة تحقق الفهم الدقيق لنظرية الالتزام كافة ، وذلك وفقا للخطة الآتية :

باب تمهيدي : التعريف بالالتزام و مصادره

الفصل الأول : مفهوم الالتزام .

المبحث الأول : تعريف الالتزام وخصائصه .

المبحث الثاني : نشأة وتطور نظرية الالتزام.

الفصل الثاني : التعريف بمصادر الالتزامات و تقسيماتها .

المبحث الأول : التقسيم التقليدي لمصادر الالتزامات.

المبحث الثاني : التقسيم الثنائي لمصادر الالتزامات

المبحث الثالث :التقسيم الحديث لمصادر الالتزامات

الباب الأول : العقد

الفصل الأول : التعريف بالعقد وتقسيمات العقود.

المبحث الأول : تعريف العقد و تحليله.

المبحث الثاني : أساس قدرة العقد على إنشاء الالتزام (نظرية سلطان الإرادة).

المبحث الثالث : تقسيمات العقود.

الفصل الثاني : تكوين العقد

المبحث الأول : التراضي (الركن الأول).

المبحث الثاني : المحل (الركن الثاني).

المبحث الثالث :السبب (الركن الثالث).

الفصل الثالث : جزاء الاخلال بأركان العقد أو بشروط صحته (مراتب انعقاد العقد)

المبحث الأول : العقد الباطل.

المبحث الثاني : العقد الفاسد.

المبحث الثالث : العقد غير اللازم.

الفصل الرابع : آثار العقد وانحلاله .

المبحث الأول : آثار العقد من حيث الموضوع.

المبحث الثاني : آثار العقد من حيث الأشخاص.

المبحث الثالث : انحلال العقد.

الباب الثاني : المصادر الأخرى للالتزام

(الارادة المنفردة - الفعل المستحق للتعويض - شبه العقود - القانون)

الفصل الأول : التصرف الصادر بالإرادة المنفردة (الوعد بجائزة).

المبحث الأول : تعريف الوعد بجائزة.

المبحث الثاني : شروط الوعد بجائزة.

المبحث الثالث : أحكام الوعد بجائزة.

المبحث الرابع : سقوط دعوى المطالبة بالجائزة .

الفصل الثاني : الفعل المستحق للتعويض (المسؤولية التقصيرية)

المبحث الأول : المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي.

المبحث الثاني : المسؤولية عن فعل الغير.

المبحث الثالث : المسؤولية الناشئة عن الأشياء.

الفصل الثالث : الفعل النافع (الاثراء بلا سبب).

المبحث الأول : أحكام الإثراء بلا سبب.

المبحث الثاني : تطبيقات الاثراء بلا سبب.

الفصل الرابع : القانون كمصدر للالتزام.

باب تمهيدي : التعريف بالالتزام و مصادره.

تعد النظرية العامة للالتزام بمثابة العمود الفقري من القانون المدني و التجاري ، بالدرجة الأولى و من القانون بوجه عام ، و تأتي في طليعة النظريات القانونية من حيث متانة الصناعة القانونية ، و تجرد القواعد من الجزئيات ، وقيامها على أساس من المنطق السليم (1) ، وينشطر البحث في النظرية العامة للالتزام إلى شطرين أساسيين : مصادر الالتزام و أحكام الالتزام (*).

ونعرض في هذا الباب التمهيدي في فصل أول لتعريف الالتزام وبيان خصائصه ، وتطور هذه النظرية الهامة ، وفي فصل ثانٍ نتطرق لتقسيمات الالتزام وبيان مجال كلٍ منها.

الفصل الأول : مفهوم الالتزام.

إن الالتزام (الدين ، التعهد هي ألفاظ مترادفة في اصطلاح القانون المدني) ، يقابل الحق الشخصي من جهة ، و الحق العيني من جهة أخرى ، ذلك أن الالتزام ليس سوى الوجه السلبي للحق الشخصي أو لحق الدائنية ، فالحق الشخصي و الالتزام هما وجهان لعلاقة قانونية واحدة (2) ، ونعرض في هذا الفصل في مبحث أول لتعريف الالتزام وخصائصه ، وفي المبحث الثاني نتطرق لنشأة وتطور نظرية الالتزام .

(1) وحيد رضا سوار ، القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، المنظمة العربية للتربية و الثقافة و العلوم للنشر ، (معهد البحوث و الدراسات العربية) ، القاهرة ، 1975 ، ص13.

(*) أحكام الالتزام أي تلك الأحوال التي تعتري الالتزام بعد تولده ، مهما كان مصدره ، وهي آثار الالتزام و يبحث فيها عن تنفيذه ، و الأوصاف المعدلة للالتزام و يبحث فيها الشروط التعاقدية و الأجل الذي يضاف إلى الالتزام ، وانتقال الالتزام و يتناول حوالة الحق الشخصي و حوالة الدين ، وإثبات الالتزام و يتناول طرق الإثبات و البيئات التي يعول عليها القضاء في فصل الخصومات ، و انقضاء الالتزام و يتناول الحالات التي تسقط فيه الالتزامات عن الملتزم المكلف بها إما بوفائها عينا ، أو ما يقوم مقامه ، وإما دون وفاء كما في حالة الإبراء و التقادم .

(2) وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص15.

المبحث الأول : تعريف الالتزام و خصائصه

المطلب الأول : تعريف الالتزام

يعرف بعض الشراح الالتزام بأنه رابطة قانونية بين شخصين (دائن و مدين) ، يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بأن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل ، و هو تعريف قريب بعض الشراح و بعض القوانين العربية للحق الشخصي⁽¹⁾، إلا أن التمعن الدقيق و التأمل في التعريف الوارد أعلاه ليس تعريفا للالتزام ، ذلك لأن الرابطة القانونية منظور إليها من زاوية الدائن و ليس من زاوية المدين ، و الأصح هو أن يتم النظر إلى الرابطة من ناحية المدين ، فيقال أن : " الالتزام رابطة قانونية بين شخصين مدين و دائن يلتزم بمقتضاها المدين بالقيام بعمل أو بالامتناع عن القيام بعمل" ، في هذه الحالة فقط يمكن اعتبار هذا التعريف تعريفا للالتزام ن فالأول لا يجلو فكرة المديونية بل يجلو فكرة الدائنية⁽²⁾.

كما عرف آخرون الالتزام بأنه " حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين ، بنقل حق عيني ، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل "، أو هو كون الشخص مكلفا قانونا اتجاه غيره بعمل أو الامتناع عن عمل⁽³⁾، و الذي يؤخذ على هذه التعريفات هو أنها إما تغفل وجود الرابطة القانونية و طبيعتها ، أو أنها تستبعد ذكر الدائن ، أو أنها تغفل ذكر الصفة المالية للالتزام ، وما لهذه الصفة من أهمية في التمييز بين الالتزام الذي نحن بصدده و الالتزامات الإجتماعية و الأخلاقية⁽⁴⁾.

(1) عبد الناصر أبو البصل ، دراسات في فقه القانون المدني الأردني ، (النظرية العامة للعقد) ، دار النفائس للنشر و التوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، 1999، ص20.

(2) مصطفى الزرقا ، شرح القانون المدني السوري ، (نظرية الالتزام العامة) ، مطبعة الحياة ، دمشق، الطبعة الثانية، 1964، ص45.

(3) المرجع نفسه ، ص70.

(4) عبد الناصر أبو البصل ، المرجع السابق ، ص ص20-21.

ولعل التعريف الذي قال به أحد الشراح ، يكون أكثر دقة ، و أوفر حظا مما سبقه من تعريفات في تحديد معنى الالتزام في المعاملات المالية ، حيث جاء فيه أنّ : " الالتزام رابطة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص معين اسمه المدين بالقيام بأداء مالي ، ابتغاء تحقيق مصلحة مالية أو غير مالية لشخص آخر معين أو قابل للتعيين اسمه الدائن، يكون له عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه سلطة إجباره على التنفيذ⁽¹⁾، وهو تعريف مسهب رغم أنه جامع لمفردات المعرّف (الالتزام) ، غير أنه لا يمكن أن يوصف بأنه تعريف مانع ، لإدخال بعض القيود فيه ، كالغاية من الالتزام ، و الجبر على تنفيذه ، التي لا لزوم لها في تعريف الإلتزام⁽²⁾، هذا وقد تعرض تعريف الالتزام بأنه رابطة بين شخصين للنقد ، وذلك من حيث أن الحق لا يمكن أن يكون هو ذات الرابطة تنهض في الأساس لصالح حق ما ، فهي تقوم بين شخصين أولا ، ثم يأتي دور القانون لينظمها ويفرض حقوقا و التزامات لكل منهما ، فالرابطة إذن أسبق في وجودها من الحق ، لذلك قيل أنه لا يمكن أن يُعرّف الالتزام بأنه رابطة ، لأن الالتزام ينظمه القانون و يرتبه عندما تقوم تلك الرابطة⁽³⁾، وهذا النقد يبدو أكثر وضوحًا في القوانين العربية ، ومنها القانون المدني الجزائري ، إذ أن اعتبار الحق رابطة بين الدائن و المدين يؤدي إلى عدم وجود هذا الحق قبل قيام الرابطة ، في حين أن القانون المدني الجزائري - و حكمه في ذلك حكم القوانين العربية الأخرى - يقضي بغير ذلك ، إذ من الممكن أن يوجد الحق الشخصي قبل أن يوجد الدائن ، طالما أنه سيوجد عند أداء مضمون هذا الحق الشخصي ، ومثال ذلك الاشتراط لمصلحة الغير، فتنص المادة 118 من القانون المدني على أنه: " يجوز في الإشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصًا مستقبلا أو هيئة مستقبلية ... " ، كما لو أمّن شخص على حياته لمصلحة أولاده الذين سيولدون في المستقبل ، وكذلك الحال في الوعد بجائزة ، فتنص المادة 123 مكرر 1 على

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد و الإرادة المنفردة ، (د،م،ن)، 1984، ص6.

(2) ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، (مصادر الحقوق الشخصية ، مصادر الالتزامات) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الطبعة الثانية ، 2011، ص13 .

(3) عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص6 .

أنه : " من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل.. " فإذا كان من الممكن أن يوجد الحق الشخصي قبل أن يوجد الدائن ، فلا يستقيم القول بأن الالتزام رابطة أو علاقة بين الدائن و المدين ، إذ أن الرابطة لا تنشأ إلا إذا وجد طرفاها ، وهذه لم تنشأ ، ومن ثم يترتب عدم قيام الالتزام إذ أن الرابطة هي أساسه(1) .

وهو ما أدى ببعض الشراح إلى اعتبار الالتزام : " حالة قانونية أو وضع قانوني يلتزم بمقتضاه شخص بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله " ، وهو التعريف الذي تبناه مشروع القانون المدني المصري الحالي ثم حذف هذا النص ، تماشيا مع أصول الفن التشريعي التي يقتضي عدم إبرام تعريفات بقدر الإمكان لأن مجالها هو كتب الفقهاء(2) .

هذا ولم يخلو هذا التعريف الأخير للالتزام من النقد ، كونه يتضمن تجهيلا بماهية الإلتزام و طبيعته ، فالقول بأنه حالة قانونية ، لا يبين ماهية الإلتزام وطبيعته ، إذ من الممكن إطلاق وصف الحالة القانونية ، على كل وضع من أوضاع القانون دون تمييز ، لذلك و لتفادي الانتقادات السابقة يمكن لنا تعريف الإلتزام بأنه : " واجب قانوني خاص يتحمل بموجبه شخص معين يسمى المدين ، و يتضمن قيامه بأدائه أو امتناعه عن عمل ذي قيمة مالية لصالح شخص آخر ، يسمى الدائن يكون له سلطة اجباره على أدائه"(3) .

ويستفاد من هذا التعريف أن الإلتزام علاقة قانونية بين شخصين ، بمقتضاها يجب على أحدهما أن يقوم بعمل ما لشخص آخر ، لكن ما يجب بيانه و التأكيد عليه ، و الظاهر في التعريف أعلاه ، هو أن فعل " الوجوب" هو جوهر الإلتزام ، و لأنه يقع على البشر فهو

(1) محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، (النظرية العامة للالتزامات : العقد و الإرادة المنفردة) ، دار الهدى ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2004 ، ص ص13-14 .

(2) المرجع نفسه ، ص14 .

(3) جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، (مصادر الإلتزام) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 ، ص10 .

مقيد "بالاستطاعة أو الامكان" ، إذ لا تكليف إلا بمستطاع ، فالوجوب و الإمكان هما إذن وجهها الالتزام⁽¹⁾، فلما هو المقصود من الوجوب ؟ و الإمكان ؟ في تعريف الالتزام :

1- إن الالتزام لا يخرج عن كونه واجبا ، وإذا كان كل التزام يعد واجبا ، فليس كل واجب يعد التزامًا ، إذ يشترط من الوجهة الفنية ، لصيرورة الواجب التزاما ثلاث شروط: (2)

- أن ينطوي الواجب على علاقة قانونية أي ينتج أثرًا قانونيا.
- أن يربط الواجب شخصًا بآخر ، وهذا يفرض وجود دائن معين يطالب بتنفيذه.
- أن يكون محل الواجب ماليا.

2- لكي يكون الالتزام قانونيا يجب أن يكون الواجب ممكنا ، عملا بقاعدة " لا التزام بمستحيل" ، و فكرة انتقاء الالتزام لاستحالة القيام به ، هي فكرة مشتركة تتبثق منها قواعد عدة ، فالاستحالة تبعا لوقت ظهورها ، إما أن تمنع نشوء الالتزام ، و إما أن تنهي الالتزام الوليد ، فالالتزام لا يولد إذا كانت الاستحالة سابقة على نشوئه ، كما لو كان محل العقد مستحيلا ، كما أن الالتزام ينقضي ويتبدى في صورتين: إما مباشرة ، كما لو تعذر تنفيذ الالتزام المستحيل كحالة هلاك الشيء ، وهو في ظاهره ليس سوى إثبات للواقع ، وإما غير مباشرة ، وعندئذ لا يكون عدم تنفيذ الالتزام المستحيل خطأ ، و لا يترتب أية مسؤولية ، تلك هي نظرية القوة القاهرة ، وهي المظهر العملي لقاعدة " لا التزام بمستحيل" ، وهي تسقط الالتزام ، لافي المجال التعاقدي فحسب ، بل في المجال غير التعاقدي ، ففي المجال الأول تعد القوة القاهرة سببا اجنبيا لا يد للمتعاقد المدين فيه ، وهي في المجال الثاني تبرئ من أحدث ضررا للغير أيضا ، ومرد ذلك في المجالين ، إما لأنه تعذر على المتعاقد تنفيذ الالتزام كما لو تم حجز أموال المدين التي يتعين عليه تسليمها ، أو لأن المسؤول عن الفعل

(1) وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص16.

(2) المرجع نفسه ، ص16.

الضار لم يستطع أن يحول دون وقوع الضرر ، كما قذفت العاصفة بسفينة على سفينة أخرى فأدى ذلك إلى تصادمهما(1).

ومن كل ما تقدم يمكننا القول بأن الالتزام علاقة قانونية بين مدين ودائن ، يلتزم بمقتضاها بأن يقوم بعمل أو بأن يمتنع عن القيام بعمل ذي قيمة مالية ، وحسنا ما فعل معظم المشرعين ومنهم المشرع الجزائري ، عندما تجنب تعريف الالتزام ، إذ بذلك يكون قد تجنب الوقوع في هذا الخلط وعدم الوضوح اللذين وقع فيهما الشراح و الفقهاء عموماً.

المطلب الثاني : خصائص الالتزام.

ومن التعريف الذي اخترناه للالتزام كونه ذلك الواجب القانوني الخاص ، الذي يتحمل بموجبه شخص معين يسمى المدين ، ويتضمن قيامه بأدائه أو امتناعه عن عمل ذي قيمة مالية لصالح شخص آخر يسمى الدائن ، يكون له سلطة اجباره على أدائه ، نستخلص خصائص الالتزام :

1- الالتزام علاقة بين شخصين أو أكثر : فهو يقوم على علاقة بين شخصين أحدهما يدعى الدائن ، وهو الطرف الذي يثبت له حق في نمة الطرف الآخر ، و آخر يدعى المدين وهو الطرف الذي يقع على عاتقه القيام بالالتزام لمصلحة الدائن ، لذلك إذا نظر إلى هذه العلاقة من جانب الدائن تسمى بالحق الشخصي ، و إذا نظر إليها من جانب المدين فهي التزام .

2- الالتزام واجب قانوني : فلا ينتج الالتزام أثره إلا حيث يكون مقترنا بجزاء توقعه السلطة العامة جبراً على المدين ، فالأصل أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه اختياريًا ، وإن قام بذلك فيكون قد نفذ التزامه القانوني، و لا حاجة بعد ذلك للجوء الدائن إلى السلطة العامة لحماية

(1) وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص ص 18-19.

حقه ، أما إذا لم يقم المدين بأداء التزامه عندئذ يعطي القانون للدائن الحق في اللجوء إلى السلطة العامة لإجبار المدين على التنفيذ ، وذلك بجزء تفرضه على هذا المدين⁽¹⁾ ، وهذا الجزء هو ما يميز الالتزامات القانونية عن الواجبات الخلقية و الدينية ، إلا أن ذلك لا يعني انتفاء العلاقة بينهما ، إذ أن أكثر الالتزامات القانونية هي في الوقت نفسه التزامات خلقية ودينية ، كذلك الالتزامات التي تفرضها القواعد القانونية و الخلقية و الدينية بعدم الاضرار بالغير ، لذلك يطلق عليها اسم الرابطة القانونية التي تنشأ بين دائن و مدين.

3- الالتزام له قيمة مالية : إذ يتميز الالتزام بأن محله يمكن تقويمه بالنقود ، أي ذو قيمة مالية ، وهذه قيمة تنقص من ذمة المدين المالية بقدر ما يزيد الحق الشخصي في ذمة الدائن ، وبالتالي يجب أن يكون ما يلتزم به المدين ذا قيمة مالية ، و لو كانت المصلحة التي يحققها الدائن هي مصلحة أدبية فقط⁽²⁾، و لذلك فهو يختلف عن الواجبات القانونية التي تقع على عاتق الأفراد ، في مواجهة الآخرين كالواجب العام بعدم الاعتداء على الغير في ماله أو شرفه أو عرضه أو التي تنشأ عن علاقات الأسرة كواجب طاعة الزوجة لزوجها وإقامتها حيث يقيم زوجها ، وواجب الأب في مراقبة ابنه ، إلا أن مثل هذه الواجبات القانونية قد تصبح التزامات عندما يحدد القانون ذلك ، كالنفقة التي يلتزم بها الزوج لمصلحة زوجته ، فمثل هذا الالتزام رغم أنه ينشأ من علاقة أسرية ، إلا أنه يصبح ذا طبيعة مالية ، بحيث يصبح الزوج مدينا ، و الزوجة دائنا بحكم القانون ، و كذلك الحال إذا أخل أحد لأشخاص بالواجب العام بعدم الإضرار بالغير ، و صدر حكم بتعويض المتضرر عن الضرر الذي لحقه جراء الإعتداء على كيانه الأدبي أو شخصه أو مركزه الاجتماعي ، حيث يصبح هذا المتضرر دائنا و المسؤول عن الضرر مدينا بدفع مبلغ التعويض ، فالالتزام الأخير بدفع مبلغ

(1) يوسف محمد عبيدات ، مصادر لالتزام في القانون المدني ، (دراسة مقارنة) ، دار المسيرة للنشر و التوزيع والطباعة ، عمان ، الطبعة الثانية ، 2011، ص 14.

(2) سليمان مرقش ، الوافي في شرح القانون المدني ، (في الالتزامات) ، المجلد الأول ، الطبعة الرابعة ، (د، م، ن) ، 1987، ص22.

التعويض هو التزام يقوم بالنقود ، ومصدره الفعل الضار الذي ارتكبه في حق الدائن ، أما قبل وقوع حادثة الاعتداء و الاضرار بالغير ، فإنه لا يوجد ما يسمى بالالتزام المسؤول عن الضرر بتعويض الغير ، لأن هذا الأخير لا يستطيع اللجوء إلى القضاء مطالباً بالتعويض ، طالما لم يلحق به ضرر ، و بالتالي لا نكون بصدد التزام بالمعنى المقصود (1)، (أي رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها شخص بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل)

المبحث الثاني : نشأة و تطور نظرية الالتزام

إن نظرية الالتزامات لها أهمية بالغة في تكوين النظام القانوني فنشاط الأفراد في المجتمع يتمثل في علاقات قانونية متنوعة ومتعددة ، وتتضمن نظرية الالتزامات القواعد العامة التي تنظم هذه العلاقات على تنوعها و تعددها مما يظهر معه لهذه النظرية من أهمية ، فيراها الشراح كالعمود الفقري للقانون المدني ، فضلا عن اتسامها بشيء كبير من الثبات و الاستقرار ، وهو ما أدى إلى أن تتميز قواعدها بطابع نظري جعلها حقا خصبا للمنطق القانوني الذي غلبه بعض الفقهاء سابقا على الغرض الاجتماعي للقاعدة القانونية ، وقد نجح فقهاء الرومان إلى حد كبير في إعمال المنطق لوضع قواعد الالتزام بعد تجريده من ذات موضوعه ، أو شخصية طرفيه ، فيرى الشراح أن الرومان أقاموا نظرية عامة بلغت درجة عالية في الصناعة القانونية (2)، لذلك سنبين في المطلب الأول تطور النظرية في الفقه الروماني و مدى تأثيره على النظام القانوني الحديث ، و في المطلب الثاني نبين وضع نظرية الالتزام في القوانين العربية الحديثة ومنها القانون المدني الجزائري .

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص15.

(2) محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص ص21-22.

المطلب الأول : تطور تنظيم نظرية الالتزام

لقد عرف الامبراطور " جستنيان " الإلتزام في كتابه " النظم " بأنه : رابطة قانونية بمقتضاها تلزم بتأدية أمر ما وفقا لقواعد القانون المدني " ، وذكر في مجموعة الفقه " ديجست " ما يلي :

"ليس من جوهر الإلتزام ما يكسبنا ملكية شيء أو حق ارتفاق

وإنما هو قائم على إجبار الغير على إعطاء شيء أو القيام بعمل" (1).

فالإلتزام حسب فقهاء الرومان هو رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين أن يوفي إلى الآخر وهو الدائن بأمر معين ، سواء أكان بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء ، وهذه الرابطة بين الدائن و المدين تسمى بالحق الشخصي إذا نظرنا إليها من جهة الدائن ، كما يطلق عليها الإلتزام إذا نظرنا إليها من جهة المدين .

و للإلتزام في القانون الروماني ثلاثة أركان أساسية هي (2):

1- طرفا الإلتزام أي الدائن و المدين.

2- موضوع الإلتزام أو محل الإلتزام أي ما يتعلق بالفائدة المالية المقصودة من الإلتزام.

3- العلاقة القانونية التي تترتب على الإلتزام ، وهذه العلاقة تختلف بطبيعة الحال عن الحق العيني الذي هو سلطة يعطيها القانون لشخص ما على شيء معين يخول الشخص بمقتضاها حقوقا معينة على هذا الشيء ، فعلاقة الإلتزام مقررة بين شخصين الدائن و المدين ، فالدائن لا يستطيع الحصول على ثمرة ما التزم به المدين ، إلا بواسطة هذا الأخير ، بينما الحق العيني يتميز بوجود علاقة مباشرة ، بين صاحب الحق و الشيء محل

(1) محمود عبد المجيد المغربي ، تاريخ القوانين ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، (د، س، ن)، ص217.

(2) المرجع نفسه ، ص218.

الحق ، وهذا التمييز بين الحقين أي الحق الشخصي و الحق العيني لايزال تمييزاً جوهرياً في كل القوانين التي انشقت من القانون الروماني وتترتب عليه نتيجتان هامتان :

1- إذا كان الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء ، فلصاحبه حق تتبع هذا الشيء في يد أي شخص انتقلت إليه ملكيته .

2- وله ، إذا كان الحق العيني حق ضمان كراهن ، أن يتقدم على جميع الدائنين الشخصيين في تقاضي حقه من الشيء .

وأما الحق الشخصي فهو - كما ذكرنا - رابطة بين شخصين فلا يتصور فيه التتبع بالنسبة لهذا الحق و لاحق الأفضلية ، و يرجع القانون الروماني الالتزامات إلى نوعين من المصادر : التزامات تعاقدية (obligation contractuelles) ، وهي الناشئة عن العقود ، والتزامات جنائية (obligations délictuelles) وهي الناشئة عن الجرائم ، وقد ورد هذا التقسيم الثنائي في كتاب النظم للفقهاء "غايوس" ، وأشار إلى مصدر ثالث للالتزامات ، لا تنشأ من الجريمة ولا من العقد ، وقد عبر عنها بالأسباب المختلفة ، وهذا هو ترتيب القانون الروماني قديماً لمصادر الالتزام ، ولم يكن فيه شيء عن شبه العقد و لاعتن شبه الجريمة ، و يشير الشراح إلى أن " جستنيان " اتبع رأي فقهاء القرن الرابع في تقسيمه الرباعي لمصادر الالتزامات الذي ورد ذكره في مجموعة النظم ، إذ يقضي هذا النص بأن الالتزامات قد تنشأ إما عن العقد ، أو تنشأ كما لو كانت عن عقد وإما عن جريمة أو كلها لو كانت من جريمة (1).

فالفقيه " غايوس " رأى أن يضع الالتزامات التي تنشأ عن عمل غير مشروع إلى جانب الالتزامات التي قد تنشأ من الجرائم المحددة المعروفة باعتبار أن كلا من النوعين ينشأ عن عمل غير مشروع ، والذي كان يقصده " غايوس " هو اعتبار هذه الالتزامات كأنها تنشأ من

(1) محمود عبد المجيد المغربي ، المرجع السابق ، ص220.

جريمة ، لا من حيث مصدرها، لأنها لا تنشأ من جريمة في واقع من الأمر ، بل من حيث أثرها إذ هي في حكمها كالتزامات التي تنشأ من الجرائم ...، و قد اتبع القانون المدني الفرنسي في تقسيمه مصادر الالتزام هذا التقسيم الرباعي فنص على أن الالتزام ينشأ عن العقد ، أو شبه العقد ، أو الجريمة ، أو شبه الجريمة ، وأضاف إلى المصادر الأربعة مصدرا خامسا وهو القانون ، ليضم بذلك الالتزامات التي لا يمكن إدخالها تحت أحد المصادر الأربعة ، وهي الالتزامات القانونية كالتزامات الناشئة عن علاقات الجوار و التزامات النفقة ..الخ.

على أنه من الملاحظ أن كلا من " غايوس و جستنيان " لم يستعملا لفظي « شبه العقد » ، و « شبه الجريمة » ، اللذين استعملهما الفقيه الفرنسي "بوتيه"، و القانون الفرنسي بعده ، وقد أخذ هذان اللفظان مدلولاً آخر غير الذي كان يعنيه " غايوس " من اللفظين المقابلين لهما في ترتيبه.

وتنقسم هذه الالتزامات من حيث الحماية المقررة لها في القانون الروماني ، إلى التزامات مدنية (obligations civiles) ، و التزامات بريتورية (obligations prétorienes) تتمتع بحماية البريتور القضائي ، أما من حيث الجزاء المترتب عليها ، فالالتزامات تنقسم إلى التزامات مدنية تحميها دعوى مدنية يرفعها الدائن ضد المدين لإجباره على الوفاء بدينه، و التزامات طبيعية لا تتمتع بأي دعوى تحميها ، وإنما لها أحكام تميزها عن مجرد الواجبات الأخلاقية (obligations morales) ، وعلى كل فالالتزام الطبيعي يعتبر صحيحا ، وله وجود قانوني في ذمة المدين و الوفاء به صحيح ...وكما قدمنا فإن مصادر الالتزامات في القانون الروماني كما وردت في الموسوعة هي العقد و الجريمة و الأسباب المختلفة الأخرى.

المطلب الثاني : موضع نظرية الالتزام في الفقه و التشريع الحديثين .

تتازع حول نظرية الالتزام مذهبان ، أحدهما يغلب العلاقة التي تقوم بين طرفي الالتزام ، و هو المذهب الشخصي ، و يتركز أساسه على الرابطة التي تكون بين الدائن و المدين ، و من ثم يؤدي إلى عدم قيام الالتزام مالم يتحدد طرفاه ، كما يؤدي إلى استحالة انتقال الالتزام من ناحية الدائن و من ناحية المدين على حد سواء ، وثانيهما يغلب موضوع الالتزام على طرفيه ، وهو المذهب المادي ، باعتبار أنه الأمر الجوهرى في العلاقة بينهما ، كما أنه يضعف من أثر هذه العلاقة التي تجمع بين الدائن و المدين ، و من هنا يبرز الالتزام على أنه يتضمن قيمة مالية وليس على اعتبار أنه يثبت لشخص معين قبل آخر ، و من ثم يمكن تداوله مثل غيره من الأموال فيشتري و يباع.

و السؤال المطروح : بماذا أخذت التشريعات المقارنة في تنظيم نظرية الالتزام ؟ هل بالمذهب الشخصي أم بالمذهب المادي ؟

فالمذهب الشخصي يترتب على الأخذ به ، أنه مالم يتحدد كل من الدائن و المدين و يتفقان على نشوئه ، فإنه لا ينبغي الاعتراف بالالتزام ، ثم إنه إذا قام الالتزام بين الطرفين فلا يجب الاعتراف بإمكانية تغيير أي من طرفيه ، ولذلك فإنه يتعذر نقل الالتزام أو تحويله أو التنازل عنه لمصلحة شخص آخر أو في مواجهته (1).

أما بالنسبة للمذهب المادي ، فإن الأخذ به يؤدي إلى إمكانية نقل الالتزام و الحق الشخصي من دائن إلى آخر، و من مدين إلى آخر ، ثم إنه من الممكن أن يوجد الالتزام دون أن يوجد دائن وقت نشوئه ، كما هو الحال في الوعد بجائزة ، و الإشتراط لمصلحة الغير .

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص ص 20-21 .

وعليه ، إن تبني التشريعات لأحد المذهبين دون المذهب الآخر ليس بالأمر السهل ، وليس بالأمر المقبول أيضا ، لأن جوهر الالتزام يعكس حقيقة كلا المذهبين ، وتبني أحدهما فقط لا يفسر الالتزام بكافة ما يحتويه من عناصر ، فما لا يمكن تجاهله في الالتزام هو أنه علاقة قانونية بين شخصين ، وهو لا يقوم بدون تلك العلاقة ، أو على الأقل بدون شخص واحد هو المدين ، ثم إن هناك صورا للالتزامات و الحقوق الشخصية تكون فيها شخصية المدين محل اعتبار في العقد ، بحيث أن القيمة المالية للمحل تستمد من شخصية المدين.

إن اعتماد المذهب الشخصي لتفسير الالتزام لا يمكن معه تفسير الكثير من المظاهر القانونية لذلك لا بد من اعتماد المذهب المادي لتفسير تلك المظاهر و التطبيقات ، ومن هنا يتبين أن تفسير الالتزام لا يخرج عن اعتماد مذهب مزدوج يتمثل في المذهب الشخصي و المذهب المادي معا ، وهذا ما فعلته أكثر التشريعات القانونية ، ومنها القانون المدني الجزائري ، وإن كان يغلب عليه المذهب الشخصي ، وبجانب ذلك احتفظ بالمذهب المادي في التطبيقات التي يستلزمها التطور القانوني و الاقتصادي ، كما في نقل الحق و الالتزام دون حاجة إلى رضا المدين (المادة 239 من القانون المدني الجزائري)، وإمكان حوالة الدين - وإن لزم لنفاذها في حق الدائن إقراره بذلك (المادة 252 من القانون المدني الجزائري)، و لإقرار المشرع للاشتراط لمصلحة الغير ، وتنظيمه لنظرية الإرادة المنفردة و تطبيقاتها كالوعد بجائزة .

فالقانون المدني الجزائري قد وقف موقفا معتدلا من مذهبي تفسير الالتزام ولم يفرق في الأخذ بهما ، وبذلك ينطوي الالتزام على عنصرين هما:

- **عنصر المديونية :** ويمثل الواجب القانوني على المدين بالقيام بأداء معين لمصلحة الدائن ، فهو يتمثل بقيام المدين بالوفاء بالالتزام لمصلحة الدائن ، وبالواجب القانوني على الدائن في قيامه بقبول الوفاء الحاصل من المدين .

■ **عنصر المسؤولية** : ويمثل عنصر الإيجاب المقرر للدائن على المدين في قيامه بالوفاء بالالتزام ، إذا لم يقم به طوعا واختيارًا ، وذلك باللجوء إلى الوسائل القانونية التي حددها القانون ، المتمثلة بالتنفيذ الجبري.

ويبدو واضحًا هنا أن عنصر المديونية هو الأساس في الالتزام ، أما عنصر المسؤولية فوجوده وسيلة لإعمال عنصر المديونية ، وذلك بتمكين الدائن من استيفاء حقه من مدينه جبرًا عليه عند امتناعه عن الوفاء طوعًا واختيارًا ، و الأصل في الالتزام هو اجتماع عنصري المديونية و المسؤولية معًا ، ويسمى في هذه الحالة بالالتزام المدني ، إلا أنه قد يتخلف أحد هذين العنصرين ، ويكون الالتزام ناقصًا ، كما في الحالات التالية (1):

1- وجود عنصر المسؤولية دون عنصر المديونية : فقد يتحمل عنصر المسؤولية أحد الأشخاص غير المدين بالالتزام ، فيقوم لديه عنصر المسؤولية دون عنصر المديونية ، ومثال ذلك : الكفيل العيني الذي يرتب حق رهن على عين مملوكة له ضمانًا للوفاء بدين على شخص آخر .

2- وجود عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية : فمن الممكن أن يتمثل الواجب القانوني بأداء مالي معين ، ولكن سلطة الدائن في إجبار المدين على تنفيذ هذا الأداء تنعدم، غير أن قيام المدين بتنفيذ هذا الأداء يعد مبررًا لدمته و ليس تبرعًا كما في الالتزام الطبيعي .

3- نشوء عنصر المسؤولية قبل قيام عنصر المديونية : ومثال ذلك الكفالة في الدين المستقبل أو الاحتمالي ، إذا حدد مقدما المبلغ المكفول ، ومثاله أيضا الكفالة في الدين المعلق على شرط ، ومع ذلك فإنه يتمتع على الدائن أن ينفذ على الكفيل قبل نشوء الدين .

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 23.

أما بالنسبة لموضع نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري ، وكما هو الحال عليه في سائر الدول العربية ، فقد نظم الالتزامات في الكتاب الثاني من ضمن الكتب الأربعة المحتواة للقانون المدني ، تحت عنوان " الالتزامات و العقود " من المادة 53 إلى المادة 350 منه حيث تضمنت الأبواب الآتية:

الباب الأول : مصادر الالتزام .

الباب الثاني : آثار الالتزام .

الباب الثالث : الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام .

الباب الرابع : انتقال الالتزام .

الباب الخامس : انقضاء الالتزام .

الباب السادس : إثبات الالتزام .

وبعد بيان تعريف الالتزام ، و التطرق لنشأة و تطور نظرية الالتزام ، و بيان موضعها في القانون المدني الجزائري ، ننقل في الفصل الموالي لنبين أقسام الالتزامات .

الفصل الثاني: التعريف بمصادر الالتزامات وتقسيماتها

تتمتع النظرية العامة للالتزامات بأهمية معتبرة من الناحية العلمية و النظرية ، ومن الناحية العملية أيضا، فمن الناحية العلمية و النظرية تتسم نظرية الالتزام بأنها تتكون من قواعد على قدر عالٍ من التجريد و العمومية ، يسمحان بإعمال قواعد المنطق في التقريب بين الأصول ، وتفريغ النتائج التي تترتب على كل أصل ، كما أن النظرية قد أضحت أساسا لقواعد القانون المدني ، وكانت ومازالت الأصل في تفسير وتحليل أعقد المعضلات والمشكلات في مجال القانون الخاص ، بل و القانون العام أيضا ، بالإضافة إلى ذلك فإن

نظرية الالتزامات قد انطبعت و تأثرت بقوة الأفكار الفلسفية والخلقية والاجتماعية والسياسية، ولذلك فهي تعد انعكاسا للتطور العام للفكر و الحضارات .(1)

أما من الناحية العملية ، فتنتمتع نظرية الالتزامات بوظيفة عملية ، إذ هي عماد معظم النشاط الاقتصادي ، من حيث أنها أساس قانون الأعمال و أساس الحياة اليومية لكل الأشخاص و معاملاتهم ، فكل العلاقات المالية و المعاملات التي توجد بين الناس هي روابط التزام تخضع للنظرية العامة للالتزامات . (2)

وقبل دراسة مصادر الالتزامات في الأبواب القادمة من هذه المطبوعة، لا بد لنا وخلال هذا الفصل أن نجري مسحاً شاملاً لكل التقسيمات الفقهية و القانونية لمصادر الالتزامات ، بغية وضع التكييف القانوني الصحيح لكل الوقائع و التصرفات في الموضوع الصحيح من هذه النظرية .

ويقصد بمصدر الالتزام ، السبب القانوني المباشر و القريب الذي أنشأ ذلك الالتزام أو الحق الشخصي (3) ، وبما أن الالتزام واقعة طارئة ، فإنه لا بد من وجود سبب يولده ، وهذا السبب هو مصدر الالتزام ، ومصدر الالتزام هو المنبع أو الواقعة التي تنشئ الالتزام ، وليس هنالك شك في أن المصدر الأساسي للحق أو الالتزام هو القانون ، ولا يمكن القول بوجود حق لشخص أو التزام على شخص إلا إذا كان القانون قد نظمته صراحة أو ضمناً ونص على حمايته أيضا (4)،

ولمصادر الالتزامات تقسيمات شتى نبينها في المباحث الآتية :

- 1 ياسين محمد الحبوري ، المرجع السابق ، ص ص 27-28.
- 2 عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ،(دراسة في القانون اللبناني والمصري)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص35.
- 3 ياسين محمد الحبوري ، المرجع السابق ، ص 29.
- (4) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 19.

المبحث الأول : التقسيم التقليدي لمصادر الالتزامات

و المقصود بالتقسيم التقليدي لمصادر الالتزام ، هو التقسيم الذي أخذ به القانون المدني الفرنسي ، وهو تقسيم يرقى في أصوله وجذوره إلى القانون الروماني ، ومصادر الالتزام فيه هي على النحو الآتي (1) :

1- العقد .

2- شبه العقد .

3- الجريمة .

4- شبه الجريمة .

5 - القانون .

فالعقد : هو توافق إرادتين على إنشاء الالتزام ، كعقد البيع يتفق بمقتضاه البائع و المشتري على إنشاء التزامات ، منها ما هو في جانب البائع كالتزام بنقل الملكية و الالتزام بضمان التعرض ، ومنها ما هو في جانب المشتري كالتزام بدفع الثمن .

وشبه العقد : (2) هو عمل اختياري مشروع ينشأ عنه التزام نحو الغير ، وقد ينشأ عنه مقابل في جانب ذلك الغير ، كما في حال الفضولي الذي يقوم مختاراً بعمل يريد به مصلحة الغير دون أن يتعاقد معه على ذلك .

و الجريمة : هي عمل ضار يأتيه فاعله متعمداً بالإضرار بالغير ، كما إذا أتلّف شخص عمداً مالا مملوكاً ، فينشأ عن هذا العمل الضار التزام في جانب فاعله ، بأن يعرض عن المال الذي أتلّفه .

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 30 .

(2) محمود عبد المجيد المغربي ، المرجع السابق ، ص 219 .

وشبه الجريمة : عمل يصيب الغير بالضرر كالجريمة ، ولكنه يختلف عنها في أنه غير مصحوب بنية الإضرار بالغير ، بل يأتيه فاعله عن إهمال وعم احتياط ، فيلتزم بتعويض الضرر كما في الجريمة ، فإذا قاد شخص سيارة بسرعة غير معتادة ، وتسبب عن ذلك أن دهس شخص في الطريق ، فإنه يلتزم بتعويض المصاب أو ورثته عن الضرر الذي أحدثه .

و القانون : قد يكون أخيرا مصدرا للالتزام فينشئه في حالات معينة ، كما في التزامات أفراد الأسرة بعضها لبعض من نفقة و رضاع وحضانة ووصاية وقوامة وكما في التزامات الجار نحو جاره .

وقد ذكرنا آنفا أن هذا التقسيم لم يرد بهذه الصورة في القانون الروماني ، فقد كان هذا القانون يرجع الالتزامات إلى نوعين من المصادر* :

- التزامات تعاقدية (obligations contractuelles).

_ التزامات جنائية (obligations délictuelles).

فأما **الالتزامات التعاقدية (obligations contractuelles)** : وهي الناشئة عن العقود ، ولم يكن من الغرابة أن لا نجد أي تعريف للعقد عند الرومان ، إلا في مؤلفات الفقهاء في حوالي القرن السادس الميلادي ، فالأصل عندهم أن الاتفاق مُجَرَّدٌ⁽¹⁾، أي مجرد توافق إرادتين لا ينشئ أي التزام ، فالعقد وحده هو الذي ينشئ الالتزامات ، ولا يرقى الاتفاق إلى مستوى العقد أو الالتزام ، إلا إذا خضع في تكوينه ونشأته للإجراء الشكلي ، و إفراغه في قالب رسمي وفي ظل طقوس معينة، عندئذ فقط يعترف به القانون باعتباره عقدا ملزما يترتب عليه الأثر القانوني ، ولذلك كانت العقود محدودة جدا ، وكان هذا الوضع يتفق مع الحالة القديمة لضالة العلاقات في تلك العصور القديمة ، ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن

(*) وقد ورد هذا التقسيم الثنائي في كتاب النظم للفقهاء " غايوس " .

(1) محمود عبد المجيد المغربي ، المرجع السابق ، ص 229.

تطورت وتعقدت الحياة فكان من ذلك توزيع العمل ، و الحاجة إلى كثرة التبادل ، ووجوب السرعة في المعاملات، اقترن هذا كله بتقدم في التفكير القانوني ، أدى إلى التمييز بين الشكل و الإرادة في العقد ، و إعطاء الإرادة قسطا من الأثر القانوني ، ودعا إلى اعتبار الاتفاق موجوداً بمجرد توافق الإرادتين ، و الشكل ليس إلا سببا قانونيا قد توجد أسباب غيره (1)، ومن ثم ظهر إلى جانب العقود الشكلية ، العقود العينية و العقود الرضائية ، و العقود غير المسماة ، و انتصر مبدأ سلطان الإرادة ، في دائرة العقود الرضائية ، و انتصر بعد ذلك في عقود أخرى عرفت بالعقود البريتورية (pactes prétoriens) و العقود الشرعية (pactes légitimes) ، ولكن القانون الروماني لم يقرر في أي مرحلة من مراحل مبدأ سلطان الإرادة في العقود يوجه عام ، بل ظلت الأوضاع بعد أن تهذبت ، هي التي تخلق العقد بقدر اختلاف قوة وضعفا بحسب تطور القانون و اتساع نطاق التبادل و المعاملات ، و بقي العقد اللفظي (contrat verbal) إلى آخر عهود القانون الروماني هو القالب الذي يصبون فيه ما تبدو الحاجة إليه من الاتفاقات غير المعروفة حتى تصبح ملزمة .

أما في العصور الوسطى فلم تنقطع الشكلية و تستقل الإرادة بتكوين العقد إلا تدرجا ، و قد استمرت الشكلية في أوضاعها السابقة الذكر إلى نهاية القرن الثاني عشر، ثم أخذت تتحول و كانت متجهة إلى التناقض ، و أخذت الإرادة يقوى أثرها في تكوين العقد شيئا فشيئا (2).

هذا وقد أشار " غايوس " و نقله عنه " جستينيان " إلى التقسيم الرباعي للعقود : عقود شفوية ، و عقود كتابية ، و عقود عينية و عقود رضائية ، وهي عقود تتميز - حسب فقهاء الرومان - عن العقود الرسمية ، بأنها عقود تبادلية أي أنها ملزمة للطرفين ، الدائن و المدين ، بينما العقود الرسمية فردية لا ينشأ عنها سوى التزامات على طرف واحد ، كما ظهرت العقود غير المسماة في عهد الامبراطورية الرومانية كمصدر للالتزام ، وقد أقرها

(1) محمود عبد المجيد المغربي ، المرجع السابق ، ص 230.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، (مصادر الالتزام) ، الجزء الأول، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الجزء الأول، 2004، ص 123 .

القانون ، وهذه العقود لا تدخل تحت أي نوع من الاتفاقات المعلومة ، أي التي لها اسم معلوم ، وهذه الاتفاقات لا تصبح ملزمة إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه (contrat innommés) .

و لا يقوم العقد في القانون الروماني ، و لا تنتج عنه التزامات إلا إذا توفرت فيه عناصر أساسية أو جوهرية ، وهذه العناصر هي : الرضا ، و المحل الذي يقوم عليه الاتفاق ، و السبب أي الغرض المباشر الذي يتوخاه المتعاقد من وراء التزامه .

وأما **الالتزامات الجنائية (obligation délictuelles)** : وهي الناشئة عن الجرائم ، و عمد فقهاء الرومان في العصر العلمي إلى توضيح الخصائص المشتركة لجميع الجرائم الخاصة أيًا كان نوعها ، وهذه الخصائص تتميز عن الالتزام التعاقدي ، ففي العصر القديم بينما كان يتولد عن الالتزام التعاقدي التزام الورثة بديون مورثهم ، بقي الالتزام الجنائي غير قابل للانتقال إلى الورثة ، فحق المجني عليه في الانتقام مقصور عليه ، و لا يتعداه إلى غيره من أفراد لأسرة ، و بينما كان الالتزام الجنائي ينقضي و تزول آثاره بمجرد اتفاق المصالحة بين المجني عليه و الجاني ، ودون أن يفرغ هذا التصالح في صيغة رسمية ، كان الالتزام التعاقدي لا ينقضي إلا إذا أفرغ تنازل الدائن في شكل و قالب رسمي (1).

وفي الالتزام الجنائي يطالب المجني عليه في الدعوى الجنائية بمبلغ الدية ، و قد تفوق كثيرا الضرر الذي أصاب المجني عليه ، بينما في الالتزام التعاقدي تتحدد مطالبه الدائن في الدعوى بالشيء فقط موضوع الاتفاق ، وفي حال تعدد الفاعلين في الجريمة للمجني عليه مطالبة كل واحد بالدية ، بينما إذا تعدد الملتزمون في اتفاق تعاقدية ، فإن الوفاء من أحدهم يبرئ ذمة الباقيين ، و يظهر الاختلاف أيضا بين الالتزام الجنائي و الالتزام التعاقدية في شروط الأهلية المطلوبة في الملتزم ، فبينما يشترط في العاقد لصحة التزامه سن الرشد فإنه

(1) محمود عبد المجيد المغربي ، المرجع السابق ، ص 232.

يكتفي في الالتزام الجنائي أهلية التمييز ، فالصبي المميز مثلا لا يستطيع الالتزام بعقده إذا لم ينظم إليه الوصي في العقد عند مباشرته ، ولكنه يسأل عن الجرائم التي تقع منه⁽¹⁾.

و بالرغم من الزوال التدريجي للخصائص المميزة للالتزامات الجنائية ، بقي التمييز في قانون " جستينان " بين الدعاوى الجنائية الناشئة عن الجرائم و الدعاوى المدنية الناشئة عن الالتزامات التعاقدية ، ومن الجرائم التي نظمها القانون المدني الروماني ، وهي كثيرة منها : جريمة الاعتداء على الشخص ، جريمة السرقة ، وجريمة الأضرار بمال الغير ، وقد نص القانون المدني الروماني على أحكام لجميع هذه الجرائم الخاصة ، وقد أصابت تعديلات " البريتور " هذه الأحكام بفعل تدخله لجعلها تتلاءم و التطورات المستجدة في حياة الأفراد⁽²⁾.

المبحث الثاني : التقسيم الثنائي لمصادر الالتزامات

و يرى أنصار هذا التقسيم أن مصادر الالتزامات يمكن ردها إلى مصدرين أساسيين هما: الإرادة و القانون⁽³⁾.

المطلب الأول : من حيث الإرادة

تنقسم الالتزامات إلى التزامات ارادية (obligations volontaires) و التزامات غير ارادية (obligations non volontaires) ، و الالتزامات الارادية أساسها الإرادة ، وهي التي تنشئ الالتزام ، وهذه تسمى بالتصرفات القانونية ، وهي على نوعين :

- 1- التصرفات الصادرة من جانبين : ومثالها العقد كعقد البيع ، وعقد الايجار .
- 2- التصرفات الصادرة من جانب واحد : وهي التصرفات الانفرادية ، ومثالها الوعد بجائزة .

(1) محمود عبد المجيد المغربي ، المرجع السابق ، ص 223.

(2) المرجع نفسه ، ص 223.

(3) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 30.

أما الالتزامات غير الإرادية فهي التي تنشأ عن الوقائع القانونية ، فالواقعة القانونية هي أمر أو حادثة من شأنها أن تؤدي إلى تعديل الوضع القانوني القائم ، بمعنى أنها عمل أو حدث يترتب عليه القانون آثار معينة كإنشاء أو نقل أو تعديل أو تغيير أو زوال أو انقضاء الالتزام ، ومثل هذه الواقعة القانونية تقسم الالتزامات إلى قسمين : التزامات من وقائع طبيعية و التزامات من وقائع من فعل الانسان .

فالأولى : صادرة عن وقائع طبيعية ، وهي الوقائع التي تحدث بفعل الطبيعة ، دون أن يكون للإنسان دخل في وقوعها أو حدوثها مثل الزلازل و البراكين ، وفيضان الأنهار ، وهبوب العاصفة ونزول الصواعق ، فقد يترتب على حصول مثل هذه الوقائع استحالة تنفيذ الالتزام ، مما يؤدي إلى انقضائه ، وقد تتصل هذه الحوادث بالإنسان ، دون أن يكون له يد في وقوعها ، مثل الولادة ، والموت ، والقرابة ، فيرتب القانون على حدوثها نشوء بعض الالتزامات و الحقوق للأشخاص كالميراث ، و النفقة ...، وقد تتصل بالحيوان و النبات ، فيرتب القانون عليها بعض الآثار ، ومثال على ذلك نضوج الثمر يؤدي إلى انقضاء الاجار واستحقاق الأجرة ، ونتاج المواشي ينشئ حقوقا للمالك . (1)

وأما الالتزامات الصادرة من وقائع قانونية من فعل الإنسان (وتسمى بالوقائع الاختيارية) ، فهي تكون على نوعين :

1- إلتزامات صادرة عن الأعمال المادية : وهي الأعمال التي تصدر من الشخص ، ويرتب القانون عليها أثرا ومنها: (2)

أ. الأعمال المادية التي تتجه الإرادة فيها إلى إحداث أثر قانوني ، ومثالها قيام الشخص بعمل نافع يثري به الغير على حسابه ، كالبناء بأدوات مملوكة للغير .

(1) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 44.

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 31.

ب. الأعمال المادية الإرادية التي لا تتجه الإرادة فيها إلى إحداث أثر قانوني ، فقد يريد الشخص الفعل ، ولكنه لا يريد الأثر المترتب عليه ، كالفعل الضار الناجم عن فعل من يتلف مال غيره ، فيترتب على فعله هذا التزامه بالتعويض ، سواء أكان فعله عمدا أم عن إهمال .

2- التزامات صادرة عن التصرفات القانونية - و قد سبق توضيحها - .

المطلب الثاني : من حيث القانون

فيرى أنصار هذا التقسيم أن للالتزامات تقسيمات عديدة ، حسب الزاوية التي ينظر الشراح فيها للالتزام فنجد :

1- من زاوية الحماية القانونية : ينقسم الالتزام * إلى التزام مدني ، والتزام طبيعي ، فالالتزام المدني (obligation civile) يتحقق فيه عنصر المديونية و المسؤولية ، وعليه فالقانون يحمي الدائن ، فيستطيع إجبار مدينه على تنفيذ الالتزام ، وذلك يجعل السلطات العامة في خدمة الدائن ليقضى حقوقه ، وأما الالتزام الطبيعي (obligation naturelle) فيفتقد لعنصر المسؤولية ، وله أثر ناقص حيث لا يجبر فيه المدين على تنفيذه ، ومع ذلك إذا قام بالوفاء به اختيارًا فإنه لا يعد متبرعًا ، ولا يستطيع أن يسترد ما أداه يقصد تنفيذ هذا النوع من الالتزام ، وهو ما نصت عليه المادة 162 من القانون المدني الجزائري على أنه : " لا يسترد المدين ما أداه باختياره بقصد تنفيذ التزام طبيعي " ، ومن التطبيقات الشائعة في الالتزام الطبيعي :

- إذا بطل التزام ناقص الأهلية بسبب عدم استيفاء الاجراءات اللازمة لصحة التزامه .

- الوصية التي لم تستوف الاجراءات الشكلية تعتبر ملزمة للورثة التزاما طبيعيا .

(*) فالالتزام كما سبق بيانه يتكون من عنصرين أساسيين : عنصر المديونية و عنصر المسؤولية .

- الهبة التي لم تتم بعقد رسمي .
- حالة الالتزام بتعويض الضرر الذي لا يوجب القانون تعويضه لعدم ثبوت مسؤولية المتسبب فيه أمام القضاء .
- انقضاء الديون بالتقادم ، فإذا تمسك المدين بسقوط التزامه بالتقادم كان له ذلك، ثم قام بالوفاء بعد ذلك وكان مختاراً ، فإن التزامه هنا هو التزام طبيعي ، وليس له استرداد ما دفعه.

هذا ويترتب على تخلف عنصر المسؤولية في الالتزام أثرتين هامتين هما :

- عدم جواز المقاصة بين الالتزام الطبيعي و الالتزام المدني .
- وعدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي ، ففي إجبار الكفيل تنفيذ جبري للالتزام الطبيعي بشكل غير مباشر .

2 - من زاوية محل الالتزام : ومحل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم به المدين ،

ويشمل تقسيم الالتزام من حيث المحل تقسيمين : تقليدي وحديث .

أ. التقسيم التقليدي : و قد أشارت إليه جل تعاريف الشراح للالتزام وفيه :

- الالتزام بإعطاء : وهو الالتزام بنقل حق عيني على عقار أو منقول ، ومثال ذلك التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع ، وكذلك التزام المشتري بدفع الثمن ، والتزام المستأجر بدفع بدل الإيجار ، والمؤجر بتسليم المنزل إليه ليسكنه ، و الالتزام بإنشاء حق ارتفاق لمصلحة عقار على عقار آخر ...
- التزام بعمل : ومضمونه أن يقوم المدين بعمل إيجابي معين لمصلحة الدائن ، كالتزام المحامي برفع استئناف ، والتزام المقاول ببناء منزل ، أو القيام بأداء خدمة معينة ، كما قد يكون العمل هو القيام بإبرام تصرف قانوني كالتزام الوكيل

بأن يبرم العقد الذي تعهد بإبرامه نيابة عن موكله ، فنجد هنا أن لشخصية المدين اعتبار في القيام بعمل ، وفي هذه الحالة يجب أن يقوم المدين بتنفيذ الالتزام بنفسه ، و للدائن الحق في رفض الوفاء من غير المدين ، وهو ما نصت عليه المادة 169 من القانون المدني الجزائري على أنه : " في الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين " .*

– الالتزام بالامتناع عن عمل : ومضمونه أن يمتنع المدين عن عمل يملك القيام به قانونا ، لولا وجود هذا الالتزام ، ومثال ذلك : الالتزام بعدم المنافسة كالالتزام تاجر بعدم منافسة تاجر آخر في مكان معين أو سلعة معينة ، وأيضا إلتزام جار بعدم البناء على مسافة معينة من منزل جاره ، فإذا ما أخل المدين بالتزامه بالامتناع عن عمل ، يجوز للدائن المطالبة بإزالة ما وقع مخالفا للالتزام ، و يستطيع استصدار ترخيص من القضاء بأن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين وهو ما نصت عليه المادة 173 من القانون المدني الجزائري.

ب. التقسيم الحديث : وهو التقسيم الذي استحدثه الفقيه الفرنسي Demogue مع مطلع القرن التاسع عشر ، و يقوم على النتيجة التي يتعهد بها المدين ، فقد يلتزم نحو الدائن بتحقيق غرض أو نتيجة معينة ، وقد يقتصر تعهده على بذل جهد وعناية فقط.

– الالتزام بتحقيق نتيجة : هو التزام يتعهد المدين بمقتضاه بتحقيق نتيجة أو غاية محددة ، و مالم تتحقق هذه النتيجة يكون المدين مسؤولا أمام الدائن لكونه لم يقم بتنفيذ التزامه ، كما نصت عليه المادة 176 من القانون المدني بقولها : "إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه ... " ومثال ذلك : التزام

(*) نص القانون المدني الجزائري على أحكام الالتزام بعمل في المواد من 169 إلى 172 منه .

البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، و التزام الناقل بتسليم البضاعة في الزمان و المكان المعينين في عقد النقل ...

– الالتزام ببذل عناية : و فيه يتعهد المدين ببذل جهد و عناية للوصول إلى الغرض سواء تحقق الغرض أم لم يتحقق ، و يتحمل المدين في الالتزام ببذل عناية التزاما عاما باتخاذ الحيطة و الحذر في تنفيذ التزامه ، و من الأمثلة الشائعة التزام الطبيب .

و تظهر الفائدة من هذا التمييز في عبء الإثبات ، ففي الالتزام ببذل عناية يجب على الدائن أن يثبت أن المدين لم يبذل في تنفيذ التزامه الجهد أو العناية المطلوبة ، فعدم تحقق النتيجة المطلوبة لا تعني أن المدين لم ينفذ التزامه ، فمسؤولية المدين في الالتزام ببذل عناية تستلزم إثبات الخطأ ، و أما مسؤولية المدين في الالتزام بنتيجة فإنها تقوم لمجرد عدم تحقق النتيجة .

المبحث الثالث : التقسيم الحديث لمصادر الالتزامات

وهو التقسيم الخاص ، و الاتجاه السائد في التشريعات المدنية الحديثة ، و التي تتحاشى إيراد نص خاص يحدد و يعدد مصادر الالتزامات و الحقوق الشخصية ، باعتبار أن تعدادها أو ترتيبها هو مهمة من مهام الفقه ، أكثر منه مهمة من مهام المشرع⁽¹⁾، وهذا ما نلاحظه في القانون المدني الجزائري و المصري و العراقي و الأردني و السوري ، و غير ذلك من التشريعات المدنية العربية ، و من القوانين الأجنبية القانون المدني الألماني و السويسري تحاشت ذلك عكس الفرنسي و الإيطالي ، غير أن مثل هذا الاتجاه السائد في التشريعات المدنية الحديثة لا يمنع من حصر تلك المصادر و ترتيبها ، و هو ما يمكن تلمسه و استخلاصه من واقع النصوص القانونية المخصصة لمصادر الالتزامات في كل تشريع ، ومنها القانون المدني الجزائري الذي نظم تلك المصادر الخمسة على التوالي في الكتاب

1 ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 30.

الثاني منه المعنون بالالتزامات و العقود ، حيث جاء الباب الأول منه تحت عنوان مصادر الالتزام ، و تضمن الفصول الآتية :

الفصل الأول : القانون .

الفصل الثاني : العقد.

الفصل الثاني مكرر : الالتزام بالإرادة المنفردة .

الفصل الثالث : الفعل المستحق للتعويض .

الفصل الرابع : شبه العقود .

و هي المصادر التي سنتعرف عليها بالتفصيل في البابين المواليين من هذه الدراسة ، لنبدأ الفصل الأول التالي ببيان أحكام أهم مصادر الالتزام و أوسعها نطاقا عمليا و علميا ، ألا وهو العقد .

الباب الأول : العقد

يعتبر العقد من أهم مصادر الالتزامات ، وقد تناول المشرع الجزائري على غرار التشريعات المدنية العربية أحكامه في مواد عديدة ، تتضمن دراسة النظرية العامة للعقد ، وذلك من المادة 54 إلى المادة 123 من القانون المدني ، و التي سنعرض تفاصيلها في أربعة فصول هي على النحو التالي :

الفصل الأول : نخصه للتعريف بالعقد وتحليله وبيان مختلف تقسيمات العقود.

الفصل الثاني : نخصه لتكوين العقد و شروط انعقاده.

الفصل الثالث : نخصه لبيان مراتب انعقاد العقد (مآله).

الفصل الرابع : نخصه لدراسة آثار العقد و انحلاله .

الفصل الأول : التعريف بالعقد وتقسيمات العقود

يعد العقد من أهم التصرفات القانونية في حياتنا العملية ، و يعتبره الشراح المصدر الأول للالتزام ، فكل يوم يبرم كل شخص عقد ، وهو لا يعلم (1)، و العقد هو أوضح و أظهر و أهم صور التصرف القانوني في الحياة (2)، لذلك يتعين علينا أن نعرفه ، و من ثم نحلله وذلك في المبحث الأول ، ثم نحدد أساس قدرة العقد على إنشاء الالتزام ، و ذلك في المبحث الثاني ، و نعرض في المبحث الثالث تقسيمات العقود و أنواعها .

المبحث الأول : تعريف العقد و تحليله

نعرض خلال هذا المبحث تعريف العقد في المطلب الأول ، وفي المطلب الثاني نحاول تحليل مضمون مختلف المصطلحات الواردة في تعريف العقد ، و التي تشكل تداخلا معرفيا يتوجب بيانه لتفادي الخطأ في تكييف الوقائع و التصرفات .

المطلب الأول : تعريف العقد

العقد لغة : يطلق عند علماء اللغة على معان كثيرة ، تدور كلها حول الربط ، و الشد ، و الإحكام ، و الإلتزام ، و التوكيد ، و التقوية ، و الضمان سواء أكان ذلك في الأمور المحسوسة ، أم كان في الأمور المعنوية ... و يقال عقد الحبل ، أي جمع طرفيه ، و شد أحدهما بالآخر حتى يتصلا فيصبا كقطعة واحدة .

العقد عند فقهاء الشريعة الإسلامية :

للعقد عند فقهاء الشريعة الإسلامية معنيان (3) ، أحدهما عام و هو التصرف الذي ينشأ عنه حكم شرعي سواء صدر من طرف واحد أو من طرفين ، وثانيهما خاص و هو ارتباط

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 25 .

(2) سيد حسن البغال ، المطول في القانون المدني ، (في الإلتزامات) ، الناشر المتحدون للطباعة و النشر و التوزيع ، (المجلد الأول ،

د، س ، ن) ، ص 21 .

(3) محمد أبو زهرة ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي للطبع و النشر ، بيروت 1977 ، ص ص 199- 200 .

بين اثنين بإيجاب يصدر من أحدهما وقبول يصدر من الآخر على وجه مشروع ، يظهر أثره في المحل فالعقد لا يكون إلا بين طرفين ، و إذا كان من طرف واحد يكون التزاما ووعدا (1).

العقد عند شرح القانون المدني :

يتفق الشراح أن إيراد تعريف للعقد ليس بالأمر السهل على الإطلاق ، لأن ما يبرم من العقود في الحياة اليومية هو عدد غير متناه ، كما ونوعا ، كالبيع و الايجار ، و المقاوله و القرض ، و الوديعة و غيرها ، و كل هذه العقود تحكمها النظرية العامة للعقد في مبادئها العامة ، وهي تقوم على قاسم مشترك هو العقد القائم على التقاء ارادتي المتعاقدين ، فوضع تعريف جامع مانع يحكم كل هذه الأشكال و الأنواع من العقود لاشك أنه أمر عسير ، فيعرفه بعضهم (2) بأنه : " توافق ارادتين على إنشاء الالتزام أو نقله" ، أو " هو توافق ارادتين على إحداث أثر قانوني " (3).

تعريف العقد في القانون المدني الجزائري :

تنص المادة 54 من القانون المدني الجزائري على أن:

" العقد اتفاق يلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين ، بمنح أو فعل ، أو عدم فعل شيء ما " ، و ما يؤخذ على هذا التعريف نبينه ضمن المطلب الموالي:

(1) محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 200.

(2) عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، (مصادر الالتزام) ، دار النهضة العربية ، الجزء الثاني ، 1954 ، ص 19.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 118.

المطلب الثاني : تحليل مضمون " تعريف العقد "

1- إذ تقرر في المادة 54 أعلاه بأن العقد مقصور على إنشاء الحق فقط ، بما جاء فيها من القول (بمنح ، أو فعل ، أو عدم فعل شيء ما) ، فكان من الأفضل في الصياغة أن نكون (بإعطاء شيء أو القيام بعمل ، أو الامتناع عن القيام بعمل)⁽¹⁾.

2- يفرق الشراح عموما بين الاتفاق و العقد ، فيصفون الإتفاق بأنه أعم من العقد ، و يعرفون الاتفاق على أنه " توافق ارادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه" ، وبذلك يكون البيع اتفاقا على انشاء التزام ، و الحوالة اتفاقا على نقل الالتزام أو الحق الشخصي ، و كذلك اتفاق الدائن مع المدين على تأجيل الدين هو اتفاق على تعديل الالتزام و بذلك يكون الاتفاق أعم من العقد ، و العقد أخص من الاتفاق ، إذ يعد كل اتفاق عقدا و ليس كل عقد اتفاق⁽²⁾، لذلك يفضل صياغة المادة 54 من القانون المدني : (العقد هو توافق ..)

3- يتفق الشراح أن جوهر العقد هو توافق إرادتين ، و يتحقق هذا التوافق متى كان الموضوع الذي اتجهت إليه إرادتي الطرفين المتعاقدين هو موضوع واحد ، لكن ليس كل توافق إرادتين يعد عقدا ، لأن هذا التوافق حتى يكون عنصرا مكونا لعقد لابد أن يتم بقصد إحداث أثر قانوني معين ، كإنشاء التزام كما في عقد البيع ، أو نقله كما في الحوالة أو إنهائه كما في التقايل ، فلو أن شخصا دعا صديقا للركوب معه في سيارته إلى المدينة فوافق الصديق ، فإنه و إن كان هناك اتفاق ارادتين على أمر معين إلا أن ذلك لا يكفي لقيام العقد لأن الصديقين لم تتجه ارادتهما إلى إنشاء التزام قانوني معين* ، و بالتالي فإن عدول أحدهما عن الاتفاق لا يترتب أية مسؤولية⁽³⁾، و كذلك فإن الموافقة على القيام بخدمة

(1) محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 41.

(2) جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، (تكوين العقد) ، (ترجمة منصور القاضي) ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2000 ، ص 19.

(*) وهذه الخاصية غير معبر عنها في تعريف المشرع الجزائري للعقد ضمن المادة 54 من القانون المدني .

(3) عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص 57.

معينة دون أجر لا يرقى إلى أن يكون عقدا ما دامت ارادتي الطرفين المتعاقدين لم تقصدا من هذا الاتفاق إنشاء التزام قانوني ، كالجار الذي يعاون جاره في إطفاء حريق ، وكذلك الاتفاقات بين أعضاء الأسرة ، حيث لا تشكل هذه عقودا إذا ما تبين من الظروف عدم توفر قصد إحداث أثر قانوني (1) ، و هو إنشاء للالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، فلو أن ابنا عاون أباه في صناعته ، أو زوجة عملت مع زوجها في تجارته ، فإن ذلك لا يعني قيام عقد ، إلا إذا تبين من الظروف توفر قصد إحداث التزام قانوني ، بمعنى آخر أنه كلما اتفقت إرادتان أو أكثر على احداث أثر قانوني معين ، كان ذلك الاتفاق عقدا بصرف النظر عن طبيعة الأشخاص أطراف العلاقة ، لذلك تفضل إعادة صياغة تعريف العقد قانونا بإضافة عبارة (قصد إحداث أثر قانوني ، بإنشاء حق ، أو نقله أو تعديله ، أو إنهائه).

4- وهو تنبيه إلى مجال العقد ، و يقصد به النطاق الذي يعتبر فيه كل توافق بين ارادتين أو أكثر بقصد إحداث أثر قانوني منشأ لعقد ، يخضع للأحكام الواردة في القانون المدني ، و بالتالي فإنه لا يكفي توافر تعريف العقد على العنصرين السابقين و هما اتفاق ارادتين ، و اتجاههما لإحداث أثر قانوني ، لإخضاع الاتفاق لأحكام نظرية العقد المنصوص عليها في القانون المدني ، بل لابد من توفر عنصر ثالث وهو وجوب أن يكون هذا الاتفاق في نطاق القانون الخاص (2)، لذلك يتحدد مجال العقد بالاتفاقات التي تنشئ التزامات بين أشخاص القانون الخاص ، حيث يكون جميع المتعاقدين على قدم المساواة ، و بالتالي فإن نظرية العقد لا تطبق بذاتها إذا كان الاتفاق في نطاق القانون العام كالاتفاق بين دولتين أو أكثر على إنشاء معاهدة دولية ، لأن مثل هذا الاتفاق تبرمه الدولة باعتبارها صاحبة سيادة و سلطة عامة ، و تحكمه قواعد القانون الدولي العام ، و الوظيفة و هي اتفاق بين السلطات العامة و الموظف و تحكمه قواعد القانون الاداري ..، هذا و ينبغي أن يكون

(1) عبد المجيد الحكيم ، الكافي في شرح القانون المدني ، (مصادر الالتزام) ، الشركة الجديدة للطباعة ، عمان ، الجزء الأول ، 1993، ص ص 57-58.

(2) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 26.

التوافق بين أشخاص القانون الخاص في نطاق المعاملات المالية كعقد البيع و عقد الايجار مثلا ، لذلك لا تنطبق أحكام نظرية العقد على الاتفاقات التي تخرج عن نطاق المعاملات المالية حتى وإن كانت في نطاق القانون الخاص ، كالزواج مثلا ؛ فهو و إن كان اتفاقا بين الزوج و الزوجة إلا أنه لا يعد عقدا بالمعنى الصحيح ، فهو عقد في نشوئه لا في آثاره التي يتولى القانون تحديدها ، وليس المتعاقدان ، ولذلك فهو لا يخضع لأحكام القانون المدني ، و إنما لأحكام خاصة (قانون الأسرة) ، و بسبب ذلك أن مثل هذا الاتفاق ليس من شأنه أن ينشئ روابط يكون فيها الشيء محل الالتزام ذا قيمة مالية . (1)

وعليه - وكما سبق و أشرنا- أن وضع تعريف جامع مانع للعقد يحكم كل هذه الأشكال و الأنواع من العقود ، ويلم بمختلف الشروط و الاصطلاحات ، هو حقا أمر عسير ، لذلك يلاحظ أن بعض التشريعات المدنية ابتعدت عن خوض غمار هذه المعضلة ، و تركت الأمر للفقهاء و القضاء كالقانون المدني المغربي ، و القانون المدني التونسي (المجلة) و القانون المدني المصري ، حيث عرفت العقد محكمة النقص المصرية ، بأنه " كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني " ، أما العديد من التشريعات المدنية فقد تكلفت بتعريف العقد ، و تعرضت لعديد الانتقادات كالقانون المدني السوري و العراقي ، و الأردني ،... وغيرها ، و قد كان حظ هذه التشريعات على غرار التشريع المدني الجزائري من التوفيق ليس كثيرا ، لذلك اقترح أن يكون تعديل الصياغة القانونية لتعريف العقد كالآتي :

" العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني " .

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 27 .

المبحث الثاني : أساس قدرة العقد على إنشاء الالتزام (نظرية سلطان الارادة)

لقد اختلف فقهاء القانون و الفلاسفة منذ القدم ، ولايزالون في دوامة الاختلاف حول الدور الذي تقوم به الارادة في تكوين العقود ، ويقوم في هذا الصدد مذهبان يختلف أحدهما عن الآخر ، وهما المذهب الفردي و المذهب الاجتماعي .(1)

فالمذهب الفردي يرى بأن الإرادة هي التي تنشئ العقد ، وهو ما يطلق عليه بمبدأ سلطان الارادة ، وأما المذهب الاجتماعي فهو يسند إلى الارادة دورا متواضعا في تكوين العقد ، ولا يسلم بأن الارادة هي وحدها التي تنشئ العقد ، و لقد ساد مبدأ سلطان الارادة في القوانين التي اعتمدت في تشريعها على القانون الفرنسي القائم على المذاهب الفردية ، إلا أنه قد ظهرت تيارات ومذاهب فكرية اجتماعية سلكت اتجاها مضادا للمذهب الفردي ، وبالتالي الحد من إطلاق مبدأ سلطان الارادة .

غير أن هذا المبدأ رغم تأثير الاتجاهات الاجتماعية التي سادت في معظم الدول ، بقي قائما وبصفة خاصة في مجال العقد ، فكان أساس قدرته على إحداث مختلف آثاره القانونية، فالى أي مدى بقي هذا المبدأ يلعب دورا عند انعقاد العقد ؟

ويقصد بمبدأ سلطان الارادة أن الارادة الحرة الواعية هي أساس كل اتفاق ، وهي العنصر الجوهري في تكوين العقد في مختلف مراحلها (قبل الانعقاد-خلال الانعقاد- ترتيب آثاره) ، ما دامت هذه الارادة لم تخرج ذلك عن أوامر القانون ونواحيه ، ومنذ طرح هذا المبدأ في القانون المدني الفرنسي أحيطت به قيود عديدة ومتتالية ، غير أنها ورغم وفرتها لم تجرد هذا المبدأ من قيمته ، لذلك فإنه من المفيد أن نعرض نتائج هذا المبدأ من حيث الموضوع ، وذلك في المطلب الأول ، ثم نعرض له من حيث الشكل في المطلب الثاني ، وفي المطلب الثالث نبين موقف القانون المدني الجزائري من مبدأ سلطان الارادة .

(1) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 61.

المطلب الأول : مبدأ سلطان الإرادة من حيث الموضوع

إن مبدأ سلطان الإرادة يبتدىء وقت تكوين العقد ، كما يبتدىء بعد تكوين العقد . (1)

الفرع الأول : مبدأ سلطان الإرادة إبان تكوين العقد

للفرد حرية مزدوجة ، فهو حر في أن يتعاقد ، وفي أن لا يتعاقد ، وهو إذا ما تعاقد يكون حرا أيضا في تحديد شروط عقده ، فإذا تعاقد مثلا ، فإن له الحق في أن يحدد مضمون العقد طبقا لإرادته هو ورغبته ، فالشخص الذي له الحرية في إنشاء التصرفات القانونية ، له أيضا الحرية في تحديد جوهر ومضمون مثل تلك التصرفات ، وكذلك تحديد ما يترتب عليها من آثار ، ومن ذلك يتبين أن مبدأ سلطان الإرادة في هذه المرحلة تترتب عليه نتائج هامة :

1. الفرد حر في أن يتعاقد كما شاء ، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة ، إذ ليس للمتعاقدين أن يبرموا عقدا مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة ، و كذا ليس لهما أن يعقدا عقدا مخالفا لنص أمر .

2. الفرد حر في أن لا يتعاقد ، إلا أن هذه الحرية ليست بدورها مطلقة بل ترد عليها قيود ، ومن ذلك مثلا : أن من يصدر ايجابا ، ويعين ميعاد لقبوله ، لا يستطيع أن يرجع في هذا الايجاب ، قبل انقضاء ذلك الميعاد وهو ما نصت عليه 63 - الفقرة 1- من القانون المدني الجزائري بأن : " إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه إلى انقضاء هذا الأجل " ، كما يعتبر تحديد عقد الاجار بقوة القانون قيد على حرية الفرد في أن لا يتعاقد، كذلك نجد صور جبر كثيرة للعقود كعقد التأمين عن حوادث السيارات ، كما يعتد المشرع أحيانا بالإرادة الظاهرة ، ولو خالفت الإرادة الباطنة تأميننا لاستقرار التعامل ، (2) ويترتب على ذلك أن ينعقد العقد ، ولو كان

(1) وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص 40 .

(2) المرجع نفسه، ص 41.

المتعاقد لا يريد في الحقيقة أن يتعاقد ، و بذلك تعد نظرية الارادة الظاهرة قيذا خطيرا على حرية المتعاقد في عدم التعاقد .

3. الفرد حر في تحديد شروط عقده ، وهذه الحرية هي التي يطلق عليها بوجه خاص "الحرية التعاقدية" ، و هي جوهر مبدأ سلطان الارادة ، وهي تتيح للأطراف أن ينظموا علاقاتهم ، وبالتالي استبعاد النماذج التي قد يقترحها المشرع دون القواعد القانونية الأمرة التي تتصل بالنظام العام ، إذ يعد قيذاً على الحرية التعاقدية ، ومع ذلك فإن مثل هذا القيد هو استثناء ، وليس أصلا ، إذ أن الأصل يتمثل في أن كل ما ليس ممنوعا يعد مباحا ، وما دام المنع غير موجود ، فإنه يكون للارادة سلطان في التعاقد⁽¹⁾ ، فيتضح من ذلك الدور الخطير الذي يلعبه مبدأ سلطان الارادة عند انعقاد العقد⁽²⁾ .

4. الفرد حر في إنهاء عقده ، فالعقد الذي انعقد بالتراضي يمكن كذلك أن ينتهي بالتراضي .

الفرع الثاني :مبدأ سلطان الارادة بعد قيام العقد

إن كل طرف يستطيع إلى حد ما أن يعتصم بالعقد ، وأن يرفض كل تدخل للسلطة العامة -إذا ما دعاها الطرف الآخر لمساعدته - ، و على ذلك فليس للقاضي أن يعيد النظر في العقد ، وكذا ليس له أن يعدل أحكامه - فالقوانين الجديدة لا تطبق من حيث المبدأ على العقود النافذة عند صدوره -.⁽³⁾

فالعقد لا يجوز نقضه ، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، وهو إذا ما عدل كنا بصدد عقد جديد ، وتكون حينئذ أمام نصر جديد لمبدأ سلطان الارادة .

(1) توفيق حسن فرج الصدة وجمال علي العدوي ، النظرية العامة للالتزام ، (مصادر الالتزام) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2002 ، ص ص 40-41 .

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 42.

(3) وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص 41.

المطلب الثاني : مبدأ سلطان الإرادة من حيث الشكل .

ونقصد به مدى تقيد مبدأ سلطان الإرادة عند وجود العقد و تفسيره .

الفرع الأول : تأثير مبدأ سلطان الارادة على وجود العقد .

إن للعقد وجودا حقيقيا بمجرد تراضي الطرفين ، أي تتمتع الإرادة غالبا بأن لها القدرة على إنشاء العقود و التصرفات ، و بالشكل الذي تراه دون أن تخضع في ذلك لشكل أو قالب معين ، ومن هنا جاء اسم " الرضائية " أو "مبدأ الرضائية" ، الذي يطلق على هذا المظهر من مظاهر سلطان الإرادة ، و هو المبدأ الذي يسود العقود في العصر الحديث ، غير أن هناك حالات كثيرة يخرج فيها التشريع على مبدأ الرضائية لحكمة و غاية معينة (1).

إذ يستلزم أحيانا أن تصب الارادة في قالب معين ، بحيث يصاغ العقد في شكل محدد ، من دونه لا يعد العقد منعقدا ، ومن هنا يمكن القول بأن مبدأ الرضائية يمكن أن يرد عليه العديد من القيود ، ومن بينها استلزام صب التصرف في قالب وشكل معينين ، وهذا الشكل هو الكتابة ، وقد تكون الكتابة ليست مطلوبة للانعقاد ، و انما مطلوبة لاثبات التصرف ، وهو قيد لا يتعلق و لا يتصل بالانعقاد ، بل يتعلق بإثباته بعد وجوده ، فهو قيد على حرية الاثبات ، و مثال ذلك ما إذا تجاوزت قيمة التصرف مبلغ 100.000دينار طبقا للمادة 333 من القانون المدني ، فإنه لا يجوز إثباته إلا بالكتابة .

الفرع الثاني : تأثير مبدأ سلطان الارادة على تفسير العقد .

إن تفسير العقد يرمي إلى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، ومن ثم لا يلتزم العاقد لمجرد أنه تلفظ بعبارات معينة ، إذا لم تتجه ارادته إليها فعلا (2)، أي أنه لم يعد في مجال القانون صيغ مقدسة يلزم بها المرء ، دون أن يكون قد قصد إليها فعلا ، لمجرد أن المجتمع

(1) جاك غستان ، المرجع السابق ، ص55 .

(2) وحيد رضا سوار المرجع السابق ، ص42.

قد أودع في عباراتها معنى معين خارج الأفراد أنفسهم ، و بصورة سابقة على وجودهم ، إلا أنه ترد على هذه القاعدة بعض القيود ، التي تبتدئ في مجال سلطة القاضي في استكمال شروط العقد التفصيلية ، و سلطته في إلغاء الشروط التعسفية في عقد الإذعان ، و سلطته في انقاص التزامات العاقد المغبون في الاستغلال ، نبينها تباعا في ما يلي :

1- قيد استكمال شروط العقد : نصت المادة 65 من القانون المدني على أن :

" إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، و احتفظا بمسائل تفصيلية ينفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرما ، و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون و العرف و العدالة ."

و ظاهر من هذا النص أن القاضي يخرج عن حدود مهمته التقليدية التي تقتصر على تفسير العقد ، ذلك لأنه يسهم هنا في عمل العقد و يفرض حكمه على الطرفين ، دون أن يعتد بإرادة الطرفين ، ولذا أمكن اعتبار هذا التدخل قيديا يرد على مبدأ سلطان الإرادة .

2- قيد تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان أو الإعفاء منها :

وعقد الإذعان هو العقد الذي يملي فيه الموجب شروطه على القابل دون أن تسبقه مناقشة أو تفاهم ، وذلك فيما يتعلق بسلعة ، أو مرفق ضروري ، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها ، ففي قبول عقد الإذعان هو بمثابة رضوخ و إذعان لمشيئة الطرف القوي⁽¹⁾، فإذا ظهر للقاضي أن عقد الإذعان ينطوي على شرط تعسفي كان له أن يعدل الشرط على نحو معه يزيل التعسف إن أمكن ، و إلا كان له أن يتجاوز ذلك فيعفي الطرف المذعن منه إعفاء تاما ، وهذا أقصى ما وصلت إليه سلطة القاضي في القوانين العربية الحديثة ، ومما يعزز هذه السلطة أنها تعد من النظام العام ، فلا

(1) وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص 43 .

يجوز للطرفين أن يتفقا على سلبه إياها ، هذا يعود إلى أنها سلطة مطلقة ، ليس لها من حدود سوى ما تقضي به العدالة (1).

3- قيد انقاص التزامات المتعاقد المستغل : حيث نصت المادة 90 من القانون المدني على أن : " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر... جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد " ، فهذا النص سمح للقاضي بالتدخل في العقد لتعديل التزامات العاقد المستغل الذي كان ضحية استغلال العاقد الآخر .

كما ترد قيود أخرى أثناء تنفيذ العقد كنظرية الظروف الطارئة .. وغيرها .

هذا و يرى فريق آخر من شراح القانون المدني (2)، رأيا آخر هاما بخصوص القيود المذكورة أعلاه على مبدأ سلطان الإرادة ، وهو أن اعتبار أحكام تحول العقد و انتقاصه ، و تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن بمثابة قيود ترد على مبدأ سلطان الإرادة ، هو محل نظر ، ففي تلك القيود أعمال لمبدأ سلطان الإرادة لا إهماله ، و لا برهاننا على تقييده ، ذلك لأن المشرع قد عول فيها على قواعد التفسير الموضوعي ، التي لا تنقف عند إرادة العاقد أصلا ، وهو في إغفاله لها هنا مكره لا مختار ، ذلك لأن الشك قام حول الإرادة الحقيقية ، و تعذرت معرفتها أصلا (3).

المطلب الثالث : موقف القانون المدني الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة

لم يخرج المشرع الجزائري في القانون المدني بشأن مبدأ الرضائية في العقود و سلطان الإرادة عما تبنته معظم التشريعات المدنية التي استنسقت أحكامها من القانون المدني

(1) ووحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص 44 .

(2) توفيق حسن الصدة و جلال العدوي ، المرجع السابق ، ص 45 .

(3) ووحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص 45.

الفرنسي ذي النزعة الفردية ، وهو أن العقد و ليد الارادة وهو ثمرة التراضي بين طرفيه بدليل نص المادة 54 منه السابقة التلاوة ، و كذلك نص المادة 59 بقولها : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية" .

غير أن الإرادة و إن كانت حرة في إنشاء العقد في القانون المدني الجزائري ، إلا أن ذلك العقد يجب أن لا يرد على شيء مخالف للنظام العام و الآداب العامة ، و قد حرص المشرع على تبني مبدأ سلطان الارادة - من خلال التطبيقات الواردة في المطلبين أعلاه - في مجال التصرفات العقدية ، ولكنه لم يطرح فيه بشكل مطلق ، و إنما جاء على نحو معتدل و أحاطت به قيود عديدة حدّت من إطلاقه فقد طبق سلطان الإرادة في القانون المدني الجزائري وقت تكوين العقد حيث يكون للعائد الحرية الكاملة في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد ، و عند تعاقده يكون حرا في تحديد شروط العقد الذي أبرمه ، وهو حرّ في إنهاء عقده أيضا ماعدا ما جاء مخالفا للنظام العام و الآداب العام ، و هو استثناء فقط من الأصل المتجسد في " الحرية التعاقدية " التي تمخضت عن قدرة الأفراد في تنظيم علاقاتهم ، و إمكانيتهم في استبعاد جميع ما يقترحه المشرع من نماذج مقررة في القانون .

أما فيما يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة بعد تكوين العقد و قيامه ، فإن لكل عاقد أن يتمسك بالعقد و يعتصم به ، و له أن يرفض تدخل السلطة العامة عندما تدعى من قبل العاقد الآخر ، و على ذلك لا يجوز للقاضي أن يعيد النظر في العقد ، بأن يعدل في أحكامه ، وهو ما جرت عليه أحكام المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن : " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه وتعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقرها القانون " .

فالعقد في القانون المدني الجزائري له وجود اعتباري حقوقي ، بمجرد أن تلتقي وتتطابق و تتوافق اراداتا الطرفين العاقدين ، و لو أن هاتين الارادتين جاءتا عاريتين من أي شكل ،

و لذلك فمن الناحية الشكلية لمبدأ سلطان الارادة ، فإن الشكل لا دور له في تكوين العقد ،
و لا يشكل شرطا أساسيا لقيامه ، إلا استثناء و بموجب نص القانون أو بموجب الاتفاق .

وما يجدر بنا ذكره في هذا المقام أن نشير إلى أن مبدأ سلطان الارادة في إطار القانون
المدني الجزائري ليس حكرا على التصرف العقدي ، إنما له دور أيضا في التصرف
الانفرادي ، الذي يظهر أكثر قوة منه في التصرف العقدي .

ومن كل ما تقدم ، فإن القانون المدني الجزائري قد تبنى " مبدأ الرضائية " في العقود ،
و جعل للإرادة سلطانا في إنشاء العقود و إبرامها ، و لكن سلطانها مقيد بقيود عديدة
تختلف باختلاف العقود و تقسيماتها و أصنافها ، و التي سنعرض لها ضمن المبحث
الثالث.

المبحث الثالث : تقسيمات العقود

تختلف طريقة تقسيم و تصنيف العقود باختلاف الزاوية التي ينظر إليها الشراح لماهية
العقود ، فهي "تتشابه من حيث ما هيتهما ، كونها تستلزم التراضي و المحل و السبب في
تكوينها ، و بعضها يحتاج بالإضافة إلى ذلك الشكلية ، و أخرى تحتاج إلى القبض
أو التسليم و هو ما زاد عدد أصنافها ، و عليه نحاول خلال هذا المبحث الإلمام بكل الزوايا
الموجودة وما تتطوي عليه من تقسيمات هامة للعقود ، حيث نبين في المطلب الأول
تقسيمات العقود من حيث تكوينها ، و نعرض في المطلب الثاني تقسيمات العقود من حيث
موضوعها ، و تقسيمات العقود من حيث أثرها في المطلب الثالث ، و في المطلب الرابع
نبين تقسيمات العقود من حيث طبيعتها ، و تتخلل هذه التقسيمات أهمية التفرقة بينها في
ثنايا كل تقسيم على حدة ، لتتضح الضرورة العلمية و العملية لذلك .

المطلب الأول : تقسيمات العقود من حيث تكوينها .

إن العقد من حيث التكوين ، إما أن يكون عقدا رضائيا أو عقدا شكليا أو عقدا عينيا .

الفرع الأول : العقد الرضائي

الأصل في العقود أنها رضائية ، و العقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده ارتباط الإيجاب بالقبول و توافقهما على وجه يعتد به من الناحية القانونية (1)، و لأنه الأصل في العقود الرضائية ، فإنه إذا اتفق المتعاقدين على أن يكون تعاقدتهما بالكتابة ، فإنه في هذه الحالة ينظر فيما إذا كانا يقصدان أن تكون الكتابة لمجرد الإثبات ، وهنا يوجد العقد بمجرد الرضاء ، أم أنهما قصدا الكتابة لإتمام التعاقد ، وهنا لا يتم العقد إلا بالكتابة ، وعندها يكون لكل من للمتعاقدين أن يعدل عن التعاقد دون أدنى مسؤولية عليه طالما أن الكتابة لم تتم (2)، و إذا قام شك في تفسير نية المتعاقدين ، ولم يوجد ما يرجح أحد الفرضين ، فإن القضاء يذهب إلى ترجيح الفرض الثاني وهو أن الكتابة شرط اشترطه المتعاقدان لإتمام العقد (*).

ويتم العقد الرضائي بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين ، أيا كانت طريقة هذا التبادل ، سواء أكانت مشافهة أم كتابة أم إشارة ، ومثال تلك العقود عقد البيع الذي يرد على منقول معين بالذات غير خاضع للتسجيل ، كبيع لوحة زيتية ، و تطبيقا لمبدأ رضائية العقود نصت المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أن : " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ، و بالكتابة ، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه .

(1) جاك غستان ، المرجع السابق ، ص41.

(2) سيد حسن البغال ، المرجع السابق ، ص26 .

(*) و ذلك استنادا إلى أن الأصل في العقود هو أنها رضائية ، و أن الشكلية ترد استثناء نص القانون أو بموجب الاتفاق ، و قد تباينت مواقف التشريعات من مسألة الكتابة في هذا الموقف ، إلا أن الرأي الراجح هو الذي يرى الكتابة شرطا للإثبات لا شرطا لانعقاد ، مع الإشارة إلى سكوت المشرع الجزائري عن هذا الموقف .

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

الفرع الثاني : العقد الشكلي

العقد الشكلي هو ما لا يتم بمجرد اقتران القبول بالإيجاب ، بل يجب لتكوينه -لا لإثباته - اتباع شكل معين يحدده المشرع ، يكون في الغالب تدوينه في ورقة رسمية ، و الحكمة التي ابتغاها المشرع من اشتراط الشكلية في بعض العقود ، هو تنبيه المتعاقدين إلى أهمية وخطورة ما يقدمون عليه ، كما في عقد بيع العقار ، عقد الهبة ، عقد الرهن ، فلا بد من إعراب العاقدين في العقد الشكلي عن إرادتيهما و صبهما في قالب وشكل معين يحدده القانون ، و من النتائج الهامة التي يفرزها قانون العقد الشكلي أن كل عمل يتعلق به يتعين أن تستوفي الشكلية فيه (1) :

1. فإذا أُعطي توكيل لإبرام عقد شكلي ، و إذا صدر وعد بإبرام عقد شكلي ، و إذا ما أُجيز عقد شكلي بعد سابقة الاعتراض عليه ، أو أدخل تعديل على عقد شكلي ، فإنه يتعين أن تفرغ هذه الأعمال جميعا ، وتستوفي الشكلية مثلها في ذلك وتماما العقد الشكلي الأصلي ، وبناء عليه (2) :

- إذا فرض القانون شكلا معيناً لعقد من العقود ، فلا يكون العقد صحيحاً إلا باستيفاء هذا الشكل ، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك .
- إذا قرر القانون للعقد شكلاً معيناً ، فيجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل ، لا فيما يضاف إليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع من جاء فيه ، وكل تعديل يدخل على عقد لا يتم إلا بالكتابة يعتبر باطلاً إذا لم يستوفي فيه هذا الشرط .

(1) سيد حسن البغال ، المرجع السابق ، ص29.

(2) نصوص وردت أحكامه في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري .

- إن معنى تعديل العقد يتحقق في الشروط التي تتعارض مع مضمون العقد الأول، لا في الشروط التفصيلية أو التكميلية التي لا تنطوي على مثل هذا التعارض ، فالاتفاق على ترميم منزل بيعَ بمقتضى عقد تم بالكتابة ليس إلا شرطا تفصيليا لا ضرورة للكتابة فيه ، ويختلف عن ذلك حكم ما يضاف إلى التعاقد الأول من شروط أو نصوص جديدة .

2. ذهب الشراح ، إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة تعديلا ينطوي على تكليف جديد ، فيشترط أن يتفق المتعاقدون على ذلك كتابة عن بينة منهم ، ومثلها أن يتفق البائع و المشتري بعد كتابة عقد البع على انقاص الثمن أو على زيادته .

3. إن الشكل في العقود الشكلية لانعقاد لا للإثبات ، ولا يصح أن يقال في هذا الموضع أن الأصل في العقد أن يكون رضائيا ، لأن هذا الأصل إنما يصدق بالنسبة للمتعاقدين لا بالنسبة للتشريع و القضاء ، و لا يصح أن نسلم في يسر بأن المتعاقدين أرادوا خلق شكل لا يوجد العقد بدونه إلا إذا نصوا صراحة على ذلك ، ولم يقد دليل على أنه مقرر للإثبات فالمفروض أنه مقرر لانعقاد العقد (1) .

الفرع الثالث : العقد العيني

العقد العيني هو عقد لا يتم بمجرد التراضي ، بل يتعين - و بصفة أساسية لاكتمال العقد - أن يتم تسليم الشيء موضوع التعاقد ، وقبل التسليم لا يكون للعقد وجود ، وهذه العقود في القانون الفرنسي أربعة : القرض ، الوديعة ، العارية ، و الرهن الحيازي ، وهي لا تتعد إلا بالتسليم أي القبض ، ونشأ عن ذلك التزام المستلم بالرد (2) ، [و العقد الوحيد - حاليا - في القانون المدني المصري الذي يعتبر عقدا عينيا هو هبة المنقول ، فل يتم هذا العقد إلا بالتسليم ، غير أن العقد يصبح عقدا شكليا إذا تم بورقة رسمية ، ولا نجد عقودا عينية في

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص ص 127-128 .

(2) محمد صبري السعدى ، المرجع السابق ، ص 59 .

التقنين المدني الجزائري ، ويرى بعض الشراح أن سبب هجرها في التشريعات الحديثة هو أنها تعرضت من حيث الفكرة لنقد شديد .

المطلب الثاني : تقسيمات العقود من حيث موضوعها

إن العقود تنقسم من حيث موضوعها إلى عقود مسماة و عقود غير مسماة ، وعقود بسيطة وعقود مختلطة .

الفرع الأول : العقود المسماة و العقود غير المسماة .

أولاً : العقد المسمى

العقد المسمى هو ما أفرد له القانون اسماً معيناً ، ووضع له أحكامه وقواعده ، وهي عقود خصها القانون المدني بتسمية معينة و بنظام معين من خلال نصوص محددة تنطبق عليها، وهي أكثر العقود شيوعاً وتداولاً بين الناس .

ويرى بعض الشراح أن تصنيف تلك العقود تم بحسب المعقود عليه⁽¹⁾ ، فتناول عقود التمليك كعقود البيع ، و المقايضة و الهبة و الشركة ، و عقود تقع على المنفعة مثل عقود الإيجار ، و عارية الاستعمال ، وعقود العمل مثل عقود المقاول و العمل و الوكالة و الحراسة ، وعقود الغرر كعقود التأمين ، و المرتب مدى الحياة ، وعقود أخرى كعقد الرهن وعقد الكفالة وهدفها استيفاء الدائن حقه " .

ويحكم هذه العقود إلى جانب القواعد التنظيمية لكل منها ، القواعد العامة لسائر العقود .⁽²⁾

(1) عبد المنعم فرح الصدة ، المرجع السابق ، ص 64.

(2) سيد حسن البغال ، المرجع السابق ، ص 32.

ثانيا : العقد غير المسمى

وهي كل الارتباطات التي تتوافر لها أركان العقد ، ولكن القانون لم يضع لها تنظيمًا تخصيصًا لها ، وتخضع في تنظيمها للقواعد العامة التي يقرها القانون لسائر العقود .

وقد ضرب الشراح أمثلة للعقود غير المسماة ، كالعقد الذي يتم فيما بين الرسام و من يقوم برسمه ، و بين المصور و من يقوم بتصويره ، و بين مدير المسرح و الممثلين أو بينه وبين المترددين على المسرح (1) ، أو مثلا العقد الذي يلتزم به مستشفى معين بوضع عدد من الاسرة تحت تصرف كلية الطب في إحدى الجامعات لتمكينها من تعليم طلابها ، وتمكينهم من إجراء البحوث و التجارب الطبية اللازمة لتخصصاتهم (2) ، وكذلك من الأمثلة لو كان العقد مشتملا على التزامات متبادلة ، كما إذا التزم أحد الطرفين أن يملك الآخر قطعة أرض ، يشترط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية، فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس بعقد بيع ولا عقد مقايضة ، إنما هو عقد غير مسمى فلا تجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه ، وذلك على الرغم مما هو وارد في عقد الاتفاق من ألفاظ التنازل و الهبة، فإن كل هذه الألفاظ إنما سيقت لبيان الباعث الذي حدى بصاحب الأرض إلى تملك آخر إياها، فهي لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (*).

ثالثا : أهمية التفرقة بين العقد المسمى و العقد غير المسمى

إن التفرقة بين العقود المسماة و العقود غير المسماة ليست سهلة و ليست يسيرة دائما ، خاصة عندما يعطي العاقدان تسمية للعقد غير التسمية التي تنطبق على العقد من الناحية

(1) سيد حسن البغال ، المرجع السابق ، ص 32 .

(2) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص66.

(*) من أحكام محكمة النقض المصرية .

القانونية أو عندما لا يعطى العقد اسما ما (3)، و إذا حصل ذلك فإنه يتعين على القاضي أن يحدد ما إذا كان أمام عقد مسمى ، أو غير مسمى من خلال تكييف العقد (أي تحديد الوصف القانوني الدقيق للعقد) ، فإذا تم تحديد العقد بأنه عقد مسمى ، فيجب في هذه الحالة تطبيق القواعد التي نص عليها القانون على ذلك العقد المسمى ، قبل اللجوء إلى القواعد العامة الواردة في النظرية العامة للعقد ، أما إذا كان الوصف القانوني للعقد بأنه عقد غير مسمى ، فإنه يجب الرجوع أولا إلى القواعد العامة للعقد مباشرة ، وعند تعذر وجود حكم فيها ينطبق على العقد ، فإنه يمكن الرجوع إلى القواعد الخاصة بالعقود المسماة ، وتطبق عندئذ على العقد غير المسمى أحكام أقرب تلك العقود من ذلك العقد ، عن طريق القياس ، عندما تتوافر شروطه (1) .

الفرع الثاني : العقود البسيطة و العقود المختلطة

أولا : العقد البسيط

إن العقد سواء كان مسمى أو غير مسمى يكون بسيطا إذا ما اقتصر على عقد واحد ، ولم ينطوي على مزيج من عقود متعددة ، كعقد البيع ، أو عقد الايجار ، أو عقد العمل ، أو عقد التأمين ... الخ .

ثانيا : العقد المختلط

و العقد المختلط على عكس العقد البسيط ، هو ما كان مزيجا من عقود متعددة انطوى عليها تعاقد واحد ، و من الأمثلة :

(3) جلال علي العدوي ومحمد لبيب شنب ، مصادر الالتزام في القانونين اللبناني و المصري ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، 1985 ، ص 37 .
(1) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 66 .

- العقد بين صاحب الفندق و النزيل فيه ، إذ ينطوي على عقد ايجار بالنسبة للغرفة أو المسكن ، وعقد البيع بالنسبة للمأكولات ، وعقد عمل بالنسبة للخدمات التي تؤدي للنزيل، وعقد وديعة بالنسبة لأمتعة النزيل أو ما قد يحتفظ به في أمانات الفندق (1) .

- أيضا المدير الذي يتولى إدارة الشركة ، ويكون وكيلها عنها ، فالعقد هنا يجمع بين عقد العمل ، وعقد الوكالة .

و العقد المختلط يمكن تكييفه بتحليله إلى عدة عقود مسماة ، فتطبق عليه القواعد التي نص عليها القانون على تلك العقود المسماة ، أما لو جمع العقد المختلط بين عدة عقود تتباين أحكامهم و تتزاحم في المسألة الواحدة مما يصعب الجمع بينها في التطبيق ، فيجب تغليب العنصر الجوهري في العقد المختلط ، و تطبيق أحكام عقد هذا العنصر ، فالعقد الذي يتم بين مصلحة الهاتف و بين المشترك ، فبتحليله هو عقد مختلط ، فهو عقد إيجار لآلة الهاتف ، وعقد مقاوله لتقديم الخدمة ، و العنصر الغالب فيه هو الخدمة و ليس الايجار لآلة الهاتف ، فهو إذن عقد مقاوله ، وهو ما جرى العمل به قضاء بتغليب عنصر الخدمة ، وأن آلة الهاتف لا تغير من الأمر شيئا فهي أداة لتنفيذ عقد المقاوله (*).

المطلب الثالث : تقسيمات العقود من حيث أثرها

إن العقود تنقسم من حيث أثرها إلى عقود ملزمة للجانبين ، و عقود ملزمة لجانب واحد .

الفرع الأول : العقد الملزم للجانبين

العقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي ، و يكون إذا التزم المتعاقدان بالتقابل فيما بينهما ، كل منهما نحو الآخر ، فالعقد الذي ينشئ منذ تكوينه التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين هو عقد ملزم للجانبين ، و مثاله عقد الايجار ، فيه يلتزم المؤجر بدفع بدل

(1) سيد حسن البغال ، المرجع السابق ، ص33.

(*) من أحكام محكمة النقض المصرية .

الإيجار ، وكذلك عقد البيع ، فالبائع ملزم بتسليم العين المباعة للمشتري ، و في مقابل ذلك يلتزم المشتري بدفع الثمن للبائع ، و من أمثلة العقود الملزمة للجانبين أيضا :

عقد العمل ، وعقد المقاولة ... الخ .

الفرع الثاني : العقد الملزم لجانب واحد

العقد الملزم لجانب واحد هو العقد الذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب واحد ، ومن ثم يكون أحد طرفي العقد دائما غير مدين ، بينما يكون الطرف الثاني مدينا غير دائن ، ومثال ذلك : الوديعة بدون أجر ، وفيها يلتزم الوديع بالمحافظة على الشيء المودع ، ويرده إلى المودع دون أن يترتب على المودع أي التزام تجاه الوديع في مقابل ذلك ، و أيضا عقد الهبة ، و العارية ، و الكفالة .

الفرع الثالث : أهمية التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين و العقود الملزمة لجانب واحد

ينشئ العقد الملزم للجانبين التزامات متقابلة ، و يعتبر تنفيذ التزام الطرف الأول سببا للالتزام الطرف الثاني ، كما أن تنفيذ التزام الطرف الثاني يعتبر هو أيضا سببا للالتزام الطرف الأول ، وهذه هي نظرية السبب⁽¹⁾، و هذا التقابل ما بين الالتزامات في العقد الملزم للجانبين غير موجود في العقد الملزم لجانب واحد ، فإن هذا العقد ينشئ إلتزاما في ذمة أحد الجانبين دون الآخر ، وينبني على هذا الفرق الجوهرى ما بين هذين النوعين من العقود نتائج مهمة نذكرها كالاتي⁽²⁾ :

أولا : في العقد الملزم لجانبين ، إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام ، كان للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وهذا ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمني ، و هم مفهوم في كل عقد ملزم للجانبين ، أما في العقد الملزم للجانب الواحد كالوديعة مثلا ، فلا يتصور

(1) سيد حسن البغال ، المرجع السابق ، ص 33.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 133-134 .

هذا الفسخ ، لأن المقصود منه أن يتحلل الطرف الآخر من التزامه ، وهو لا التزام عله حتى يطلب التحلل منه بالفسخ ، فبقي أن يطلب تنفيذ الالتزام الثابت في ذمة الطرف الأول.

ثانيا : في العقد الملزم للجانبين ، إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما تعلق بزمته من التزام ، كان للمتعاقد الآخر ، بدلا من أن يطلب فسخ العقد ، أن يتمتع عن تنفيذ التزامه ، فإن طلب منه التنفيذ دفع بالإيقاف حتى يقوم الطرف الأول بتنفيذ التزامه ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد ، أما في العقد الملزم لجانب واحد ، فلا محل لهذا الدفع ، لأن المتعاقد الآخر لم يتعلق في ذمته التزام ، حتى يطلب إيقاف تنفيذه .

ثالثا : في العقد الملزم للجانبين ، يطبق المبدأ القاضي بأن تحمل التبعة يكون على المدين ، و يتلخص هذا المبدأ في أنه إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن إرادته ، فإن التزام المتعاقد الآخر يسقط ، لأن سببه أصبح مستحيلا ، و يكون المتعاقد الأول و هو المدين قد تحمل تبعه استحالة تنفيذ التزامه ، أما في العقد الملزم لجانب واحد ، فإن الذي يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين ، فإذا استحال تنفيذ التزام المدين بسبب خارج عن إرادته ، سقط هذا الالتزام ، و لا يعرض الدائن عنه شيئا ، لأنه لم يتعلق في ذمته التزام مقابل يسقط بسقوط الالتزام الأول ، فيكون هو الذي تحمل التبعة .

وما تجدر الإشارة إليه هو ما يسميه بعض الشراح⁽¹⁾، "بالعقد الملزم للجانبين غير التام"، إذ من الممكن أن ينشأ العقد ملزما لجانب واحد ، إلا أن الجانب الآخر يكون معرضا لأن يتحمل ببعض الالتزامات فيما بعد ، ومع ذلك يظل العقد ملزما لجانب واحد ، ومثال ذلك الوديعة غير المأجورة ، إذا أنفق الوديع نفقات على الشيء فهنا يلتزم المودع بأداء مثل تلك النفقات للمودع لديه ، فمثل هذا الالتزام بأداء النفقات لا يغير من وصف العقد ، فيجعله ملزما للجانبين ، وذلك لأن الالتزام بدفع النفقات إلى الوديع ليس مصدره العقد ، وإنما

(1) عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، (مصادر الالتزام) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، المجلد الأول ، 1954 ، ص ص 483 - 484 .

مصدره العمل النافع (الإثراء بلا سبب) ، فلكي نكون أمام عقد ملزم للجانبين ، يلزم أن يكون بين هذه الالتزامات ارتباط و تقابل بحيث يكون أحدهما سببا للآخر ، وهذا ما لا يتحقق في "العقد الملزم للجانبين غير التام".

المطلب الرابع : تقسيمات العقود من حيث طبيعتها

إن العقود تنقسم من حيث طبيعتها إلى عقود محددة و عقود احتمالية ، عقود فورية و عقود مستمرة ، أو عقود أصلية و عقود تبعية .

الفرع الأول : العقد المحدد و العقد الاحتمالي

أولا : العقد المحدد

ويكون العقد محددًا إذا كان كل من المتعاقدين يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد قيمة الأداء فيه و تعيين مقداره على وجه ثابت ، أي أنه العقد الذي يمكن تحديد مقدار ما يلتزم فيه كل من طرفيه منذ انعقاده ، فيستطيع كل متعاقد أن يعرف يوم انعقاد العقد مقدار ما سيعود عليه من منافع (1) ، و يعرف أيضا مقدار التضحية التي رضي بها حين انعقاد العقد ، ومثال ذلك عقد البع بثمن معين .

ثانيا : العقد الاحتمالي (عقود الغرر)

العقد الاحتمالي هو العقد الذي يتوقف فيه مقدار الأداء الواجب على أحد العاقدين على تحقق أمر غير محقق الحدوث ، أو غير معروف في أي وقت يقع ويحدث (2) ، وبذلك فإنه لا يستطيع أي عاقد أن يعرف بالضبط مقدار ما سيأخذ و مقدار ما سيعطي ، لتوقف ذلك على أمر احتمالي ، و لا يعرف هل سيقع أم لا يقع ، وإن وقع لا يعرف وقت وقوعه ،

(1) عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص 495.

(2) جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 39.

وأظهر مثال للعقد الاحتمالي عقد التأمين، كالتأمين ضد السرقة ، أو عقد التأمين ضد الحريق .

ثالثا : أهمية التمييز بين العقد الاحتمالي و العقد المحدد

للتمييز بين هذين النوعين من العقود أهمية عملية نذكرها في النقاط الآتية :

1. إن العقود المحددة يمكن الطعن فيها بالغبن ، لأن طبيعتها تسمح بمثل ذلك الطعن ، فإذا صاحب الغبن الفاحش تغريراً ، انعقد العقد نافذا غير لازم قابلا للفسخ ، أما في العقود الاحتمالية فإن مثل ذلك الطعن لا يمكن أن يحدث ، لأنها تقوم على احتمال حصول تفاوت كبير بين التزامات كل من العاقدين ، فالتفاوت بين التزامات العاقدين هو من طبيعة تلك العقود ، غير أن بعض الاتجاهات الفقهية الحديثة تعمم تطبيق الغبن على العقود الاحتمالية مثلما تعممه على العقود المحددة (1) .

2. تقوم العقود الاحتمالية على احتمال الكسب أو الخسارة ، فإذا انتفى مثل هذا الاحتمال بطل العقد ، ومثال ذلك : عقد التأمين على حياة شخص تبين أنه متوفي قبل إبرام عقد التأمين ، أما العقود المحددة فلا تقوم على احتمال الكسب و الخسارة ، ولا تمت إلى هذا الاحتمال بصلة .

3. ومن جهة أخرى ، نشير إلى أن العقود المحددة هي وحدها التي تطبق عليها نظرية الظروف الطارئة ، من خلال رد الالتزام المُرهب إلى الحد المعقول ، و الموازنة بين مصلحة الدائن و مصلحة المدين ، و أما تطبيقها على العقود الاحتمالية فغير وارد أبدا ، لأن هذه العقود يتعرض فيها أحد العاقدين إلى احتمال كسب كبير و احتمال خسارة فادحة (2) .

(1) جلال علي العدوى ، و محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص 67 .

(2) المرجع نفسه ، ص 68 .

الفرع الثاني : العقد الفوري و العقد المستمر

أولاً : العقد الفوري

العقد الفوري هو العقد الذي يتم تنفيذه فوراً ، أو فور حلول الوقت الذي يختاره المتعاقدان لتنفيذه ، و على ذلك فالعبرة في العقد الفوري بتنفيذ الالتزام لا بالمدة التي يبقى فيها ، إذ قد يكون الالتزام مؤجلاً كما في ردّ القرض ، أو معلقاً على شرط ، كما في ضمان التعرض ، و مع ذلك يبقى تسمية العقد الذي ينشئ هذا الالتزام بالعقد الفوري ، لأن تنفيذ الالتزام عندما يحين موعده يكون فوراً ومثاله عقد البيع.

ثانياً : العقد المستمر

العقد المستمر هو العقد الذي يستغرق تنفيذه مدة من الزمن ، كعقد الإيجار ، وعقد العمل، وعقد الشركة ، فيكون الزمن هو المقياس الذي به يقاس ويقدر محل الالتزام ، وذلك لأن الغاية التي يراد تحقيقها و الوصول إليها بموجب العقد لا يمكن تحقيقها إلا بالزمن (1) ، كما أن الالتزامات الناشئة عن العقود المستمرة تكون على نوعين هما :

1. الالتزامات التي لا يمكن أن يتم تحديدها إلا على أساس الزمن مثل التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة معينة من الزمن .
2. الالتزامات التي يتفق العاقدان على تكرارها فترة زمنية معينة ، مما يجعل من الزمن مقياساً لها ن مثل عقد التوريد (2) .

ثالثاً : أهمية التمييز بين العقد الفوري و العقد المستمر .

و تظهر أهمية تقسيم العقود إلى عقود فورية و عقود مستمرة فيما يأتي :

(1) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 85 .

(2) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 109 .

- 1- العقد المستمر تتقابل فيه الالتزامات تقابلا تاما ، فما تم منها في جانب يتم ما يقابله في الجانب الآخر ، ففي عقد الايجار ، الأجرة تقابل الانتفاع ، فإذا انتفع المستأجر مدة معينة التزم بدفع الأجرة بقدر المدة التي انتفع فيها .
- 2- إذا فسخ العقد المستمر لم يكن للفسخ أثر رجعي ، فما تم يبقى أثره ، و لا يكون الفسخ إلا عن المستقبل ، كما في الايجار و الشركة ، و ذلك بخلاف العقد الفوري ، فإنه إذا فسخ كان للفسخ أثر رجعي .
- 3- و كما ذكرنا ، مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، إذا طبقت يكون عادة في العقود المستمرة ، وقلما يكون في العقود الفورية ، بل هو غير ممكن .

الفرع الثالث : العقد الأصلي و العقد التبعي .

أولا : العقد الأصلي

العقد الأصلي هو ما كان ما مستقلا في وجوده ، غير تابع لعقد تابع لعقد آخر ، كعقد البيع ، أو عقد الايجار ، أو عقد العمل ، أو عقد الشركة

ثانيا : العقد التبعي .

العقد التبعي هو ما كان تابعا لعقد أصلي انعقد قبله ، ومثاله عقد الكفالة ، و عقد الرهن ، و العقد التبعي يتبع العقد الأصلي في وجوده وصحته ، فيكون صحيحا أو باطلا بحسب صحة أو بطلان العقد الأصلي ، و يبقى أو ينقضي تبعا لبقاء أو انقضاء العقد الأصلي .

وقبل ختام هذا الفصل نشير إلى أن هناك تقسيمات أخرى للعقود تندرج في مؤلفات القانون المدني المختلفة ، ترى فيها أنها مجرد مواصفات أو صفات أو سمات ، كما منها مثلا من يرى من شراحتها أن البيع و المقاوله و الايجار من عقود المساومة (عقود

(التفاوض) ، فسمتها و الأصل فيها أنها تتم نتيجة تفاوض و مساومة حول شروط العقد ، أو القول عن عقد ما أنه من عقود الازعان فتلك صفة أقرها القانون للعقد الذي يقبل فيه أحد العاقدين شروط الآخر .. وغيرها كثير، لكنها صفات لا تستدعي التقسيم و التمييز بينها ، وعلى ذلك فما ذكره الفقهاء من تقسيمات إنما هي للعقود التي غلبت في التعامل بين الناس في زمانهم فإذا جدّت عقود أخرى توافرت فيها الشروط المقررة فقها ، كانت عقودًا مشروعة (1)، وهذه العقود بمختلف أقسامها لا يمكن أن تنشأ ما لم تتطابق إرادة العاقدين ، و تنصب على محل معين ، و قيام سبب لذلك ، و هو ما يندرج تحت عنوان : تكوين العقد أو انعقاده و الذي سنعرض له في الفصل الموالي.

الفصل الثاني : تكوين العقد

يقصد بتكوين العقد تلك الأركان التي إذا توافرت قام العقد ، و إذا تخلفت بطل ، لذلك فإبرام العقد هو عملية ثقيلة الوطأة ، معقدة ، و مهددة دون انقطاع بالفساد ، نظرا للصعوبات التي تنبثق عن الوقائع من حين لآخر ، و في كل ركن من أركانه الثلاثة (الرضاء - المحل - السبب) ، و التي نعرض لها بالتفصيل وما يعترئها من أحكام خلال المباحث الثلاثة على التوالي .

المبحث الأول : التراضي (الركن الأول)

إن التراضي أو كما يسميه البعض " الرضاء " هو ركن جوهرى في العقد ، بل يعتبره الفقه الحديث ركن العقد الوحيد (2)، ومن مستلزمات التراضي أن يكون ثنائيا ، و يقصد بالرضاء اتجاه الارادة نحو أمر قانوني معين ومحدد، أو هو انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية

(1) جهاد صالح العتيبي ، القواعد القضائية في شرح القانون المدني ، (العقد) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، 2014 ، ص15.

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص73.

محل التعاقد (1)، فإذا كان التراضي هو ركن العقد فإن ذلك يقتضي أن يكون موجودا ، و يجب أن يكون صحيحا وخاليا من المشكلات التي تسبق التعاقد لاسيما بعض صور التعاقد ما بين مرحلة التفاوض و انعقاد العقد ، وهو ما نعرضه في المطالب الآتية ، حيث نوضح في المطالب الأول أحكام وجود التراضي ، و في المطالب الثاني نتطرق لصحة التراضي ونصل إلى اجابة واضحة للمشكلات القانونية المطروحة قبل إبرام العقد في المطالب الثالث .

المطلب الأول : وجود التراضي

و يشترط لوجود التراضي وجود الارادة ، و بغيابها لأي سبب كان يؤدي إلى انعدام ركن الرضاء و بذلك ينعدم وجود العقد ، فلا يتعاقد من لا يريد ، وهذا هو الأصل في ظل مبدأ سلطان الارادة ، وحتى يتحقق وجود الرضاء فلا بد من وجود الارادتين و التعبير عنهما ، بالإضافة إلى اتفاقهما و تطابقهما وفقا لما تقضيه أحكام القواعد العامة في القانون المدني الجزائري وما يمليه الشراح من تفسير ، وعليه نبين في الفرع الأول : التعبير عن الارادة ، وفي الفرع الثاني نشرح معنى اتفاق الارادتين و تطابقهما .

الفرع الأول : التعبير عن الارادة .

إن الارادة تتحدد إثر مراحل نفسية متعددة للتفكير فيها ، وفي العقد هي تلك القفزة التي يمر بها المتعاقد بإرادته من مشروع عديم الأثر إلى تصرف قانوني منتج لأثره (2).

و التعبير عن الارادة هو كل عمل يقصد به إظهار نية المتعاقد في إبرام العقد ، و يجب أن يعبر عنها في العالم الخارجي على نحو يكشف عنها ، إذ لا يكفي أن تكون نية داخلية في

(1) مصطفى الجمال ، القانون في ثوبه الاسلامي ، (مصادر الالتزام) ، دار الفتح للطباعة و النشر الاسكندرية ، الطبعة الأولى ، 1996 ، ص 62.

(2) وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص 57 .

نفس كلا المتعاقدين ، فتظل حبيسة في نفس العاقد ، حتى يمكن القول بتدخل القانون ، فالأصل أن القانون لا يهتم بمجرد النوايا الداخلية للشخص .

و التعبير عن الإرادة قد يكون صريحا ، كما قد يكون ضمنيا ، وقد يصدر من المتعاقد نفسه أو قد تحل إرادة شخص آخر يسمى النائب محل إرادته ، وهو ما نبينه كآآتي :

أولا : التعبير الصادر من المتعاقد نفسه .

تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري أن :

" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ، و بالكتابة ، أو بالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه .

و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا "

فالتعبير عن الإرادة قد يكون صريحا أو ضمنيا .

1- التعبير الصريح .

إن التعبير الصريح هو كل عمل يقوم به المتعاقد للإفصاح و الكشف ، و بصورة

مباشرة عن إرادته ، حسب المألوف بين الناس ، و يكون ذلك بإحدى الطرق التالية (1):

أ- اللفظ و الكتابة الصادرة من المتعاقد هما على رأس الوسائل التي تفي بغرض التعبير عن إرادته حسب نص المادة 60 أعلاه .

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص41 .

ب- الإشارة المعهودة عرفا بين الناس ، و لو من غير الأخرس ، كأن يقوم شخص المتعاقد حسب ما هو مألوف بهز رأسه إلى أسفل دلالة على القبول ، أو إلى أعلى دلالة على الرفض .

ج- اتخاذ أي موقف لاتدع ظروف الحالة شكا في دلالاته على حقيقة المقصود ، كالمسلك الذي يتخذه التجار بعرض بضائعهم للجمهور مع بيان أسعارها ، وكوقوف سيارات الأجرة في أماكنها لتحميل الركاب ، الأمر الذي يدل على إرادة سائق السيارة في إبرام عقد النقل ، أو كوضع الآلة الميكانيكية لبيع معادن المشروبات أو وجبات الطعام أو لتعبئة السيارات بالوقود ، عند وضع النقود المعدنية أو البطاقات المعدة لغرض الشراء من هذه الآلات تدل على إرادة صاحبها لإبرام عقد البيع .

د- المبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون التلفظ بالإيجاب و القبول ، ومن أظهر أمثلتها أن تعرض المحلات التجارية السلعة مع بيان ثمنها ، فيشتريها المتعاقد الآخر (المشتري) و يدفع ثمنها تلفظ أو استخدام الأشخاص لوسائل المواصلات ودفع الأجرة دون تلفظ⁽¹⁾.

2- التعبير الضمني .

إن التعبير الضمني هو التعبير الذي يكشف عن إرادة المتعاقد بطريق غير مباشر ، و يكون التعبير ضمنيا عندما تكون الوسيلة المستعملة في التعبير لا تدل بذاتها على حقيقة المعنى المقصود ، لكن ظروف الحال تسمح بترجيح المعنى المقصود على غيره من المعاني الأخرى ، و مثال التعبير الضمني استمرار المستأجر في شغل العين المؤجرة ودفعه لبدل الايجار بعد انتهاء مدة عقد الايجار ، فدفعه لمبلغ الايجار هو عمل يفهم منه ضمنيا نية المستأجر في تحديد عقد الايجار ، و أيضا مثاله قيام الوكيل - الذي لم يصدر عنه قبولا

(1) عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاثبات المدني ، دار الثقافة للطباعة و النشر ، عمان ، 1997 ، ص 51 .

صريحا للوكالة - بتنفيذ الوكالة مما يدل على قبوله الضمني للوكالة ، ومثال ذلك أيضا ما إذا كتب المحامي إلى موكله يطالبه بالأتعاب دون المصروفات و النفقات ، فيستفاد من الكتابة هنا أن مطالبة المحامي قد اقتصر على الأتعاب فقط.

3- صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة .

المبدأ العام : تتعين التفرقة بادئ ذي بدء بين التعبير الضمني و السكوت ، فالتعبير الضمني يتجسد في موقف ما أو عمل تستخلص فيه الإرادة من ظروف ايجابية تدل عليها ، أما السكوت فهو لا يعبر عن ذاته بأي مظهر خارجي ، فهو أمر سلبي ، وهو العدم ذاته . فهو مجرد عن أي ظرف ملابس له ، و لا يشكل تعبيراً عن الإرادة ، ولو قبولاً (1)، وقد عبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم :«لا ينسب إلى ساكت قول » ، كما جرى القضاء على مثال الناشر الذي يرسل لشخص - دون سابق اتفاق - مجلة دورية ، لا يحق له أن يعدّ هذا الشخص قد اشترك في هذه المجلة ، مادام لم يصدر منه قبول بذلك و لا يعد قبولاً مجرد امتناع هذا الشخص عن رد المجلة ، حتى لو ذكر في المجلة أن عدم الرد يعد قبولاً بالاشتراك .

الاستثناء (السكوت الملابس (silence circonstancié) :

ويقصد بالسكوت الملابس هو السكوت الذي تحيط به ظروف ملابسة ، من شأنها أن تجعله يدل على الرضا ، وهذا السكوت - خلافاً للسكوت المجرد - يمكن أن يحظى حسب الأحوال بقيمة التعبير الضمني ، وقد ضرب القانون له مثلاً في التجديد الضمني حيث يعد عقد الايجار متجدداً في نهاية مدة عقد الايجار ، إذا لم يصدر عن الطرفين أي تعبير ما ، ذلك لأن سكوت الطرفين في هذه الحال قد تعزز بملابسة حسية هي ترك المستأجر في العين المؤجرة ، مع الإشارة إلى أن عقد الايجار الضمني قد ألغي بمقتضى تعديل القانون

(1) عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الاثبات المدني ، دار الثقافة للطباعة و

المدني بالقانون رقم (05-07) بتاريخ 13-05-2007، من الأمثلة أيضا المادة 355 – الفقرة الأولى – من القانون المدني بقولها : " في البيع على شرط التجربة ، يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة ، فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع ، فإذا انقضت هذه المدة و سكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا .

و السكوت الملابس تتضمنه القاعدة الفقهية (السكوت في معرض الحاجة بيان) ، وقد أشار القانون المدني إلى بعض الظروف و الملابس نستخلصها من نص المادة 68 منه التي تنص على أن :

" إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الايجاب في وقت مناسب .

ويعتبر السكوت عن الرد قبولا ، إذا اتصل الايجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الايجاب لمصلحة من وجه إليه ."

أ. وجود تعامل سابق بين المتعاقدين ، و اتصل الايجاب بهذا التعامل ، ففي هذه الحالة يكون سكوت من وجه إليه الايجاب قبولا للعقد .

ب. حالة اعتبار العرف و العادات لظروف ما أن السكوت فيها قبول ، إذا لم يرد بالرفض في وقت مناسب ، أو كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تقضي بذلك .

ج. حالة ما إذا كان الايجاب متمخضا لمصلحة من وجه إليه ، فعندها يكون الايجاب موجه بشكل حصري لمنفعة شخص معين ، فليس هناك سبب يدعو هذا الشخص لرفضه.

ثانياً: التعبير الصادر من النائب (النيابة في التعاقد).

إن القاعدة العامة هي أن الشخص لا يستطيع إبرام عقد مع آخر و تتصرف آثار هذا العقد من حقوق وواجبات إلى شخص ثالث ، لكن ليس هناك ما يمنع من أن يحل شخص آخر ، يدعى "النائب " محل شخص المتعاقد الأصيل في التعاقد نيابة عن هذا الأخير ، و يكون لهذا التعاقد آثاره القانونية كما لو تم بواسطة المتعاقد الأصيل .

ويلجأ عادة إلى نظام النيابة عندما يكون شخص الأصيل عاجزاً عن التعبير عن الإرادة لنقص في الأهلية كالقاصر و المحجور عليه ، كذلك فإن كامل الأهلية قد يكون بعيداً عن مجلس العقد ، و لديه نية في توسعة نشاطه في أماكن متعددة ، وليس لديه الوقت الكافي للترحال إلى جميع هذه المناطق ، أو قد يكون حديث العهد بالتجارة ، و ليس لديه الخبرة اللازمة و الكافية لإتمام صفقاته ، فينوبئ في إبرامه للتصرفات أكثر من شخص للتعاقد نيابة عنه في عدة مناطق أو من لديه الوقت اللازم للترحال أو من كان لديه الخبرة المطلوبة لإبرام الصفقات التجارية (1).

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام النيابة في التعاقد من المادة 73 إلى المادة 77 من القانون المدني .

1- النيابة في التعاقد من حيث المصدر :

تعرف النيابة في التعاقد بأنها حلول إرادة شخص معين يسمى " النائب " محل إرادة شخص آخر هو الأصيل ، في إنشاء تصرف قانوني ، تتصرف آثاره إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب ، فالنيابة في التعاقد إما أن يكون مصدرها الاتفاق أو القانون (2):

(1) رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام في القانون المصري و اللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت 1990 ، ص58.

(2) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص46.

أ. **النيابة الاتفاقية** : وهي التي تتم باتفاق الأصيل و النائب على أن يقوم الأخير بإجراء التصرف القانوني باسم الأصيل و لحسابه ، كما هو الحال في الوكالة ، فالوكيل يحل محل الموكل في إبرام أي تصرف قانوني ضمن حدود الوكالة .

ب. **النيابة القانونية** : وهي التي يكون مصدرها القانون أي ينشئها و يحدد نطاقها ، فالقانون هو الذي يحدد سلطة النائب ، و مثالها : الولي ، الوصي ، و القيم على القصر ، و المحجور عليهم ، و قد يفوض القانون تحديد شخص النائب للقاضي ، كما هي الحال بالنسبة إلى الوصي (*) و القيم و الحارس القضائي .

2- شروط النيابة في التعاقد :

وحتى تتحقق النيابة لا من توافر ثلاثة شروط .

الشرط الأول: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل.

إذا يشترط حتى ينعقد العقد بطريق النيابة أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل ، إذ أن إرادة النائب لا إرادة الأصيل هي التي تكون محل اعتبار في التعاقد بطريق النيابة ، وهذا ما يفرق النائب عن الرسول الذي يقتصر دوره على نقل إرادة الأصيل ، و يترتب على ذلك نتائج قانونية هامة لا بد من إيرادها تظهر الفروق ما بين النائب و الرسول :

❖ إن التعاقد بطريق النيابة يعد تعاقدًا بين حاضرين ، إذ أن العبرة بتلاقي إرادة النائب مع إرادة المتعاقد الآخر ، دون الأخذ بعين الاعتبار فيما إذا كان الأصيل

(*) الوصي هو شخص مختار يتولى رعاية أموال القاصر بإدارتها و التصرف فيها في الحدود التي رسمها له القانون ، و هذا الاختيار قد يأتي من جانب الأب ، فيحتل وصيه المرتبة الثانية من بعده ، و إما أن يكون من جانب المحكمة وهي لا تختار إلا إذا لم يكن هناك ولي و لا وصي للأب ، وهو ما يسمى في قانون الأسرة بالمقدم أو القيم ، و يتم تعيينه بقرار ولائي من القاضي المختص بقسم شؤون الأسرة .

حاضرا أم لا ، أما الرسول فليس له دور في إبرام العقد ، و لذلك يعتبر التعاقد برسول تعاقدًا بين غائبين (1).

❖ وبما أن النائب يعبر عن إرادته هو في التعاقد ، فإن شخصه لا شخص الأصيل الذي يكون محل اعتبار عند النظر في عيوب الإرادة ، وعلى ذلك إذا ما أبرم النائب العقد تحت تأثير غلط وقع فيه أو كان ضحية تغيير مع غبن فاحش أو تحت تأثير اكراه يكون العقد الذي أبرمه قابلا للفسخ أو غير نافذ على التوالي حتى ولو كانت إرادة الأصيل خالية من عيوب الإرادة .

❖ **الأهلية :** ويختلف الأمر حسب نوع النيابة ، فإذا كانت النيابة اتفاقية فلا تشترط في النائب الذي يبرم التصرف ، إذ يكفي أن يكون مميزا حتى يكون أهلا لصدور إرادة مستقلة عنه ، فتصح نيابة القاصر أو السفه المحجور عليه في بيع عقار نيابة عن البائع الأصيل الذي يتمتع بأهلية هذا التصرف ، أما الأصيل وهو الذي تتصرف إليه آثار التصرف القانوني الذي يجريه النائب نيابة عنه فيشترط أن تتوفر فيه الأهلية اللازمة للتصرف موضوع النيابة وقت إبرام التصرف موضوع النيابة (2).

وإذا كانت النيابة قانونية ، فإن النائب يجب أن يتمتع بالأهلية اللازمة لإبرام التصرف موضوع النيابة ، أما الأصيل فهو بطبيعة الحال في هذا النوع من النيابة ممن لا تتوفر لديهم الأهلية أو قد يكون ناقص أهلية ، أما بالنسبة للرسول فهو لا يتمتع بأي قسط من الحرية في إبرام التصرف القانوني الذي يتمتع به النائب ، حيث ليس للرسول أي دور في اتخاذ القرار و إبرام التصرف نيابة عن الأصيل ، فهو فقط رسول ناقل لإرادة الأصيل ، و ينبغي على ذلك أنه لا يتطلب في الرسول أن يكون متمتعاً بأهلية معينة ، فلا يشترط

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 47 .

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 162 .

أن يكون حتى مميزا ما دام قادرا من الناحية المادية على نقل الرسالة لأن الأهلية ينظر إليها عند الأصيل و ليس الرسول (1).

❖ حسن أو سوء النية في حالة التعاقد بطرق النيابة : وينظر فيه لحسن أو سوء نية النائب لا نية الأصيل ، فإذا ما أبرم النائب سيء النية عقد شراء منزل مع بائع مدين معسر ، كان لدائني هذا البائع المعسر حق الطعن في هذا العقد بدعوى عدم نفاذ التصرف ، حتى لو كان الأصيل حسن النية ، وهذا ما تنص عليه المادة 73 من القانون المدني الجزائري : " إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضاء ، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما " .

لكن يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار أن النائب إذا تصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من الأصيل ، فإن القانون يعتد بإرادة الأصيل ، فلو أناب شخص آخر في شراء منزل معين وكان الأصيل الموكل يعلم بوجود عيب في هذا المنزل ثم أصدر تعليماته للنائب بشراء هذا المنزل ، فليس للأصيل الموكل أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية ، وهذا ما تشير إليه المادة 73 من القانون المدني في فقرتها الثانية : " ..غير أنه إذا كان النائب وكيفا و يتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها".

الشرط الثاني : تعاقد النائب باسم الأصيل و لحسابه .

إن القانون يعتد في حالة التعاقد بالنيابة بإرادة النائب لا إرادة الأصيل ، و مع ذلك يجب أن يتعاقد مع المتعاقد الآخر باسم الأصيل و لحسابه ، ومعنى ذلك أنه يشترط في

(1) أنور سلطان ، مصدر الالتزام في القانون المدني الأردني ، دار الثقافة ، عمان ، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص ص

النائب التعاقد بصفته نائباً ، و أن يصرح بذلك إلى من يتعاقد معه ، وإلا فإن آثار العقد من حقوق و التزامات لا تنصرف إلى الأصيل و إنما إلى النائب نفسه ، وهو ما أشارت إليه المادة 75 من القانون المدني بقولها : " إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائماً أو مدنياً ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب "

لذلك فعلى النائب أن يعلن عن صفته كنائب صراحة إلى المتعاقد الآخر وقت إبرام العقد ، لكن قد يستفاد هذا القصد ضمناً من الظروف كالعامل في محل تجاري يبيع البضاعة الموجودة في المحل بصفته نائباً عن صاحب المحل ، فصفته كنائب تستفاد من الظروف حتى و لو لم يعلن عنها صراحة ، وهي حالة يستوي فيها أن يكون البائع أصيلاً عن نفسه أو نائباً عن غيره (1).

أما إذا لم يكن بالإمكان معرفة نية النائب صراحة أو ضمناً فإن احتمالية انصراف آثار العقد إلى الأصيل تبقى قائمة في حالة ما إذا كان يستوي عند المتعاقد الآخر أن يتعاقد مع الأصيل أو مع النائب .

الشرط الثالث: تعاقد النائب في حدود السلطة المخولة له

و يشترط أخيراً لصحة النيابة في التعاقد أن يلتزم النائب حدود نيابته ، وخروج النائب عن حدود نيابته المعينة بنص القانون أو الاتفاق يعني عدم انصراف آثار التصرف القانوني إلى الأصيل ، فعدم قيام النائب بشراء سيارة معينة حددها الأصيل له ، وقيامه بشراء سيارة غيرها يعتبر تجاوزاً لحدود النيابة ، و يؤدي إلى عدم نفاذ التصرف في مواجهة الأصيل ، وكذلك الحال إذا قام الوصي ببيع شيء للقاصر دون أن يكون معه

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 50 .

السلطة اللازمة للقيام بذلك من المحكمة المختصة ، فإن آثار هذا التصرف لا تنفذ في حق القاصر (الأصيل)⁽¹⁾.

و لا تطبق أحكام النيابة في التعاقد على مدير الشركة لأنه لا يعتبر نائبا عنها ، و بالتالي لا يعتبر متجاوزا لحدود النيابة طالما أنه يوقع بهذه الصفة (مدير) كمثل للشركة ، وتمارس الصلاحيات المخولة له بموجب قانون الشركات و الأنظمة الصادرة بمقتضاه ، ويتولى تنفيذ قرارات مجلس الادارة بالتعاون مع الجهات التنفيذية للشركة⁽²⁾. لكن هنالك حالات قد يخرج فيها النائب عن حدود نيابته ، ومع ذلك يبقى التصرف الذي يجريه نافذ في حق الأصيل ، و يورد القانون المدني الجزائري حالة واحدة تطبيقا لذلك وهي أن يكون النائب ومن تعاقد معه حسن النية ، وأساسها حماية هذا الغير حسن النية و ضمان استقرار المعاملات ، وهو ما نصت عليه المادة 76 منه بقولها : " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه "

3- آثار النيابة في التعاقد:

يترتب على توافر الشروط السابقة ، الحكم بصحة المتعاقد بطريق النيابة ، و نفرق لتحديد مدى انصراف حكم العقد وحقوقه* إلى الأصيل بين ما إذا كان النائب قد أبرم العقد باسم الأصيل أو باسمه الشخصي ، أو إذا تعاقد النائب مع نفسه.

الحالة الأولى : إبرام النائب للعقد باسم الأصيل

فإذا ما أبرم النائب العقد باسم الأصيل انصرفت آثار التصرف القانوني الذي يعقده النائب من أحكام و حقوق إلى شخص الأصيل ، الذي يلتزم عندئذ بقبول هذه الآثار بما ينفعه منها وما قد يضره ، و السبب في ذلك أن النائب يتصرف بناء على قبول مسبق

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 51 .

(2) المرجع نفسه، ص 51 .

(*)حكم العقد هو الغاية المباشرة المقصودة من التعاقد ، و حقوق العقد هي الالتزامات المترتبة على التعاقد .

من قبل الأصيل بإجراء التصرف ، وطالما أنه لم يتجاوز حدود نيابته ، وهو ما نصت عليه المادة 74 من القانون المدني بقولها :

" إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل " ، والنائب بعد قيامه بإجراء التصرف القانوني موضوع النيابة ، وتنفيذ جميع الالتزامات الواجبة عليه بمقتضى النيابة وطالما أنه لم يتجاوز السلطة المخولة له يعتبر أجنبيا بانتهاء التصرف الذي خول بإبرامه .(1)

الحالة الثانية : إبرام النائب للعقد باسمه

وهي حالة تعاقد النائب باسمه و لحساب الأصيل ، و الحكم هو مطابق لما ورد في الحالة الأولى حيث تتصرف آثار العقد إلى الأصيل ، أما الاختلاف فهو في كون حقوق العقد تتصرف إلى النائب ، إلا إذا كان المتعاقد الآخر يعلم وقت التعاقد بوجود النيابة ، حيث أن هذا العلم في هذه الحالة يقوم مقام تصريح النائب بكونه يتعاقد باسم الأصيل و لحسابه وهو ما نصت عليه 75 من القانون المدني – المذكورة سابقا – .

الحالة الثالثة : إبرام النائب للعقد مع نفسه

و يحدث أن يتعاقد النائب مع نفسه في حالتين⁽²⁾ ، أحدهما أن يقوم النائب بالتعاقد بالأصالة عن نفسه ، و بالنيابة عن غيره ، كأن يقوم بشراء عقار معين لنفسه كان قد أنيب ببيعه ، أما الحالة الثانية فيمكن فرضها في الحالة التي يكون فيها الشخص نائبا عن كل المتعاقدين ، كتوكيله من قبل عاقدين ، أحدهما يوكله ببيع عقار معين ، و الآخر يوكله في شراء هذا العقار لنفسه . و السؤال المطروح هنا : هل يجيز القانون تعاقد النائب مع نفسه ؟

وقد جاء القانون المدني الجزائري واضحا في هذه المسألة حيث يمنع تعاقد النائب مع نفسه كقاعدة عامة ، وهو ما أشارت إليه المادة 77 منه بنصها على أن : "لا يجوز

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 54 .

(2) المرجع نفسه ، الصفحة 55.

لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل " .

وعلة هذا المنع هو احتواء تعاقد النائب مع نفسه على تعارض في المصالح ، حيث يصعب من الناحية العملية القول بأن النائب لن يحابي نفسه على حساب الأصل ، فالإنسان محبول على حب ذاته ، أو أن يميل لمصلحة أحد المتعاقدين على حساب الآخر عندما يكون وكيلا لكليهما ، أو يحاول التوفيق بين مصالحهما مع أن مهمته هي تحقيق أقصى منفعة للأصل ، وهذا الأخير غالبا ما يطلع النائب على أسرار المرتبطة بتنفيذ النيابة ، ويوضح الشروط التي يرغب في التعامل على أساسها ، و الأحوال التي يمكن للنائب فيها التعاقد مثلا ، ولو بسعر أقل في حالة النيابة ببيع عقار معين ، فهذه كلها أمور قد تؤثر على قيام النائب بتنفيذ نيابته على أكمل وجه ، وبما يحقق المصلحة و أقصى المنفعة للأصل (1) .

هذا و ينص الشطر المتبقي من المادة 77 من القانون المدني الجزائري على أن : "... على أنه يجوز للأصل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد ، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه ، ومما يقضي به القانون و قواعد التجارة ."

ويستفاد من هذا النص أن القانون قد أجاز تعاقد النائب مع نفسه في الحالات التالية :

- ❖ إذا أجاز الأصل مقدما أو أقره بعد حصوله
- ❖ إذا وجد نص في القانون يقضي بجواز تعاقد النائب مع نفسه ، كحالة تعاقد الأب أو الجد مع نفسه لحساب الصغير ، لأن مشاعر الشفقة و الرحمة تجعل من المستبعد أن يُفَرِّط الأب أو الجد بمصلحة الإبن الصغير ، ولذلك في هذه الحالة فإن محاباة الإنسان لنفسه غير وارد (2) .

(1) يوسف عبيدات ، المرجع السابق ، ص 56 .

(2) عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق ، ص ص 242-244.

❖ ما تقضي به قواعد التجارة ، حيث يباح تعامل شخص كنائب عن كلا طرفي العقد شرط النص عليه في قوانين التجارة .

هذا و لا ينعقد العقد بالتعبير عن إرادة العاقدين فقط ، بل لابد من توافق الايجاب و القبول وتطابقهما ، وهو ما نوضحه في الفرع الموالي :

الفرع الثاني : اتفاق الإرادتين و تطابقهما

إذ لا يكفي لانعقاد العقد أن توجد الإرادة وتتجه إلى إحداث أثر قانوني ، وأن يتم التعبير عنها في العالم الخارجي ، و إنما يجب أن تتلاقى مع غيرها و أن تتطابق و تتوافق معها في موضوعها ، و أن تكون الإرادتين مرتبطتين زمانا و مكانا .

و التعبير عن الإرادة ثنائي ، فقوم العقد تعبيران متتاليان هما : الايجاب و القبول المتطابقين و المتوافقين ، و يتم ذلك في حالتين ، فقد يتم التعاقد بين حاضرين وذلك عندما يضم العاقدان مجلس واحد (الطريق الطبيعي المباشر للتعاقد) ، كما يتم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد ، و الذي أهم صورته في عصرنا الحالي العقد الالكتروني ، نتعرف على هاتين الحالتين و قواعد الايجاب و القبول في كل منهما فيما يأتي :

أولا : الايجاب و القبول في التعاقد بين حاضرين

فالأصل في إبرام العقد هو اجتماع العاقدين في مجلس واحد ، فيصدر من أحدهما الإيجاب، و يعقب ذلك و يقابله صدور القبول من العاقد الآخر .

1- الايجاب :

❖ **تعريف الايجاب :** هو تعبير صادر من أحد الطرفين (يسمى الموجب) ، يعرض فيه رغبته الباتة بالتعاقد ضمن شروط معينة ، مقترنا بنية إلزام نفسه بعقد ، إذا اقترن بهذا الايجاب قبول الطرف الآخر الذي وجه إليه (يسمى الموجب له) ، و هذا التعبير

(الإيجاب) تطبق عليه مختلف القواعد في طرق التعبير ، وطبقا لما نصت عليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري ، فلا يلزم أن يرد الإيجاب في صورة تعبير معين ، إذ قد يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإعلان و النشر ، أو بالإشارة المألوفة و لو من غير الأخرس (1) .

❖ شروط الإيجاب:

إذ يجب أن تتوفر للإيجاب مقومات وشروط عديدة لكي يكون جاهزا لارتباط القبول به ، و هذه الشروط هي (2) :

أ. أن يكون الإيجاب كاملا ، متضمنا كل العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه على وجه الدقة ، فإذا كان العقد بيعا ، فإنه يجب أن يتضمن الإيجاب فيه على المبيع من حيث نوعه و مقداره و الثمن ، وعلى القواعد التي يرغب الموجب في أن تحكم العقد بدلا من القواعد القانونية ، وهذا ما يميز الإيجاب عن العرض إلى التعاقد .

فالعرض إلى التعاقد هو كل تعبير عن رغبة العاقد لا يتضمن تحديدا لتلك العناصر الجوهرية و الأساسية، بحيث من يقبل مثل هذا العرض فيقدم على إبرام العقد يكون موجبا لا قابلا (3) ، و يعد من قبيل التعاقد - على سبيل المثال لا الحصر - ما يلي :

- إعلان شخص عن منزل يريد بيعه أو تأجيره دون أن يذكر الثمن .
- الاعلان عن بيع بضائع في الصحف و المجلات لأنه غالبا ما يدعو إلى مزيد من المفاوضات .

(1) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 112 .

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص ص 87-90 .

(3) عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص 150 .

- إذا كانت شخصية الموجب إليه محل اعتبار ، فلا يعتبر العرض ايجابا ، حتى لو اشتمل على العناصر الأساسية و الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، مالم يتحقق الوصف في الشخص الذي وجه إليه الايجاب ، ومثال ذلك : إعلان الجامعات عن حاجتها إلى أستاذ في القانون المدني ، فإن هذا العرض لا يعد ايجابا ، إذ قد تأبى الجامعة أن تتعاقد مع شخص متقدم ، وترضى أن تتعاقد مع غيره لكفاءته ، و الجامعة التي تخرج منها ، و البحوث التي كتبها ، ومؤلفاته وخبرته ...

- البيع بتحديد ثمن أساسي من قبل القائم على المزاد في البيع بالمزاد العلني و المناقصات ، فهي من قبيل العرض للتعاقد .

ب- أن يكون الايجاب باتا في دلالاته على التعاقد .

أي أن يعبر الموجب عن إرادة مصممة عازمة نهائيا على إبرام العقد ، إذا صادف ايجابه قبولا مطابقا له ومتوافقا معه ، وعليه فأى عرض يعلن فيه الشخص أنه غير ملزم لما عرضه في حالة القبول من قبل العاقد الآخر ، لا يعد ايجابا و انما دعوة إلى التعاقد ، ومن ذلك أن لا يكون الايجاب معلقا على شرط كمن يعرض بيع لوحة زيتية بثمن عيَّنه هو ، ولكنه يحتفظ بحقه في تعديل هذا الثمن وفقا للتغيرات الجارية في الأسعار (1) ، أو يكون الايجاب مقترنا بتحفظ (*)، فمثلا يعد إعطاء الموجب لنفسه في قبول العقد أو رفضه تحفظا سواء أكان بشكل صريح أو ضمني ، وهذا ينفي عن التعبير عن الارادة صفة الايجاب .

ج- أن يوجه الايجاب للشخص المقصود به : فيجب أن يكون هناك شخص مقصود بالايجاب الذي صدر عن الموجب ، و الشخص المقصود بالايجاب قد يكون شخصا معينا

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص172 و ما بعدها.

(*) التحفظ هو إيراد قيد من قبل الموجب يقيد به ارادته في التعاقد ، وهو على صورتين ، الأولى أن يفيد العاقد قرار نفسه -كما في المثال أعلاه - و الثاني أن يفيد العاقد شروط التعاقد التي تم تحديدها كما لو عرض شخص بيع بضاعة بسعر معين مع الاحتفاظ بحرية تعديل الثمن فيما بعد ، و يسمى أيضا بالشرط الارادي المحض .

و معروفا عند الموجب ، وقد يكون غير معين ، وهذا يتم عند توجيه الايجاب إلى الجمهور (2).

* أساس القوة الملزمة للإيجاب :

فإذا صدر الايجاب كاملا باتا و مستجمعا لكل شروطه ومقوماته ، يكون هنا سببا لانعقاد العقد عندما يصادفه قبول يوافقه و يرتبط به ، وهذا الأصل في مختلف التشريعات المدنية ، ويعنى ذلك قاعدة هامة مفادها أنه الايجاب القائم غير ملزم للموجب الذي يبقى على ايجابه أو عرضه إلى نهاية المدة المحددة له ، حتى ولو لم يلاقه قبول ممن وجه إليه ، أو إذا قبل به من وجه إليه فينعقد العقد ، كما أن تعيين موعد للقبول قد يستخلص و يستنتج من الظروف الموضوعية المحيطة بالتعاقد أو من طبيعة المعاملة ، ومثال ذلك من يتقدم بعتاء مزايده أو مناقصة ، فإنه يتعين عليه ضمنا أن يبقى على ايجابه حتى الميعاد اللازم للفصل في العطاء ، كما أن لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في استخلاص هذا الميعاد من ظروف التعاقد ، و هو الحكم الذي أشارت إليه المادة 63 من القانون المدني الجزائري بنصها على أن :

" إذا عين أجل للقبول ، التزم الموجب بالبقاء على ايجابه إلى انقضاء هذا الأجل .

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

* سقوط الايجاب :

يسقط الايجاب الملزم في الأحوال التالية :

- انقضاء الميعاد المحدد للإيجاب دون صدور قبول ممن وجه إليه الايجاب .
- إذا تم رفض الايجاب ممن وجه إليه.

ويسقط الايجاب غير الملزم في الأحوال التالية :

(2) عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص 153 .

- عدول الموجب عن ايجابه قبل ارتباط القبول به (المادة 64 من القانون المدني الجزائري)

- رفض الايجاب ممن وجه إليه بشكل صريح أو ضمني.
- حدوث الموت أو فقدان الأهلية ، وعدول الموجب قبل انقضاء مجلس العقد (مستخلص من نص المادة 62 من القانون المدني الجزائري).

2- القبول :

➤ تعريف القبول :

القبول هو التعبير عن الارادة البات الصادر عن الطرف العاقد الذي وجه إليه الايجاب ، وهو الكلام الثاني الذي يؤدي ارتباطه و توافقه مع الكلام الأول (الايجاب) إلى انعقاد العقد⁽¹⁾.

➤ شروط ومقومات القبول :

إذ يشترط لتحقيق القبول الذي ينعقد به العقد ما يلي :

أ- أن يكون القبول حرا ، فالموجب له في مقدوره أن يقبل الايجاب أو أن يرفضه أو أن يدع القبول يسقط بانقضاء الميعاد المحدد له من قبل الموجب ، دون أن يكون مجبرا أو مكرها على القبول .

ب- أن يصدر القبول قبل سقوط الايجاب ، أي صدوره في مجلس العقد ، كما عبرت عليه المادة 64 الفقرة الثانية من القانون المدني ، ومجلس العقد فكرة ابتكرها الفقهاء المسلمين للتأكيد على الرابطة الثنائية للعقد ، إذ لا قبول دون قيام الإيجاب بمقوماته⁽²⁾

(1) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص132 .

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص96.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد تعريف مجلس العقد ، وظهرت اتجاهات عديدة في هذا الشأن ، إلا أن أهم قصد له هو ارتباط الايجاب بالقبول زمانا و مكانا .

إذ لتحديد زمان العقد ومكانه نتائج مهمة جدا ، فمعرفة زمان العقد يتوقف عليه تحديد مبدأ ترتب آثاره التي انعقدت من أجلها ، وتحديد القانون الذي يحكمه عند تنازع الطرفين من حيث الزمان ، و أما معرفة مكان العقد تتوقف عليه كذلك معرفة القانون الذي يسوده عند تنازع القوانين المكاني ، وكذا معرفة المحكمة المختصة في نظر التنازع الذي قد يقوم حوله⁽¹⁾، ويتعين التمييز في هذا الصدد بين حالتين :

- فإن كان التعاقد بين طرفين يجمعهما مجلس واحد فإن العقد يعد تاما فور صدور القبول .

- أو أن لا يصدر القبول فور صدور الايجاب ، و إنما يتمكن من وجه إليه الايجاب أن يتريث و يتأنى ، فإذا صدر القبول ينعقد العقد و لا يجوز العدول عنه ، وهي الحالة الواردة في المادة 64 من القانون المدني في فقرتها الثانية بقولها :". غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورا ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن ايجابه في الفترة ما بين الايجاب و القبول ، وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد".

ج- أن يكون القبول مطابقا للإيجاب ، مطابقة تامة و شاملة لكل العناصر الجوهرية التي تضمنها الايجاب ، فإذا اختلف القبول عن الايجاب من حيث المضمون (مسائل جوهرية أو تفصيلية) ، في أي شيء زيادة أو نقصا أو تقييدا ، فإن العقد لا ينعقد ، ذلك لأن القبول المغاير للإيجاب لا يعد قبولا ، بل يعد ايجابا جديدا ، يحتاج إلى قبول مطابق من الموجب الأول ، وعندئذ يتغير الوضع ، إذ يصبح الموجب له موجبا ، ويصبح الموجب موجبا له ، ويكون لهذا الأخير بالتالي أن يقبل أو أن يرفض .

(1) وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص63.

ونشير في هذا الصدد أن المسألة التي لاقت خلافا كبيرا بين الفقهاء و الشراح ، وأثارت جدلا واسعا هي مسألة احتواء القبول زيادة من حيث المضمون (1)، إلا أن المشرع الجزائري اعتبر القبول الذي يغير الايجاب بمثابة ايجاب جديد وهو ما نصت عليه المادة 66 من القانون المدني على أن :

" لا يعتبر القبول الذي يغير الايجاب إلا ايجابا جديدا"

د- أن يتم توجيه التعبير بالقبول إلى الموجب ، و توجد صورة عديدة للقبول كالقبول الواضح و الصريح بواقعة أو فعل أو قول بطريق مباشر يدل على القبول ، وهناك ما يسمى بالتعبير السلبي و صورته السكوت ، لا سيما السكوت السلبي الذي يمكن أن تستخلص منه أية دلالة من دلالات القبول ، وعموما مجرد السكوت لا يجوز أن يكون قبولا ، إلا في حالات تمت الاشارة إليها سابقا .

ثانيا : اتفاق الارادتين في التعاقد بين غائبين

و يقصد بالتعاقد بين غائبين هو أن لا يجمع العاقدين مجلس واحد لإبرام العقد ، و رغم ذلك فهما يتواصلان لإبرامه بواسطة العديد من الوسائل كالهاتف المذكور في نص المادة 64 من القانون المدني الجزائري ، أو الوسائل التي يذكرها الشراح و مثالها الرسائل و البرقيات و الرسول ، أو ما يماثلها ، و في هذه الحالة يفصل بين العاقدين فاصل زمني و مكاني بين صدور القبول و علم الموجب به ، وظهرت في ذلك عدة نظريات نذكر أهمها :

1. نظرية صدور أو إعلان القبول : و مقتضاها أن العقد يعتبر تاما عندما يصدر

القبول من الموجب له ، و تعرضت للنقد لا سيما من ناحية إثبات صدور القبول ،

(1) أنظر تفصيل الخلاف (ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص ص 99-100)

وأن الإرادة في هذه الحالة لا يترتب عليها أي أثر ما لم يصل إعلانها إلى علم من وجه إليه (1) .

2. نظرية تصدير القبول : و مقتضاها أن العقد يعتبر تاما عندما يصدر القابل قبوله بأن يلقي الوثيقة التي تحتوي القبول في صندوق البريد أو يرسلها بأي وسيلة ، وتعرضت للنقد كون واقعة الارسال لا تحوز بذاتها على أي قيمة قانونية .

3. نظرية وصول أو تسلّم القبول : و مقتضاها أن العقد يتم عندما يصل القبول إلى الموجب ، و انتقدت هذه النظرية بأن وصول القبول إلى الموجب دون أن يعلم به فعلا لا يكفي لأن يترتب على القبول أثره .

4. نظرية العلم بالقبول : و مقتضاها أن العقد يعتبر تاما عندما يعلم الموجب فعلا بالقبول ، لأن الإرادة لا يمكن أن تنتج أثرها ما لم تصل إلى علم من وجهت إليه ، ووفق هذه النظرية فيعد وصول القبول قرينة بسيطة على العلم به ، إذ بإمكان الموجب رغم تسلمه للقبول ، أن يثبت عدم علمه بالقبول (2) .

وباستقراء نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية ، نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية وصول أو تسلّم القبول ، حيث نصت على ما يلي :

" يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان و في الزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك و يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان و في الزمان اللذين وصل إليه فيها القبول " .

و ما تجدر الإشارة إليه وعدم إغفاله ، هو أن وسائل الاتصال في التعاقد بين غائبين قد شهدت تطورا مذهباً ، و أصبحت الوسائل التي ذكرناها في مقدمة هذا التعاقد كالرسالة و اليرقية ... وغيرها نادرة جداً ، و نكاد لا نصطدم بها إلا استثناء ، و ما أصبح رائجا هو العقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت و التي أضحت تشكل تحديا حقيقيا للنظم

(1) عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق ، ص 196 .

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 202 .

القانونية القائمة ، فالأمر يقتضي من التشريعات مواكبة هذا التغير التكنولوجي ، فمن ناحية القوانين المدنية تعتبر ضرورة تنظيم أركان العقد الإلكتروني هامة وعاجلة ، وهو المقام الذي يستدعي منا هنا التطرق لمسألة الايجاب و القبول في العقد الإلكتروني* .

1. الايجاب الإلكتروني : هو التعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد ، و يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية (1) ، فالإيجاب الذي يتم عبر شبكة الانترنت قد يكون ايجابا خاصا موجها إلى أشخاص محددين ، وهو الذي يتم في الغالب بواسطة البريد الإلكتروني ، أو عن طريق برامج المحادثة (الواتس آب ، الماسنجر ، الفاير ، ...) ، و قد يكون ايجابا عاما موجها إلى أشخاص غير محددين أو إلى جميع زائري الموقع عبر صفحات الويب (2).

ويشترط في الايجاب الإلكتروني كما هو الحال عليه في الايجاب التقليدي ، بأن يكون جازما ومحددا و باتا ، وتتجه فيه نية الموجب إلى إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به .

هذا و لم تحدد المشرع الجزائري وسائل التعبير عن الإيجاب الإلكتروني ، و انما اكتفى بتقنية التواصل أو الاتصال الإلكتروني و بذلك ترك المجال مفتوحا لمختلف وسائل الاتصال كالويب أو المحادثة أو البريد الإلكتروني .

2. القبول الإلكتروني : وهو التعبير البات عن ارادة الطرف الذي وجه إليه الايجاب يفيد قبوله بشروط العقد ، ويتم عبر وسائل الكترونية ، و توحيد طرق يكون لها الأثر في اثبات القبول من عدمه ، وهذه الطرق إما عن طريق الضغط على الأيقونة المخصصة لإعلان الموافقة ، و القبول ضمن جهاز الحاسب الآلي أو الهاتف الذكي

(*) وقد عرفه المشرع الجزائري بشكل صريح في قانون التجارة الالكترونية 05/18 المؤرخ في 2018/05/10 في المادة السادسة منه ، بأنه العقد الذي يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني .

(1) محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2003 ، ص 67 .
(2) لزهرة بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية ، دار هومة ، الجزائر ، 2012 ، ص 74-75 .

أو اللوحة الالكترونية ، وهي الطريقة الشائعة ، كما قد يتم القبول عن طريق المحادثة الفورية (chating) أو عن طريق البريد الالكتروني (e-mail) ، أو عن طريق الويب (web) أو المواقع الالكترونية ... وغيرها كثير (1).

هذا ولا تشير أي من التشريعات الخاصة بالمعاملات الالكترونية وحتى المشرع الجزائري في نصوصها إلى اعتبار السكوت وسيلة يعتد بها للتعبير عن القبول الالكتروني ، كما جاءت خالية من الكثير من التوضيحات لبعض المسائل الخاصة بإتمام العقد كنوع السلعة ، أو الخدمة وطريقة الوفاء و التسليم وخدمة ما بعد البيع ، لذلك من الضروري على المشرعين مواكبة هذا النوع من العقود بسلسلة النصوص القانونية المنظمة لها بدقة حماية لأطراف العقد ، سيما بعد أن أكد الواقع العملي نجاعة وسائل الاتصال الحديثة من حيث الجهد و النفقات و الوقت .

المطلب الثاني : صحة التراضي

إن وجود التراضي بين المتعاقدين لا يكفي وحده لينتج أثره ، بل لابد أن يكون هذا التراضي صحيحا ، و صحة التراضي يستلزم تحقق أمرين هامين : أن يكون الرضا صادراً من ذي أهلية لإبرام التصرفات القانونية ، وأن يكون خاليا من عيوب الإرادة ، و هما موضوع الفرعين التاليين .

الفرع الأول : الأهلية اللازمة لإبرام العقود

تعرف الأهلية بأنها صلاحية الشخص لأن تتعلق به حقوق و التزامات ، ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية و القضائية التي تتعلق بهذه الحقوق ، و هي صفة يقدرها المشرع في الشخص تجعله يصلح لأن تثبت الحقوق له و الواجبات عليه ، وتصح منه التصرفات ،

(1) لزهر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص ص 87 - 88.

نتعرف على أحكامها وفقا لقواعد القانون المدني الجزائري في الجزء الأول من هذا الفرع ،
و نحدد مداها ببيان تأثيرها على التصرفات و الأعمال القانونية وذلك في الجزء الثاني .

أولا : قواعد الأهلية

تميز الشراح بين نوعين من الأهلية هما : أهلية الوجوب ، و أهلية الأداء .

1- أهلية الوجوب :

وتطلق هذه الأهلية على صلاحية الشخص لأن تثبت له الحقوق ، و تنقرر عليه الالتزامات ،
لذلك فهي التي تثبت للإنسان منذ ولادته حيا وحتى وفاته ، و هي التي أشارت إليها المادة
25 من القانون المدني الجزائري بنصها على أن : " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا
وتنتهي بموته ، على ان الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا " .
فيتضح من النص القانوني أن أهلية الوجوب خاصة من خصائص الشخصية ، تدور معها
وجودا وعدما ، كامالا ونقصا ، فتحكمها ذات القواعد التي تحكم الشخصية القانونية ، فمتى
وجد الشخص وجدت أهلية الوجوب .

ولن نفصل في أهلية الوجوب أكثر لأننا بصدد التعرض لصحة الرضاء و لا علاقة لأهلية
الوجوب بذلك ، بل تهمنا هنا النوع الثاني (أهمية الأداء) و هي اللازمة لاعتبار رضاء
المتعاقدين صحيحا .

2- أهلية الأداء :

أهلية الأداء هي قدرة الشخص على مباشرة الأعمال و التصرفات القانونية ، لحساب
الشخص نفسه على وجه يعتد به قانونا وشرعا ، فأهلية الأداء بهذا الوصف هي صفة تقوم
في الشخص تجعله صالحا لمباشرة الأعمال القانونية أو القضائية الخاصة بالحقوق

أو الواجبات التي يصلح لها هذا الشخص لتعلقها به (1) ، ومناطق أهلية الأداء هو التمييز ، وهي تتدرج بين الكمال و النقصان و الانعدام ، فإذا كان التمييز تاما وكاملا كانت الأهلية كاملة وتامة ، وإذا نقص التمييز كانت الأهلية ناقصة ، وإذا انعدم التمييز انعدمت الأهلية (2) ، وتظهر أهمية التمييز أيضا وبشكل غير مباشر ، بالنسبة للتصرفات القانونية التي يحوز للإنسان أن يبرمها ، وذلك لأن التمييز يرتبط بالأهلية ، ويمكن تقسيم التصرفات القانونية التي يتمكن الشخص من إبرامها من حيث أهلية الأداء لديه إلى ثلاثة أنواع من التصرفات هي (3) :

أ- تصرفات نافعة نفعاً محضاً:

هي التصرفات التي تثري و تغني الذمة المالية لمن يباشرها ، لأنها تدخل عناصر إيجابية في الذمة المالية للمتصرف ، دون أن يدفع مقابلاً لذلك ، ومثالها : قبول الهبة بالنسبة للموهوب له ، و الوصية للموصى له ، و العارية بالنسبة للمستعير .

ب - تصرفات ضارة ضرراً محضاً :

و هي التصرفات التي تفقر الذمة المالية لمن يباشرها، لأنه عندما يتصرف بها لا يأخذ مقابلاً لما يلتزم به ، فهي تؤدي إلى خروج عناصر من الذمة المالية ، دون أن يدخل في تلك الذمة ما يقابلها ، ومثالها عقد الهبة بالنسبة للواهب ، وعقود التبرعات بالنسبة للمتبرع .

ج - تصرفات دائرة بين النفع و الضرر :

وهي التصرفات التي يلتزم بها العاقد ، و يأخذ فيها مقابلاً لما التزم به ، حيث يدخل في ذمته مقابلاً لما يخرج منها ، وهي تصرفات تحتمل بأصل وضعها الربح و الخسارة ، فتارة

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص157.

(2) عيد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص191.

(3) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص159.

يكون العاقد هو الرباح ، وتارة أخرى يكون هو الخاسر ، و هي تشمل عقود المعاوضات بصورة عامة أي العقود الملزمة للجانبين و هي على شكلين (1) :

• **عقود الإدارة :** و هي العقود التي يكون مقصدها استغلال الشيء و إدارته و استثماره كعقود الايجار لمدة محددة لا تزيد على ثلاث سنوات ، و أعمال حفظ المال و صيانتة و استيفاء الحقوق ، و ايفاء الديون ، وبيع المحصولات الزراعية ، وبيع المنقول سريع التلف...إلخ ، فهي عقود لا ترمي إلى إحداث تغيير جوهري في مال المتصرف .

• **عقود التصرف :** و هي العقود التي ترد على ملكية الشيء ، أي العقود التي تنطوي على تقرير حق عيني للغير على الشيء ، ومثاله عقد البيع ، عقد المقايضة و عقد الرهن و القرض و الصلح ، وقسمة المال الشائع و استثمار النقود ، وهي عقود ترمي إلى إحداث أمر جوهري في مال المتصرف و إدخاله في ملك الغير .

ثانيا : تأثير الأهلية على أداء التصرفات القانونية

1- الأهلية الكاملة :

فالأصل هو كمال أهلية الشخص - ولا يعتبر أي شخص ناقص الأهلية أو عديمها إلا بمقتضى حكم القانون - لأداء كل التصرفات القانونية ، فيستطيع إبرام كافة العقود سواء النافعة نفعاً محضاً ، وكذلك التصرفات الضارة ضرراً محضاً أو الدائرة بين النفع و الضرر ، وتبدأ مرحلة تمام الأهلية ببلوغ الشخص أو إكماله سن تسعة عشر كاملة (19) ، فمتى بلغ هذه السن أصبح كامل أهلية الأداء ، حيث بإمكانه أن يتصرف بأمواله بكافة التصرفات القانونية ، وهو ما أشارت إليه المادة 40 من القانون المدني الجزائري بنصها على أن :

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص ص 159_160.

" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة "

فالأهلية الكاملة حسب نص المادة 40 أعلاه ، هي بلوغ الشخص سن الرشد (19 سنة كاملة) ، يضاف إليها تمتعه بقواه العقلية أي خالية تماماً من عوارضها .

و عوارض الأهلية في القانون المدني الجزائري ، تكون إما عوارض تؤثر في العقل كالجنون و العته ، أو عوارض تؤثر في الرشد كالفه و الغفلة ، أو عوارض تصيب الإنسان كالعاهات الجسمية :

أ- الجنون : هو عرض يصيب العقل ، و يترتب عليه فقدان العقل و اختلال توازنه ، وبالتالي انعدام التمييز (1) ، وهو الحكم الذي قرره المشرع الجزائري في المادة 42 من القانون المدني بنصها على أن :

" لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون "

ويرى بعض الشراح (2) ، أنه لا بد من التمييز في أداء التصرفات بين نوعان من الجنون :

- الجنون المطبق : و هو الجنون الذي لا يفيق المريض به من جنونه ، فلا تتخلله فترات محو ، وهو في حكم عديم الأهلية ، وتكون جميع تصرفاته باطلة .

(1) فتحي عبد الرحيم عبد الله ، شرح النظرية العامة للالتزام ، (مصادر الالتزام) ، منشأة دار المعارف ، الاسكندرية ، الطبعة الثالثة ، 2001 ، ص 113 .

(2) عبد المنعم فرح الصدة ، المرجع السابق ، ص 206.

- الجنون غير المطبق : و هو الجنون الذي يفيق المريض به من جنونه ، وتتخلله فترات صحو ، فهذا تصرفاته في حكم تصرفات العاقل عندما يفيق ، و أما خلال فترات مرضه (جنونه) فتكون تصرفاته باطلة (1).

ب - العته : هو حالة من حالات الخلل في العقل يؤدي إلى نقصانه و اختلاله ، و يؤدي إلى أن يصبح الشخص قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير ، إلا أنه لا يضرب و لا يشتم ، فهو كالمجنون لكنه لا يكون في حالة هيجان ، و يمكن وصفه بأنه جنون هادئ ، وعلى الرغم من تميز الجنون عن العته ، إلا أن المعتوه كالمجنون محجور لذاته (2) ، وحكمه حكم غير المميز استنادا لنص المادة 42 من القانون المدني المذكورة سابقا .

ج - السفه : و هو تبذير المال و تبديده على غير مقتضى العقل و الشرع ، و على نحو يتسم بالإفراط الذي يخرج عن المألوف ، بحيث لا يمكن إعطاؤه مبررا كافيا (3) ، أما السفه فهو الذي ينفق ماله في غير موضعه ، ويبذر في نفقاته ، ويضيع أمواله ، و يتلفها بالإسراف ، و السفه في القانون المدني الجزائري غير محجور عليه لذاته على خلاف المجنون و المعتوه ، و إنما لا بد من صدور قرار قضائي بالحجر عليه ، فتصرفاته تكون صحيحة قبل الحجر عليه ، و أما بعد الحجر فحكمها كتصرفات الصبي المميز - كما سنراه لاحقا - نصت عليه المادة 43 من القانون المدني الجزائري بقولها :

" كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون" ، أي أن التصرفات التي يبرمها السفه تعتبر صحيحة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً له مثل قبول الهبة و التبرعات عموماً ، و تعتبر باطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً ، و أما التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر فتتعدد

(1) فتحي عبد الرحيم عبد الله ، المرجع السابق ، ص113.

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص165.

(3) فتحي عبد الرحيم عبد الله ، المرجع السابق ، ص115.

صحيحة و لكنها غير نافذة أي تتعد موقوفة على إجازة من تعيينه المحكمة المختصة وصيا عليه .

د- **الغفلة** : هي ضعف في الملكات النفسية تبرز من خلال انخداع الشخص على وجه يهدد ماله بالضياع (1)، أو هي عدم الاهتداء إلى التصرفات الربحة ، وسهولة الوقوع في الغبن لسلامة القلب و بساطة العقل (2)، وذو الغفلة هو الذي يعتقد بصدق ما يقال له، و لا يتمكن من الاهتداء إلى التمييز بين التصرفات الربحة المفيدة من عدمها (3).

وحكم تصرفات ذو الغفلة كحكم السفیه وفقا لما نصت عليه المادة 43 من القانون المدني الجزائري -السابقة التلاوة -.

هـ - العاهة الجسمانية :

فقد يصاب الشخص بعاهة جسمانية لا تؤثر على عقله و لا على تمييزه ، وإنما تجعله غير قادر على مباشرة تصرفاته القانونية ، أو أن يكون قادرا على مباشرتها و لكن يخشى انفراده بها (4)، لذلك قرر القانون حمايته عن طريق تعيين مساعدا قضائيا يعاونه في تلك التصرفات ، و اشترط القانون أن يكون الشخص صاحب العاهة إما أصم أبكم أو أعمى أبكم أو أعمى أصم ، و ذلك استنادا إلى نص المادة 80 من القانون المدني التي تنص على أن :

" إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، و تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته .

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص168.

(2) فتحي عبد الرحيم عبد الله ، المرجع السابق ، ص115.

(3) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص210.

(4) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص168.

و يكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقرر مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة "

و - المحكوم عليه بعقوبة جنائية :

سلب التشريع الجزائري - على غرار العديد من التشريعات - المحكوم عليهم بعقوبة جنائية صلاحيتهم في مباشرة التصرفات القانونية ، وذلك استنادا إلى نص المادة 78 من القانون المدني على أن: " كل شخص أهل للتعاقد مالم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون ."

فيكون إذن المحكوم عليهم بعقوبة جنائية في حكم عديم الأهلية بالنسبة لجميع التصرفات ، فيكون تصرفاتهم باطلة .

2- الأهلية الناقصة (أهلية الصبي المميز) :

وهذه المرحلة من مراحل الأهلية تبدأ منذ بلوغ الصبي سن التمييز وقبل بلوغه سن الرشد أي بلوغه سن الثالثة عشر و حتى سن التاسعة عشر ، و تثبت له أهلية أداء ناقصة استنادا لنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري - السابقة التالوة .

ونقص أهلية الصبي المميزة يؤدي إلى أن يتقيد هذا الصبي بإجراء تصرفات معينة لا يتعداها، تتمثل بالتصرفات النافعة له نفعا محضا مثل قبول الهبة و التبرعات عموما ، و الإبراء من الدين ، فهذه تعتبر تصرفات صحيحة في حقه و تسري آثارها في مواجهته وإن لم يجزها وليه⁽¹⁾، أما تصرفات الصبي المميز الضارة ضررا محضا فهي تصرفات باطلة ، و مثالها : هبة أمواله للغير ، أو إعارتها إلى الغير ، و إبراء مدينه من دين في ذمته⁽²⁾، أما فيما يتعلق بالتصرفات التي يجريها الصبي المميز وكانت دائرة بين النفع و الضرر

(1) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص199.

(2) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص199 .

فتتعدد صحيحه و لكنها غير نافذة ، أي تتعقد موقوفة على إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد أو على إجازة الولي في الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداءً⁽¹⁾.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن العبرة في تصرفات الصبي المميزة الدائرة بين النفع و الضرر هو طبيعة التصرف دون الاعتداد بواقعة معينة ، لأن الصبي المميز قد يبيع عقاره بأضعاف قيمته أو يشتري شيئاً بنصف القيمة ، ومع ذلك يبقى الحكم ذاته لا يتغير ، إذ ينعقد التصرف موقوفاً على الإجازة⁽²⁾.

3- انعدام الأهلية (أهلية الصبي غير المميز) .

و يكون الصبي غير مميز من وقت و لادته إلى حين بلوغه سن التمييز (13 سنة) ، فيكون عديم الأهلية وهو محجور لذاته دون حاجة إلى صدور حكم بالحجر عليه ، و الصبي في هذه المرحلة تكون جميع تصرفاته باطلة استناداً إلى نص المادة 42 من القانون المدني الجزائري - السابقة التلوة - .

و تنص المادة 44 من نفس القانون على أن : " يخضع فاقد الأهلية و ناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ، ضمن الشروط وفقاً للقواعد المقررة في القانون " .

و يرى الشراح في هذا الصدد من بُدّ للفرقة بين سلطة الولي و سلطة الوصي ، فهما يختلفان في القوة و الاتساع على النحو التالي⁽³⁾ :

أ- **سلطة الولي** : إن حدود سلطة الولي أوسع من سلطة الوصي ، و الولاية أقوى من الوصاية كونها تستند إلى رابطة الدم⁽⁴⁾ ، و تتساوى السلطتين في قبول التصرفات النافعة

(1) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص ص 200- 201 .

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 163.

(3) المرجع نفسه ، ص 162.

نفعاً معضاً ، و رفض التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، أما في التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر فسلطة الولي غير مقيدة مالم يثبت القاضي سوء تصرف هذا الولي .

ب- سلطة الوصي : إن للوصي الحق في مباشرة عقوده الإدارية فقط - كما سبق توضيح مفهومها و حكمها - أما عقود التصرف فليس للوصي مباشرتها مالم تأذن له المحكمة المختصة بها ، و بالطريقة التي تحددها .

الفرع الثاني : خلو إرادة المتعاقد من عيوب الإرادة .

و حتى تتحقق صحة التراضي ، لا يكفي أن يكون صادراً عن ذوي الأهلية اللازمة للتعاقد ، و إنما لابد من سلامة رضاء المتعاقد من عيوب الإرادة .

و يقصد بعيوب الرضاء أنها أمور تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما ، فتفسد الرضاء دون أن تزيله ، فيصبح رضاء معيباً لا منعدماً ، و يكون العقد بسبب ذلك العيب في الإرادة قابلاً للإبطال ، لأن الرضاء لا يعد منتجاً لأثره من الوجهة القانونية مالم يصدر عن ارادة حرة مستتيرة وغير معيبة .

و عيوب الارادة في القانون المدني الجزائري أربعة هي : الغلط ، التدليس ، الاكراه ، و الاستغلال ، وقد نص عليها من المادة 81 إلى المادة 91 منه نبيها بالتفصيل كآتي.

أولاً : الغلط .

1- تعريف الغلط : هو وهم يقوم في ذهن العاقد ، فيصور له الأمر على غير الواقع و غير الحقيقة ، و يكون هو الدافع الذي يدفع العاقد إلى التعاقد (1)، فالغلط إما أن يكون مانعا من الرضاء، و إما أن يكون مفسدا للرضاء ، و إما أن يكون له تأثير في صحة العقد (2):

2-أ- الغلط المانع من الرضاء : و يكون الغلط مانعا من الرضاء ، و بالتالي من تكوين العقد في الأحوال التالية :

* **الغلط في ماهية العقد :** كما لو أعطى شخص لآخر نقودا على أنها قرض ، و أخذها الآخر على أنها هبة ، فالعقد لا ينعقد بسبب عدم تلاقي الارادتين ، أو لمن يؤجر عيينا معينة مقابل أجره شهرية مقدارها 20.000 دينار ، ولكن ينعقد المتعاقد الآخر أنه يبيعه هذه العين في مقابل أقساط شهرية قدرها 20.000 دينار ، ففي هذه الحالة لا ينعقد العقد لغلط في ماهيته أدى إلى عدم توافق الارادتين .

* **الغلط في ذاتية المحل :** كما لو كان شخص يملك سيارتين من صنفين مختلفين ، فباع إحداهما ، والمشتري يعتقد أنه يشتري الأخرى ، فلا عقد أيضا في هذه الحال ، أو كمن يشتري ساعة على أنها من ذهب ثم تبين أنها من نحاس ، أو كالبائع الذي يبيع عقارا معيناً في حين يتوهم المشتري أنه يشتري عقاراً آخر ، فيرى بعض الشراح (3) أن الغلط هنا ولو أنه يحقق تقارباً في المنفعة إلا أنه يشكل تفاوتاً فاحشاً بين حقيقة محل العقد و بين ما أراده العاقد ، فيكون مانعا من انعقاد العقد .

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص199.

(2) وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص ص 65-66.

(3) جاك غستان ، المرجع السابق ، ص522.

* **الغلط في السبب** : كما لو ظن شخص أن ابنه الوحيد قد توفي في الحرب ، فأقدم على التبرع بجانب كبير من ثروته إلى جمعية خيرية ، ثم ظهر هذا الإبن حيا بعد سنوات ، فالعقد هنا باطل لوقوع الغلط في سبب الالتزام .

ب- **الغلط غير المؤثر** : هو الغلط الذي لا يكون له أي أثر على العقد ، لأنه يقع في أمر غير جوهري ، و بالتالي فإنه لا يمنع من انعقاد العقد لأنه يطرأ بعد تكوينه ومن صورته :

* **الغلط الواقع في صفة غير جوهريّة للشيء أو للشخص** ، كمن اشترى كتابا يظن ورقه من نوع مخصوص ، فظهر خلاف ذلك ، أو كمن باع شيئاً لشخص يظن أنه فلان و هو غيره ، و يستوي عند البائع أن يبيع لهذا أو لغيره .

* **الغلط في البواعث على التعاقد** ، كما لو اشترى شخص سيارة لاعتقاده أن سيارته تحطمت في حادثة ، ثم اتضح أنها سليمة ، أو أجرّ موظف منزله ، لما بلغه نقله إلى بلد آخر ، ثم تبين أنه لم ينقل ، أو كما لو اشتريت بطاقة لمشاهدة تمثيلية في مسرح بالهواء الطلق معتقدا أن الجو سيكون جميلا ، تم تبين أن الجو رديء في تلك الأمسية .

وعلى العكس قد يقع الغلط في نتائج العقد ، وخاصة النتائج القانونية ، كما لو اشتريت سيارة ، و أنت غافل عن الرسوم التي تترتب عليك إثر شراءها ، و تجدر الملاحظة أن الغلط في الأحوال السابقة إذا برزت البواعث بروزا واضحا في متن العقد ، كما لو أبرم العقد معلقا على شرط صريح بين الطرفين مبني على الباعث الذي ظهر عدم مطابقته للحقيقة ، كما لو ذكر في العقد أن شراء السيارة لم يحصل إلا بسبب تحطم سيارة المشتري ، وكذا قد يغدو الغلط في الباعث أحيانا سببا في بطلان العقد ، إذا كان الباعث جوهريا لدرجة يمكن معها اعتباره سببا للالتزام كما في حالة السبب غير الصحيح كالعقد الذي يتعهد فيه شخص بأن ينفق على ولد يظنه أنه ابنه ، في حين أنه ليس كذلك ...

* الغلط في الحساب أو الغلط المادي لا يؤثران على صحة العقد ، كما لو استند العقد من أجل تحديد الثمن على عملية حسابية ، ففي هذه الحالة يتعين تصحيح الغلط ، أو الخطأ في نقل الأرقام أو الخطأ في عددها ، ليس له أدنى تأثير على رضا الشخص ، وهو ما استندت إليه نص المادة 84 من القانون المدني الجزائري بنصها على أن : " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب و لا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط ."

ج- **الغلط المفسد للرضا** : وهو الغلط الذي يعيب الارادة ، و يجعل العقد قابلا للإبطال ، ويشترط لقيام الغلط المعيب للرضا توافر شرطين هامين : أن يكون الغلط جوهريا و أن يتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر.

* الشرط الأول : جوهريّة الغلط

و الغلط الجوهري هو الغلط الذي يبلغ حدا من الجسامّة في تقدير المتعاقد ، بحيث لو اكتشفه حين إبرام العقد ما كان ليقدم على التعاقد ، وهو ما أشارت إليه المادة 82 من القانون المدني الجزائري بنصها على أن :

"يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامّة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط .

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهريّة، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد و لحسن النية .

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

إذ يتضح من نص الفقرة الثانية من المادة 82 من القانون المدني الجزائري، وحتى يكون الغلط عيبا مفسداً للرضا متى تمثل في الحالات التالية :

- الحالة الأولى : الغلط في صفة جوهرية في المحل.

فقد يقع العاقد في (غلط في أمر مرغوب فيه محل العقد) كما لو اشترى عمر بقرة من زيد على أنها بقرة حلوب ، فإذا بها غير حلوب ، أو اشترت لبنى ساعة من ليلي على أنها ضد الماء ولا تتأثر به ، فإذا بها تتأثر بالماء ، فيكون الغلط معيباً للرضا مفسداً للإرادة لما يلبس العقد من ظروف تنفي حسن النية و النزاهة و الصدق في التعامل ، و الصفات كثيرة لا حصر لها .

كما قد يقع العاقد في (الغلط بالمادة المصنوعة منها الشيء محل العقد) ، و هو غلط في صفة للشيء يستمد منها قيمته الفنية و الجمالية أو أصالته و عراقته ، كمن اشترى عقداً مرصعاً بالأحجار الكريمة و الألماس ، فإذا به كان مرصعاً من الزجاج و الألمنيوم ، وما كان ليشتريه لو أنه كان مصنوعاً من الزجاج و الألمنيوم .

كما قد يقع العاقد في (غلط في صفة الشيء في صلاحيته لتحقيق غرض معين) كما لو اشترى زيد قطعة أرض للبناء عليها ، فإذا بها واقعة في منطقة لا يجوز البناء عليها ، فلو علم بذلك قبل العقد لما أبرمه.

كما قد يقع العاقد في (غلط في القانون) ، ويقصد به قيام وهم في ذهن المتعاقد يجعله يتصور حكماً لقاعدة قانونية ما على نقيض ما تقضي به هذه القاعدة بحيث لو اكتشفت حقيقة تلك القاعدة القانونية لما أقدم على التعاقد ، كما لو تقاسم وارث مع أخته في الميراث باعتبار حصته مثل حصتها ، جاهلاً أن قانون الأسرة يجعل للذكر ضعف الأنثى ، فيكون له طلب فسخ عقد القسمة لغلط في القانون .

كما قد يقع العاقد في (غلط في شخص العاقد الآخر أو في صفة من صفاته) ، أي كانت محل اعتبار عند إبرام العقد ، ويرى الشراح⁽¹⁾ أن ذات العاقد أو صفته تكونان

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 209

محل اعتبار في العقود التي تبني على الإعتبار الشخصي كعقود التبرعات كما لو تم إبلاغ الشفيع أن المشتري هو فلان ، فنتازل لأجله عن طلب الشفعة ، كان لهذا الشفيع أن يطلب بالشفعة ويرجع عن تنازله إذا كان المشتري شخص آخر ، أما في عقود المعاوضات فالغالب أن شخصية العاقد ليست محل اعتبار .

* الشرط الثاني : اتصال الغلط بالمتعاقدين الآخر

أو العلم بالغلط ، و العلم المطلوب هنا هو العلم اليقيني أو الفعلي ، فلا ينبغي التسليم بحق العاقد في فسخ العقد لمجرد ادعاءه أنه وقع في غلط عند التعاقد ، وإنما لابد له من إثبات أمرين هامين :

- وجود الغلط ، و أن هذا الغلط هو الدافع له إلى إبرام العقد .
- أن الغلط الذي وقع فيه العاقد قد اشترك فيه العاقد الآخر ، أو أنه كان يعلم به، أو كان من السهل أن يعلم به (1) .

ويثير هذا الشرط تساؤلا هاما : هل يجب أن يكون الغلط مشتركا أم يكفي أن يكون فرديا ؟

ويقصد بالغلط الفردي ، الغلط الذي ينفرد به أحد المتعاقدين كما لو التبس الأمر على المشتري دون البائع ، أما الغلط المشترك فهو الذي يشترك فيه المتعاقدان معاً في توهم غير الواقع ، كأن يكون كل من بائع الصورة و مشتريها يعتقد على خلاف الواقع أن الصورة بريشة مصور مشهور .

إن القانون المدني لم ينص على وجود فرق بين الغلط المشترك بين المتعاقدين، والغلط الذي يقع من أحدهما ، ولا يمكن في هذه الحال إيجاد تفرقة من غير نص، إلا أن معظم الشراح يرون أنه لا يلزم أن يكون الغلط حاصلًا في رضا طرفي العقد ، بل يكفي أن يشوب

(1) عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق ، ص142.

رضا أحدهما ، ولكي يبطل لابد أن يكون متعلقا بصفة اعتبرها الطرفان جوهرية في العقد ، وعلى ذلك مثلا يتعين على البائع وقت إبرام البيع أن يعرف أن المشتري لم يشتري المبيع إلا من أجل صفة معينة في المبيع ، ذلك لأنه ليس للمشتري إبطال العقد بحجة تخلف الصفة التي يدعى أنها جوهرية بالنسبة إليه ، مع أنه لم يشر إليها من قريب أو بعيد (1) ، وهو كذلك أمر لا يتفق مع مقتضيات العدالة ولا يحفظ استمرارية المعاملات و العقود ، هذا و لا يحوز التمسك بالغلط على وجه يخالف حسن النية ، وقد وضع المشرع لذلك معيارا موضوعيا هاما وهو استعداد المتعاقد الآخر لتنفيذ العقد بتصحيح الغلط (نص المادة 85 من القانون المدني) ، كما لو يشتري شخص شيئا معتقدا أنه أثريّ فيتضح أنه ليس كذلك ، فإذا عرض عليه البائع أن يسلمه شيئا أثريا مطابقا لما أراده ، فلا يجوز له التمسك بالبطلان ، و لأن في اصراره على تمسكه خروج على مقتضيات مبدأ حسن النية و النزاهة في التعامل (2) .

ثانيا : التدليس

1- **تعريف التدليس :** لغة هو الخداع ، وفي الاصطلاح و المعاملات هو ايهام شخص بما يُرغبه في التعاقد ، ولم يعرفه المشرع الجزائري ، ولكن تطرق لبيان أهم شروطه بنصه في المادة 86 من القانون المدني على أن :

" يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . ويعتبر تدليسا السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة " .

(1) وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص67.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص260 .

2- شروط التدليس الموجب لبطلان العقد :

نستخلص من نص المادة 86 أعلاه ، أن التدليس موجب لبطلان العقد إذا استخدم أحد المتعاقدين طرق ووسائل احتيالية ، وكانت تلك الحيل مؤثرة ، وتوافر نية التضليل لتحقيق هدف غير مشروع .

أ- استعمال طرق احتيالية (العنصر المادي للتدليس) :

وتتجسد الوسائل و الطرق الاحتيالية في صور ومظاهر عديدة ، فقد يكون بإعطاء بيانات كاذبة في عقود تقوم في الأساس على صحة هذه البيانات وصدقها للإيقاع بالمتعاقدين معه ، مع أن الأصل أن الكذب وحده لا يكفي لتكوين عنصر الاحتيال ، فهناك الكذب المسموح به عرفا كمبالغة التاجر في وصف مزايا بضاعته ، أو تظاهر البائع للمشتري أنه كامل الأهلية ، وكان كل ذلك خلافا للحقيقة ، أو الحالة التي يكون فيها الكذب بشكل واضح جدا بحيث ينطوى على مبالغة مكشوفة ليس من المعقول تصديقها ، فيرى الشراح أنه بإمكان العاقد الآخر تبينه و اكتشافه ، أما الكذب مع المبالغة في الدعاية و المديح إلى حدّ الخداع و التضليل بتغيير الحقيقة وطمسها بحيث يصعب معرفتها ، عُدّ الكذب تدليسا ، أو عرض رسائل غير صحيحة ، أو مخططات تخالف الواقع ، كما لو أعطى طالب التأمين بيانات كاذبة لشركة التأمين يخفي أخطار يتعرض لها ، تزيد في تبعات الشركة .

ومن المسلم به أيضا فقها وقانونا أن مجرد السكوت (الكتمان) عن أمر من الأمور أو عن واقعة يعد تدليسا إذا ثبت أن المدلس عليه ، ما كان ليبرم العقد ، لو علم بتلك الواقعة، ويسمى هذا النوع بالتدليس السلبي كما في عقد التأمين على الحياة لو كتم المؤمن عن شركة التأمين مرضا يهدد حياته .

ب- أن تكون الوسائل و الطرق الاحتيالية مؤثرة (العنصر المعنوي للتدليس) :

و تعتبر الحيل مؤثرة حتى إن كانت هي الباعث الدافع للتعاقد فالعبرة تكمن بأثر تلك الأساليب و الوسائل على العاقد وعلى حالته النفسية ، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت الحيلة مؤثرة على العاقد أم لا ؟ معتمدا في تقديره هذا على بحثه و تقصيه ، و من ذلك أن الشخص الساذج أو الأقل من مستوى الشخص العادي يحتاج إلى الحماية من الغش و التدليس أكثر من غيره ، ثم إن المدلس يختار ضحاياه من بين الأشخاص السذج أو من يتوسم فيهم عدم القدرة على اكتشاف حيله و أساليبه الخداعة ، مع طبيعة الحال الأخذ بعين الاعتبار عُمر العاقد ودرجة ذكائه وقوة حيلته ودهائه ، ومدى خبرته ودرجة ثقافته وحالته الصحية و المالية (1) ، و عليه فقد يرفض قاضي الموضوع دعوى الفسخ التي يتقدم بها العاقد المدلس عليه إذا كان على درجة كبيرة من الخبرة و التخصص و الذكاء .

أما التدليس الصادر من الغير (وهو ما نصت على حكمه المادة 87 من القانون المدني الجزائري) في حالة كون المتعاقد الآخر لا يعلم به ، وما كان مفروضا عليه أن يعلمه ، يقع غير مؤثر في العقد ، ولا يخول المدلس عليه طلب إبطاله ، ولكن له حق الرجوع بالتعويض على هذا الغير ، ما لم يثبت العكس .

ج- أن تكون نية التضليل و التدليس لتحقيق هدف غير مشروع (العنصر غير المشروع للتدليس) :

إذ يجب أن يكون غرض المدلس غير مشروع ، فلو كان غرضه مشروعاً ، لا يكون التدليس عندئذ عيباً في الإرادة ، وذلك كما لو لجأ الدائن إلى الخديعة ، حتى يأخذ من المدين

(1) عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق ، ص158

المماطل رهنا بالدين ، ومن ذلك أيضا الكذب الدارج بين الباعة في إطراء أوصاف بضائعهم (1) .

ويترتب على التدليس - إذا تحققت شروطه كما هي مبينة أعلاه - البطلان النسبي ، ومن ثم يجوز للمدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، كما يجوز أن يستبقه إذا رأى ذلك في مصلحته، وفي الحالتين يجوز له أن يطالب بالتعويض إذا نشأ عن التدليس ضرر (2) .

ثالثا : الإكراه

1- **تعريف :** الإكراه ضغط تتأثر به ارادة الشخص ، فيندفع إلى التعاقد بدون وجه حق . وهو نوعان : إكراه مادي و إكراه معنوي .

و **الإكراه المادي** هو الذي يعدم الإرادة ، فلا ينعقد العقد أصلا بسبب وجوده ، فالإكراه لن تكون به إرادة مطلقا ، كما إذا أمسك شخص بإبهام آخر و جعله يبصم به على عقد مكتوب أو سند دين ، فالعقد هنا باطل لانعدام ركن الرضاء .

أما **الإكراه المعنوي** : ففيه يكون الرضاء موجودا ولكنه معيب ، بسبب الخوف الذي يدفع إلى التعاقد ، وهو الذي نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 88 من القانون المدني بقولها :

" يجوز إبطال العقد للإكراه 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 خطرا جسيما محققا يهدده هو أو أحد أقاربه ، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

(1) وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص ص 71-72.

(2) المرجع نفسه ، ص 73.

ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه و سنه و حالته الاجتماعية و الصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه ."

2- شروط الإكراه :

فلكي يكون الإكراه عيبا في رضاء المتعاقد يشترط فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 88 من القانون المدني - المذكورة أعلاه - وهذه الشروط هي :

أ- **الشرط المادي** : و لا يقصد به وسائل الإكراه ، و إنما كل ما من شأنه أن يهدد بخطر حسيم محقق ، يحدث تأثيرا نفسيا واضحا لدى المتعاقد الآخر و يستوي في ذلك أن يحدق الخطر بنفس هذا المتعاقد أو بماله كما يستوي أن يحدق فيه أو أحد أقاربه ، مادام من شأنه أن يحدث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد⁽¹⁾.

وقد يكون الإكراه المادي ايجابيا بقيام المكره بعمل معين سواء أقام به فعلا ، كالتهديد بأمر ضار ، أو استعمل وسيلة مادية معينة كالضرب مثلا ، أو كإقتياد المكره من قبل المكره لحجزه أو حبسه في مكان معين ، أو البدء بالتشهير بالشخص من قبل آخر ، كما قد يكون الإكراه سلبيًا ، فيمكن وقوعه بالامتناع عن القيام بعمل كقبول شخص القيام بعمل معين ولكنه بغية الحصول على زيادة في الأجر ، ولم يقم به إلا بعد أن حصل على الزيادة المطلوبة ، ونظرا لأن ظروف التعاقد الآخر تنذر بوقوع خطر جسيم إذا لم يقم التعاقد بالعمل المتفق عليه فيكره هذا التعاقد على قبول ذلك ، ومثال ذلك : الطبيب الذي يستغل حاجة مريض مشرف على الهلاك ، فيساومه قاصداً الحصول منه على أجر عالية جدا لإجراء تلك العملية ، فيقبل المريض بذلك تحت تأثير الحاجة و الإكراه في وقت يصعب الحصول على طبيب آخر .

(1) وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص74.

ولم يحدد المشرع الجزائري درجة القربة في حالة تهديد المتعاقد بالحق الأذى بأحد قرابته قصد حمله على التعاقد عكس المشرع الفرنسي الذي حددهم بأنهم الزوج أو الزوجة أو الفروع والأصول ، و النص المصري الذي حدده بمفهوم الغير قريبا أو غير قريب (1) ، فليس من الضروري أن يهدد الخطر المتعاقد المكره نفسه ، فقد يهدد شخصا عزيزا عليه ، فيعدّ الإكراه متحققا بذلك ، و هو الرأي الموسع لبعض القوانين كالقانون المدني السوري و القانون المدني المصري .

كما ينص القانون المدني الجزائري على وجوب الأخذ بالمعيار الذاتي لهذا الخطر الجسيم ، وهو أن يكون الإكراه وذلك التهديد من شأنه إحداث رهبة وخشية في نفس المتعاقد مع الأخذ بعين الاعتبار الاعتداد بالسن والحالة الاجتماعية والحالة الصحية وجنس المتعاقد ، فما يرهب المرأة ربما لا يرهب الرجل ، وما يرهب الحدث ربما لا يرهب الكهل ، وما يرهب الشريف أو المريض لا يرهب الوضيع أو الصحيح ، فتقدير قاضي الموضوع يكون وفقا لمعيار ذاتي .

ب - الشرط النفسي : و يقصد به استعمال الإكراه بقصد إجبار العاقد الآخر على التعاقد .

ويرى بعض الشراح (2) أن الإكراه الصادر من ظروف تهيأت مصادفة (حالة الضرورة) لا يعد مفسدا للرضاء ، كما لو سقط شخص في نهر ، وكان على وشك الغرق ، وحصل منه شخص على تعهد بدفع مبلغ كبير من النقود مقابل انقاذه ، فهذا التعهد لا يعد باطلا ، لأن المنقذ لا يقصد التهديد ، وهذه رهبة ناشئة عن ظروف طارئة أو ما يسمى بالاضطرار ، ومع ذلك يرى جانب من الفقه ، أنه يجوز لمن يبرم العقد في حالة الضرورة ، وتحت ضغط ظروف خارجية شديدة أن يتمسك بالإكراه ، فبمجرد التهديد الذي يبديه العاقد الآخر

(1) محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص194.

(2) وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص76.

بالامتناع عن التعاقد مع العاقد المضطر (في حالة الضرورة) يمكن أن ينشأ عنه إكراه معنوي يجعل العقد ينعقد غير نافذ ، حتى لو كان الطرف الآخر حسن النية (1) .

ج- الشرط غير المشروع :

إذ يشترط أن يكون الإكراه إنما وقع لغرض غير مشروع ، فإذا بحق كان غرضه مشروعاً ، فلا يعيب العقد ، وهنا نرى أن المشروعية وعدمها يمكن أن تتناول وسيلة الإكراه كما تتناول الغرض منه (2) .

- فقد يكون الغرض و الوسيلة كلاهما مشروعين ، كالدائن الذي يهدد المدين بالتنفيذ على ماله ، إذا لم يعطه تأمينا على عين بالذات ، فيعطيه المدين رهنا ، فلا يبطل عقد الرهن في هذه الحالة ، ولا يعتبر تهديده إكراها .

- وقد تكون الوسيلة و الغرض غير مشروعين ، كمن هدد آخر بضربه أو إفشاء سر محرر حتى حمله على إبرام عقد معه ، فلا يعتد بهذا العقد قانونا ، وهذا إكراه يوجب الإبطال .

- وقد تكون الوسيلة مشروعة دون الغرض ، كدائن يهدد مدينه بالحجز على ماله ، كي يحمله على إبرام عقد معه ، فلا يعتد بهذا العقد ، وهو إكراه يوجب الإبطال .

- وقد تكون الوسيلة غير مشروعة و الغرض مشروعاً ، كمن يهدد بضرب و نحوه ، لحمل المدين المماطل على إعطاء رهن ، وفي هذه الحالة يعد إكراها موجبا لإبطال العقد ، إذا ارتقت الوسيلة إلى درجة الجريمة كالضرب ، أما إذا لم ترقى إلى درجة الجريمة كالتهديد بإفشاء سر ، فإن الإكراه لا يؤثر و العقد صحيح و قد قضت المادة 89 من القانون المدني الجزائري على أن التهديد أو الإكراه قد يقع من غير المتعاقدين ، وفي هذه الحالة ليس

(1) ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق ، ص 176.

(2) وحيد رضا سوار ، المرجع السابق ، ص ص 77-78.

للمتعاقدين المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من الظروف المحيطة حتما أنه يعلم بهذا الإكراه .

هذا و لا يعتبر النفوذ الأدبي إكراها إذا كان هدفه الوصول إلى غرض مشروع ، ومثاله نفوذ الأب على ابنه ، و الزوج على زوجته ، و الأستاذ على التلميذ ، و الرئيس على المرؤوس ، ورجل الدين على المتدين (1) ، فلو استغل الأب نفوذه على ابنه الغني ليهب أخاه المحتاج ما يلزمه من نفقة ، وإذا قام رجل الدين بالتأثير في المتدين فجعله يتبرع للفقراء ففي هذه الأحوال نكون بصدده رهبة حق ، فالعقد هنا صحيح و لا يجوز إبطاله للإكراه ، أما إذا استهدف النفوذ الأدبي الوصول لغرض غير مشروع كما إذا دفع الرئيس مرؤوسه إلى أن يبيعه مالا من أمواله ، أو دفع رجل الدين المتدين أن يتبرع له شخصيا بشيء ما ، كان الإكراه واقعا كون النفوذ الأدبي ولد رهبة بدون حق (2) .

ويترتب عن الإكراه قابلية العقد للإبطال لمصلحة المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه ، و له الحق في إبطال العقد مع التعويض عن الضرر الذي أصابه .

رابعاً : الاستغلال

1- **تعريف :** الاستغلال هو أن يستغل شخص طيشاً بيناً أو هوى جامحاً في آخر ليحمله على التعاقد بعقد ينطوي على اختلال فادح في الالتزامات ، وهو ما أشارت إليه المادة 90 من القانون المدني بنصها على أن :

" إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد " .

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 282 – 283 .

(2) المرجع نفسه ، ص 284

2- شروط الاستغلال : يتبين من نص المادة 90 المذكورة أعلاه ، أنه يلزم لقيام الاستغلال توافر الشروط الأساسية التالية :

أ- الشرط الأول (العنصر المادي للتدليس) :

وهو ذلك التفاوت الصارخ بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه ، أو ما تحصل عليه المتعاقد من فائدة و ما تحمل الآخر من التزامات ، ولم يحدد المشرع الجزائري نسبة معينة يبني عليها اعتبار هذا الاختلال في الالتزامات استغلال ، وترك هذه المسألة لقاضي الموضوع أن يقدر ذلك وفقا لظروف الحال و ما تعارف عليه الناس ، و العمل القضائي على السواء.

ب- الشرط الثاني (العنصر النفسي للتدليس) :

حتى يقوم الاستغلال كعيب في إرادة المتعاقد يجب أن يكون نتيجة استغلال المتعاقد الآخر طيشا بينا أو هوى جامحا في المتعاقد الأول (المستغل) ، و الطيش البين هو عدم الخبرة بالأمر و الإستهانة الشديدة بعواقبها ، فمثلا الشاب الذي يتصف بالطيش البين يعميه المال الكثير الذي ورثه ، فيندفع في تصرفاته من غير تدقيق ولا وزن للعواقب ، أما الهوى الجامح فهو الشعور الملح العنيف نحو شخص أو شيء يمتلك الإنسان فيجعله غير قادر على الحكم على تصرفات معينة ، منها امرأة مسنة يتزوجها شاب عن ميل وهوى ، فيعتمد إلى إبتزاز أموالها(1) .

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 205.

ج- استغلال الطرف الآخر لهذا الطيش البين أو ذاك الهوى الجانح :

فلا يتوافر الاستغلال إلا إذا كان الطرف الآخر عالماً بحالة الطيش البين أو الهوى الجانح لدى المغبون ، وقصد بالفعل إلى استغلالها ، أما إذا كان لا يعلم بهذه الحالة أو علم بها و لم يهدف إلى استغلالها فلا يتوافر الاستغلال في حقه (1) .

د - اشتراط اتمام التصرف نتيجة للاستغلال :

إذ يتعين لتوفر عيب الاستغلال أن يكون هذا الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد بحيث ما كان العقد ليتم لو لم توجد حالة الطيش البين أو الهوى الجانح لدى الطرف المغبون و استغلال الطرف الآخر لها . فإذا توفرت الشروط السابقة للاستغلال ، يجب رفع الدعوى سواء بإبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف المستغل خلال سنة تبدأ من تاريخ إبرام العقد، وإلا كانت غير مقبولة ، وهذه المدة هي مدة سقوط ، فلا تقبل قطعاً ولا إيقافاً ، لذا يلزم رفع الدعوى قبل انتهائها ، والا كانت غير مقبولة (2) .

ولما كان الاستغلال عيب في العقود عامة دون تحديد فإن القانون المدني قد نص على حكم الغبن المجرد في حالات خاصة وذلك في الفقرة الأخيرة من نص المادة 90 منه بقولها: "... يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود ."

ومن الحالات التي ينص عليها القانون على الاعتداد بالغبن المجرد عن الاستغلال ما يلي:(3)

الحالة الأولى : بيع العقار بغبن فاحش

أي بغبن يزيد عن خمس ثمن مثل هذا العقار ، فيكون للبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ، وهو ما أشارت إليه المادتين 358 و 359 من القانون المدني .

(1) سيد حسن البيغال، المرجع السابق، ص194.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 208.

(3) المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

الحالة الثانية : القسمة الرضائية

فإذا تضمنت القسمة الحاصلة بالتراضي غيبا بأحد الشركاء يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة ، وترفع الدعوى وجوبا خلال السنة التالية للقسمة ، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها و يمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته (المادة 732 من القانون المدني).

و بعد التطرق بالتفصيل لشروط صحة ركن التراضي ، وكذا شروط سلامة الارادة ، نأتي في المطلب الثالث و الأخير من هذا المبحث إلى بيان تلك المشكلات القانونية الهامة التي تتخلل إرادة المتعاقد لا سيما بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرام العقد ، والتي تشهد صورا حساسة للعقود ، ومدى قوتها الإلزامية ، وأهمها : الوعد بالتعاقد ، و الوعد بالتمنيز ، و التعاقد بالعربون وأخيرا العقد الابتدائي ، والتي نعرض لها بنفس الترتيب ضمن المطلب الموالي .

المطلب الثالث : العقود التمهيديّة

إن العقود التمهيديّة أو الأوليّة أو عقود ما قبل العقد النهائي هي العقود التحضيرية التي يبرمها الأطراف قبل العقد النهائي⁽¹⁾ ، فهي عقود مرحلية أو مؤقتة سابقة على التعاقد يتطلع بها الأطراف نحو تحقيق عقد نهائي ، فهي العقود التمهيديّة اللاحقة للتفاوض و التي تسبق إبرام العقد النهائي ، ولا يجب الخلط هنا بين العقد التمهيدي و العرض بالتعاقد الذي يشكل في الواقع عملا اراديا منفردا ،⁽²⁾ - كما بيناه سابقا - فطالما لم يقبل فيه الطرف الآخر ، فلا يوجد عقد ولا توافق ارادتين وفقا للمادة 59 من القانون المدني الجزائري .

(1) العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، (في ضوء القانون المدني و أحدث اجتهادات المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2018، ص173.
(2) المرجع نفسه ، الصفحة نفسها.

وسنحاول خلال سرد بعض صور هذه العقود ، الوقوف على أهم ما تطرحه من إشكالات وصعوبات خلال فترة حساسة ومؤقتة ما قبل إبرام العقد لنهائي لا سيما من حيث قوتها الالزامية و مضمونها و صياغتها و عباراتها .

الفرع الأول : الوعد بالتعاقد .

1- **تعريف :** الوعد بالتعاقد هو عقد يلزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر ، بإبرام العقد الموعود به في المستقبل ، حتى أظهر الموعود له رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها ، كأن يتعهد شخص لآخر أن يبيعه قطعة أرض مملوكة له عندما يبدي الطرف الآخر رغبته في شرائها خلال المدة المحددة ، وهو ما أشارت إليه المادة 71 من القانون المدني الجزائري بنصها على أن : "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 .

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

2- شروطه :

يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد في القانون المدني الجزائري ، سواء كان الوعد ملزما للجانبين أو ملزما لجانب واحد ، ضرورة توافر الشروط الآتية : (1)

أ- أن تتوافر في الواعد أهلية أداء كاملة للتصرف ، طالما أن إبرام هذا العقد يحتاج إلى تعبير إرادي جديد من جانبه ، و أن تكون إرادته خالية من العيوب كالغلط و التدليس ، والإكراه ، و الاستغلال و الغبن ، و متعلقة بمحل مشروع ، و سبب لا يخالف النظام العام و الآداب العامة .

(1)العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص ص 178-179.

أما الموعود له -خاصة في الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد - فيكفيه أهلية التمييز وقت الوعد ، طالما أن الوعد بالتعاقد يتمخض لمصلحته .

ب- أن يتم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، فإذا كان العقد المرتقب بيعا مثلا ، وجب الاتفاق على المبيع - تعيينا تمكن تمييزه عن غيره من صنفه - و الثمن خاصة ، وكذا على الطريقة التي يجب تعيينها وتحديدتها في عقد البيع ذاته ، وهو ما ذهب إليه و اعتمده القضاء الجزائري .

ج- أن يتم تعيين المدة التي يجب أن يتم خلالها إظهار الرغبة في التعاقد خلالها (1) ، ويتم تحديدها إما بتاريخ وهو الاتفاق الصريح عليها (فقد تكون شهر ، سنة ، سنتين ، ..) أو بالاتفاق الضمني باستخلاصها من ظروف الحال ، وإما بحصول أمر معين مستقبلا ، فإذا اتفق الأطراف على أن تكون تلك المدة هي المدة المعقولة (2) ، عندئذ يستخلصها قضاة الموضوع من ظروف التعاقد ، وطبيعة المعاملة .

ويترتب على عدم تحديد المدة في الوعد الملزم لجانب واحد البطلان المطلق لعقد الوعد بالبيع ، وفقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 71 من القانون المدني - المذكور أعلاه- .

د- إذا كان العقد المراد إبرامه في المستقبل عقد شكليا ، فيجب أن يتم الوعد بالتعاقد في هذا الشكل المعين الذي يتطلبه القانون ، وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 71 من القانون المدني الجزائري - المذكورة سابقا - ، كعقد بيع العقار و عقد الرهن الرسمي ، وعقد الهبة العقارية و عقد الوقف وعقد بيع المحلات التجارية و الصناعية ، وعقد النشر ، و عقد الشركة ،... وغيرها (3)، فإذا كان الوعد ببيع العقار فيجب إفراغ الوعد بالبيع المتعلق بالعقار

(1) وهو ما ذهب إلى إقراره القضاء الجزائري: " لا يكون للاتفاق الذي يعد به كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل أثر ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و المدة التي يجب إبرامه فيها ."
(2) أشار إلى المدة المعقولة الاجتهاد القضائي الجزائري: "... يجب تحديد المدة في عقد الوعد بالبيع ، بأجل معقول ، لا يتجاوز مدة التقادم الطويل (15) سنة."

- وهذين الاقرارين من مبدأ وارد في قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 0910499 قرار بتاريخ 2015/04/16، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، 2015 ، ص ص 222_225.

(3) العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 180

في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون (العقد التوثيقي المسجل لدى ادارة التسجيل و المشهر لدى المحافظة العقارية) ، و إلا فلا يمكن الاحتجاج بالوعد بالبيع العقاري في مواجهة الغير ، و هو ما أشارت إليه المادة 72 من القانون المدني بنصها على أن : " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم مقام العقد".

3- آثاره:

إذا توافرت الشروط القانونية اللازمة ، أنتج الوعد بالتعاقد أثره القانوني وهو التزام الواعد بإبرام العقد الموعود به ، متى أظهر الموعود له رغبته في إبرام العقد خلال المدة المحددة ، وإذا انقضت المهلة المحددة دون إعلان الموعود له عن رغبته في إبرام العقد الموعود به ، فإن الوعد بالتعاقد يعد كأنه لم يكن ولا يكون للموعود له أي حق شخصي قبل الواعد⁽¹⁾. وعملا بمقتضيات المادة 72 المذكورة سابقا- ، فإن نكل أو تراجع الواعد عن وعده ، بأن أخل التزامه بإتمام العقد الموعود به دون مبرر مشروع ، و قاضاه الموعود له ، طالبا تنفيذ الوعد بالتعاقد ، و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد متوافرة ، بما فيها الشكلية التي يتطلبها القانون ، قام الحكم القضائي الصادر- متى حاز قوة الشيء المقضي به - بإثبات التعاقد و صحته مقام العقد النهائي ، وإذا كان عقدا عقاريا ، فيتعين تسجيل الحكم لدى مصلحة الشهر العقاري في المحافظة العقارية⁽²⁾.

(1) العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 181.

(2) و لا يستوجب القانون الجزائري شهر عريضة افتتاح دعوى لإتمام إجراءات عقد الوعد بالبيع طبقا لأحكام المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية ، وهو ما قرره الاجتهاد القضائي الجزائري ، في المبدأ الوارد في قرار المحكمة العليا على أن : " لا يتطلب القانون شهر عريضة افتتاح دعوى اتمام إجراءات عقد الوعد بالبيع " ، فما ملف رقم 0809194 قرار بتاريخ 2013/12/12 ، مجلة المحكمة العليا ، قسم الوثائق ، العدد الثاني ، 2013 ، ص ص 337-

غير أنه قد لا يحكم القاضي بإثبات العقد و صحته متى كان نقل الحق من الواعد إلى الموعود له غير ممكن (عدم إمكانية التنفيذ العيني للعقد الموعود به)، فيبقى للقضاء في هذه الحالة بالخيار بين أن يحكم بالتنفيذ العيني بأن يصدر حكما يقوم مقام التسجيل على أساس وجود تراض مسبق بين الواعد و الموعود له على كل العناصر الأساسية للعقد الموعود به و أن ايجاب الواعد غير قابل للرجوع فيه ، أو أن يحكم بالتعويض النقدي المستحق بسبب رجوع الواعد في وعده ، بعد إبداء الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها للوعد ، وفقا لمقتضيات المادة 176 من القانون المدني الجزائري .

وعلى أي حال ، يرى بعض الشراح أن القواعد العامة لا يمكن أن تحقق للموعود له الحماية القانونية الكافية ، و يصير الوعد بالبيع مجردا من أية قيمة إلا إمكانية الحصول على التعويض من المتعاقد الذي نكل عن وعده مباشرة ، على أساس المسؤولية العقدية و إخلاله بالتزامه ، بينما المفروض و الغاية التي يصبوا إليها الموعود له هي كيفية الحصول على العين الموعود بها (1).

الفرع الثاني : الوعد بالترفضيل (اشتراط الأفضلية)

1- تعريف : الوعد بالترفضيل هو صورة خاصة من صور الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد يلزم لتماحه ايجاب الواعد ، لكنه اتفاق غير نهائي يقتصر التزام الواعد فيه إذا رغب في التعاقد مستقبلا بحسب ظروفه ، و أن يعرض العقد أولا على الموعود له ، تفضيلا له على غيره قبل بالتعاقد(2)، وهو أيضا التزام بالامتناع عن القيام بعمل من جانب الواعد ، بعدم ابرام العقد النهائي محل التفضيل مع الغير وفقا لبنود العقد أو الاتفاق بالترفضيل (3) ، ومثاله أن يرغب شخص (الموعود له) في شراء شقة معينة ، و لكن مالكا لا يريد بيعها حاليا ،

(1) العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص185.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 307 .

(3) سعيد جبر ، الوعد بالترفضيل ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ، ص25.

فيبرم مع هذا المالك اتفاقا يعده هذا الأخير (الواعد) أن يفضله على غيره إذا أراد بيع الشقة مستقبلا بذات الشروط التي ارتقى بها الغير فيرى بعض الشراح (1) أن الوعد بالترفضيل هو وعد معلق على شرط واقف أي التزام احتمالي يتحقق إذا رغب الواعد في بيع الشيء الموعود به ، وعندئذ يعرضه على الموعود له تفضيلا له على غيره ، و أساس هذا التكييف هو نص المادة 206 من القانون المدني الجزائري بقولها : "إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف ، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط ، أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ الجبري و لا للتنفيذ الاختياري .." .

ولم ينظم المشرع الجزائري الوعد بالترفضيل بأي نص قانوني رغم مختلف التعديلات التي مست القانون المدني، وهو فراغ تشريعي يفضل تداركه ، و يستحسن وضع تنظيم تشريعي لخصوصية الوعد بالترفضيل وأهميته وكثرة وقوعه في الواقع العملي ، وخاصة في عقود البيع وعقود الايجار (2)، و عقد النشر ، وعقد القرض وغيرها من العقود المدنية ، و يقترح بعض الشراح صياغة قانونية للوعد بالترفضيل تتضمن الأحكام التالية (3) :

أ- لا ينعقد الاتفاق المتضمن وعدا بالترفضيل ، إلا إذا توافرت شروطه ، فضلا عن المدة التي يبقى خلالها الواعد ملتزما بعدم إبرام العقد محل التفضيل مع الغير .

ب- تبدأ مدة الوعد بالترفضيل من الوقت الذي يتفق فيه الواعد و المستفيد على إبرام عقد الوعد بالترفضيل ، و ينعقد العقد النهائي محل التفضيل ، بالثمن الذي يعرضه الغير ، مالم يتم الاتفاق على غير ذلك .

(1) العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص190.

(2) المرجع نفسه ، ص ص 189 - 190.

(3) المرجع نفسه ، الصفحة 190 و ما بعدها .

ج- إذا قرر الواعد إبرام العقد محل التفضيل ، فإنه يتعين عليه أن يعرض إبرامه أولاً على المستفيد من الحق في الأفضلية ، فإذا رفض هذا الأخير عرضه استرد الواعد حرিতে في التعاقد مع الغير .

د- لا يمكن الاحتجاج بالعقد المبرم مع الغير في مواجهة المستفيد من الوعد بالتفضيل مع مراعاة القواعد التي تؤمن حماية الغير حسن النية .

2- شروطه :

وفي غياب النص القانوني المنظم لأحكام الوعد بالتفضيل ، يستوجب الرجوع للقواعد العامة التي تحكم الاتفاقات التمهيديّة خلال فترة التفاوض ، و بالخصوص أحكام الوعد بالتعاقد ، رغم أن الطبيعة القانونية للوعد بالتفضيل تبرز بعض نقاط الاختلاف مع الوعد بالتعاقد⁽¹⁾ :

- حيث لا يلزم في الوعد بالتفضيل أهلية الأداء الكاملة للتصرف ، في حين هي واجبة في الوعد بالتعاقد فاتفاق الأفضلية مجرد وعد بتفضيل الموعد له تتمهد للتفاوض حول العقد النهائي .

-إن الوعد بالتفضيل يخول للموعد له حقا بالأفضلية على غيره إن قبل الشراء لايجوز له أن يتنازل عنه إلى آخر دون رضا الواعد ، في حين ينشأ الوعد بالتعاقد باتا منذ إبرام الوعد إذا اتفق طرفي العقد على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، ففي الوعد بالبيع المتبادل بالبيع و الشراء بين الطرفين (الملزم للجانبين) ، على عقار محدد و بثمن متفق عليه ، فالبيع تام ملزم لطرفيه ، تترتب عليه جميع آثار البيع من وقت إبداء الرغبة ، فيكون بمثابة عقد بيع ابتدائي مما يستوجب تكمله إجراءات التسجيل التي نص عليها القانون.

(1) العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 189.

- لا يشترط لصحة الوعد بالترفضيل الاتفاق على مدة معينة له خلافا للوعد بالتعاقد حيث يشترط تحديد مدة لإظهار الرغبة في التعاقد خلالها كما نصت عليه المادة 71 من القانون المدني - السابقة الذكر - مما يعني إمكان أن يكون الوعد بالترفضيل غير محدد المدة كما أنه لا يخضع لنظام التقادم المسقط فلا ينقضي حق الأفضلية بمرور الزمن.

وعلى كل ، يخضع الوعد بالترفضيل (شرط الأفضلية) عند تكوينه للشروط العامة المقررة لصحة الاتفاقات و العقود المنصوص عليها في المواد 54 و 59 و 65 و 71 و 72 وما بعدها من القانون المدني الجزائري ، وهذه الشروط مستقلة عن تلك المتعلقة بصحة العقد النهائي المحتمل .

3- آثاره :

يرى بعض الشراح أن الاتفاق بالترفضيل يترتب حقا شخصيا للموعد له (المستفيد من شرط الأفضلية) في مواجهة الواعد ، معلقا على شرط واقف وهو أن يرغب هذا الأخير في التعاقد ، و يضل الواعد مالكا للمال محل الاتفاق بالترفضيل و إن كان حقا ضعيفا باعتباره حقا شخصيا فإنه في المقابل ينطوي على آثار هامة ، ومنها وجود حق مكتمل للمستفيد خلال مرحلة الترقب ، وهو حقه في أن يفضل على غيره في إبرام العقد المنشود ، إذا ما قرر الواعد إبرام هذا العقد (1).

وعليه فإن جزء الاخلال بالالتزامات الناشئة عن اتفاق الأفضلية هو إمكانية رفع دعوى شخصية في مواجهة الواعد للمطالبة بتعويض الضرر ، إذا كان الغير حسن النية و دعوى شخصية ضد كل من الواعد والغير ، إذا كان هذا الأخير سيء النية ، إذا تعاقد مع الواعد

(1) وهو المبدأ المقرر في قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 198458 بتاريخ 200/04/26 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني ، 2000 ، ص ص 163-167.

يعد العلم بوجود الوعد بالأفضلية ، و تكون دعوى المسؤولية في مواجهة الواعد عقدية ، بسبب خرق التزام عقدي ، و تقصيرية في مواجهة الغير بسبب ارتكاب خطأ تقصيري(*) .

الفرع الثالث : التعاقد بالعربون .

1- **تعريف :** التعاقد بالعربون هو اتفاق تمهيدي أو مرحلي للوصول إلى إبرام العقد المنشود أو نقضه خلال المدة المتفق عليها بين الطرفين ، على أن يدفع أحد الطرفين عربوبا ، فإذا عدل عن دفع العربون وجب عليه تركه ، وإن عدل من قبضه رده مضاعفا ، و العربون (بضم العين أو فتحها) هو مبلغ جزافي من المال يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت الاتفاق المبدئي تمهيدا للتعاقد مستقبلا ، و يحدث ذلك غالبا في عقود البيع والايجار⁽¹⁾ ، و هو ظاهرة شائعة في الحياة العملية ، و القصد من العربون عمليا هو أن العقد تم نهائيا ، و أن الهدف من دفع العربون هو تأكيد العقد و ضمان تنفيذه ، و إما احتفاظ كل من المتعاقدين بخيار العدول عن العقد .

وتنص المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري على أن :

" يمنح دفع 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 فقدده.

و إذا عدل من قبضه رده و مثله و لو لم يترتب على العدول أي ضرر "

فالعربون هو شرط اتفاقي يدفع بمقتضاه مبلغ مالي من طرف أحد المتعاقدين للطرف الآخر عند إبرام الاتفاق التمهيدي ، وذلك للدلالة إما أنه ثمن العدول عن الاتفاق المبرم ، أو على

(*) وهو ما سنبينه بالتفصيل لاحقا في الجزء المخصص للمسؤولية .

(1)العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص ص 196 - 197 .

العقد أصبح باتا بصورة قاطعة لا يجوز الرجوع فيه ⁽¹⁾، وهذا المعنى الثاني لا تحمله نص المادة 72 مكرر .

2- أحكامه : نستخلص أحكام التعاقد بالعربون من نص المادة 72 مكرر من القانون المدني - المذكورة سابقا- وهي كالآتي:

أ- العربون يعتبر مقابلا لحق التعاقد في العدول:

فالعربون وفقا للمادة 72 مكرر هو وسيلة للعدول الاختياري و الرجوع عن عملية التعاقد ، أي مقابلا لحق التعاقد في العدول ، وليس علامة على إبرام العقد وتمامه أو أداء لتنفيذ العقد ، كما أنه ليس تعويضا عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء هذا العدول ، ومن ثم فإن العدول في هذه الحالة هو استعمال لحق ناشئ عن العقد ، فيعدّ العربون مقابلا لاستعماله وليس إخلال بالتزام ⁽²⁾.

وعلى هذا ، ينبغي الرجوع في حالة النزاع بين الطرفين حول دلالة العربون إلى نية (قصد) المتعاقدين المشتركة لمعرفة ماهية القصد الحقيقي من دفع العربون وقت إبرام الاتفاق ، ولقاضي الموضوع أن يستظهر نية المتعاقدين الحقيقية لتحديد هذا الغرض ، انطلاقا من وقائع الدعوى وظروف العقد وملابساته ⁽³⁾.

ب- جواز اشتراط خيار العدول في العقد :

وهو شرط بصريح المادة 72 مكرر من القانون المدني ، ومفاده أنه يجوز للمتعاقدين أو أحدهما أن يشترط وقت التعاقد بالعربون حق التصريح في مهلة معينة خلالها يصرح بأنه يريد البقاء على العقد أو فسخه ، فخيار العدول من الناحية القانونية و العملية قد

(1)، العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص197.

(2) المرجع نفسه ، ص208 .

(3) المرجع نفسه ، ص209.

يشترط لمصلحة كل من الطرفين ، أو لمصلحة أحدهما فقط ، وفي هذه الحالة يكون العقد غير لازم لمن اشترط خيار العدول لمصلحته ، ولازمًا بالنسبة للطرف الآخر⁽¹⁾ .

ج- سكوت طرفي العقد عن دلالة العيوب وقت التعاقد:

ويتحقق هذا السكوت ما لم يتفق الطرفان على خيار، وفي هذه الحالة يؤخذ أولاً بما اتفق عليه المتعاقدان في العقد ، وهو نصت عليه المادة 72 مكرر من القانون المدني -السابقة الذكر- ، فإن سكتا عن دلالة العيوب ، اعتبر هذا الأخير مقابلاً للحق في العدول ، ويرجع هنا إلى نية المتعاقدين المشتركة صريحة كانت أم ضمنية ، لتحديد المقصود من دفع العيوب ، وهي قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات عكسها ، بإقامة الدليل على اتجاه إرادة طرفي العقد إلى غير ذلك ، بكافة طرق الإثبات بما فيها البيينة و القرائن ، كأن يثبت التعاقد لقاضي الموضوع أن مبلغ العيوب كبيراً مما يحمله على تفسيره بأن هذا المبلغ إنما هدفه ليكون جزءاً من الثمن ، وما كان الطرفان ليقصدا من وراءه أن يكون لإثبات خيار العدول ، أو مثلاً ما نصت عليها المادة 111 من القانون المدني الجزائري ، واعتمدها القضاء الجزائري في تفسير دلالة العيوب كما هي واردة في العقد ، فإذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها ، عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين ، وكان ذلك اجتهاداً سليماً من حيث استناده على نصوص قانونية في إصدار قراره ، وعليه فإن لم يقضي اتفاق المتعاقدين على تحديد الدلالة الخاصة بالعيوب ، ولم يستطع قاضي الموضوع استظهار نية المتعاقدين من خلال ظروف التعاقد ومبلغ العيوب و الأوراق و الأدلة المقدمة ، يتوجب عليه قانوناً عندئذ اعتبار العيوب أنه دفع للعدول⁽²⁾ .

(1) وهو ما أشار إليه الاجتهاد القضائي الجزائري في قرار المحكمة العليا : " .. حيث أن للعيوب دلالتين تستشفات من إرادة المتعاقدين ، فإن اتفقا على أن يدفع العيوب لحفظ حق كل واحد منهما في العدول على العقد اعتبر عربوناً ، و إن اتفقا على أنه لتأكيد العقد و البت فيه اعتبر تسبقاً أي جزءاً من ثمن البيع " ، ملف رقم 0933162 بتاريخ 2014/05/22 ، مجلة المحكمة العليا ، قسم الوثائق ، العدد الثاني ، 2014 ، ص ص 195-197 .

(2) العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 212.

د- أثر العدول عن التعاقد :

فإن كان من قبض العربون هو الذي عدل عن العقد ، كان عليه قانونا رد مثل ضعفي ما دفع له كعربون ، وفقا لما نصت عليه بصراحة المادة 72 مكرر - السابقة الذكر - ، ولا يعتبر ذلك تعويضا عن الضرر ، وإنما هو مجرد مقابل للحق في العدول عن العقد ، ويدخل في حكم العدول عن الاتفاق استحالة التنفيذ لسبب يرجع إلى المتعاقد ، وأما إذا كانت الاستحالة راجعة لسبب أجنبي لايد لأحد المتعاقدين فيه ، وجب رد العربون إلى من دفعه قانونا ، لأنه لا التزام في المستحيل .

وأما إذا كان العدول عن العقد من طرف العاقد الذي دفع العربون ، فإنه يعتبر كأن لم يكن ويسقط بصريح نص المادة 72 مكرر من القانون المدني .

الفرع الرابع : العقد الابتدائي

1- تعريف : العقد الابتدائي هو مشروع عقد ، جاء مسبقا بمفاوضات عقدية انتهت بمشروع محدد ، يلزم أطرافه على إبرام العقد النهائي في الموعد المحدد المتفق عليه ، ما دام قد استكمل عناصر العقد و أركانه و شروطه اللازمة لصحته ، بما في ذلك وجوب التسجيل لنقل الملكية ، أو لتقرير حق عيني آخر على العقار ، وعليه فأطراف الرابطة التعاقدية هنا تتجه إلى إثبات حقيقة إرادتهما في وثيقة عرفية أولية تسمى بالعقد الابتدائي ، على أن يعاد تحريره بالطريقة التي رسمها القانون من توثيق وتسجيل وشهر ، ويتسجيل العقد الابتدائي يسمى بالعقد النهائي⁽¹⁾ .

2- شروطه وأثره :

- إن عقد البيع الابتدائي يتفق أطرافه على موعد محدد لإبرام عقد البيع النهائي .

(1) العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 218.

- يلزم لصحة عقد البيع الابتدائي الأركان و الشروط الكاملة التي يتطلبها عقد البيع النهائي إذ هو في صورته المثلى يأخذ شكل المحرر العرفي في الفترة السابقة على تسجيل العقد لنقل الملكية طبقا لإجراءات التسجيل و الشهر العقاري (العقود العقارية).
- إن عقد البيع الابتدائي هو عقد تام وكامل فور انعقاده ، ولو كان التنفيذ مؤجلا ، وبمهد لإبرام العقد النهائي المنشود ، فهو غالبا العقد ذاته تترتب عليه جميع آثاره ، من حيازة ومنفعة وتسليم ، لذلك يشترط اشتغال صيغته على طبيعة العقد وموضوعه وعناصره الأساسية من الشيء المبيع وتحديد دقيق للثمن وكيفية (مكان وزمان) التسليم ، و الشروط و الالتزامات و الضمانات ...الخ ، وهو ما دأب العمل القضائي في الجزائر على إقراره في مختلف المناسبات .(1)

3- جزاء الإخلال بالتزامات العقد الابتدائي :

إن العقد الابتدائي ينشئ التزاما على عاتق كل من طرفيه بإبرام العقد النهائي المنشود ، في الميعاد المحدد المتفق عليه في هذا العقد ، أو في مدة معقولة ، وبنفس شروط العقد الابتدائي ، مالم يتم تعديلها باتفاق لاحق للطرفين أو طبقا للمعاملة أو ظروف الحال ، وهو التزام بعمل من الناحية القانونية (2) ، وعليه فإن عقد البيع العقاري الابتدائي مثلا ينشئ كافة آثار البيع القانونية من وقت صدوره ، وإذا أخل أحد طرفي العقد الابتدائي بالتزاماته التعاقدية حكم القاضي في مواجهته بصحة ونفاذ العقد الابتدائي ، ويقوم الحكم بصحة ونفاذ العقد الابتدائي مقام العقد النهائي ، من دون الإخلال بما قد يتطلبه القانون من ضرورة توافر الشروط الشكلية المتعلقة بإجراءات التسجيل و الشهر العقاري ، إلى جانب حقه في طلب فسخ العقد ، و المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه .

(1) مثلا ما أشار إليه قرار المحكمة العليا : " لا يكون العقد الابتدائي ملزما إلا إذا اشتملت صيغته على طبيعة العقد و عناصره الأساسية أو الجوهرية " ، في ملف رقم 45658 بتاريخ 1987/12/07 ، مجلة المحكمة العليا قسم الوثائق ، العدد الثاني ، 1987.

(2) العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص220.

هذا ويرى بعض الشراح بجواز اختلاف العقد النهائي في شروطه عن تلك الواردة في العقد الابتدائي ، شريطة أن يتم ذلك باتفاق الطرفين ، كأن يتم تعديل مقدار المبيع نفسه أو ثمنه أو شرط من الشروط المتفق عليها سابقا في العقد الابتدائي ، غير أنه عند اختلاف الطرفين عن قبول أي تعديل أو أي شرط من شروط العقد الابتدائي ، التزم الأطراف بإبرام العقد النهائي بذات الشروط الواردة في العقد الابتدائي (1).

وبهذا انتهت إحاطتنا بالركن الأول من أركان العقد ألا وهو ركن التراضي ، لننتقل في المبحث الثاني و الموالي لنعرض ما يقتضيه القانون من أحكام بخصوص الركن الثاني لتكوين العقد في القانون المدني الجزائري ألا وهو ركن المحل (محل العقد) ، و هو الآتي بيانه.

المبحث الثاني : المحل (الركن الثاني)

حتى يقوم العقد صحيحا مرتبا لآثاره ، لابد أن يكون له محل (المعقود عليه) ، وهو ما يظهر فيه أثر العقد و حكمه ، و هو المال المبيع في عقد البيع ، و المنفعة في عقد الايجار ، وعمل المزارع في الأرض في عقد المزارعة ، والعين المرهونة في عقد الرهن (2).

ولا يقوم محل العقد إلا بإنشاء التزام محله القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل أو الالتزام بإعطاء ، وإن لم يقد الالتزام وقع العقد باطلا ، وذلك يفضي لنا بتلك العلاقة الوطيدة بين محل الالتزام ومحل العقد ، فقد ذهب معظم التشريعات إلى الخلط بينهما ، رغم أن الفرق واضح وجلي ، فمحل الالتزام هو الشيء الذي يتعهد المدين بتسليمه أو القيام به ، وهو إما أن يكون التزام بالقيام بعمل أو امتناعا عن عمل أو إعطاء شيء ، أما محل العقد فهو تلك العملية القانونية التي يسعى إلى تحقيقها من العقد ، فعقد البيع له محلين أساسيين

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص214 .

(2) جهاد صالح العتيبي ، القواعد القضائية في شرح القانون المدني ، (العقد) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، 2014 ، ص476.

هما التزام البائع بتسليم المبيع و التزام المشتري بدفع الثمن ، وبذلك يكون محل عقد البيع التمكين من الحصول على المبيع و التصرف فيه ، وكذا دفع الثمن ، وعليه فلا مناص من القول أن العقد قد يتكون من أكثر من محل ، إذ يتعدد محل العقد بتعدد الالتزامات .

ولم يعرف المشرع الجزائري المحل كركن في العقد ولكنه تعرض لتنظيم شروطه وذلك في المواد 92 ، 93 ، 94 و 95 من القانون المدني ، ونميز في عرضنا لركن المحل بين الشروط التي يجب توفرها في المحل عموماً سواء أكان ركناً في الالتزام أم ركناً في العقد ، وذلك في المطلب الأول ، و نخصص المطلب الثاني لبيان شروط المحل المقترنة بالعقد .

المطلب الأول : الشروط الواجب توافرها في المحل عموماً .

بإستقراء النصوص القانونية المنظمة لمحل الالتزام ، نجد أنه لا بد أن تتوفر في المحل الشروط التالية : (الامكانية أو الوجود - التعيين - المشروعية) ، وهو ما نبين المقصود منها و أحكامها ضمن الفروع التالية :

الفرع الأول : يجب أن يكون المحل موجوداً أو ممكناً .

إذ يجب أن يكون المحل موجوداً ، فعدم وجوده يستلزم انتفاء وجود العقد ، وإذا لم يكن موجوداً ، فعلى الأقل يكون ممكن الوجود ، ولذلك فلا بد من تحديد المقصود بوجود المحل ، ثم تحديد المقصود بإمكانية وجوده ، وذلك كما يأتي :

أولاً : المحل الموجود

إن مناط المحل الموجود هو الإلتزام بإعطاء ، فإذا كان محل الإلتزام إعطاء شيء فيجب أن يكون موجوداً .

والإلتزام بإعطاء هو الإلتزام بإنشاء أو نقل حق عيني على شيء ، فمحل الإلتزام هنا إذن يتمثل إما بإنشاء حق عيني كحق الانتفاع وحق الارتفاق ، أو نقل حق عيني كنقل ملكية

المبيع إلى المشتري ، كما يجوز أن محل الالتزام ترتيب حق عيني تبقي لضمان حق شخصي كترتيب رهن تأميني للدائن المرتهن على مال يخص المدين الراهن ، ونميز في هذا الصدد بين :

1- إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء معين بالذات ، فيجب أن يكون موجود وقت التعاقد :

فإذا كان محل الالتزام إعطاء شيء معين بالذات فإنه يشترط أن يكون موجودا وقت التعاقد حتى يقوم العقد ، وإلا فإن عدم وجوده في ذلك الوقت يعني عدم وجود العقد ، فلو كان المبيع موجودا لكنه هلك قبل انعقاد البيع ، فإن العقد لا يقوم سواء علم الطرف بهذا الهلاك أو لم يعلم ، وسواء كان الهلاك ماديا كحرق منزل أو كان الهلاك قانونيا كرخصة سبق أن ألغيت ، وعلى ذلك فإنه لا يؤثر في نشوء العقد إذا كان المحل موجودا وقت التعاقد ، ولكنه هلك فيما بعد لأن العقد يكون قد نشأ صحيحا مرتبا للالتزامات تعاقدية على كلا الطرفين المتعاقدين (1) .

كما لا يؤثر على وجود العقد إذا كان محل التعاقد من المثليات* ، فهي لا تهلك لأنها تقوم مقام بعضها في التعامل .

2- أو إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى التعاقد على شيء محتمل الوجود في المستقبل :

أي أن عدم وجود الشيء محل الالتزام وقت إبرام العقد ليس من شأنه أن ينفي إمكانية وجوده في المستقبل ما دام هذا الشيء سيوجد في المستقبل ، كأن يبيع مزارع محصولاته الزراعية قبل نضجها ، أو صاحب مصنع منتجاته الصناعية التي لم يتم تصنيعها بعد ، أو تأجير منزل لم يتم بناؤه بعد ، وصورة فنية يبيعها رسام قبل اتمامها ، فالتعاقد في كل هذه الأمثلة

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص ص 141-142.

(*) المثليات هي الأشياء ما تماثلت أحادها أو أجزاءها أو تقاربت ، بحيث يمكن أن قوم بعضها مقام بعض عرفا بلا فرق يعتد به ، و تقدر في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن .

يكون صحيحا ، وقد نصت عليه المادة 92 من القانون المدني الجزائري بقولها : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا " .

و الحكمة من قبول التعاقد على شيء مستقبلي هو إمكانية وجوده متوفرة و ليس مستحيلا في حدّ ذاته ، لذلك يجب توفر شرطين لانعقاد العقد إذا كان محل الالتزام شيئا مستقبليا هما:

الشرط الأول: أن يوجد الشيء محل الالتزام

فإذا لم يوجد الشيء محل الالتزام في المستقبل ، فإن العقد لا ينعقد لتخلف المحل ، فإذا ما قام شخص بتأجير منزله الذي سيتم بناؤه في المستقبل ، فإنه يكون قد أبرم عقدا محله شيء محتمل الوجود في المستقبل ، فإذا ما احترق المنزل و انهار قبل تسلمه فإن عقد الايجار يعتبر وكأنه لم ينعقد لتخلف المحل ، ذلك لأن العقد الذي يرد على شيء مستقبلي يعد معلقا على شرط واقف وهو وجود الشيء محل الالتزام⁽¹⁾، و بالتالي فإن العقد يكون قد انعقد صحيحا إلا أنه يفسخ أو يفسخ بحسب الظروف لعدم تحقيق وجود المحل .

هذا ويلاحظ أن عبارة "شيئا مستقبلا" الواردة في المادة 92 -المذكورة أعلاه - يجب صرفها إلى معناها الواسع ، بحيث لا يقتصر مدلولها على الأشياء المادية فحسب ، بل يشمل أيضا الحقوق المستقبلية ، كما لو حول مقاول مسبقا ثمن أعمال يأمل أن يرسو عليه مزادها ، وكذا يستطيع المؤجر أن يتنازل لشخص عن بدل الايجار الذي سيستحق له⁽²⁾.

(1) محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، (النظرية العام للالتزام مصادر الالتزام : المصادر الارادية) ،

منشورات جامعة دمشق ، سوريا ، الطبعة الثامنة ، 1996 ، ص127.

(2) المرجع نفسه ، ص97.

الشرط الثاني : يجب أن ينتفي الغرر في الشيء المستقبلي محل الالتزام

إذا كان محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة بأن تحدد مواصفاته ، وأن يكون هناك موعد وقدرة على تسليمه لا سيما في عقود المعاوضات ، ويرى بعض الشراح (1) أنه في عقود التبرعات لا يشترط فيها انتفاء الغرر و السبب في ذلك أنه لا ضرر على المتبرع له من الغرر ، فهو لم يبذل شيئاً يخشى ضياعه من هذا الغرر .

الاستثناء : حالات لا يجوز فيها التعامل بشيء مستقبلي .

وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من نص المادة 92 من القانون المدني الجزائري على أن: "... غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون ."

وهذه الحالات هي : التركة المستقبلية - الهبة في المال المستقبل - حق المؤلف المستقبلي.

الحالة الأولى : (التركة المستقبلية)

إذ لا يجوز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة وكل تعامل في التركة المستقبلية يقع باطلا ، و التركة هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه ديون منظوراً إليها وقت وفاته (2)، و الحكمة من وراء منع مثل هذا التعامل وبطلانه ، هي أن هذا التعامل يتضمن المضاربة على حياة المورث المحتمل ، و الحث على قتله أحيانا ، ثم إن من يتعامل فيما سيؤول إليه من ميراث يكون غالبا طائشا قد يلجأ إلى تبديد ما يتوقع أن يحصل عليه بما قد

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ،ص143.

(2) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص284.

يوقعه ذلك صيدا ثمينا وسهلا للمستغلين⁽¹⁾، ويتخذ التصرف في الشركة المستقبلية صورتين (2) :

الصورة الأولى : التصرف الصادر من قبل الوارث

وهو تعامل محضور بكل ضروبه وأشكاله ، وهو الذي يقع على تركة انسان لا زال على قيد الحياة ، والذي يصدر من الوارث أو الموصى له لوارث آخر أو لموصى له أو لأجنبي ، فمثل تلك التصرفات لا تجوز إن وقعت على التركة المستقبلية ، سواء وقعت عليها كلها أو على جزء شائع منها أو على عين معينة فيها أو على عين ملحوظ فيها أنها تدخل ضمن أموال التركة المستقبلية ، فكل تلك التصرفات تقع باطلة بحكم القانون.⁽³⁾

الصورة الثانية : التصرف في التركة الصادر من قبل المورث

فقد يصدر التصرف من قبل المورث نفسه وذلك بأن يتفق المورث مع الوارث على أن يعطيه نصيبا من التركة أكبر من نصيبه القانوني و الشرعي الذي يستحقه ، أو قد يتفق معه على إعطائه نصيبا أقل من نصيبه الشرعي و القانوني ، أو أن المورث قد يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيبا من التركة يأخذه بعد موته فمثل هذه التصرفات باطلة ، فالمورث لا يستطيع مباشرة أي تصرف قانوني يمس التركة إلا عن طريق الوصية أو الوقف وبقدر معين وضمن الحدود المرسومة بموجب القانون لأن تصرف المورث سيُخل بأحكام الميراث التي تعد من النظام العام⁽⁴⁾.

(1) عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ص 55-56.

(2) ياسين محمد الحبورى ، المرجع السابق ، ص 228.

(3) وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 128.

(4) بهاد صالح العتيبي ، المرجع السابق ، ص 496.

الحالة الثانية : (الهبة في المال المستقبل)

إذ لا يمكن أن تقع الهبة في المال إذا كان غير موجود في الوقت الحاضر إذ لا هبة في المال المستقبل ، و سبب ذلك يعود إلى أن الهبة عقد عيني لا تتم إلا بالقبض فعقد الهبة الذي يبرم على عين معينة سيتم وجودها لاحقا يعد عقدا باطلا لأن وجود الشيء محل الهبة شرطا لوجود العقد .

الحالة الثالثة : (حق المؤلف المستقبلي)

إن تصرف المؤلف في مجموع نتاجه الفكري المستقبلي يعتبر باطلا ، وحكمة ذلك رغبة المشرع في حماية المؤلف من أن يثقل نفسه بالتزامات على عجلة من أمره ، دون روية ودون تفكير ، ثم إن النتاج الفكري للمؤلف يعد من قبيل الأشياء المستقبلية التي لا يمكن أن تعد ممكنة الوجود ، ومن ثم لا ينتفي فيها الغرر و الجهالة الفاحشة ، ولذلك أصبح التعامل بالنتاج الفكري و الذهني المستقبلي للمؤلف باطلا في مختلف التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية ومنها التشريع الجزائري ، حيث نصت المادة 71 من الأمر رقم (03-05) المؤرخ في 19-07-2003 المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة على أن :

" يعد باطلا التنازل الإجمالي عن الحقوق المادية للمؤلف ، المتعلقة بمصنفا تصدر في المستقبل ."

ثانيا : المحل الممكن

يجب لنشوء العقد ومن ثم قيام الالتزام ، أن يكون المحل ممكنا ، ولكي يتحقق شرط الامكان يجب أيضا أن يرد الالتزام على القيام بعمل ، أو على الامتناع عن القيام بعمل ممكن القيام بهما ، ولما كان الالتزام تكليف بالقيام بعمل أو تكليف بالامتناع عن القيام بعمل ، يمكن اقتضاؤه من المدين الذي يجبر على تنفيذه ، فإن العقد لا ينعقد إذا كان محل الالتزام هذا غير ممكن ، أي مستحيلا في ذاته ، وهو ما تقرره المادة 93 من القانون المدني الجزائري

بنصها على أن : " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام و الآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا " .

و المقصود بالاستحالة هنا هي أن يكون محل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة ، و العبرة في اعتبار الاستحالة مطلقة (موضوعية) أو نسبية (شخصية) ، ما يلي :

1- **الاستحالة المطلقة** : متى كان محل الالتزام مستحيلا بذاته لا يستطيع أحد القيام به ، و هذه الاستحالة هي التي تحول دون إبرام العقد ، كما يجب أن تكون سابقة على إبرام العقد حتى تحول دون قيامه ، أما إذا كان محل الالتزام غير مستحيل (ممكن) وقت إبرام العقد ، ولكنه أصبح مستحيلا لسبب أجنبي بعد ذلك فإن الالتزام ينقضي ، فالعقد يكون قد نشأ صحيحا ولكن يمكن فسخه بسبب الاستحالة الطارئة .

وتعتبر الاستحالة مطلقة عندما لا يمكن القيام بالعمل أو لا يمكن الامتناع عن القيام بعمل ، ليس فقط بالنسبة للعاقد فحسب ، بل و بالنسبة للرجل المعتاد أيضا (1) ، فلا يلزم هنا أن يكون العمل أو الامتناع عن العمل مستحيلا على كافة الناس لكي تعد الاستحالة مطلقة فالاستحالة لا تكون مطلقة ما لم ترجع إلى الالتزام في ذاته، بحيث يكون القيام بالعمل مستحيلا بالنسبة إلى موضوع العمل لا بالنسبة إلى شخص معين أو طائفة معينة من الناس ومثال ذلك أن يتعهد شخص بأن يعبر المحيط سباحة ، أو أن يغطس في الماء يوما كاملا دون جهاز يساعده على التنفس، أو كما لو تعهد طبيب بإحياء ميت ، وهذا هو المعنى الذي قصده المشرع الجزائري في المادة 93 من القانون المدني- المذكورة سابقا- .

و الاستحالة المطلقة قد تكون :

(1) سليمان مرقس ، المرجع لسابق ، ص255.

- استحالة طبيعية : وهي تلك الاستحالة التي ترجع إلى طبيعة الأشياء (طبيعة المحل) ، ومثالها تعهد شخص بأن يلمس السماء ، أو التزام شخص بإعادة ورقة محروقة إلى حالتها أو الكتابة عليها ، أو التزام أن يمتنع محام عن إفشاء سر كان قد تم إفشاؤه⁽¹⁾.
- أو استحالة قانونية : وهي تلك الاستحالة التي ترجع إلى حكم القانون كتعهد محام برفع استئناف عن قضية بعد انقضاء ميعاد الاستئناف ، أو التزام تاجر باستيراد سلعة من الخارج تمنع دولته استيرادها ، أي أن محل الالتزام يهدف إلى تحقيق نتيجة يحظرها القانون ، و الاستحالة من هذا النوع لا ترجع إلى طبيعة الشيء ، وإنما ترجع إلى القانون الذي يجعل ترتيب مثل تلك الالتزامات مستحيلا لأنه يمنع القيام بها⁽²⁾.

2- الاستحالة النسبية (الشخصية) : وتتحقق ما إذا كان القيام بالعمل أو الامتناع عن القيام بالعمل مستحيلا على العاقد شخصيا ، ولكنه غير مستحيل بالنسبة للرجل العادي في مثل ظروف العاقد الخارجية ، وهذا النوع من أنواع الاستحالة لا يمنع من انعقاد العقد ، ولا أثر له في صحة العقد ، وإنما يتعلق بتنفيذه ، وقد يؤدي إلى فسخ العقد مع التعويض .

فالاستحالة تكون نسبية أو شخصية إذا كان المدين وحده غير قادر على تنفيذ الالتزام لأسباب تعود له ذاته ، وما تجدر الإشارة إليه هو أن الاستحالة قد تكون (كلية وقد تكون جزئية) ، كما قد تكون (دائمة أو وقتية) ومثالها أن يتعهد شخص بأن يزرع أرضا يتضح أن جزءا منها أو كلها لا يمكن زراعته لأن الفيضان يحول دون ذلك ، ففي مثل هذه الأحوال يقوم الالتزام بقدر ما يكون تنفيذ الالتزام ممكنا ، أو عند الوقت الذي يمكن فيه تنفيذ الالتزام ، إذ لا تؤثر الاستحالة الجزئية أو الوقتية في قيام الالتزام .

وما نؤكد عليه في هذا الصدد ، أنه لا يكفي لكي تحول الاستحالة دون انعقاد العقد ، أن يكون محل الالتزام (القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل) مستحيلا استحالة مطلقة ،

(1) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 281.

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 231.

وإنما يجب أن تكون تلك الاستحالة قائمة ومتحققة وقت انعقاد العقد ، سواء أكانت موجودة من قبل ذلك واستمرت إلى حين التعاقد ، أم أنها وجدت ابتداءً وقت انعقاد العقد (1) .

إن وجود أو إمكانية وجود المحل لا يكفيان لانعقاد العقد صحيحا ، وإنما لا بد أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعين ، وهو ما سنعرضه في الفرع الموالي .

الفرع الثاني : يجب أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعين

ويتحدد مضمون هذا الشرط حسب طبيعة الالتزام الذي يتعهد به المتعاقد (المدين) في العقد ما إذا كان التزاما بإعطاء (منح) أو التزاما بالقيام بعمل أو التزاما بالامتناع عن القيام بعمل أو كان التزاما بدفع مبلغ من النقود ، و يتأسس هذا الشرط قانونا بناء على ما نصت عليه المادتين 94 و95 من القانون المدني الجزائري ، حيث نصت المادة 94 منه على أن :
" إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه ، ومقداره وإلا كان العقد باطلا .

ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط ، إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء ، من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط ."

وتنص المادة 95 على أن :

" إذا كان محل الالتزام نقودا ، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير " .

ونبين المقصود من شرط تعيين المحل أو قابليته للتعين حسب طبيعة الالتزام في كل نوع على حدة .

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص314 .

أولاً : الإلتزام بإعطاء (منح)

ولبيان مدى تحقق هذا الشرط في التعيين أو القابلية للتعيين في هذا النوع من الإلتزامات يجب التمييز بين ما إذا كان الإلتزام بإعطاء شيء معين بالذات (الأشياء القيمة) أو ما إذا كان الإلتزام بإعطاء شيء معين بالنوع (الأشياء المثلية) .

1- الأشياء المعينة بالذات (الأشياء القيمة):

هي الأشياء التي تتميز عن غيرها من الأشياء بصفات معينة خاصة بها تعينها تعييناً ذاتياً بحيث تجعلها تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به ، وتختلف اختلافاً متميزاً ، وهو ما يجعلها لا تقوم بعضها مقام بعض في الوفاء ، ومثالها العقارات بوجه عام ، و اللوحة الزيتية، و المخطوطات الأصلية ، وسيارات المشاهير ،... وغيرها⁽¹⁾ .

2- الأشياء المعينة بالنوع (الأشياء المثلية أو المثليات):

وهي تلك الأشياء التي يوجد لها نظير من جنسها مساوٍ أو مقارب لها في الصفات ، وفي القيمة بحيث تتفق آحادها أو قد تختلف اختلافاً بسيطاً لا يعتد به في كثير من الأحوال ، وهو ما يجعل بعضها يقوم مقام بعض عند الوفاء ، ومثالها : القطن ، والقمح ، و الأرز ، والسكر ، وغيرها⁽²⁾ .

فأما إذا كان الشيء معيناً بالذات تكفي الإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص ، إذا كان موجوداً وقت العقد لتحقق شرط التعيين ، أما إذا لم يكن حاضراً وجب وصفه وصفاً دقيقاً نافياً للجهالة الفاحشة به* ، ومثال ذلك إذا باع شخص سيارة لم تكن حاضرة في مجلس العقد ، فيجب عليه أن يبين نواها ، ولونها ، وتاريخ صنعها ، وغير ذلك من الأوصاف التي

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص233.

(2) المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

(*) الجهالة الفاحشة هي التي تنشأ من كون جنس محل الإلتزام مجهولاً غير معين تعييناً تميزه عن غيره .

تحدد وتعين تلك السيارة وتميزها عن غيرها من السيارات التي يملكها ذلك الشخص ، أو مثلا بيع الأرض الزراعية تتعين ببيان موقعها وحدودها ومساحتها وحدودها الأربعة وأهم مواصفاتها التي تميزها عما جاورها .

وأما إذا كان الشيء معيناً بنوعه ، فيجب أن يتم تعيين مقدار ذلك الشيء ونوعه وجنسه عند التعاقد عن طريق تحديد الكمية المخصصة بوحداتها لكل نوع من أنواع الشيء المثلي وهذه العملية تسمى بالإفراز أي تحويل الشيء من معين بالنوع إلى معين بالمقدار كالعد، والوزن والكيل و المقاس أو القياس، كأن يكون محل العقد هو قمح مثلا فوجب عند انعقاد العقد أن يذكر مقداره كألف كغ، أو كمن باع كتبا مدرسية لمرحلة دراسية معينة ، فيكون قابلا للتعيين عند تحديد عدد التلاميذ في تلك المرحلة.(1)

وأما إذا لم يحدد مقدار الشيء المثلي في العقد وجب أن يتضمن العقد ما يجعل المقدار قابلا للتعيين ، وذلك باحتواء العقد للعناصر الضرورية الدالة على محل الالتزام و التي من شأنها أن تؤدي إلى تعيين المقدار فيما بعد ، ومثاله أن تعاقد أحد المطاعم مع أحد الخياطين لخياطة ملابس موحدة لعمال المطعم ، فتحدد عدد القطع الواجب خياطتها قابلا للتعيين عند ضبط عدد عمال المطعم .(2)

أما فيما يتعلق بدرجة جودة الشيء المثلي فإن القانون المدني الجزائري في المادة 94 منه - السابقة الذكر - أشار إلى ضرورة الاتفاق على الجودة ، وعليه فالأصل أن يتفق المتعاقدان على الجودة ، أما إذا لم يتفق الأطراف على درجة الجودة فيجب -حسب نص المادة 94 المذكورة سابقا - الرجوع إلى العرف أو أي ظرف آخر كالتعامل السابق بين الطرفين و الثمن المدفوع ، أما إذا كان ذلك غير ممكن فإنه وجب أن يكون الشيء من

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 234 .

(2) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 148 .

الصنف المتوسط ، وعليه فعدم تحديد درجة الجودة لا يؤدي إلى بطلان العقد وإنما يلزم المدين حينئذ بأن يقدم شيئاً من صنف متوسط .

ثانيا : الالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بالعمل

1- تعيين المحل وقابليته للتعيين إذا كان قياما بعمل:

فإذا كان محل الالتزام قياما بعمل معين ، فإنه أيضا يجب أن تكون طبيعة العمل ومضمونه، معينين أو قابلين للتعيين ، بحيث تنتفي عنه الجهالة الفاحشة ، و يتم ذلك ببيان ماهيته طبقا لظروف العقد ما إذا كان مثلا تسليم شيء ، أو بناء دار ، أو إجراء عملية جراحية... الخ ، ثم تحديد مضمون ذلك العمل ، فمثلا لو كان العمل هو إجراء عملية جراحية ، فيتعين تحديد تلك العملية حتى يمكن الإتفاق عليها ، وحتى يتمكن المدين (الطبيب) من الوفاء بها ، و يتمكن الدائن (المريض) من حصول ذلك الوفاء ، وفي حالة عدم تحديد مواصفات العمل المطلوب وماهيته وطبيعته يكون العقد في هذه الحالة مثار خلاف واضطراب بدلا من أن يكون عامل وفاق و استقرار (1) ، كمن تعهد لآخر ببناء منزل أيا كان دونما تحديد لمواصفاته وأجزائه ، فإن العقد يكون باطلا لتخلف المحل ، فقد نتجه إرادة أحد الطرفين إلى بناء منزل للسكن في حين نتجه إرادة الطرف الآخر إلى بناء مدرسة ، فالتعيين الدقيق للبناء ينصب على تحديد مواصفاته من حيث موقعه ، مساحته ، أجزائه وعدد طوابقه ، وغرضه سكني أم تعليمي... الخ .

2- تعيين المحل وقابليته للتعيين إذا كان امتناعا عن القيام بالعمل :

وإذا كان محل الالتزام هو الامتناع عن القيام بعمل كالتزام المدين بعدم المنافسة ، فيجب أن يعين فيه موضوع عدم المنافسة ، ومدة الالتزام ، و المنطقة الجغرافية التي يجب أن يمتنع

(1) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 237.

فيها المدين عن المنافسة ، ومدة الالتزام ، و المنطقة الجغرافية التي يجب أن يمتنع فيها المدين عن المنافسة ، وإلا عُدَّ العقد باطلا طبقا لنص المادة 94-السابقة الذكر - .

فلو تعهد تاجر أحذية لتاجر أحذية آخر بعدم منافسته في السوق الذي يتاجر فيه ولمدة سنتين ، فإنه لا يكون قد أخل بالتزامه إذا ما قام بفتح محل تجاري يتاجر فيه بالألبسة في نفس السوق أو محل يتاجر فيه بالأحذية ، ولكن في سوق آخر أو في السوق نفسه ، ولكن بعد انتهاء المدة المتفق عليها (1).

ثالثا : الالتزام بدفع مبلغ من النقود

حسب نص المادة 95 من القانون المدني الجزائري- السابقة الذكر - أنه إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود وجب هنا أيضا أن يعين نوعها وعددها أو مقدارها ومثال ذلك التزام المدين بدفع 10.000 دينار جزائري ، إذ يلتزم المدين بدفع هذا المبلغ المعين في العقد ، بصرف النظر عن ارتفاع أو انخفاض قيمة النقود ما بين نشوء الالتزام و الوفاء به ، ويترتب على ذلك أنه ليس للدائن المطالبة بأكثر من المبلغ المقدر في العقد حتى ولو انخفضت قيمة الدينار ، وكذلك ليس للمدين المطالبة بالوفاء أقل من ذلك المبلغ حتى ولو ارتفعت قيمة الدينار .

ولا يكفي لقيام العقد أن يكون المحل ممكنا أو موجودًا ، ومعينا أو قابلا للتعيين بل لابد أن يكون مشروعًا أيضا .

الفرع الثالث : يجب أن يكون المحل مشروعًا .

ويقصد بالمحل المشروع قصدين هامين :

1- أن يكون محل الالتزام في العقد قابلا للتعامل فيه .

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص ص 149-150.

2- أن يكون محل الالتزام في العقد غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة

وهما القصدان اللذين نفسر معناه من الناحية القانونية فيما يلي :

أولا : أن يكون محل الالتزام في العقد قابلا للتعامل فيه

أي لا يخرج عن التعامل بحكم طبيعته أو بحكم القانون ، وإلا كان محل الالتزام في العقد غير مشروع ، و بالتالي مبطل للعقد ، ولا يكون المحل قابلا للتعامل فيه إذا كان من أحد الأشياء التالية⁽¹⁾ :

1- أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها :

وهي الأشياء التي لا يستطيع بعض الناس حيازتها أو الانتفاع بها دون البعض الآخر ، كمياه البحر ، أو الهواء أو أشعة الشمس ، وسبب خروجها عن التعامل إما لأنها يجب أن تبقى دائما ملكا للجميع أو لأن لا أحد يستطيع الاتفاق على التصرف فيها ونقل ملكيتها لعدم القدرة على تسليمها .

2- أشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون :

وهي الأشياء التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية ، رغم أنها تقبل التعامل فيها بطبيعتها ، تقريبا من المشرع مراعاة للمصلحة العامة ، ومثالها الأموال العامة للدولة كونها مخصصة لمنفعة عمومية ، وكذا التعامل بالآثار ، و الجسد البشري لما له من حرمة و قدسية ، كما يمنع القانون التعامل بالأشياء الخطيرة الضارة بالصحة العامة مثل المخدرات و السموم .

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص ص 149-150.

ثانيا : أن يكون محل الالتزام في العقد غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة (اللياقة التعاقدية)

1- أن يكون محل الالتزام غير مخالف للنظام العام :

و النظام العام فكرة نسبية مرنة تختلف باختلاف الزمان و المكان ، ويمكن تعريفه بأنه :
" مجموعة القواعد التي تمس مصالح المجتمع العليا ، التي يقوم عليها كيانه ، وتسود على
مصالح الأفراد وتعلو عليها بحيث لا يجوز لهم مخالفتها" ، ومعيار فكرة النظام العام هو
المصلحة العامة ، ومثالها في باب المعاملات المالية : القواعد التي تحمي الطرف
الضعيف في العقد⁽¹⁾، فمثلا كل شرط يمنع المالك من التصرف في ملكه يعد باطلا ، مالم
يكن مبنيا على باعث مشروع ومحدد لمدة معقولة ، كما لا يجوز البقاء في الشيوع لأكثر من
مدة معينة وأيضا لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الأحكام التي تحمي حسن النية وتناهض
الغش ، أو الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية أو من المسؤولية العقدية ، فالنظام
العام هو مجال القواعد الآمرة.

2- أن يكون محل الالتزام غير مخالف للآداب العامة

و الآداب العامة فكرة يستعصي تطبيقها على التحديد و التعيين ، وقد عرفها بعض
الشرح⁽²⁾ بأنها : مجموعة القواعد و المبادئ التي جرى الناس على اتباعها واحترامها طبقا
لناموس معين يسود علاقاتهم الاجتماعية ، وهذه القواعد وليدة عوامل اجتماعية و أخلاقية
واقصادية، نابعة إما عن الدين أو العرف أو التقاليد السائدة في المجتمع " ، ومعيار فكرة
الآداب العامة هو معيار اجتماعي أخلاقي ، وعليه فإذا ورد العقد اتفاقا محله مخالفا للآداب
العامة ، ولم يوجد نص في القانون يتعلق بالمحل الذي هدف الاتفاق إلى مخالفته ، فإن مثل
هذا الاتفاق يكون باطلا ، ومن تطبيقاته مثلا أن يتعهد شخص بمقتضى اتفاق يرد ما سرقه

(1) جلال علي الوردي ، و محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ص 124-125.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 330 .

في مقابل أجر يأخذه ، أو الاتفاق الذي يتعهد به شخص على أن يكذب لمصلحة آخر أمام القضاء ، أو الاتفاق على ايجاد علاقة جنسية غير مشروعة ، فمثل هذه الاتفاقات باطلة سواء كان الاتفاق لإدامة العلاقة و استمرارها أو لمجرد تسهيلها .

و هذه الشروط إذن هي الشروط الواجب توافرها في المحل كالتزام وفي المطلب الموالي نبين شروط المحل المقترنة بالعقد .

المطلب الثاني : شروط المحل المقترنة بالعقد .

إن اقتران العقد بالشرط ، هو اقتران العقد بالتزام أحد طرفيه بأمر زائد عن التصرف وغير موجود وقت التعاقد ، وهو التزام لا يعرقل و لا يعيق سبيل انعقاد العقد ، و إنما يقيد حكم العقد ، فيعدل من آثاره الأصلية ، و هذا الاقتران إنما يعود للأصل في العقود ألا وهو مبدأ الرضائية ، هذا المبدأ الذي يعطي للأطراف الحق في تنظيم العقد المراد إبرامه ، و إدراج ما اتفقوا عليه من شروط في هذا العقد ، بشرط أن لا تكون مخالفة للنظام العام و الآداب العامة ، و هي كثيرة و متنوعة نوجزها كما يلي (1):

1- الشرط الذي يقتضيه العقد :

إن الشرط الذي يقتضيه العقد هو شرط يدل عليه العقد و لو لم يذكر فيه ، ومثل هذا الشرط لا يضيف جديدا على العقد لأن العقد يقضي بوجود ما يقتضيه دون حاجة إلى الشرط ومثاله : اشتراط المشتري على البائع تسليم المبيع ، و اشتراط البائع على المشتري تسليم الثمن ، و مثل هذا الشرط يعدّ وجوده كعدمه .

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص ص 249 - 250 .

2- الشرط الذي يلاءم مقتضى العقد :

وهذا الشرط ليس من مقتضى العقد و لكنه يلائمه ، فما يقرره هذا الشرط ليس أثر من آثار العقد غير أنه يؤكد ما يوجبه العقد ، ووجوده يلائم ما يقتضيه العقد فيلحق به في الحكم ومثاله : اشتراط البائع على المشتري أن يحضر كفيلا بالثمن إذا كان الثمن مؤجلا .

3-الشرط الذي جرى به العرف و العادة :

و هذا الشرط ليس من مقتضى العقد ولا مما يؤكد مقتضاه ، و لكن تعارف الناس عليه ، و مثاله اشتراط المشتري قيام البائع بإيصال البضاعة إلى محل المشتري ، و ضمانها لمدة معينة .

4- الشرط الذي فيه منفعة لأحد العاقدين أو للغير :

وهو الشرط الذي يترتب على إدراجه في العقد تحقيق منفعة لأحد العاقدين ، و مثاله أن يبيع شخص داره ، و يشترط السكنى فيها لمدة ما لنفسه أو لغيره .

وعلى العموم هذه الشروط تعد باطلة إذا أدرجت مخالفة للنظام العام و الآداب العامة ، أو نص المشرع صراحة على منع الشرط .

وبعد بيان الأحكام المتعلقة بركن المحل في العقد نأتي في المبحث الثالث و الأخير من هذا الفصل إلى بيان أحكام السبب كركن ثالث لازم لانعقاد العقد .

المبحث الثالث :السبب (الركن الثالث)

يقول أحد الشراح (1): " إن أطرف و أيسر و أدق تعريف للتفرقة بين المحل و السبب ، بأن المحل هو جواب من يسأل : بماذا التزم المدين ؟ و أن السبب هو جواب من يسأل : لماذا التزم المدين ؟

ويعد السبب ركنا جوهريا لا ينعقد العقد بدونه ، و تعد نظرية السبب من النظريات القانونية المعقدة و الغامضة ، و التي كانت محلا للنقاش و الجدل بين الفقهاء و الشراح من الجدل حول تعريف السبب ، وهل يعد السبب ركنا في الالتزام أم يستوى الأمران ؟ ثم في إثبات السبب ؟

لقد اختلف شراح القانون المدني في تحديد ماهية السبب ، فمنهم من ينظر إلى السبب على اعتباره عنصرا في الالتزام العقدي و يتصل بالارادة ، ولا يكون عنصرا في كل التزام و إنما فقط يقتصر على الالتزامات العقدية ، فالسبب " هو الغرض المباشر الذي تتجه إليه الارادة ، و بالتالي فهو يتميز عنها " ، و لأن الارادة لا يمكن تحركها باتجاه شيء ما دون أن يكون لها سبب ، مالم تكن صدرت عن غير وعي مثل ارادة المجنون فلا يعتد بها ، و بذلك يرى فريق آخر من الشراح أنه لا يمكن اعتبار السبب ركنا في العقد ، و بالتالي فالسبب هو " الباعث الدافع إلى التعاقد ، أي الباعث الذي يجعل العاقد يقدم على إبرام العقد و هذا الباعث يختلف من شخص إلى شخص ، و يختلف من عقد إلى عقد ، بل وقد يتغير حتى في النوع الواحد من العقود "(2).

إن تحديد مفهوم سبب العقد الذي يختلف عن سبب الالتزام لم يكن اعتباطا ، و لم يأت من فراغ ، و إنما يرجع إلى الخلاف الحاد في الفقه و القضاء الفرنسيين حول مفهوم نظرية السبب في مجملها ، ذلك الخلاف أدى قيام نظريتين هما : النظرية التقليدية (نظرية سبب

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 356 .

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 252.

الالتزام) ، و النظرية الحديثة (نظرية سبب العقد) ، و هما محوري البحث و البيان في المطلب الأول و المطلب الثاني من هذا المبحث ، أما المطلب الثالث و الأخير فنخصه لتحديد موقف المشرع الجزائري في القانون المدني من النظريات الواردة في السبب .

المطلب الأول : النظرية التقليدية في السبب

(نظرية سبب الالتزام)

يرى شراح النظرية التقليدية بأن السبب شيء مادي و موضوعي مجرد يدخل في العقد ، و يعد ركنا من أركانه ، و له مفهوم محدد، و يجب أن تتوفر له شروط معينة ، نبيها على التوالي ، حيث نحدد مفهوم السبب و نضبط معناه حسب هذه النظرية ، وذلك في الفرع الأول ، و نبين الشروط الواجب توفرها في سبب الالتزام في الفرع الثاني ، و نعرض في الفرع الثالث و الأخير جلّ الانتقادات التي تعرضت لها هذه النظرية .

الفرع الأول : مفهوم السبب حسب نظرية سبب الالتزام .

و يميز الشراح في نظرية سبب الالتزام بين ثلاث معانٍ للسبب (1):

أولا : السبب المنشئ

و يقصد بالسبب المنشئ : المصدر الذي يوجد الالتزام ، أي الواقعة التي أنشأت الالتزام ، مثل العقد ، أو الإرادة المنفردة ، أو الفعل الضار .. الخ ، و السبب بهذا المفهوم لا يمت بصلة إلى السبب كركن في العقد .

ثانيا : السبب القسدي أو الغائي .

و يقصد بالسبب القسدي : الغرض المباشر المجرد الذي يقصد العاقد تحقيقه من وراء التزامه ومثاله عندما يتفق شخصان على أن يبيع أحدهما للآخر لوحة زيتية ، نتساءل عن

¹(ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص ص 254-257.

الغرض المباشر الذي يهدف إليه كل منهما فمن حيث الغرض المباشر القريب الذي يتبادر إلى الذهن لأول وهلة أن البائع قد التزم بالبيع بقصد الحصول على الثمن من المشتري ، و أن المشتري قد التزم بالشراء ودفع الثمن لغرض الحصول على اللوحة الزيتية ، فلمعرفة سبب الالتزام ، يجب التساؤل في كل حالة عن الغرض المباشر القريب ، الذي يقصد العاقد تحقيقه من العقد ، و الجواب المتحصل لدينا يكون هو سبب الالتزام .

و مثاله أيضا في عقود التبرعات كعقد الوديعة بدون أجر ، و الهبة إذا لم تكن عقدا عينيا ، فيتمثل سبب الالتزام في نية التبرع لدى المتبرع ، بغض النظر عن الباعث الدافع إلى التعاقد ، فالغرض المباشر الذي يقصد العاقد تحقيقه هو إما أن يعطي شيئا ، أو أن يقدم خدمة بدون مقابل للمتبرع له ، و عليه فإنه ليس لالتزام المتبرع من سبب سوى نية التبرع (1).

ثالثا : السبب الدافع (الباعث الدافع إلى التعاقد)

و يقصد بالسبب الدافع هو الباعث الذي دفع العاقد إلى إبرام العقد ، و هو الغرض البعيد أو غير المباشر الذي جعل العاقد يقدم على التعاقد ، و من ثم يبرم العقد ، وهو يختلف من متعاقد إلى آخر (2) ، و مثاله ذلك أن يبيع الشخص سيارته ليستخدم ثمنها لبناء دار أو لتعليم أولاده أو ليتاجر بالممنوعات أو لإغواء امرأة ، و هكذا يختلف سبب العقد باختلاف نوع العقد و باختلاف أشخاصه .

الفرع الثاني : الشروط التي يجب توافرها في السبب حسب نظرية سبب الالتزام

و يشترط الشراح من أنصار النظرية التقليدية في السبب أنه تجب أن تتوافر في السبب شروط ثلاثة باعتباره الغرض المباشر القريب هي كالاتي :

(1) فتحي عبد الرحيم عبد الله ، المرجع السابق ، ص 201 .

(2) جلال على العدوى ، ومحمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص137.

أولاً : يجب أن يكون السبب موجوداً .

و مفاد هذا الشرط أنه يجب أن يكون لكل سبب التزام ، فإذا تخلف سبب الالتزام كان العقد باطلاً ، و يبطل معه الالتزام المترتب عليه ، و يقصد بالسبب غير الموجود هو أن يكون المتعاقدين عالمين بعدم وجوده و غير واهمين في ذلك ، ومن أمثلة عدم وجود السبب أن يوقع المقرض على سند يتعهد فيه بأن يرد مبلغ القرض ، دون أن يتسلم هذا المبلغ من المقرض ، فيبطل مثل هذا التعاقد لانعدام السبب، أو في حالة هلاك الشيء المبيع من قبل إبرام العقد ، أو اعتقاد الوارث أن مورثه كان قد أوصى لشخص معين بمبلغ من المال ، فيكتب تعهداً بالمبلغ ثم يتضح له فيما بعد أن الوصية باطلة ، فسبب التعهد هنا غير موجود فيكون باطلاً⁽¹⁾ .

ثانياً: يجب أن يكون السبب صحيحاً

ومفاد هذا الشرط أنه إن كان السبب غير صحيح ، فإنه يعد سبباً كاذباً لا يقوم معه الالتزام ، ويكون العقد باطلاً ، وقد حدد الشراح نطاق هذا الشرط ، فيكون السبب صحيحاً إذا لم يكن مغلوطاً أو موهوماً ، ولم يكن سورياً :

1- السبب المغلوط : يتوافر في الحالة التي يعتقد فيها المدين في وجود سبب لا وجود

له ، ومثاله ما إذا توهم شخص أنه مدين لآخر بدين معين ، واتفق مع دائئه على تجديد الدين ، ثم اتضح له فيما بعد أن الدائن قد استوفى دينه .

2- السبب السوري : وهذا لا يترتب عليه بطلان العقد لمجرد صورتيه ، إذ لا تعتبر

الصورية في حد ذاتها سبباً لبطلان العقد ما لم تكن صورية مطلقة (السبب السوري الظاهر) ، والعقد فيها غير موجود في الحقيقة ، ومثالها ما إذا باع شخص لآخر عينا

(1) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 305.

معينة ثمينة بيعا صورياً ، حتى يظهر المشتري بمظهر الثراء ليكسب ود أسرة عريقة بغية مصاهرتها (1).

وأما إذا كانت الصورية نسبية ففيها السبب الظاهر يخفي وراءه سببا حقيقيا آخر ، وعليه فإن السبب المعوّل عليه هو السبب المستتر (السبب الحقيقي) فتصبح الصورية هنا لا تأثير لها على العقد ما دام السبب موجود وحقيقي ومشروع ، ومثالها هبة في صورة قرض، أو بيع في صورة هبة ، فالعقد هنا صحيح ، وأما إذا كان السبب الحقيقي (المستتر) ، غير مشروع ومثاله : الهبة لامرأة لإدامة علاقة غير مشروعة ، فهنا لا يقوم الالتزام لعدم مشروعية السبب الحقيقي ، وليس لكونه صوريا .

ثالثا : يجب أن يكون السبب مشروعاً

ومفاد هذا الشرط أن مشروعية السبب المباشر الموضوعي (الغرض المباشر القريب) تأتي من خلال عدم منع القانون له ، وأيضا كونه غير مخاف للنظام العام و الآداب العامة، فإذا خالف السبب القانون أو النظام العام والآداب العامة فإنه يعد سببا غير مشروع ، كما لو تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة لقاء مبلغ من النقود ، فالتزام الشخص الآخر بدفع النقود يكون محله مشروعاً ، لكن سببه غير مشروع وهو التزام الشخص الأول بارتكاب جريمة .

الفرع الثالث : الانتقادات الموجهة للنظرية التقليدية في السبب

لقد تعرضت النظرية التقليدية للسبب إلى انتقادات عديدة من قبل فقهاء فرنسيين كبار أمثال الفقيه "بلانيول" ممن أطلق عليهم "اللاسبيين" ، وانصب انتقادهم في النقاط التالية :

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 259.

أولاً : نظرية سبب الالتزام غير صحيحة وغير منطقية

واتضحت هذه الانتقادات من خلال التطبيقات (الأمثلة) المستعرضة لسبب الالتزام ،
فمثلا القول في العقد الملزم للجانبين (العقود التبادلية) أن سبب الالتزام فيه هو سبب
الالتزام المقابل له ، فهذا القول ينطوي على استحالة منطقية ، لأن كلا الالتزامين سيكون أثرا
للآخر وسببا له ، وهذا يعني أن أيا منهما لا يمكن أن ينشأ (1) ، أما مثلا في عقود
التبرعات فيقال أن سبب الالتزام هو نية التبرع ، وهذا ليس صحيحا لأن نية التبرع ليست
سوى نية الالتزام أو هي ركن الرضاء الذي يتكون منها العقد (2).

ثانيا : نظرية سبب الالتزام غير مفيدة.

وتعد نظرية سبب الالتزام غير مفيدة ،لأنه يمكن التوصل إلى تحقيق النتائج التي تهدف
إليها لتقرير بطلان العقد من طريق آخر سواها ، فإذا كان التزام أحد المتعاقدين باطلا لهلاك
محله أو لانعدامه أو لاستحالته أو لعدم مشروعيته ، فإن ذلك يستتبع بطلان التزام الطرف
الآخر ، وذلك لوجود ارتباط لا يسمح بقيام أحدهما دون الآخر (هذا بالنسبة للعقود التبادلية)
وأما في عقود التبرعات فإن تخلف نية التبرع يعني أن الرضاء منعدم فلا ينعقد العقد ، وعليه
فإنه من غير الممكن تصور انعدام نية التبرع لدى المتبرع ، إلا إذا كان المتبرع فاقدا للإرادة
كالمجنون وعديم التمييز ، أو أنه واقع في غلط ماهية العقد ، فأبرم عقد تبرع وهو يعتقد أنه
يبرم عقد معاوضة (3).

(1) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 294.

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 261.

(3) نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ن (مصادر الالتزام) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الجزء الأول ،
1995 ، ص 213.

ورغم الانتقادات الموجهة (1)، إلا أننا نرى أن نظرية السبب قد قدمت فوائد وأحكام

قانونية هامة في مجال السبب في التصرفات القانونية المختلفة تتمثل فيما يأتي :

1- إن نظرية سبب الالتزام تفسر الارتباط بين الالتزامات في العقود التبادلية ، ويأتي هذا الارتباط بين الالتزامات من أن كل عاقد فيه جعل من الالتزام المقابل سببا لالتزامه ، وبناء على ذلك فإن فكرة السبب هي التي تفسر لنا ما تميزت به العقود الملزمة للجانبين من خصائص - قد سبق بيانها - وهي : الدفع بعدم التنفيذ ، و الفسخ لعدم التنفيذ ، وتحمل تبعه الهلاك .

2- إن نظرية سبب الالتزام تتضمن رفضا لفكرة التصرف المجرد ، ومفادها أن قبول نظرية السبب يعني أن التراضي وحده لا يكفي لإنشاء الالتزام ، بل يجب أيضا أن يكون هذا التراضي مسببًا، وبذلك تسمح نظرية السبب لقاضي الموضوع أن يراقب الغرض الذي يهدف إليه المتعاقدان.

3- إن نظرية سبب الالتزام تحد من سلطة القاضي في الحكم على العقود ، وبالتالي فهي تحد من سلطته في التحري عن الباعث الدافع على التعاقد الذي قد يؤدي إلى بطلان العقد، ويقصر الشراح من أنصار نظرية سبب الالتزام مهمة القاضي على بحث تكوين العقد من الناحية الفنية ، لمعرفة ما إذا كان السبب القصدي متوفرًا أم لا ؟ (2)

وبعد عرض مقتضيات النظرية التقليدية نأتي في المطلب الموالي للتعرف على ما تقتضيه من أحكام النظرية الحديثة في السبب (نظرية القضاء) .

(1) فتحي عبد الرحيم عبد الله ، المرجع السابق ، ص206.

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص264.

المطلب الثاني : النظرية الحديثة في السبب (نظرية القضاء - أو نظرية سبب العقد)

يرى أنصار النظرية الحديثة أن السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، وهو شيء غير موضوعي ، وغير عادي بل هو شيء شخصي وذاتي ، نبين المقصود من ذلك من خلال التطرق في الفرع الأول لمفهوم السبب حسب نظرية سبب العقد ، و نعرض في الفرع الثاني الشروط التي يجب توافرها في السبب ، ونعرض في الفرع الثالث و الأخير بعض التطبيقات القضائية كون منشأ هذه النظرية الحديثة هو القضاء الفرنسي وتليه بعد ذلك التطبيقات القضائية العربية ومنها القضاء المصري و القضاء الأردني و القضاء اللبناني ، على النحو الآتي :

الفرع الأول : مفهوم السبب حسب النظرية الحديثة .

لقد وجد القضاء في فرنسا أن النظرية التقليدية في السبب مقتصرة على أن تخضع المعاملات المالية لقواعد النظام العام و الآداب العامة ، لأنها لا تعتد بالباعث الدافع على التعاقد ، فوسع من نطاق نظرية السبب ، لتشمل سبب العقد ، وذلك لأن ثمة حالات لا يعد فيها العقد باطلا إذا وقفنا عند سبب الالتزام ، ومثاله إذا كان غرض المشتري من شراء منزل ما هو إلا للعب القمار أو للدعارة ، مما دفع القضاء إلى الاعتراف بالباعث الدافع إلى التعاقد ، و الذي يكون أمرا ذاتيا خارجا عن العقد ، ويختلف باختلاف شخص العاقد (1) .

و بالإضافة إلى ذلك يعتد أيضا بسبب الالتزام ، فنجم عن ذلك الخلط بين السبب الباعث و سبب الالتزام لا في التبرعات فقط بل وحتى في العقود الأخرى ، وذلك على أساس أنه لا بد للإرادة من باعث يدفعها إلى التعاقد ، باعث مشروع لا يمنعه القانون ولا يتعارض مع النظام العام و لا يتنافى مع الآداب العامة (2) .

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص264.

(2) محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص147.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه هو أن القضاء لمس أن في البحث عن الباعث على التعاقد وتحديده ما يُعَرِّض المعاملات لخطر عدم الاستقرار ، وذلك لأن بواعث الإرادة إلى التعاقد كثيرة ومختلفة ومتنوعة ، فواجهته صعوبات في تفسير عدة قواعد أهمها :

أولاً : إن الباعث الدافع إلى التعاقد أمر ذاتي خارج عن العقد

فمن يشتري سيارة لنقل المخدرات فيها ويلتزم بدفع ثمنها ، لاشك أنه قصد بالعقد الحصول على ملكية السيارة كغرض مباشر ، وهو بلا شك غرض مشروع غير أنه لو ذهبنا أبعد من ذلك وأعمق ، لأمكننا القول بأن السبب هو رغبة المشتري بالحصول على ملكية السيارة لمباشرة نقل المخدرات فيها مثلاً ، هذا هو الباعث الذي اهتم به القضاء، رغبة منه في إخضاع المعاملات لقواعد النظام العام و الآداب⁽¹⁾.

ثانياً : إن الباعث الدافع للتعاقد داخل ضمن دائرة التعاقد .

وقد أقرت هذه القاعدة كقيد ضماناً لاستقرار التعامل ، ومفاده أن الباعث الدافع إلى التعاقد معلوم من قبل العاقد الآخر ، إذا كان العقد من عقود المعاوضات ، أما إذا كان العقد من عقود التبرعات كالهبة فلا يشترط لبطلانه إذا كان الباعث الدافع إلى التعاقد غير مشروع أن يكون معلوماً من الموهوب له ، وهنا يكون المتعاقدان على اتصال بالباعث الدافع ، فتنتفي بذلك المفاجأة ، مما يؤدي ذلك إلى استقرار التعامل .

ثالثاً: الاهتمام بالباعث الدافع الرئيسي فقط

فلا شك أن البواعث إلى التعاقد كثيرة ومتنوعة ومختلفة ، فعلى قاضي الموضوع أن يركز على الباعث الدافع الرئيسي لمعرفة مدى مشروعيته من عدمها ، و أن المتعاقد الآخر يكون على علم بهذا الباعث الدافع ، إلا أن بعض الشراح يرى وجوب الوصول إلى مرتبة الاتفاق، فلا يعتد بالباعث ما لم يتفق عليه بين المتعاقدين .

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 366 و ما بعدها .

فالملاحظ هنا أن الشراح قد ميزوا بين المعاوضات و التبرعات ، فيكفي في عقود المعاوضات بأن يكون الباعث معلوما للمتعاقد الآخر ، أما في عقود التبرع فيعتد بالباعث علم به المتعاقد أم لم يعلم به (1) ، وأما فريق آخر من الشراح فيرى وجوب اشتراط المساهمة و الاشتراك بين طرفي العقد ، في الباعث الدافع في المعاوضات ، و الاكتفاء بمرتبة العلم في عقود التبرع و ذلك لأن في عقود المعاوضات تقوم إرادة كل عاقد بدور أساسي في العقد أما في عقود التبرع فإن إرادة المتبرع هي المطلوبة ، لأن المتبرع هو الذي يعطى بلا مقابل فيتحدد العلم به ويقتصر عليه .(2)

الفرع الثاني : الشروط التي يجب توفرها في السبب حسب النظرية الحديثة

هذا وتشتط النظرية الحديثة وجود شرطين أساسيين في السبب (الباعث الدافع) حتى يقوم العقد صحيحا هما :

أولا : يجب أن يكون السبب (الباعث الدافع) الرئيسي إلى التعاقد مشروعاً

ففي النظرية الحديثة يجب أن يكون سبب العقد مشروعاً ، لأنه هو الباعث الدافع الرئيسي ، وبذلك فإنه سيكون مخالفا للقانون أو النظام العام أو الآداب العامة إذا لم يكن مشروعاً ، وقد عارض بعض الشراح ذلك بالقول بأنه لا معنى لاشتراط وجود الباعث الدافع الرئيسي للتعاقد لأن الباعث موجوداً دائماً ، إذ لا يمكن تصور إقدام شخص على التعاقد دون أن يوجد لديه باعث يدفعه إلى ذلك ، وإذا وجد فلا شك أنه مجنون أو مسلوب الإرادة (3).

ثانيا : إذا كان الباعث الدافع غير مشروع ، فيجب ان يعلم به المتعاقد الآخر .

(1) محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص151.

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص266.

(3) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص316.

و هذا الشرط أساسه ليس ذاتية السبب ، وإنما يتعلق باستقرار المعاملات التي يكون فيها السبب عنصراً ، وعدم زعزعتها ، ومفاد هذا الشرط أن يعلم المتعاقد الآخر بالباعث الذي دفع من تعاقد معه إلى إبرام العقد ، وبناء عليه وتحت طائلة الوجوب أن يكون المتعاقدان على اتصال بالباعث الدافع ، وعلم بفحواه ، وذلك حتى تنتفي المفاجأة لدى المتعاقد الآخر ، فلا يكون مجال لإرادة كل منهما حينئذٍ للتحلل من الالتزام⁽¹⁾.

الفرع الثالث : تطبيقات القضاء للنظرية الحديثة في السبب

لقد طبق القضاء نظرية سبب العقد على مختلف العقود و التصرفات خاصة في التبرعات، وعقود المعاوضات ، و العقود العينية .

* فمن قواعد محكمة التمييز الأردنية في السبب ما يلي :

"إن المقصود بسبب الإدعاء هو مجموع الوقائع المكونة للحق أو المركز القانوني المطلوب حمايته ، وهو الأساس الذي تتبني عليه الدعوى أي نشوء الالتزام ، سواء أكان عقداً أو إرادة منفردة أو عملاً غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو بنص القانون ، وهذا السبب يقدمه المدعي إلى القاضي الذي يقوم بتقديره و إعطائه وصفاً قانونياً يسمح له بتطبيق حكم القانون عليه ولا يجوز للقاضي تغيير السبب ، وإلا يكون قد خرج عن حدود الطلب القضائي وتجاوز حدود وظيفته ، وقد استقر اجتهاد محكمة التمييز على أنه ليس للقاضي أن يغير في السبب الذي أقيمت عليه الدعوى أو في محلها"⁽²⁾.

كما اعتبرت محكمة التمييز الأردنية أيضاً : "إن إثبات سبب مشروعية الالتزام الذي حرر من أجله ، عنصراً أو ركناً من عناصر أو أركان هذا الالتزام ، وقد اعتبر المشرع أن سبب

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص356 و ما بعدها.

(1) جهاد صالح العتيبي ، المرجع السابق ، (تمييز حقوق رقم 2011/2394 تاريخ 2012/01/17) ، ص ص

الالتزام صحيحا ومشروعا ولكنه جعله قرينة قابلة لإثبات العكس وفق أحكام المادة 165 من القانون المدني⁽¹⁾.

* ويفرق القضاء اللبناني بين الالتزام و سبب العقد كما يلي :

" فسبب الالتزام هو الباعث الذي يدفع إليه مباشرة ، وهو بهذا الوصف يتمثل في صورة واحدة في كل ضرب من ضروب الالتزام ، و يعتبر جزءا من التعاقد نفسه ، فهو في العقود الملزمة للجانبين الالتزام المقابل ، و في العقود العينية تسلّم المعقود عليه ، و في التبرعات نية التبرع ، و في المعاوضات الملزمة لجانب واحد التزام مدني أو طبيعي كان قائما بين المتعاقدين قبل التعاقد .

وأما سبب العقد فهو الباعث الشخصي الذي يدعو المتعاقد إلى إبرامه ، وهو لا يعتبر شقا من التعاقد فهو يختلف باختلاف الأحوال في العقد الواحد⁽²⁾ .

وفي حكم آخر : " لا يترتب على السبب الصوري بطلان العقد لمجرد الصورية بل يتوقف الأمر على السبب المستتر ، فإذا تخلف هذا السبب أو تحقق أنه غير مشروع بطل العقد ، ففكرة انعدام السبب أو عدم مشروعيته هي التي يناط بها أمر الحكم على السبب الصوري⁽³⁾ .

* أما القضاء المصري وكذا الفرنسي فقد كانا أشد إصرارا على : " جعل الباعث الدافع هو السبب في عقود التبرعات ، ولم يكتفيا بنية التبرع وحدها ، ولم يتوقفا عند اعتبارها سببا للالتزام ، فبحث القضاء في البواعث النفسية التي دفعت المتبرع إلى أن يهب ماله دون مقابل ، و قد قضت المحاكم الفرنسية ببطلان تبرع الخليل لخليلته ، إذا ثبت أن القصد من التبرع هو لتكوين علاقة غير مشروعة ، أو لإدامتها ، أو لإعادتها ، وأما إذا

(1) المرجع نفسه ، (تمييز حقوق رقم 2011/297 تاريخ 2011/6/19)، ص532

(2) سيد حسن البغال ، المرجع السابق ، ص96

(3) عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق ، ص237

كان القصد من التبرع هو تعويض الخلية بعد انقضاء تلك العلاقة غير المشروعة عما أصابها من ضرر ، فالباعث يعد مشروعاً و التبرع صحيحاً ."

ووجد القضاء الفرنسي : " أن نظرية سبب الالتزام (النظرية التقليدية) لا تؤدي إلى بطلان عقد البيع ، إذا كان غرض المشتري مخالفاً للنظام العام والآداب العامة ، لأن محل التزامه و سببه ومحل التزام البائع وسببه مشروع ، ولمخالفة السبب في هذا النوع من العقود للآداب العامة ، رأى القضاء أن يبطل تلك العقود ، وذلك من خلال البحث عن الباعث الدافع الذي حدا بالمشتري إبرام العقد .

كما أبطل القضاء القرض الذي كان الباعث الدافع عليه غير مشروع ، ولم يكن مجهولاً من العاقد الآخر إذا اعتبره هو السبب ، ومثاله بطلان عقد القرض الذي أبرم لتمكين امرأة متزوجة من الهرب مع عشيقها" .⁽¹⁾

وفيما يلي نظرية السبب في القانون المدني الجزائري .

المطلب الثالث : ركن السبب على ضوء القانون المدني الجزائري

تنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري على أن :

" إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب ، كان العقد باطلاً" .

وتنص المادة 98 من ذات القانون على أن :

"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 ."

(1) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص298.

فظاهر النصين يوحي لنا بأن المشرع الجزائري قد أخذ بالنظرية الحديثة في السبب ، وبمفهوم المخالفة لنص المادة 97 -المذكورة أعلاه - نجده اشترط وجود سبب للالتزام لانعقاد العقد صحيحا (يعني إذا التزم المتعاقد لسبب مشروع كان العقد صحيحا)* .

ودراسة ركن السبب في القانون المدني الجزائري تستلزم منا أن نحدد مفهوم السبب ومضمونه ، وذلك في الفرع الأول ، ثم نبين الشروط اللازم توافرها في الفرع الثاني ، ثم إثباته في الفرع الثالث و الأخير على النحو الآتي :

الفرع الأول : مفهوم السبب في القانون المدني الجزائري

يبدو جليا - من نصي المادتين 97 و98 من القانون المدني الجزائري- أعلاه - أن المشرع الجزائري قد بنى مفهومه للسبب على منطق النظرية الحديثة بتعبير صريح ، وعلى منطق النظرية التقليدية بتعبير غير صريح بمفهوم المخالفة لنص المادة 97 من القانون المدني .

وبعد تعرضنا لهاتين النظريتين فيما سبق ، تبين أن سبب الالتزام هو الغرض المباشر القريب وهو عنصر موضوعي وداخل في العقد ، ولا يتغير في النوع الواحد من العقود ، أما سبب العقد فهو الغرض غير المباشر أو الباعث الدافع ، وهو عنصر شخصي ذاتي يتغير بتغير الأشخاص في العقود المختلفة ، بل وحتى في العقد الواحد قد تختلف البواعث و الدوافع من شخص إلى آخر ، وهو ما عبر عليه المشرع الجزائري بالسبب الحقيقي .

هذا ويرى المشرع الجزائري ضرورة التلازم بين الالتزام وسبب العقد ، فالسبب في وجوده و في مشروعيته أمر لا بد منه لقيام العقد صحيحا ولتحقيق العدالة في العقد ، واعتبر أن الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقد تحقيقه هو الركيزة الأساسية للسبب ، وإلى جانب ذلك تأتي المنفعة المشروعة للمتعاقدين ، أي الباعث الدافع لهما .

والخلاصة أن القانون المدني الجزائري يشترط أن يكون للالتزام سبب فإذا لم يكن له سبب ، أو كان سببه غير مشروع ، فإن العقد يكون باطلا ، وهو يأخذ بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد في السبب ، و الأخذ بالمعنى المذكور له وظيفتان (1) :

الوظيفة الأولى : الرقابة على مشروعية العقد ، وذلك يكمن في أن الباعث الدافع إلى التعاقد، يجب أن يكون مشروعاً ، والذي يلفت الانتباه أن المادة 98 في فقرتها الأولى أشارت إلى أن السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد ، ثم في فقرتها الثانية أشارت إلى أنه يجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة. الوظيفة الثانية : حماية المجتمع من نشوء تلك العقود المخالفة للنظام العام وحسن الآداب ، وبذلك يتحقق صالح الفرد وصالح المجتمع (2).

وما يؤكد الوظيفتين معاً هو المبادئ التي استقر عليها الاجتهاد القضائي الجزائري منها مثلا: " من المقرر قانوناً أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخاف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلاً ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال -أن عقد ايجار متنازع عليه معد لاستغلاله في الدعارة، فإن قضاة المجلس بمناقشتهم لهذا العقد واعتماده كوثيقة رتب عليها التزامات بالرغم من بطلانه بطلانا مطلقا خالفوا القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ."(3)

ومن القضاء الجزائري أيضا :

(1) محمد صبري السعدى ، المرجع السابق ، ص238.

(2) المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

(3) أحمد لغور ، ونبيل صقر ، القانون المدني (نصا وتطبيقا) ، (ملف رقم 43098 بتاريخ 12/4/1987): دار الهدى، عين مليلة(الجزائر)، ص44.

" من المقرر قانونا أنه إذا كان محل أو سبب الالتزام مخالفين للنظام العام أو للآداب ، كان العقد باطلا ، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه مخالفته القانون غير وجيه .

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن أساس دعوى الطاعنة يتعلق بعقد التخلي لها نهائيا عن البنت دون أن توجد أي قرابة سواء منها النسبية أو المصاهرة تربطها بأبوي البنت، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإرجاع البنت إلى والديها طبقوا صحيح القانون. "(1)

وبناء على نص القانون المدني و اجتهاد القضاء الجزائري ، يمكن تحديد مفهوم للسبب كركن في العقد كما يلي :

" السبب هو الغرض المباشر ، و الباعث الدافع للتعاقد".

الفرع الثاني : الشروط التي يجب توفرها في السبب في القانون المدني الجزائري .

لقد اشترط القانون المدني وجود سبب للالتزام وإلا كان العقد باطلا (شرط الوجود) ، وصحيفا (بأن لا يكون مغلوطا ولا صوريا) ، ومشروعا (بأن لا يخالف قانونا أو غير متفق مع النظام العام أو الآداب العامة)

أولا : يجب أن يكون السبب موجودا .

إن شرط وجود السبب يتعلق بسبب الالتزام باعتباره الغرض المباشر المجرد الذي يقصده المتعاقد من وراء التزامه العقدي ، وهو عنصر موضوعي وثابت لا يتغير في النوع الواحد من العقود (1) ، وهو بهذا المعنى لا يشترط فيه إلا شرطا واحدا هو أن يكون موجودا ، فإذا انعدم السبب بطل العقد .

(1) عبيدي الشافعي ، القانون المدني،(مذيل باجتهاد القضاء المدني)، (قرار بتاريخ 1987/01/26، المحكمة العليا)، دار الهدى، الجزائر، هامش الصفحة 26.

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 270.

فلا يقوم العقد صحيحاً إلا إذا كان سبب الالتزام موجوداً وقت إبرام العقد ، ففي عقود المعاوضات (العقود التبادلية) ، فإن سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر ، فإذا تخلف سبب التزام أحد المتعاقدين تخلف التزام المتعاقد الآخر ، ففي عقد البيع مثلاً فإن تخلف البائع عن تسليم المبيع يعني تخلف سبب التزام المشتري بدفع الثمن ، على أنه لا ينشأ الالتزام لتخلف السبب يجب أن يكون ذلك وقت إبرام العقد (2) .

أما إذا تخلف سبب التزام أحد المتعاقدين بعد العقد ، فإن ذلك لا يؤثر على قيام العقد الذي يكون قد ولد صحيحاً ، ولكن يعطي القانون للطرف الذي تخلف سبب التزامه الحق في طلب فسخ العقد ، فلو هلك المبيع بعد التعاقد لانتهى المحل وانتهى تبعاً لذلك سبب التزام المشتري بدفع الثمن .

وفي عقود التبرع فإنه ينبغي توفر نية التبرع ، فإن لم توجد انعدم السبب وبطل العقد ، و في العقود العينية التي لا تتعقد إلا بالتسليم ينبغي توفر سبب الالتزام وهو سبق تسلّم الشيء ، وفي العقود الملزمة لجانب واحد يكون الالتزام بغير سبب إذا كان الالتزام المقصود الوفاء به من قبل المدين غير موجود ، كالاتفاق الذي يتعهد فيه شخص بدفع مبلغ من التعويض إلى المتضرر لاعتقاده أنه كان المسؤول عن الحادث المسبب للضرر يكون غير صحيح لعدم وجود سبب لالتزامه إذا تبين فيما بعد أنه لم يكن مسؤولاً عن ذلك (1) .

ثانياً : يجب أن يكون السبب صحيحاً

فلا يصلح أن يقوم الالتزام عن سبب غير صحيح ، ويكون السبب غير صحيح في

حالتين :

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص ص 155 - 156.

(2) المرجع نفسه ، ص 156.

الحالة الأولى : حالة السبب الموهوم أو المغلوط ، وفي هذه الحالة يعتقد الملتزم وجود السبب ولكنه في الواقع سبب لا وجود له كاتفاق وارث مع شخص يعتقد أنه وارث أن يدفع له مبلغا من النقود لترك نصيبه من التركة ، ثم يتضح أنه ليس بوارث ، ففي مثل هذه الحالات يعتبر السبب غير موجود لأنه يدخل ضمن الشرط الأول وهو وجود السبب .

الحالة الثانية : وهي حالة السبب الصوري ، وفي هذه الحالة يكون السبب الذي يبيده طرفا العقد مُخفيا لسبب آخر حقيقي ، كأن يتفق الزوج مع زوجته أن يبيعا عقارا للتهرب من دائنيه ، ويتفقا على عدم إعطاء أي أثر لهذا البيع ، ففي هذا المثال يكون السبب الظاهر لالتزام الزوج بنقل ملكية العقار هو التزام زوجته بدفع الثمن مع أن السبب الحقيقي هو نية التهرب من الدائنين (1).

فالسبب الصوري مستقلا لا يعد مبطلا للعقد الحقيقي إلا إذا كان مخفيا لأمر غير مشروع .

ثالثا: يجب أن يكون السبب مشروعا

فلا بد أن يكون السبب مشروعا لقيام العقد وانعقاده ، إذ تبين المادتين 97 و 98 من القانون المدني - السابق الذكر - أن العقد لا يقوم على سبب غير مشروع ، ويكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفا للقوانين وغير متفق مع النظام العام والآداب ، كأن يتفق شخص مع آخر أن يدفع له مبلغ 200.0000 دينار جزائري مقابل خطف شخص ثالث ، ففي هذه الحالة يكن محل الالتزام وهو دفع مبلغ من النقود مشروعا إلا أن سببه وهو جريمة الخطف غير المشروع ، وبالتالي يبطل العقد تبعا لذلك لعدم مشروعية السبب .

وفيما يلي نبين كيف يمكن اثبات السبب في كل الأحوال السابقة .

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص157.

الفرع الثالث : إثبات السبب في القانون المدني الجزائري

لقد خرج القانون المدني الجزائري في نص المادة 98 منه - المذكورة سابقا - على منطق القواعد العامة في الإثبات ، الذي يقضي بأن بحث إثبات السبب من حيث وجوده ومشروعيته يقع على عاتق الدائن ، ليقضي بنص المادة 98 في فقرتها الثانية من القانون من القانون المدني أمراً مخالفاً ، إذ افترض أن السبب موجود ومشروع إلى أن يتم إثبات العكس ، فأعفى بذلك الدائن من إثبات وجود السبب أو عدم مشروعيته ، وألقى النص بهذه المهمة على عاتق المدين ، وهنا يجب التفريق بين فرضيتين هما :

أولاً : الفرضية الأولى (السبب مذكور في العقد)

فإذا تضمن السند المثبت للعقد ذكراً لسبب الالتزام ، فتقوم قرينة قانونية (1)، مفادها أن السبب المذكور في السند هو السبب الحقيقي - كما عبر عليه المشرع الجزائري في متن الفقرة الثانية من المادة 98- ، وهذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس ، ففي العقود الملزمة للجانبين مثلاً، حيث يكون سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر ، يكون السبب مذكوراً في السند بطبيعة الحال .

وكذلك كثيراً ما يذكر السبب في العقد الملزم لجانب واحد عندما يتضمن السند مثلاً ، تعهد المدين بدفع مبلغ النقود للدائن ، فإذا ادعى المدين عدم وجود سبب لالتزامه ، أو عدم صحته أو عدم مشروعيته ، فيقع عليه عبء إثبات ما يدعيه (2) .

وعموماً ، فإن افتراض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يقيم المدين الدليل على صحته ، فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقي تلحق به صفة المشروعية (1) .

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص274.

(2) المرجع نفسه ، الصفحة نفسها.

ثانيا : الفرضية الثانية (السبب غير مذكور في العقد)

فقد لا يتضمن السند المثبت للعقد سوى تعهد المدين ، دون أن يرد ذكر لسبب التزام المدين، وعدم ذكر السبب لا يؤدي بأي حال من الأحوال إلى بطلان الالتزام ، لأن القانون يفترض أن للالتزام سببا صحيحا ومشروعا حتى ولو لم يذكر سببه ، وقد أقام المشرع الجزائري وجود السبب وصحته ومشروعيه على قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس ، ويقع على المدين عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروععيته .

وعموما تقوم هذه الفرضية على افتراض توافر السبب المشروع في الالتزام ، ولو أغفل ذكره في العقد ، إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك ، ويكون عبء إثبات عدم مشروععيته أو عدم وجود السبب على عاتق المدين الذي يطعن في العقد .

و بهذا ننتهي من دراسة ركن السبب كركن ثالث من أركان العقد ، وفيه نجد التنكير أن للعقد أركان ثلاثة هامة هي : الرضا ، المحل ، و السبب فإن توافرت كلها للعقد ، وهذا هو الأصل ، ينعقد العقد صحيحا مرتبا لآثاره ، وإذا تخلف ركن من أركان العقد ، أو تخلفت جميعها أو اختلف أحدهما ، يتغير بذلك وصف العقد ، وهذا ما يطلق عليه بمراتب انعقاد العقد ، نبينها في الفصل الثالث الموالي من الباب الأول المخصص لدراسة العقد .

(1) سيد حسن البغال ، المرجع السابق ، ص97.

الفصل الثالث : جزاء الاخلال بأركان العقد أو بشروط صحته (مراتب انعقاد

(العقد)

إن العقد الصحيح هو العقد السليم من الخلل ، الكامل بعناصره و أركانه ، وهو العقد الذي صح أصله ووصفه ، والمراد بأصل العقد هو أركان العقد وشروط انعقاده ، أما وصفه فيراد به الوصف الذي يلحق أحد عناصره ويكمله .

فإذا توافرت في طرفي العقد الأهلية اللازمة للتعاقد ، وكانت خالية من عيوب الإرادة كالغلط ، التدليس ، الاكراه و الاستغلال و الغبن في بعض العقود واستوفى محل العقد شروطه بأن كان موجودا أو ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين ، و مشروعاً ، وكان للعقد سبب موجود وصحيح ومشروع ، كان العقد صحيحاً ، لتوافر أركانه (التراضي - المحل - والسبب). ويضيف القانون ركناً رابعاً وهو ركن الشكلية لبعض العقود ، إذ يترتب على غياب هذا الركن عدم صحة العقد ، والعقد الشكلي هو العقد الذي يجب لانعقاده أن يفرغ في شكل معين يحدده القانون بالإضافة إلى تراضي المتعاقدين كالعقود العقارية ، وعقد الرهن الرسمي وعقد الشركة ... وغيرها .

فإذا تحققت كل هذه المقومات و العناصر ، وتوافرت للعقد أركانه وشروط صحته ، كان العقد صحيحاً ، وتترتب عليه كافة آثاره بمجرد انعقاده ، وذلك ما لم يكن معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ، أو غير نافذ أو أصاب العقد خلل في أحد أركانه مسّ شروط صحة ركن معين كالرضاء أو المحل أو السبب فينشأ العقد غير صحيح (العقد الفاسد - العقد القابل للإبطال) ، أما لو تخلف ركن من أركان العقد اعتبر العقد كالعقد (العقد الباطل) ، وقد توجد بعض العقود يكون حق الرجوع فيها لأحد المتعاقدين فقط وبارادته المنفردة (العقد غير اللازم).

ويطلق الفقه على هذه الحالات بمراتب انعقاد العقد ، التي نعرض كل مرتبة منها على حدة في المباحث التالية لهذا الفصل .

المبحث الأول : العقد الباطل (البطلان المطلق)

إن البطلان هو الجزاء الذي يفرضه القانون على تخلف ركن من أركان انعقاد العقد ، أو هو عدم ترتيب العقد لأي أثر من آثاره ، ويختلف البطلان عن مصطلحات قانونية هامة كالفسخ و عدم النفاذ.

فالعقد غير النافذ قد تتوافر أركان انعقاده ، وينعقد صحيحا ومنتجا لآثاره ، لكنه لا يسري في حق الغير ومثاله البيع في مرض الموت ، فمثل هذا العقد غير نافذ في حق الورثة رغم صحته بالنسبة للمتعاقدين ، فعدم النفاذ هو عدم الاحتجاج بآثار العقد في مواجهة الغير ، ويتمسك بعدم النفاذ شخص ثالث (الغير) ليس بطرف في العقد .

أما اصطلاح الفسخ هو حل الرابطة العقدية لإخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته العقدية ، ومناطه العقود الملزمة للجانبين كالبيع و المقاوله ، ويقع الفسخ تبعا للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع .

وأما العقد الباطل فهو العقد الذي لم يكن مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه ، ويكون كذلك إذا اختل ركن من أركانه بأن لم يتطابق الإيجاب مع القبول ، أو أن الرضاء كان صادراً من غير أهله ، أو أن المحل و السبب كانا فاقدين لشروط من الشروط اللازمة لهما ، أو كانت الشكلية غير متوافرة حيث يتطلب القانون توافرها (1) ، فإذا اختل أحد هذه المقومات يكون العقد باطلاً ، وينعدم وجوده القانوني انعداماً تاماً بأثر مستند إلى وقت انعقاده ، وهو ما يعرف بالبطلان المطلق .

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص281.

ونبين في مطلبي هذا المبحث أحكام البطلان ، حيث نعرض في المطلب الأول مسألة تقرير البطلان و من له الحق في التمسك به ، ونعرض في المطلب الثاني آثار العقد الباطل .

المطلب الأول : مسألة تقرير البطلان المطلق

إن تقرير البطلان المطلق في القانون المدني الجزائري يستلزم منا البحث في مسألتين هامتين هما : كيف يتقرر البطلان؟ ومن له الحق في التمسك ببطلان العقد ؟
نجيب عليهما في الفرعين المواليين.

الفرع الأول : كيف يتقرر البطلان ؟

أولا : البطلان يتقرر على العقد بصورة ذاتية .

إذ يعتبر البطلان نظاما يمس العقد في وجوده ذاته فيحيله عدماً فلا يعد هناك وجود قانوني للعقد ، بمعنى أن العقد يولد ميتا ، فالبطلان حاصل من تلقاء نفسه ، فلا توجد حاجة لتدخل القاضي لتقريره ، ومن له مصلحة في التمسك ببطلان العقد لا يحتاج إلى رفع دعوى بذلك، وإنما يكفي أن يتجاهل العقد الباطل ، وأن يتصرف في محل العقد كما يشاء من التصرفات (1).

ثانيا : بطلان العقد في حالة وقوع نزاع عليه بين المتعاقدين .

وذلك عندما يستلزم الموقف توضيح وإزالة الغموض الذي يكتنف البطلان ، وذلك في حالة التنازع بين المتعاقدين مثلا حول قابلية المحل وعدم قابليته للتعيين ، أو حالة مخالفة أو عدم مخالفة السبب للنظام العام أو الآداب العامة ، فهنا يرجع تقرير البطلان إلى تقدير

(1) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص282.

قاضي الموضوع وقناعته ، أو أيضا قد يكون من مصلحة المتعاقد أن يرفع دعوى بالبطلان ويطلب الحكم به ، حتى يأمن أي منازعة في المستقبل (1).

الفرع الثاني : من له الحق في التمسك ببطلان العقد.

تنص المادة 102 من القانون المدني الجزائري على أن :

" إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ... "

فمسألة من له الحق في التمسك بالبطلان المطلق أجابت عليها الفقرة الأولى من نص المادة 102 أعلاه ، وأشارت إلى أنه لكل ذي مصلحة الحق في أن يتمسك ببطلان العقد ، كما أنه للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، وهو ما نبين مفاده وكيفيته في ما يلي :

أولا : التمسك بالبطلان لكل ذي مصلحة.

إن المقصود بالمصلحة التي تخول الشخص الحق في التمسك بالبطلان هي المصلحة التي تستند إلى حق يتأثر ببطلانه ، و يستوى ذلك بأن كانت مصلحة شخصية فمثلا في عقد البيع الباطل بإمكان البائع التمسك ببطلان البيع حتى يسترد المبيع ، و بإمكان المشتري التمسك ببطلان البيع حتى يسترد الثمن ، أو تكون المصلحة قانونية.

و يعتبر ذا مصلحة في التمسك ببطلان العقد :

1. كل من المتعاقدين : حتى و لو لم يقد لدى المتعاقد سبب البطلان ، و مثاله : المشتري إذا كان البائع مجنونا ، إذ يقع العقد باطلا ، و يثبت حق التمسك بالبطلان للمشتري .

(1) محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص283.

2. **الخلف العام** : هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق و التزامات أو في جزء من ذلك كالوارث و الموصى له ، حيث يعتبر ورثة المتعاقدين و الموصى له حصة شائعة في التركة أصحاب مصلحة في التمسك بالبطلان .

3. **الخلف الخاص** : هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها ، و يتوقف مركزه بالنسبة إلى تصرفات سلفه على تاريخ هذه التصرفات ، فإن كانت سابقة على تلقيه حقه اعتبر خلفا للمتصرف ، و تعدى إليه أثرها ، و يعتبر خلفا خاصا للمتعاقدين : المشتري الثاني للعين المباعة ، و الدائن المرتهن ، و المحال له ، و الموصى له بعين معينة بالذات ، كما يحق لدائني المتعاقدين العاديين أن يتمسكوا ببطلان العقد إذا كان التصرف الذي أجراه المدين يؤثر حتما على الضمان العام للدائنين (1).

ثانيا : التمسك بالبطلان من قبل المحكمة من تلقاء نفسها .

فإذا عرض النزاع بشأن العقد أمام المحكمة المختصة ، فإن لهذه الأخيرة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها ، و لو لم يتمسك به لأحد المتعاقدين ، وذلك لأن الأمر يتعلق بالمصلحة العامة و بالنظام العام ، إذ أن البطلان من النظام العام ، فلا يصح للمحكمة السكوت على ما يتعرض للنظام العام بالمخالفة و المعارضة (2).

و تقضى المحكمة بالبطلان في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ، و لا تنتقد بمرحلة معينة (3)، و إذا لم تنتبه محكمة الموضوع إلى بطلان العقد ، و لم تقضي به فإن حكمها يكون عرضة للنقض من قبل المحكمة العليا .

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 443 .

(2) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 433 .

(3) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 284 .

وقبل الانتقال إلى آثار البطلان ، لابد من الإشارة إلى بعض الأحكام الهامة في البطلان المطلق :

1. امتناع إجازة العقد الباطل :

وذلك بنص المادة 100 من القانون المدني الجزائري على أن : " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية ، و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير" ، فإذا وقعت الإجازة فمن له الحق في التمسك بالبطلان بأن تنازل عن حقه في التمسك ببطلان العقد ، وقعت الإجازة هي الأخرى باطلة ، لأن البطلان لا يصح التنازل عنه لمسأسه بالنظام العام .

2. التقادم لا يصح العقد الباطل :

أ. دعوى البطلان : قررت المادة 102 في الفقرة الثانية من القانون المدني عدم سماع دعوى البطلان بعد مضي خمسة عشرة سنة (15) من وقت إبرام العقد و ذلك حماية لاستقرار المعاملات ، و هذا الحكم حسب بعض الشراح جاء مخالفا للأصل في البطلان الذي يعد العقد فيه معدوم لا يمكن بعثه و إحيائه بمرور الرمان و الذي يقتضي فيه المنطق بجواز رفع الدعوى بالبطلان دائما ، و عدم إخضاعها للقواعد العامة في التعاقد (1).

و يسقط الحق في ابطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات (نص المادة 101 من القانون المدني الجزائري).

ب. الدفع بالبطلان : فإذا كانت دعوى البطلان هي وسيلة المدعي في المطالبة ببطلان العقد ، فالدفع بالبطلان هو وسيلة المدعى عليه في الرد على ادعاء المدعي ، و لا ينقضي مهما طال الزمن ، و مثاله إذا تم إبرام عقد بيع باطل فلا

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص285

يجوز للبائع بعد مضي مدة 15 سنة أن يرفع دعوى بطلان لاسترداد المبيع الذي سلمه للمشتري بموجب هذا العقد ، إذ يستطيع المشتري أن يتمسك بمضي الزمان و لو أن البائع في هذا العقد لم يتم بتسليم المبيع إلى المشتري ، و طالب المشتري البائع بالتسليم بموجب دعوى ، فإن بإمكان البائع دفع هذه الدعوى ، عن طريق الدفع بالبطلان حتى بعد مضي 15 سنة من وقت انعقاد العقد (1).

فالدفع بالبطلان لا يسقط و لا يمنع صاحبه من التمسك بالبطلان مهما طال الزمان .

المطلب الثاني : الآثار المترتبة على العقد الباطل .

تترتب على العقد الباطل (البطلان المطلق) متى تقرر بطلانه بعض الآثار القانونية إما فيما بين المتعاقدين ، و آثارا أخرى بالنسبة للغير .

الفرع الأول : آثار البطلان فيما بين المتعاقدين .

إن تقرير بطلان العقد يعنى زواله و اختفائه بأثر مستند إلى وقت إبرامه ، و يترتب على ذلك نتيجتان هامتان .

أولا : زوال العقد بأثر رجعي .

فالقاعدة العامة في البطلان هي زوال العقد من وقت نشوئه ، و ليس من وقت تقريره ، و مفاد ذلك أن للبطلان أثر رجعي يستند إلى الماضي ، و بناء عليه :

- فإذا كان العقد الباطل لم ينفذ ، فإن أيا من المتعاقدين لا يمكن أن يلزم بأي أداء اتجاه المتعاقد الآخر .

(1) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص233.

- أما لو تم تنفيذ العقد تنفيذًا جزئيًا أو كليًا من قبل أحد المتعاقدين أو كلاهما ، فإنه يجب عندئذ إعادة الحال إلى ما كان عليه المتعاقدين قبل التعاقد ، فيلزم بذلك أن يرد المتعاقد الأداء الذي تلقاه وهو ما استند على نص المادة 103 من القانون المدني الجزائري .

الاستثناء : ترد على قاعدة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليه قبل العقد ، قيود عديدة نصت عليها المادة 103 - الفقرة الثانية و الثالثة من القانون المدني ، وكذا المادة 104 من ذات القانون ، كآتي :

القيد الأول : استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، و ذلك إما يرجع إلى حكم الواقع ، كهلاك المبيع بسبب خطأ المشتري أو سبب أجنبي ، فإنه يتحمل - أي المشتري - تبعه الهلاك وفقا لقواعد الفعل الضار و ليس على أساس العقد الباطل .

وقد ترجع الاستحالة الى طبيعة الأشياء ، فيمكن القول بوجود نوع من العقود يستحيل معه ماديا إزالة بعض الآثار لاسيما العقود الزمنية (المستمرة) و مثالها عقد الايجار ، فطبيعة العقد تستعصي على اعتباره عدما ، فينتج البطلان من وقت تقريره .

كما ترجع الاستحالة إلى حكم في شخص معين كناقص الأهلية حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 103 من القانون المدني على أن :

" ...غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد " .

القيد الثاني : انتقاص العقد (تجزئة البطلان)

نصت المادة 104 من القانون المدني الجزائري على أن :

" 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 ."

وتقوم نظرية انتقاص العقد على معيارين ، معيار موضوعي قوامه بيان العوض لكل شطر أو شق في العقد أو عدم بيانه ، أكان ذلك الشق من العقد الذي يراد انتقاصه باطلاً أو موقوفاً ، ففي الجزء الباطل يعد العقد باطلاً ، أما في الجزء الموقوف فيعتبر غير نافذ و مآله البطلان أيضاً إن لم يجز ، كما لو أقدم شخص على بيع ملكه وملك غيره في عقد واحد ، فالعقد صحيح و نفذ في ملك البائع وموقوف (غير نافذ) في ملك الغير ، وهو باطل لانتفاء صفة المحل.

وهناك معيار آخر هو المعيار الذاتي وقوامه البحث عن نية وقصد المتعاقدين للتعرف على ما إذا كانا يريدان أن يتم العقد بغير الشق الذي وقع باطلاً أم لا ، فينتقص العقد في الحالة الأولى ، ويبطل في الحالة الثانية.

القيد الثالث : حماية حسن النية .

وذلك في حالة ما إذا قام أحد المتعاقدين بتنفيذ العقد ، وتقرر بعد ذلك بطلانه ، وترتب على ذلك العقد انتقال حيازة الشيء إلى الطرف (الآخر) غير المتعاقدين ، فإن كان الحائز حسن النية فإن له أن يحتفظ بالشيء استناداً إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ، ويحق هنا للحائز حسن النية أن يحتفظ بالثمار و يمتلكها و لا يلزم بردها (1).

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص290.

القيد الرابع : الوفاء بالتزام مخالف للآداب العامة .

ففي حالة بطلان العقد لعدم مشروعية المحل أو السبب ، لا تثبت دعوى الاسترداد للطرف الذي تلوث بعدم المشروعية ، وإنما تثبت للطرف غير الملوث إن كان هناك ثمة طرف غير ملوث .

ثانيا : عدم تحقق مسؤولية المتعاقدين عن بطلان العقد

وهي النتيجة الثانية من نتائج بطلان العقد فيما بين المتعاقدين ، ومفادها أنه عندما يتقرر بطلان العقد ، فإنه ليس ممكنا مساءلة المتعاقدين على تنفيذ الالتزامات العقدية التي رتبها العقد المبرم بينهما إذا لم ينفذوها بعد .

الفرع الثاني : آثار البطلان بالنسبة للغير

و المقصود بالغير لغرض سريان آثار البطلان وترتبها عليه هو الخلف الخاص * لأحد المتعاقدين، و القاعدة العامة و الأصل في البطلان أنه يترتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، وهذا الأصل ليس قابلا للتطبيق على إطلاقه، وذلك حماية للغير حسن النية ، وحماية الأوضاع الظاهرة و استمرار المعاملات ، وذلك في الحالات الآتية :

أولا : حماية الحائز حسن النية .

فقد حمى المشرع الجزائري الغير حسن النية ، ولم يُجز الاحتجاج ضده بالبطلان ، فإذا كان هذا الغير قد حاز عقارا بسبب صحيح ، إذا تقرر بطلان العقد ، فإنه يشترط المشرع إلى جانب السبب الصحيح وحده لعدم سريان أثر البطلان في حق الغير أن تقترن حيازته للعقار بحسن النية لمدة 10 سنوات استنادا إلى نص المادة 825 من القانون المدني .

(*) كما سبق تعريفه في إطار بيان من يحق لهم التمسك ببطلان العقد .

وأما إذا كان الشيء المبيع مثلاً منقولاً و تسلمه الغير ، وكان حسن النية ، إذ يجهل تماماً السبب الذي أدى بطلان البيع الأول ، فإن له الحق في الاحتفاظ بملكية المنقول استناداً إلى قاعدة "الحيازة في المنقول سند الحائز" المنصوص عليها في المادة 835 من القانون المدني.

ثانياً : حالة الصورية المطلقة .

العقد الصوري هو عقد غير حقيقي بين المتعاقدين ، يخفي عقداً آخراً ، كالبيع الصوري الذي يخفي هبة مستترة ، أو كإبراء الدائن مدينه ابراءً صورياً ، فالعقد لا وجود له إلا في الظاهر ، ولا يترتب عليه أي أثر في مواجهة المتعاقدين أو الغير ، إلا أن القانون قد حمى الدائنين و الخلف الخاص من صورية العقد ، فأجاز لهم التمسك به طبقاً للمادة 198 من القانون المدني الجزائري .

وهذه أحكام أحد مراتب انعقاد العقد وهو العقد الباطل (البطلان المطلق) لنعرض في المبحث الموالي أحكام مرتبة أخرى وهو العقد الفاسد (القابل للإبطال) .

المبحث الثاني : العقد الفاسد (القابل للإبطال أو البطلان النسبي)

إن العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح ، وينتج جميع آثاره ، إلا أنه مهدد بالزوال إذا طلب المقرر لمصلحته الإبطال ، وعليه يمر العقد القابل للإبطال بمرحلتين ، الأولى وهي قبل الحكم بإبطاله ، وفيها يكون عقداً صحيحاً منتجاً لآثاره ، غير أنه مهدد بالزوال ، و المرحلة الثانية إما أن يحكم ببطلانه فيصبح وجوده القانوني عدماً ، فتزول آثاره القانونية التي رتبها بأثر رجعي ، ونبين خلال مطلبنا هذا المبحث الأسباب التي قررها القانون ليصبح العقد فاسداً (قابلاً للإبطال) ، وكذا الآثار المترتبة على العقد القابل للإبطال .

المطلب الأول : الأسباب التي تجعل العقد قابلا للإبطال

إن البطلان النسبي يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه ، ولكن ركنا من أركانه هو الرضاء يفسد بسبب عيب بداخله أو بسبب نقص أهلية أحد المتعاقدين ، فيكون لذلك العقد قابلا للبطلان (1)، ولا يبطل العقد القابل للإبطال إلا إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته ، وهو من شاب رضاه العيب أو من لم تكتمل أهليته ، حيث :

أولا : عيوب الرضاء

فإذا شاب ارادة أحد المتعاقدين عيب من عيوب الرضاء التي نص عليها القانون المدني الجزائري -كما سبق بيانها - و هي الغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال ، فإذا توافرت شروط أي عيب من العيوب السابق ذكرها ، كان العقد قابلا للإبطال أي باطلا بطلانا نسبيا وقد نص المشرع صراحة على أن الجزء في جميع الحالات من عيوب الرضاء هو قابلية العقد للإبطال (2) .

ثانيا: نقص الأهلية

حيث أجاز القانون لناقص الأهلية طلب إبطال العقد .

المطلب الثاني : الآثار المترتبة على العقد القابل للإبطال

إن قابلية العقد للإبطال تمثل العقد في مرحلتين :

الأولى : مرحلة الصحة ، وينتج فيها العقد جميع آثاره .

(1) رياض مفتاح ، القانون المدني ، (موسوعة الأعمال التحضيرية) ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، الطبعة

الأولى ، 2015 ، ص ص 302-303 .

(2) محمد صبري السعدى ، المرجع السابق ، ص 252.

والثانية : مرحلة البطلان ، ويعتبر العقد فيها باطلا لا حكم له من وقت نشوئه ، وتترتب الآثار التي سبق بيانها في البطلان المطلق .

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد ملاحظتين هامتين هما :

الملاحظة الأولى : قد يقرر القانون البطلان المطلق أو البطلان النسبي بمقتضى نص خاص في القانون، كما هو الشأن في أحكام المادة 903 من القانون المدني ، والتي تنص على بطلان رهن الحيازة في العقار بطلانا مطلقا إذا جعل من بيع الوفاء عقد سائر له ، فرغم أن الصورية لا تعتبر بمجرد سببها للبطلان طبقا للقواعد العامة ، إلا أن القانون قد قصد إلى تحريمها في هذه الحالة بالذات ، وجعل من النهي أمرا يتعلق بالنظام العام و أقام البطلان جزاء للخروج عليه .

أما المادة 397 من القانون المدني فتتضمن صورة من صور البطلان النسبي الذي ينشأ بنص قانوني خاص ، إذ تقضي بطلان بيع ملك الغير فقابلية البيع للبطلان في هذه الحالة لا ترد إلى عيب في الرضاء أو نقص في الأهلية ، ولكن القانون يخول للمشتري حق التمسك بالبطلان إزاء ما هو ملحوظ من أن البائع يمتنع عليه أن يدلي لغيره بحق الملك فيما لا يملك .

الملاحظة الثانية : تظهر أهمية التفريق بين البطلان المطلق و البطلان النسبي في عدة وجوه هي كالاتي : (1)

1- مادام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوما ، فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، ولو لم يكن طرفا في التعاقد كالمستأجر مثلا في حالة بطلان بيع الشيء المؤجر بطلانا مطلقا ، بل ويجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.

(1) رياض مفتاح ، المرجع السابق ، ص ص 303 - 304.

أما البطلان النسبي فلا يجوز أن يتمسك به إلا طرف من أطراف العقد ، وهو الطرف الذي يشرع البطلان لمصلحته ، ويكون من واجبه أن يقيم الدليل على توافر سببه .

بيد أن عبء الاثبات في الحالتين (البطلان المطلق و البطلان النسبي) يقع دائما على عاتق من يتمسك به ، ويلزم المتعاقدين برد ما تسلمه للعائد الآخر بمقتضى العقد ، ويستثنى من هذه القاعدة حالتين - قد سبق بيانهما في آثار العقد الباطل- وهما : حالة ناقص الأهلية فهو لا يسأل عن الرد إلا بما عاد عليه بالمنفعة وفقا لقواعد الاثراء بلا سبب ، والثانية هي حالة وفاء أحد المتعاقدين بالتزام في عقد باطل لسبب مخالفته للآداب .

2- مادام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوما ، فلا يتصور إطلاقا أن ترد عليه الإجازة - كما سبق توضيحها - ، ويختلف عن ذلك حكم العقود القابلة للإبطال ، فهي تصحيح بالإجازة ولو كانت ضمنية ، بشرط أن تتوفر شروط صحتها وقت الإجازة (كبلوغ المتعاقد القاصر سن الرشد وقت الإجازة مثلا) ، وأن تكون الإجازة ذاتها منزهة عن العيب، إذ ينبغي أن تستكمل ما يلزم من الشروط لصحتها ، باعتبارها تصرفا قانونيا ، وإذا كان أثر الإجازة يستند على الماضي إلا أنها لا تضر بحقوق الغير ، فلا تضر الإجازة مثلا من يشتري عقارا كان قد سبق لمالكة بيعه ، إذا كان الشراء قد تم بعد صدور البيع الأول ، وقبل إجازة هذا البيع ، ولما كان التدليس و الإكراه من قبيل الأفعال الضارة التي تلحق بها صفة التقصير المدني ، فيظل مرتكبه مسؤولا عما وقع منه بمقتضى القواعد العامة رغم إجازة العائد الآخر للتعاقد مالم تتطوي الإجازة على إسقاط هذه المسؤولية.

3- ومادام العقد الباطل بطلانا معدوما أو غير موجود ، فلا يتصور أن يرد عليه التقادم، وعلى النقيض من ذلك ينعدم البطلان النسبي بانقضاء عشرة (10) سنوات من تاريخ إبرام العقد أو بانقضاء خمس سنوات من تاريخ زوال نقص الأهلية أو تبين الغلط أو التدليس أو انقطاع سلطان الإكراه ، حيث نصت المادة 101 من القانون المدني على أن : " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (05) سنوات .

ويبدأ سريان هذه المدة ، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه ، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه .

غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد ."

ويلي العقد القابل للإبطال في الدراسة ، في المبحث الموالي العقد غير اللازم .

المبحث الثالث : العقد غير اللازم

إذا توافرت للعقد أركان انعقاده وشروط صحتها ، ينشأ العقد صحيحا وناظدا ، إلا أن العقد الصحيح ينقسم إلى قسمين :

العقد اللازم : ولزومه يتجسد في عدم إمكانية الرجوع فيه (في العقد) وفسخه بإرادة المتعاقد المنفردة، وإنما لا بد من التراضي بين المتعاقدين على ذلك أو اللجوء إلى القضاء ، ومثاله البيع و الايجار .

و العقد غير اللازم : وعدم لزومه يتجسد في أنه (أي العقد) يقبل بطبيعته ، أو بموجب الاتفاق ، أو بنص القانون ، أن يرجع فيه أي من المتعاقدين بإرادته المنفردة ، دون حاجة إلى رضاء المتعاقد الآخر .

و يكون العقد غير اللازم محور الدراسة في هذا المبحث ، حيث نبين في المطلب الأول تلك الخيارات التي أملاها القانون ، وتؤثر في لزوم العقد فتجعله عقد غير لازم بتوافرها ، كما نبين في المطلب الثاني الآثار التي تترتب على العقد غير اللازم .

المطلب الأول : الخيارات التي تجعل العقد غير لازم

قبل أن نعرض للخيارات التي إذا توافرت في العقد تجعل منه عقدا غير لازم ، لا بد من الإشارة إلى ملاحظة هامة وهي أن صفة عدم لزوم العقد قد تتحقق في طبيعة العقد ،

بمعنى أنها توجد عقود صحيحة ونافذة تقبل بطبيعتها رجوع أحد المتعاقدين أو كليهما عن العقد ،دون توقف على رضا العاقد الآخر ، وهذه العقود تعد عقودا نافذة غير لازمة ، ومثالها عقد الايداع ، وعقد العارية ، وعقد الوكالة ، ومن العقود غير اللازمة أيضا العقد القابل للإبطال إذ يحق لكل من طرفيه فسخه مالم يمنع الفسخ مانع قانوني وهو عقد غير لازم بنص القانون (1) .

و بالإضافة إلى العقود غير اللازمة بطبيعتها ، وبنص القانون ، نستخلص بعض الخيارات التي إن توفرت في العقد تؤثر عليه فتجعله غير لازم ، ومرد هذه الخيارات عموما هو الفقه الإسلامي ، إلا أننا نجد بعض التطبيقات لها في القوانين الوضعية ومنها القانون المدني الجزائري ، وهذه الخيارات هي : خيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار التعيين ، وخيار العيب ، نبين أحكامها على التوالي في الفروع الآتية :

الفرع الأول : خيار الشرط

المقصود بخيار الشرط هو حق أحد المتعاقدين أو كليهما أو غيرهما في إمضاء العقد (إتمامه) أو فسخه خلال مدة محددة يتفق عليها المتعاقدان ، فإن لم يتفقا على تلك المدة جاز لقاضي الموضوع تحديدها ، فإذا لم يفسخ العقد خلال تلك المدة ، فإنه يرسخ ويستقر⁽²⁾، ويثبت خيار الشرط لكل من المتعاقدين ، كما يثبت للغير ، ومثاله إذا اشترط البائع على المشتري بقوله له : بعتك هذا الحصان بألف دينار على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيام في إتمام عقد البيع ، فيقول المشتري : قبلت ، وقد يشترط المشتري على البائع ذلك فيقول له : اشتريته منك على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيام في إتمام البيع ، ويوافق البائع على ذلك ، وإذا اشترطه كلاهما فيكون الشرط مشتركا .

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص ص 318-319 .

(2) المرجع نفسه ، ص 320 .

وأما مصدر خيار الشرط فهو الاتفاق الذي قد يرد في العقد ذاته ، وقد يرد في اتفاق لاحق للعقد ، فيعدّ هنا وكأنه شرط في العقد ، وقد ورد لحاجة التعامل إليه وشيوعه ، إذ قد يحتاج البائع أو المشتري إلى التروي قبل إتمام العقد (1) .

والعقود التي يصح اشتراط الخيار فيها عموما هي : البيع ، والإيجار ، والصلح ، والقسمة وغيرها ، وهي عقود تحتل الفسخ ، ولا يشترط لصحتها التسليم (القبض) ، أما إذا كان التسليم شرطا في صحة العقد مثل القرض ، والصرف فلا يصح اشتراط الخيار فيه ، كما أن للمتعاقدين الحرية الكاملة في تحديد مدة لخيار الشرط طالبت تلك المدة أم قصرت ، و إن لم يحدد يترك الأمر لقاضي الموضوع حسب العرف و المؤلف بين الناس (2) .

ويترتب على ثبوت خيار الشرط آثارا معينة تختلف قبل استعمال الخيار وفي خلال مدته ، عنها بعد انقضاء مدة الخيار أو بعد استعماله كالاتي (3):

أولا : آثار خيار الشرط قبل استعمال الخيار وأثناء مدته .

ويختلف فيه حكم خيار الشرط إذا كان العقد بيعا مثلا ، فإذا كان الخيار لكل من المتعاقدين معا ، فلا يخرج المبيع من ملك البائع ، ولا يخرج الثمن من ملك المشتري ، وأما إذا كان الخيار للمشتري ، فلا يخرج الثمن من ملكه ، ويخرج المبيع من ملك البائع ولكنه لا يدخل في ملك المشتري ، وأما إذا شرط الخيار للبائع نفسه ، فقد وقع خلاف حاد وجدل فقهي في معالجة هذه الحالة ، إلا أن بعض التشريعات استقرت على اعتبار العقد غير لازم بالنسبة لكلا المتعاقدين (صاحب الخيار و من لا خيار له).

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، المجلد الأول ،

(ب، س ، ن) ، ص ص 991-992.

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص322.

(3) المرجع نفسه ، ص323-324.

ثانيا: آثار خيار الشرط بعد انقضاء مدة الخيار أو بعد استعماله .

فإذا انقضت مدة الخيار دون أن يفسخ العقد من قبل من له الخيار، ودون أن يصرح بإتمام العقد ، اعتبر ذلك اتمام للعقد ، كما يعتبر موت صاحب الخيار خلال مدة خيار الشرط أيضا إتمام للعقد .

أما إذا لجأ صاحب الخيار إلى الفسخ ، فيعد العقد وكأنه لم يكن ⁽¹⁾، ولا يشترط في ذلك صدور حكم من المحكمة ، كما لا يشترط أن يقع الفسخ بحضور المتعاقد الآخر ، وعلمه بذلك .

ثالثا: آثار خيار الشرط بالنسبة للمتعاقدین معا

فإذا كان خيار الشرط لكل من المتعاقدين ، فإن اختار أحدهما الفسخ ولو قام المتعاقد الآخر بإجازه ، وإن اختار هو الإجازة بقي للمتعاقد الآخر خياره مدة الخيار ، وإذا اختار المتعاقدان إجازة العقد فإنه يصبح لازما ، أما إذا اختار المتعاقدان الفسخ فإنه يفسخ ويعتبر كأنه لم يكن ، وإن اختار أحدهما ولم يختار الآخر فالإجازة أو الفسخ يبقى لصاحب الخيار .

ومن تطبيقات خيار الشرط في القانون المدني الجزائري ، نجد ما نصت عليه المادتين 354 و 355 في نطاق عقد البيع ، حيث يعطي المشرع الخيار للمشتري شرط المذاق أو شرط التجربة مع تحديد أجل (مدة زمنية معينة) للإجازة أو الفسخ ، حيث تنص المادة 354 من القانون المدني على أن :

" يتعين على المشتري في البيع شرط المذاق أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة ، فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع ، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا."

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص228.

الفرع الثاني : خيار الرؤية

ويقصد بخيار الرؤية أنه حق المتعاقد الذي لم يرى محل العقد عند إبرامه ، في أن يراه خلال مدة متفق عليها ، فيتم العقد أو يفسخه بسبب عدم رؤيته عند إبرام العقد⁽¹⁾، ومثاله: إذا اشترى شخص عينا معينة لم يرها ، كان له الحق في فسخ العقد أو اتمامه عندما يراها وإن وصفت له ، لأن العلم بالمبيع بالوصف لا يرقى إلى العلم به عند رؤيته⁽²⁾.

ويقابل خيار الرؤية في التشريع الجزائري قاعدة " العلم الكافي " في عقد البيع ، وهو يختلف عن قاعدة "تعيين المبيع " ، فالعلم الكافي بالمبيع يكون على الوجه الذي يناسبه ، فيتحقق بالرؤية أو بالإبصار إن كان المبيع مما يرى ، أو بالشم إن كان مما يشم كالروائح العطرية أو بالذوق إن كان من الطعام ، لذلك يرى أغلب الشراح أنه يكفي لتوافر العلم الكافي بالمبيع المعاينة أو شرط الرؤية باستعمال الحواس التي تتناسب مع طبيعة المبيع ، وهي الإبصار ، والشم والذوق و اللمس كما في الأقمشة مثلا ، وعليه فطبيعة المبيع هي التي تحدد كيفية (خيار الرؤية) أو العلم الكافي بالمبيع أو أيضا ما يطلق عليه بالمعاينة⁽³⁾.

وتتم الرؤية أو المعاينة بمعرفة المشتري نفسه أو من ينبيه في ذلك ، وتكون الإنابة ضرورية في حالة عجز المشتري عن القيام بالمعاينة بنفسه كما في حالة المشتري الأعمى، والمعاينة تحتاج إلى الرؤية ، فيعتبر عالما بالمبيع عند قيام الوسيط الذي ينوبه بالمعاينة ، وقد عالج المشرع كتطبيق لخيار الرؤية شروطها وآثارها في عقد البيع كالاتي :

أولا : شروط العلم الكافي بالمبيع (خيار الرؤية)

تنص المادة 352 من القانون المدني الجزائري على أن :

(1) على الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، مطبعة دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2005 ، ص 347.

(2) المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

(3) محمد صبري السعدى ، الواضح في شرح القانون المدني ، (عقد البيع و المقايضة) ، دار الهدى ، الجزائر ،

2008 ، ص ص 57-58 . .

" يجب أن يكون المشتري عالم بالمبيع علما كافيا ، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه .

وإذا ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع ."

وعليه فنص المادة 352 لم يجعل الرؤية (المعاينة) هي الطريق و السبيل الوحيد للعلم بالمبيع بل يتحقق العلم بشرطين آخرين بالإضافة إلى الرؤية هما :

1- أن يشتمل عقد البيع على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه ، أي تمييزه عن غيره من أمثاله ، ومعنى ذلك أن القانون يجعل الوصف عند التعاقد يساوي الصورة التي يحصل عليها المشتري من استعمال حواسه أو حواس من ينيبه في معاينة المبيع⁽¹⁾ .

2- إقرار المشتري في عقد البيع ، بأنه عالم بالمبيع .

وعليه فإن خيار الرؤية أو العلم بالمبيع علما كافيا يعتبر في القانون المدني الجزائري ، شرطا لسلامة رضاء المشتري ، وعدم توافره يعد غلطا في صفات المبيع الجوهرية يترتب عليه قابلية العقد للإبطال ، ولا يشترط في هذا العلم أن يوكله المشتري في ذلك ، كما يكفي أيضا الوصف الدقيق للمبيع في العقد الذي يمكن المشتري من تصوره أو التعرف عليه ، كما يُعني عن كل ذلك إقرار المشتري في العقد بأنه عالم بالمبيع على أن يكون الإقرار سليما ، ولم يصدر نتيجة غش أو إكراه أو تضليل من البائع⁽²⁾ .

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، (البيع و المقايضة) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، الجزء الرابع ، طبعة 2004 ، ص ص 202 - 203 .

(2) محمد صبري السعدى ، الواضح في شرح القانون المدني ، (البيع و القابضة) ، المرجع السابق ، ص 59 .

ثانيا : آثار عدم توافر خيار الرؤية

يستفاد من نص الفقرة الثانية من المادة 352 من القانون المدني -المذكورة أعلاه - أن المشرع الجزائري جعل جزء عدم توافر العلم الكافي بالمبيع بإحدى طرائقه الثلاثة : - (المعاينة - اشتغال عقد البيع على بيان المبيع و أوصافه الأساسية -إقرار المشتري بالعلم بالمبيع في العقد) - قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري ، ولا يحق لغيره التمسك بالإبطال ، ولا تستطيع المحكمة أن تحكم بهذا النوع من البطلان إلا إذا طلبه صاحب الحق فيه وهو المشتري ، (1) فيصبح عقد غير لازم مهدد بالزوال إذا طلب المشتري ذلك .

وطبقا لقواعد قابلية العقد للإبطال -كما سبق بيانها- ، فإنه يسقط حق المشتري في طلب إبطال عقد البيع لعدم توافر العلم الكافي بالمبيع بمضي عشر (10) سنوات من وقت العلم (بعدم توافر الخيار) ، و إما خمسة عشرة (15) سنة من وقت إبرام العقد ، حسب نص المادة 101 من القانون المدني الجزائري -السابق ذكرها - .

وأخذا بأحكام الفقه الاسلامي ، يرى بعض الشراح أن يسقط حق المشتري في خيار الرؤية بموته ، ويرى جانب آخر من الشراح أن حق الإبطال لعدم العلم بالمبيع لا يسقط بموت المشتري قياسا على الشفعة التي هي أيضا خيار .

الفرع الثالث : خيار التعيين

إن خيار التعيين هو حق يثبت للمتعاقد بالاتفاق ، في أن يعين محل العقد من عدة أشياء يرد عليها العقد ، وخيار التعيين يرد على الأشياء القيمية (2) (أي المعينة بذاتها) ، ولا يصح وروده على الأشياء المثلية (المعينة بنوعها فقط) ما لم يتم إفرازها بالكيل إن كانت مما يكال، أو بالقياس إذا كانت مما يقاس ، أو بالعدد إذا كانت مما يعد ويحصى ، أو بالوزن

(1) محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 59 .

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص330.

إذا كانت مما يوزن ، فنطاق خيار التعيين هو العقود الناقلة للملكية كالبيع ، و الهبة بعوض و غيرها ، ومثال ذلك أن يلتزم البائع بنقل ملكية سيارة معينة بذاتها أو سيارة أخرى معينة بذاتها أيضا ، فبالرغم من أن السيارتين معينتان بالذات ، إلا أن محل الالتزام لم يتحدد أي منهما ، ولن يتحدد إلا باستعمال خيار التعيين .

وبناء عليه يثبت خيار التعيين للمشتري في عقد البيع ، وقد اختلف الشراح في مدى اشتراط تحديد مدة لخيار التعيين ، بين قائل بعدم جواز البيع مالم تذكر مدة للخيار ، وبين قائل بأن خيار التعيين صحيح حتى من غير ذكر مدة محددة له (1) ، و أما المشرع الجزائري فنجدده سكت عن هذه المسألة فاشتراط تعيين محل الالتزام والا كان العقد باطلا ، كما هو مستشف من نص المادة 94 من القانون المدني - السابق ذكرها - ، وذلك حفاظا على استقرار المعاملات وتفادي الاشكالات الناجمة عن عدم التعيين بالذات للمحل .

وإذا توافرت شروط خيار التعيين السالفة الذكر ، نكون أمام عقد غير لازم بالنسبة لمن يثبت له الخيار ، حيث بإمكانه أن يفسخ العقد خلال مدة الخيار أو وقت انعقاد العقد ، فاقتران العقد بخيار التعيين يجعله نافذا غير لازم بالنسبة لمن شرط له الخيار خلال مدة الخيار - إن تم الاتفاق على أجل - ، فإذا انتهت المدة يصبح العقد نافذا أو لازما في أحد الأشياء المعينة بالذات المتعددة ، وإذا اختار من له خيار التعيين أصبح العقد أيضا لازما .

وبناء عليه يرى الشراح أن لخيار التعيين أثرا رجعيا يترتب عليه ما يلي (2) :

1- إذا كان خيار التعيين للمشتري في عقد البيع ، وقام البائع ببيع أحد الأشياء المتعددة قبل الخيار ، ثم اختار المشتري الشيء الذي باعه البائع ، فمن حقه استرداد ذلك الشيء ، لأنه يعد مالكا له من وقت انعقاد العقد لا من وقت الاختيار ، مالم يكن المتصرف إليه حسن النية، فعندئذ يتمسك بالشيء استنادا إلى قاعدة الحيازة في المنقول .

(1) ياسين حمد الجبوري ، المرجع السابق، ص331.

(2) المرجع نفسه، ص332 .

2- إذا تصرف من له الخيار بالشيء ، قبل أن يستعمل حقه في الخيار ، ثم اختار الشيء ذاته ، فإن تصرفه هذا يعد صحيحا لأنه يعتبر مالكا له عند التصرف به .

الفرع الرابع : خيار العيب

ويقصد بخيار العيب أن يثبت للمتعاقد الذي تملك محل العقد حق فسخ العقد أو حق إتمامه صحيحا ، عندما يوجد عيب فيه ، فإذا رضي المتعاقد فقد أجاز العقد ، وإذا رفض محل العقد المعيب ، فسخ العقد (1).

ويثبت خيار العيب دون اتفاق المتعاقدين ، وذلك في العقود التي تحتل الفسخ (2):

ففي عقد البيع يثبت خيار العيب للبائع و للمشتري في محل المبيع عندما يكون المبيع أو الثمن عينا معينة بالذات ، كما لو باع دارًا بسيارة ، ثم اكتشف فيها عيبا .

وفي عقد الايجار يثبت خيار العيب للمستأجر إذا اكتشف عيبا في العين المؤجرة ، ويثبت الخيار كذلك للمؤجر إذا كان بدل الايجار عينا معينة بالذات .

وفي عقد القسمة عندما يتم تقسيم الأعيان المشتركة بين الشركاء ، ثم يكتشف أحد المتقاسمين عيبا في نصيبه ، فإن له خيار العيب .

وفي عقد الصلح عن مال على شيء بعينه إذا كان بدل الصلح عينا معينة بالذات ثم اكتشف المتصلح عيبا فيها ، فإن له خيار العيب .

ويطلق على خيار العيب في القانون المدني بالعيب الخفي ، ويعتبر كذلك إذا كان موجودا قبل إبرام العقد ، ولا يمكن اكتشافه من طرف الشخص العادي إلا بعد فحصه فحصا دقيقا من خبير أو مختبر أو ما شابه ، وكان أيضا مؤثرا على الغرض من المبيع أو ثمنه .

(1) على الخفيف ، المرجع السابق ، ص356.

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص334.

هذا ويشترط القانون المدني الجزائري شروطا معينة يثبت بها خيار العيب ، وهذه الشروط أشارت إليها المادة 380 منه بنصها على أن :

" إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية ، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة ، فإن لم يفعل اعتبر راضيا بالمبيع .

غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي ، وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك ، وإلا اعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب ."

فخيار العيب المقصود بالدراسة هنا هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 380 -أعلاه - وهي كون العيب لا يمكن الكشف عنه بالفحص العادي ، فيبقى المشتري أمام فرضيتين :

الفرضية الأولى (حالة العيب الجسيم)

وفيه تكون خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، وعندئذ نكون بصدد العقد غير اللازم ، وفيه يطالب المشتري البائع بالفسخ مع التعويض (*) عن الخسارة ورد المبيع إلى البائع ، كما له أن يستبقي المبيع مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب .

(*) عناصر التعويض حسب المادة 375 من القانون المدني تشمل : " قيمة المبيع سلميا وقت ظهور العيب - المصروفات الضرورية - جميع مصروفات ضمان العيب الخفي - و بوحه عام التعويض عما لحق المشتري من خسارة أو ما فاته من كسب بسبب العيب الخفي) .

الفرضية الثانية (حالة العيب غير الجسيم)

أي لا تصل فيه خسارة المشتري جراء اكتشاف العيب في المبيع إلى حدّ العيب الجسيم - كما في الفرضية الأولى - ، فلا يكون للمشتري إلا بمطالبة البائع عما أصابه من ضرر بسبب البيع .

وبعد بيان كل مراتب انعقاد العقد نأتي في الفصل الرابع و الأخير من هذا الباب المخصص لدراسة العقد إلى بيان آثار العقد وانحلاله .

الفصل الرابع : آثار العقد وانحلاله

إذا توافرت أركان العقد وشروطها ، انعقد العقد صحيحا ، وناظدا ولازما ، تترتب عليه عندئذ آثاره القانونية بإنشاء الالتزامات و اكتساب الحقوق ، وعلى الرغم من ذلك ، فإن هذا العقد يكون عرضة للانحلال و الزوال .

فدراسة آثار العقد وانحلاله تستلزم منا أن نعرض لها في هذا الفصل في ثلاثة مباحث ، حيث نخصص المبحث الأول لعرض الآثار المترتبة على العقد من حيث الموضوع بدراسة الموضوعات التالية (القوة الملزمة للعقد - تفسير العقد -تحديد نطاق العقد - و المسؤولية العقدية) ، ونخصص المبحث الثاني لعرض الآثار المترتبة على العقد من حيث الأشخاص بدراسة ومناقشة : (أثر العقد بالنسبة إلى الخلف العام - و الخلف الخاص-وبالنسبة إلى الدائنين - و بالنسبة إلى الغير) ، ونخصص المبحث الثالث و الأخير لدراسة الحالات الخمسة التي ينحل (يزول) فيها العقد : (انحلال العقد بالتنفيذ - وانحلاله بالتقاييل - وبالفسخ و بالانفساخ - والدفع بعدم التنفيذ) .

ونعرض مقتضيات هذا الفصل كالاتي :

المبحث الأول : آثار العقد من حيث الموضوع

ولتحديد آثار العقد من حيث الموضوع يستلزم منا المقام مناقشة الموضوعات التالية :

القوة الملزمة للعقد وتتجسد في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ومسألة تفسير العقد ، وتحديد نطاق العقد ، و البحث في المسؤولية العقدية وذلك ضمن المطالب الآتية :

المطلب الأول : القوة الملزمة للعقد (قاعدة العقد شريعة المتعاقدين)

فإذا نشأ العقد صحيحا مستكتملا لجميع الأركان و الشروط اللازمة لانعقاد العقد ، وجب على الطرفين المتعاقدين تنفيذ التزاماتهما التعاقدية ، وسبب هذا الإلتزام هو الرابطة التعاقدية القائمة على أساس أن العقد هو قانون المتعاقدين أي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽¹⁾، المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني الجزائري بقولها : "العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقرها القانون ."

ونبين في الفرع الأول مفهوم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومضمونها ، ونخصص الفرع الثاني لبعض الاستثناءات الواردة على هذه تطبيق هذه القاعدة .

الفرع الأول : أساس القوة الملزمة للعقد ومضمونها .

أولا : المقصود بالعقد شريعة المتعاقدين .

إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها ضمن أحكام المادة 106 - المبينة أعلاه - مؤداها : عدم استقلال أي من طرفي العقد بنقضه أو تعديله ، إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقرها القانون ، و ينبني على ذلك أنه إذا توافرت في العقد أركانه من تراضي ومحل و سبب ، فإنه يقع صحيحا ، وتترتب عليه آثاره القانونية التي اتجهت إليها إرادة

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 207.

المتعاقدين مالم يكن القانون قد نص على البطلان جزاء لاعتبارات عامة تتعلق بها لمصلحة العامة استثناء من مبدأ سلطان الارادة ، و يتعين في هذه الحالات المستثناة - التي نبينها لاحقا- مراعاة الحدود و القيود التي ينص عليها القانون ، وعدم التوسع في التفسير ، و أخذاً بهذه القواعد في التفسير (1).

ثانيا : مضمون قاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

1- لا يجوز لأي من المتعاقدين الانفراد بتعديل العقد أو نقضه دون رضاء المتعاقد الآخر إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على تعديل العقد ، و كما قد يتم ذلك بإيجاب وقبول صريحين و يصح أن يكون ضمنيا ، و أن على محكمة الموضوع - إن هي قالت بأن التعديل الضمني لم يتم من الوقائع و الظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي العقد- أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة ، و أن عليها أن تستظهر مدلول المحررات المتنازع عليها من اتفاقات عن موضوع التعاقد ذاته (2).

2- إن خلال أحد المتعاقدين بالتزامه الناشئ عن العقد ، لا يجيز للطرف الآخر التحليل من التزامه طالما كان الاتفاق عليه جديا ، و تطبيقا لذلك جرى العمل القضائي مثلا على أن إدخال المؤجر بالتزامه بإجراء التحسينات التي تعهد بإجرائها مقابل زيادة الأجرة (بدل الايجار) ، لا يجبر للمستأجر التحلل من التزامه طالما كان الاتفاق عليه جديا ، و إنما يكون له مطالبة المؤجر قضائيا بتنفيذ ما التزم به حتى إذا تبين استحالة التنفيذ العيني جاز له مطالبة التخفيض... (3).

(1) شريف الطباخ ، التعويض عن خلال بالعقد ، (التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء و الفقه) ، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع ، المنصورة ، مصر ، 2008 ، ص86.

(2) المرجع نفسه ، ص91.

(3) المرجع نفسه ، ص 96.

3- لا يسوغ لقاضي الموضوع إغفال تطبيق أحد نصوص العقد ، و إلا كان الحكم مخطئاً في تطبيق القانون ، فنص المادة 106 من القانون المدني - السابقة الذكر - تدل على أن مبدأ سلطان الارادة يسود الفكر القانوني، و لازم أن يمتنع على أحد المتعاقدين نقض العقد أو انهائه أو تعديله على غير مقتضى شروطه ، مالم يتفق على ذلك مع الطرف الآخر ، كما يمتنع ذلك على القاضي لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقيدها ، و إنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها ، وهو ملزم عند وضوح عبارات العقد بعدم الخروج عنها ، باعتبارها تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين المشتركة ، و ذلك رعاية لمبدأ سلطان الارادة وتحقيقاً لاستقرار المعاملات .

ثالثاً : أساس قاعدة العقد الشريعة المتعاقدين .

إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تقوم على أساس أخلاقي ، و على أساس مبدأ سلطان الارادة في العقود كالاتي (1):

1- قيام قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على أساس أخلاقي :

و يتجسد هذا الأساس في وجوب الوفاء بالعهد ، فالمصلحة العامة و ضرورة قيام الثقة و الاستقرار في التعامل داخل المجتمع يستلزمان مثل هذا الواجب ، و جرى القضاء على تأكيد ذلك ، فمن مقتضى حسن النية و الثقة المتبادلة بين الناس ، أن يقوم كل متعاقد بتنفيذ ما تعهد به طبقاً لشروط العقد وكافة مستلزماته وفقاً للقانون و العرف و طبيعة التصرف ، فمثلاً من مستلزمات عقد المقاومة تمكين المقاتل من إنجاز العمل ، فإن الإخلال بهذا الالتزام يترتب على المخل مسؤولية تعويض المضرور عما لحقه من ضرر (2).

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص ص 208 - 209.

(2) المرجع نفسه، (حكم محكمة التمييز رقم 603 /90)، ص 208 .

2- قيام قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على أساس مبدأ سلطان الإرادة في العقود :

ووفقا لمبدأ سلطان الارادة ، فإن الأصل في العقد هو الرضائية ، و بالتالي يكون التراضي وحده كافيا لإنشاء العقد و تحديد آثاره التي تترتب عليه ، إلا إذا تطلب القانون شكلا معيناً ، عندها يجب على الأطراف التقيد بهذه الشكلية ، و عليه فإنه إذا ما التزم شخص بإبرام عقد ، فإنما يلتزم لأنه أراد (1) ، فالشخص وفقا لمبدأ سلطان الارادة له الحرية في أن يبرم العقد ، فيلتزم بما يترتب عليه ، أو أن لا يبرمه ، فلا تنشأ في ذمته التزامات من شأن العقد أن يربتها ، بمعنى آخر أن القاعدة هي حرية التصرف ، فكل ما ليس ممنوعا لمخالفته النظام العام و الآداب العامة فهو جائز ، و لكن صحة العقد بصحة أركانه ، و صحة أركانه بعدم مخالفتها للنظام العام و الآداب العامة ، فتكون الإرادة هنا أساسا موجبة حفاظا على استقرار التعامل و تطبيقا للآداب العامة في المجتمع ، و طبقا لما نصت عليه المادة 107 من القانون المدني الجزائري بقولها :

" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية .

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد لما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون ، و العرف ، و العدالة ، بحسب طبيعة الالتزام " .

الفرع الثاني : الاستثناء من تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

(نظرية الظروف الطارئة) .

وهذا الاستثناء مستخلص مباشرة من نص الفقرة الأخيرة من المادة 107 من القانون المدني على أن : " ... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية ، و إن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف ، و بعد مراعاة لمصلحة

(1) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص47.

الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

إذ نستطيع القول أن هناك حالات لا تطبق فيها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وهي الحالة التي نصت عليها المادة 107- أعلاه - وهي ماتعرف بنظرية الظروف الطارئة ، وظاهر نص هذه المادة أن لنظرية الظروف الطارئة شروطا معينة لا بد من توافرها حتى يطبق حكم المادة 107 من القانون المدني هي :

أولا : يجب أن نكون بصدد عقد متراخي التنفيذ

إذا يشترط لإعمال نظرية الحوادث الطارئة ، أن يتراخي تنفيذ العقد بغير خطأ من المدين ، فإذا لم يتراخي تنفيذ العقد عن وقت إبرامه ، فلا محل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة .

كما يجب أن يتراخي التنفيذ بغير خطأ من المدين ، و المجال الخصب لإعمال نظرية الظروف الطارئة هو العقود الزمنية كعقد التوريد ، أو العقود التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن ، كعقود المقاولة ، فإذا تعهد مقاول بإتمام عمل معين في ميعاد ما ، ثم تراخي في تنفيذه عن الميعاد المتفق عليه ، وكان ذلك بخطأ منه ، فليس لهذا المقاول الإدعاء بأن حادثا ما وقع حتى ولو ترتب عليه أن صار التنفيذ مرهقا ، ليتوصل بذلك إلى إنقاص التزاماته أو زيادة التزامات المتعاقد الآخر ، كما تشمل العقود المتراخية التنفيذ أحيانا العقود الفورية مادام تنفيذها متراخيا بالاتفاق إلى أجل أو آجال متتابعة كعقد البيع إذا اتفق فيه على تأجيل الثمن أو تقسيطه ، و سواء كان التأجيل إجباريا أم اختياريا ، بل و أنه يمكن إعمال النظرية في شأن العقود الفورية غير المؤجلة التنفيذ الاحتمالية ، وهي العقود التي لا يستطيع كل من المتعاقدين فيها أن يحدد وقت إبرام العقد ، القدر الذي أخذ ، و القدر الذي

أعطى ، لأن تحديد ذلك مرهون بحدوث أمر مستقبل غير محقق أو غير معروف وقت حصوله كالبيع بثمن مرتب مدى الحياة مدى الحياة (1).

فإذا كان العقد متراخي التنفيذ على النحو السابق في الأمثلة- أعلاه - فإنه لا يلزم أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية بالتقابل إلى ما بعد الحادث الطارئ ، و إنما يكفي أن يكون الالتزام الذي لحقه الحادث متراخي التنفيذ إلى ما بعد حصوله ، و لو كان الالتزام المقابل قد تم تنفيذه ، مع التأكيد على أن لا يكون تراخي تنفيذ التزام المدين راجعا إلى خطئه.

ثانيا : يجب أن نكون بصدد حادث استثنائي عام غير ممكن توقعه و غير ممكن دفعه :

إذ يشترط في الحادث الذي يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون حادثا استثنائيا كالحروب و الزلازل و الفيضانات ، و أن يكون الحادث عاما ، و غير خاص بالمدين نفسه كمرضه أو إفلاسه أو موته ، و تطبيقا قضائيا لذلك مثلا ما تدعيه الشركة المتعهدة من حصول تلف في البضاعة التي استوردتها بسبب حادث فردي وليس بسبب حوادث استثنائية عامة ، لا يستدعي تطبيق أحكام الحوادث الطارئة في هذه الحالة (2) ، و بعبارة أدق فإنه يعد حادثا عاما استثنائيا لما لا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصوله لو وجد في ظروف ذلك المدين وقت التعاقد (3) .

ثالثا : أن يؤدي الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا .

و لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، يجب أن يؤدي الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، و لا يشترط أن يصبح تنفيذ الالتزام

(1) شريف الطباخ ، المرجع السابق ، ص 100.

(2) يوسف محمد العيسى ، (حكم محكمة تمييز رقم 77/404 سنة 1978) ، المرجع السابق ، ص 211

(3) شريف الطباخ ، المرجع السابق ، ص 106.

مستحيلا ، لأنه إذا ما أصبح كذلك فإن نظرية القوة القاهرة هي التي تطبق عندئذ ، و التي مؤداها انقضاء الالتزام (1) .

و يلاحظ أن الوقائع المشككة للقوة القاهرة تتفق غالبا في طبيعتها مع الوقائع المشككة للحوادث الطارئة كالحروب ، و الزلازل و الفيضانات ..إلخ ، و لكن الفارق بينهما يظهر في أثر هذه الوقائع على تنفيذ الالتزام ، الذي يتوقف بصفة عامة على محل الالتزام ، فإذا كان محل الالتزام هو إعطاء شيء قيمي كنقل ملكية شيء معين بالذات ، فإنه من المتصور أن يصبح تنفيذه مستحيلا ، أما إذا كان محل الالتزام هو إعطاء شيء مثلي و هو الذي يقوم بعضه مقام بعض عند الوفاء كالنقود و غيرها ، فإنه لا يتصور في هذه الحالة أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا في ذاته ، بل من المتصور في هذه الحالة أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا في ذاته ، بل يتصور فقط أن يصبح مرهقا للمدين (2) .

فالطارئ غير المتوقع تنظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة و الحتم ، لكنه يفترق عنها في أثره في تنفيذ الالتزام ، فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلا ، بل يجعله مرهقا يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة (3) .

فإذا توافرت الشروط الثلاثة السابقة الذكر ، حسب نص المادة 107 من القانون المدني ، جاز لمحكمة الموضوع تبعا للظروف ، و بعد إجراء الموازنة بين مصلحة المتعاقدين أن ترد الالتزام المرهق إلى حدّ المعقول ، و للمحكمة الحرية في اختيار نوع التعديل الذي تدخله على شروط العقد ، فقد ترى المحكمة تخفيف عبء الالتزام على المدين أو زيادة التزام الدائن بما يؤدي إلى توزيع الخسارة بين الدائن و المدين ، كما قد تلجأ المحكمة إلى وقف

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص211.

(2) شريف الطباخ ، (طعن محكمة النقض المصرية رقم 317 لسنة 1935 ، المرجع السابق ، ص ص 108 – 109

(3) وجاء ذلك في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ، وورد في :شريف الطباخ ، المرجع السابق ،ص109.

تنفيذ العقد لمدة من الزمن كون الحادث الاستثنائي يتوقع زواله في خلال زمن قريب كظروف الحرب مثلا (1) .

المطلب الثاني : مسألة تفسير العقد

يقصد بالتفسير عموما توضيح المبهم من ألفاظ نص ما (تشريعي ، شرعي ، ...) و تكمله المقتضب منه ، و تخريج الناقص من أحكامه، و التوفيق بين الأجزاء المتناقضة فيه (2) .

و التفسير في نطاق العقد يهدف إلى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين ، و ذلك عندما لا تكون النصوص واضحة ، و لا تكشف حقيقة قصد المتعاقدين ، حتى يمكن تحديد مضمون العقد ، و الوقوف على ما يرتبه من التزامات حتى يتسنى تطبيقه (3) .

إن يلبأ عادة إلى التفسير إذا ما كان مضمون العقد غير واضح و لا يكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، و قد تناول المشرع الجزائري ثلاث حالات للعبارات الواردة في العقد وهي : حالة وضوح عبارات العقد ، و حالة غموض عبارات العقد ، و حالة قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين ، و ذلك ما نستشفه من نص المادة 111 من القانون المدني بقولها :

" 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 ، و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين ، و فقا للعرف الجاري في المعاملات " .

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص211

(2) محمد شريف أحمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة وزارة الأوقاف ، القاهرة ، 1982، ص11

(3) توفيق حسن فرج ، و جلال علي العدوى ، النظرية العامة للالتزام ، (مصادر الالتزام) - أحكام الالتزام) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 200، ص297

و كذا نص المادة 112 من ذات القانون على أن :

" يؤول الشك في مصلحة المدين .

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

و هي الحالات الثلاثة التي سنتعرف على القصد منها و سلطة قاضي الموضوع خلال كل حالة .

الفرع الأول : حالة وضوح عبارات العقد .

وهذه الحالة نصت عليها الفقرة الأولى من المادة 111 من القانون المدني - السابق ذكرها- ويمكن التفريق في هذا الصدد بين افتراضين ، أولهما : حال ما إذا كانت عبارة العقد الواضحة تتفق مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، و ثانيهما: حالة ما إذا كانت هذه العبارة لا تتفق مع تلك الإرادة .

أولا : حالة عبارة العقد واضحة ، و دلالتها مطابقة لإرادة المتعاقدين .

فمتى كانت عبارات العقد واضحة في جملتها ، وكانت دلالاتها مطابقة ومتمفقة مع ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين ، فإنه لا يكون ثمة محل لاجتهاد أو تفسير ، و يجب الوقوف في تفسير العقد عند الصيغ و العبارات الواردة في العقد ، و استخلاص معانيها الظاهرة ، دون الانحراف عن المعنى الظاهر إلى معان أخرى ، بحجة أنها هي المعاني التي تتمثل فيها الإرادة الباطنة ، فالإرادة الباطنة لا شأن لنا بها ، إذ هي ظاهرة نفسية لا تعني المجتمع ، و الذي يعنيه هو الإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها كل من المتعاقدين في تعامله

مع الآخر ، فهذه ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، وهي التي يتكون منها العقد (1) ، و إذا التزمت المحكمة بعبارة العقد الواضحة فلا حاجة في حكمها إلى بيان أسباب لتفسير .

ثانيا : حالة عبارة العقد واضحة مع مخالفتها للقصد الحقيقي للمتعاقدين .

في هذه الحالة يكون اللفظ واضحاً ، و لكنه لا يعبر عن إرادة المتعاقدين الحقيقية ، إذ يقصد المتعاقدان معنى مخالفا لما ينصرف إليه اللفظ ، أو كان غير دال عليه بوضوح في ذاته بل هو وضوحه في الدلالة على المقصود به .

وبما أن العبرة بوضوح الإرادة (الإرادة الظاهرة) ، فإن القاضي بإمكانه أن يعتمد طريقة التفسير المحددة بالنص ، التي ترتبط بالقانون ، الذي يرتب أحكامه على الأعمال الظاهرة دون النوايا ، فعليه الاعتداد بالمعنى الحقيقي و إهمال التفسير الوارد في العقد ، بناء على المعطيات الظاهرة للمعاملة ، كطبيعتها أو مقتضيات الثقة و الأمانة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات (2) ، فإذا خرج القاضي عن عبارة العقد فهو ملتزم ببيان أسباب ذلك وأن تكون أسبابا مقبولة ، وكل خروج دون تسبب يعني تحريف ومسخ وتشويه لعبارة العقد الواضحة(3) .

الفرع الثاني : حالة غموض عبارة العقد

إذ تظهر الحاجة إلى تفسير العقد ، حتى يتسنى نطاقه ، وما يتولد عنه من التزامات إذا ما كان هناك غموض في عبارات العقد أو كانت تحتمل أكثر من معنى ، والهدف من التفسير هو الكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، ويحدد القانون المدني الجزائري في متن نص المادة 111 منه بعض العوامل الموضوعية التي يستطيع القاضي الاسترشاد بها ، للتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، كطبيعة التعامل التي يقصد بها الطبيعة القانونية

(1) يوسف محم عبيدات ، المرجع السابق ، ص213 .

(2) شريف الطباخ ، المرجع السابق ، ص ص 136-137.

(3) المرجع نفسه ، ص148.

لنوع العقد الذي اتجهت إرادة المتعاقدين إلى إبرامه ، ومن ذلك مثلا إذا اشترط في العقد على أن المستعير يتحمل رد مثل الشيء المستعار إذا ما هلك ، فإن ذلك يؤخذ على اعتبار أن العقد عارية استعمال وليس عارية استهلاك ، وعليه يلتزم المستعير برد شيء مماثل للشيء محل الالتزام (1).

هذا ويجب على القاضي عند غموض العبارة أن يأخذ بما تفيدته العبارات بأكملها ، وفي مجموعها باعتبارها وحدة متصلة ومتماسكة ، ثم البحث عن النية المشتركة التي تقوم على التفسير الشخصي ، وبالإستعانة بالمعايير الموضوعية المبينة أعلاه و المستخلصة من المادة 111 من القانون المدني (2)، وكذا بتكليف الطلبات في الدعوى ، والعبرة ليس بحرفية عباراتها ، وإنما بما عناه المدعي منها ، وفقا للثابت من الوقائع المعروضة في حدود سبب الدعوى دون التعبير عن مضمون تلك الطلبات ، علما أن استخلاص نية المتعاقدين في العقد من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ، والعبرة من تكييف العقد هو التعرف على حقيقة مرماه وتحديد حقوق طرفيه بحقيقة الواقع ، والنية المشتركة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين دون اعتداد لما أطلقا عليه من وصف أو ضمناه من عبارات ، إذا تبين أن هذه الأوصاف و العبارات تخالف حقيقة التعاقد (3).

الفرع الثالث : حالة قيام الشكل في التعرف على إرادة المتعاقدين

فقد تكون عبارة العقد غامضة ، بحيث تحتل أكثر من معنى ، ولم تُجَدِ وسائل التفسير التي استعان بها القاضي نفعا في استخلاص المعنى الذي قصده المتعاقدان ، ولم يَهْتَدِ في شأن تلك العبارة الغامضة إلى معنى معين يرجحه على غيره من المعاني التي تحتلها عبارة العقد (4)، فإذا ما ظل الشك موجودا ولم يكن بإمكان القاضي إزالة الغموض في عبارة العقد

(1) يوسف محمد عبيدات ، (حكم تميز أردني رقم 77/163 لسنة 1977) ، المرجع السابق ،ص213 .

(2) شريف الطباخ ، المرجع السابق ، ص150.

(3) (طعن بالنقض مصري ، رقم 153 سنة 1951) ، المرجع نفسه ، ص161 .

(4) ياسين محمد الجبورى ، المرجع السابق ، ص383.

باللجوء إلى قواعد التفسير الموضوعية و الشخصية و التكييف لوثائق الدعوى ... وغيرها ،
 وجب عليه لمواجهة هذه الحالة تطبيق قاعدة : " الشك يفسر في مصلحة المدين " استنادا إلى
 الفقرة الأولى من المادة 112 من القانون المدني ، ويقال في تبرير هذه القاعدة ، أنه يجب
 حماية المدين على أساس أنه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية .

ولقد اختلف الفقه في تحديد المقصود بلفظ "المدين " ، بالنسبة للقاعدة المذكورة ، فهل
 هو المدين في الالتزام ؟ أم المدين في الشرط الوارد في الالتزام؟

ورغم أن الرأي الراجح لدى الشراح هو أن "المدين في الالتزام " هو المقصود بلفظ "المدين
 " في القاعدة السابقة ، إلا أن هذا القول لا يمكن أن يصدق في جميع الحالات ، لأنه في
 بعض الحالات يقصد بالمدين : "المدين في الشرط " لا في الالتزام (1)، ومثال ذلك : العقد
 المقرون بشرط جزائي ، الذي يثار شك فيه ، بشأن معرفة ما إذا كان الشرط الجزائي يُستحق
 على المدين عند تأخره في تنفيذ الالتزام ، أم أنه لا يُستحق إلا عند تنفيذ الالتزام ، فيجب هنا
 تفسيره على أنه لا يُستحق إلا في حالة عدم التنفيذ (2) ، فالمشرع استخدم في قاعدة (تفسير
 الشك) عبارة المدين فقط ، ولذلك يتعين فهم تلك العبارة على أساس أن "المدين " هو "الذي
 يضره الشرط" .(3)

وقد أورد المشرع على قاعدة (تفسير الشك لمصلحة المدين) استثناء واضحا جليا ، في
 الفقرة الثانية من المادة 112 من القانون المدني ، وهذا الاستثناء هو :

(1) عبد المنعم فرج الصدر ، المرجع السابق ، ص 384.

(2) المرجع نفسه ، ص 384.

(3) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 384.

* حالة ما إذا كانت العبارات الغامضة قد وردت في عقد من عقود الإذعان ، فإن الشك يفسر لمصلحة الطرف المدعِن ، وهو الطرف الضعيف اقتصاديا سواء أكان دائما أم مدينا، إذ أن الشك في عقود الإذعان (*¹) لا يقتصر تفسيره على مصلحة المدين . ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المُدعِن في عقود الإذعان عادة ما يكون الطرف الضعيف الذي يقتصر دوره على الرضوخ لشروط الطرف القوي ، ولذلك يرى بعض الشراح أن أي غموض يشوب العقد يكون سببه الطرف القوي الذي يستقل بوضع شروط العقد ، ولذلك يجب ألا يعطى فرصة الاستفادة من هذا الغموض .(2)

المطلب الثالث : تحديد نطاق العقد

إذا فرغ القاضي من تفسير العقد ، انتقل إلى تحديد نطاق العقد ، ويقصد بتحديد نطاق العقد بيان الالتزامات التي تترتب على طرفي العقد ، إلا أن ذلك لا يعني النظر فقط إلى ما ورد في العقد نفسه لبيان تلك الالتزامات التعاقدية على المتعاقدين ، بل لابد كذلك من النظر إلى ما يعتبر من مستلزمات العقد (3) ، ووفقا للمادة 111 - الفقرة الثانية - من القانون المدني ، فإنه يرجع في تحديد مستلزمات العقد إلى المصادر التالية:

(*) عقد الإذعان هو العقد الذي يملي فيه أحد الطرفين شروط العقد للطرف الثاني ، إما أن يقبلها جملة ، أو يرفضها جملة، ومن هنا يكون قبوله أقرب من التسليم و الإذعان منه إلى الرضاء السليم ، و يتميز عقد الإذعان بكون العقد يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية للجمهور و يكون أحد المتعاقدين محتكر للسلعة أو الخدمة قانونيا أو فعليا ، و يقدم هذا المتعاقد شروط العقد على الجمهور سلفا و لا يقبل النقاش فيها و منها عقود النقل عموما برى ، بحرى أو جوى ، عقود العمل في الشركات الكبرى ، وعقود التأمين عموما ، (للاطلاع أكثر محمد صبرى السعدى ، النظرية العامة للالتزامات ، الفقرة 109).

(3) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص215.

(3) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص387.

الفرع الأول : القانون

إذ يساهم القانون إلى حد بعيد في تحديد نطاق العقد ، و المقصود بالقانون هو القواعد المكملة أو المفسرة فقط ، إذ أن اتفاق المتعاقدين على خلاف هذه القواعد يجعل اتفاقها هو الذي يسرى بينهما ، ويرجع القاضي إلى تلك القواعد فقط عند سكوت المتعاقدين عن الاتفاق على تنظيم بعض المسائل ، ومثال ذلك مكان وزمان تسليم المبيع و الثمن في عقد البيع ، وكذلك إلزام المؤجر بالقيام بالإصلاحات للعين المؤجرة ، وكذلك التي يلزم بها المستأجر ، فإذا ما سكت الطرفان مثلا عن تحديد الإصلاحات التي يجب أن يلزم بها المؤجر ، فإن القانون يتولى تحديدها ويلزم بها الطرفان .

الفرع الثاني : العرف

ويمكن للقاضي الاستعانة بالعرف في تحديد نطاق العقد ، ويقصد بالعرف هنا العرف المكمل لمضمون الالتزام ، وليس المفسر لعبارة العقد عند غموضها ، إذ يعتمد عليها القاضي عند قيامه بتحديد الالتزامات التي تترتب في ذمة كل من المتعاقدين ، ويلحق بالعرف الشروط التي جرت العادة على إدراجها في العقد ، و أصبح يعمل بها حتى من دون ذكرها صراحة في العقد⁽¹⁾ ، فمثلا بيع سيارة يتضمن التزام البائع بتسليم ملحقات جرى العرف على اعتبارها متضمنة في بيع السيارة كالإطار الاحتياطي ، وبعض العُدَد الصغيرة ، وأيضا نقل ملكية المحل التجاري تتضمن وفقا للعرف التزام المالك بتسليم دفاتره ووثائقه إلى المشتري ليستطيع أن يبني عليها معرفة واضحة بحقوق المحل ، وديونه وصلته بعملائه وهكذا .

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق، ص 387 .

الفرع الرابع : مبادئ العدالة

إذ يمكن لقاضي الموضوع الاستعانة بمبادئ العدالة لا سيما لتقرير التزامات إضافية على عاتق المتعاقدين ترتبط بالالتزامات الأصلية ، تؤكد فائدتها ، وتُعينُ على تحقيق أهدافها ، من ذلك اعتبار الملتزم بنقل الأشخاص ملتزماً أيضاً بضمان سلامتهم حتى وصولهم إلى المكان الذي يُنقلون إليه ، وكذا اعتبار بائع المحل التجاري ملتزماً بالامتناع عن أي عمل يؤدي إلى انتزاع عملاء المحل المبيع من المشتري ، مادام قد حصل في الثمن على مقابل ثقة هؤلاء العملاء في هذا المحل ، والتزام العامل الذي يطلع على أسرار صاحب العمل ، بعدم إفشاء هذه الأسرار ولو لم ينص عقد عمله على مثل هذا الالتزام ... وغيرها (1) .

الفرع الخامس : طبيعة التصرف

فكثيراً ما تملي طبيعة التصرف على القاضي استكمال نطاق العقد وتحديد مستلزماته ، ومثال ذلك: أن من يبيع عينا يعتبر وكأنه قد باعها وبيع معها ملحقاتها الضرورية ، وما اتصل به اتصال قرار ، وما أعد لاستعماله بصفة دائمة ، وكل ما جرى العرف على أنه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد ، فبيع منزل معين يتضمن التزام البائع بتسليم المفاتيح ومستندات الملكية ، وبيع سيارة معينة يشمل أيضاً التزام البائع بتسليم الوثائق و المستندات اللازمة .

المطلب الرابع : المسؤولية العقدية (جزاء عدم تنفيذ العقد)

إن المسؤولية العقدية هي جزاء عدم تنفيذ العقد ، وقيام المسؤولية العقدية يفترض وجود عقد صحيح واجب تنفيذه ، ولو لم يحم المدين بهذا التنفيذ ، ويترتب على قيام المسؤولية العقدية تعويض الدائن عن الضرر الذي يصيبه من جراء عدم تنفيذ المدين للالتزام أو الالتزامات

(1) شريف الطباخ ، المرجع السابق ، ص176.

المتولدة عن العقد ، وتنفيذ العقد تنفيذا عينيا واجب ، إذا كان ذلك ممكنا وطلبه الدائن ، فالمسؤولية العقدية لا تقوم إلا حين يكون التنفيذ العيني غير ممكن .

وقد استقر الفقه و القضاء على اشتراط العقد الصحيح لقيام المسؤولية العقدية ، وأما العقد الباطل فلا يترتب عليه أثر طبقا للفقرة الأولى من المادة 103 من القانون المدني .

وحتى تقوم المسؤولية العقدية لابد من توافر أركانها وعناصرها المتمثلة بالخطأ (الاخلال بالالتزام العقدي) ، و الضرر ، والعلاقة السببية ، وذلك نبينه ضمن الفرع الأول ، ونخصص الفرع الثاني لتحديد آثار المسؤولية العقدية ، وندرس في الفرع الثالث أحكام المسؤولية العقدية (اتفاقات المسؤولية العقدية) .

الفرع الأول : أركان المسؤولية العقدية

أولا : الخطأ العقدي

1- تعريف :

يتمثل الخطأ العقدي في مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد ، على الوجه الوارد فيه ، سواء كان عدم التنفيذ كلياً وجزئياً أو معيباً أو متأخراً ، وبغض النظر عن الدوافع و البواعث و الغايات و الأسباب التي أحاطت بعدم التنفيذ ، مادام أنه لا يرجع إلى سبب أجنبي لايد للمدين فيه ، وبغض النظر كذلك عن حسن نية المدين أو سوء نيته إذ لا أثر لذلك على قيام الخطأ⁽¹⁾.

ولذلك يتوافر ركن الخطأ العقدي بمجرد ثبوت عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد على الوجه الوارد فيه ، وهذا الخطأ يترتب مسؤوليته التي لا يدرأها عنه إلا إذا أثبت هو قيام

(1) شريف الطباخ ، المرجع السابق ، ص232.

السبب الأجنبي الذي تنتفي به علاقة السببية ، وهو ما نصت عليه المادة 176 من القانون المدني الجزائري بقولها :

" إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه " .

و الظاهر من نصوص القانون المدني أنه يجب التفرقة هنا بين الالتزام ببذل عناية و الالتزام بتحقيق نتيجة :

أ- الالتزام بتحقيق غاية وكيفية إثبات الخطأ:

القاعدة أن تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة أو غاية معينة ، لا يتم إلا بتحقيق هذه النتيجة أو هذه الغاية ، كما في الالتزام بنقل ملكية شيء ، أو الالتزام بعمل معين كتسليم عين أو إقامة بناء أو الالتزام بالامتناع عن عمل معين ، فكل هذه الالتزامات الهدف منها تحقيق نتيجة أو غاية معينة وهي نقل الحق (الملكية) ، أو تسليم العين أو إقامة البناء أو الامتناع عن القيام بعمل معين ، وتنفيذ هذه الالتزامات لا يكون إلا بتحقيق النتيجة أو الغاية المذكورة ، فمتى تحققت هذه النتيجة أو الغاية فإن الالتزام يكون قد نُفِّذَ ، أما إذا لم تتحقق بقي الالتزام بدون تنفيذ.

ويفرق الشراح في هذا الصدد بين الالتزام بتحقيق غاية ايجابية كالالتزام بإعطاء شيء أو الالتزام بعمل ، وبين الالتزام بتحقيق غاية سلبية وذلك فيما تعلق بالإثبات ، ففي الحالة الأولى من المنطق عليه أنه يكفي من الدائن بإثبات قيام الالتزام فينتوي هذا الإثبات بذاته على إثبات الخطأ ، ويلقى على عاتق المدين بعد ذلك عبء إثبات براءة ذمته منه سواء بالوفاء أو لاستحالة الوفاء بسبب أجنبي لا يد له فيه ، وأما في الحالة الثانية (حالة الالتزام بتحقيق غاية سلبية) وهي الامتناع عن عمل ، فلا يكفي من الدائن بإثبات قيام الالتزام ،

وإنما يكون عليه أن يثبت فوق ذلك إخلال المدين به بإثبات قيامه بالعمل الذي التزم بالامتناع عنه ، وهو ما استقر على العمل به قضاء مثلاً في مسؤولية أمين النقل⁽¹⁾، وهي مسؤولية تعاقدية ناتجة عن إخلاله بالتزامه الناشئ عن عقد النقل - وهو التزم بتحقيق غاية- وبكفي لإثبات إخلاله بتعهده ، ثبوت عدم تسليم البضاعة إلى المرسل إليه دون حاجة إلى إثبات وقوع خطأ أو إهمال من جانب أمين النقل ، وإنما يكون على الناقل إذا أراد دفع المسؤولية عن نفسه أن يثبت أن عدم تسليم البضاعة أو تلفها يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كقوة قاهرة أو عيب في البضاعة أو خطأ من المرسل.

ب- الالتزام ببذل عناية وكيفية إثبات الخطأ :

ففي الالتزام ببذل عناية، فإنه لا يفرض على المدين أن يحقق نتيجة أو غاية معينة ، وإنما يلزمه فقط بأن يبذل العناية الواجبة في تنفيذ التزامه ، سواء تحقق الغرض المقصود من بذل هذه العناية أو لم يتحقق ، والأصل أن يكون مقدار هذه العناية هو ما يبذله الشخص المعتاد، ولكن هذه العناية قد تزيد أو قد تنقص سواء بالاتفاق أو بنص في القانون ، فالمستأجر يجب عليه بذل عناية في المحافظة على العين المؤجرة نفس ما يبذله الشخص المعتاد من عناية ، والوكيل و المودع عنده إذا لم يأخذ أجرًا فإنهما يبذلان في سبيل تنفيذ التزامهما العناية التي يبذلانها في أعمالهما الخاصة ، أو في حفظ مالهما دون أن يزيدا في ذلك عن عناية الشخص المعتاد ، والمستعير يجب في سبيل تنفيذ التزامه أن يبذل العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله أو على ملكه دون أن ينقص في ذلك عن عناية الشخص المعتاد ، ومن القضاء: "أن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاج هي مسؤولية عقدية وهو التزم ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منها تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية - مع الأصول المستقرة في علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في

(1) شريف الطباخ ، (نقض مصري رقم 23 / 1062 بتاريخ 1972/6/1) ، المرجع السابق ، ص234.

مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول ، وأيضا جراح التجميل كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي أجراها إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى، اعتبارًا بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه ، وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر⁽¹⁾، وفي الإثبات فإنه لا يكفي من الدائن -كالمريض في المثال السابق- إثبات قيام الالتزام ، وإنما يتعين عليه إثبات عدم بذل العناية المطلوبة عن طريق إثبات انحراف الطبيب عن الأصول التي تحكم أداء المهنة ، ولا يلزم من الدائن (المريض في هذا المثال) بتقديم دليل قاطع على الإهمال ، بل يكفي منه بما يجعل دعواه قريبة التصديق ، إذ أن الإهمال واقعة مادية يجوز إثباتها بكل الطرق ومنها القرائن القضائية التي تقوم على الإحتمال الكافي أو مبدأ الترجيح .

2- عناصر الخطأ العقدي :

يرى بعض الشراح⁽²⁾ ، أن الخطأ العقدي -كالخطأ التقصيري - يتكون من عنصرين ، أحدهما مادي يتمثل في واقعة عدم القيام بالواجب الذي يفرضه العقد على الوجه المرضي ، والآخر معنوي ، ويتمثل في نسبة هذه الواقعة إلى المدين بأن يكون قد تخلف عن القيام بواجبه رغم أنه كان في وسعه تبين هذا الواجب و القيام به .

3-أنواع الخطأ العقدي :

أ- الخطأ العقدي العمدي أو الغش :

ومفادهُ تعمد المدين الامتناع عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد على الوجه المتفق عليه فيه ، ولما كان المدين يتعمد الاخلال بالتزامه التعاقدية فإن الغش يتوافر في جانبه ، بناء

(1) شريف الطباخ ، (نقض محرى رقم 1075/20 بتاريخ 1969/6/26) ، المرجع السابق ، ص ص 239 - 240.

(2) المرجع نفسه ، ص 232.

على هذا يعتبر الغش في نظرية الالتزام العقدي مرادفا لاصطلاح سوء النية ، الذي يعبر كذلك عن الصفة الإرادية لعدم تنفيذ الالتزام .

وقد اختلف الشراح في مسألة قصد الاضرار (سوء النية) بالدائن ، فالبعض يرى أن قصد الاضرار ليس عنصرا متطلبا لتحقيق الخطأ العمدي لأن المدين يستهدف بتعمده إخلال ما التزم به تحقيق مصلحة شخصية ، على أن البعض الآخر من الشراح يتطلبون لتوافر الغش في تعمد الاخلال في تنفيذ الالتزام قصد أو غرض معين كالإضرار بالدائن أو تحقيق منفعة، وبالتالي يختلف عندهم الغش عن سوء النية (1) ، ومن الأمثلة عموما في الخطأ العمدي امتناع العامل الذي يربط بينه وبين صاحب العمل عقد عن العمل بإرادته ودون وجود أي مانع يحول بينه وبين تأدية عمله ، أو تأخر مورّد وإرادته عن توريد ما التزم به في الموعد المحدد له.

ب- الخطأ غير العمدي :

والخطأ غير العمدي هو عدم تنفيذ المدين للالتزام الناشئ عن العقد ، لكن دون تعمد منه ، إهمالا أو عدم احتيال منه ، فهذا خطأ لم يُرَدّه المدين ولم تنصرف إرادته إليه ، ولم يقصد إحداث الضرر الناشئ عنه ، و أن الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما(*) إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، والفرق بين الخطأ العمدي و الخطأ الجسيم هو أن في الأول يكون الضرر محقق الوقوع ، وأما في الثاني -الخطأ الجسيم - فيكون الضرر محتملا عند عدم تنفيذ الالتزام ورغم ذلك لا يكثرث المدين بحدوثه ، ومن الناحية العملية لا يختلف في نتائجه القضائية عن الخطأ العمدي .

(1) شريف الطباخ ، المرجع السابق ، ص ص 240 - 241.

(*) يرى بعض الشراح أن الخطأ غير العمدي قد يكون جسيما .

ج- الخطأ العقدي في المسؤولية العقدية عن الغير :

وتتحقق هذه المسؤولية ، إذا كلف المدين غيره في تنفيذ التزامه التعاقدية ، فإذا أخطأ هذا الغير في التنفيذ كان المدين مسؤولاً عن خطئه ، وقد يكون غير مسؤولاً إذا اتفق الغير مع المدين على اعفاء هذا الأخير من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية ، إلا ما قد ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، كما يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه - وهذا كله بالاتفاق - فالأصل في المسؤولية العقدية أن الشخص مسؤول مسؤولية عقدية عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه العقدي أو الذين يكلفهم بتنفيذه .

وكخلاصة يشترط لقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير ثلاثة شروط:

1. وجود عقد صحيح بين المدين والمضروب
2. أن يكون الغير قد ارتكب خطأ عقدياً أثناء تنفيذ العقد أو سبب تنفيذه .
3. أن يكون هناك تكليف للغير بتنفيذ العقد بمقتضى الاتفاق أو القانون .

د - الخطأ العقدي في العقود التي تتضمن التزاماً بالمحافظة على الشيء وتسليمه :

كعقد الايجار ، وعقد العارية ، وعقد الوديعة وكذا في عقد البيع و المقاوله و الرهن الحيازي، و لبيان هذا النوع من الخطأ نكتفي بعقد واحد مثلاً عقد العارية ، حيث يتضمن عقد العارية التزاماً على عاتق المستعير بالمحافظة على الشيء المعار ، ورده عند انتهاء العارية ، وهو ما أفصحت عليه المادة 544 من القانون المدني الجزائري بنصها على أن : " على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله ، بشرط أن لا يكون اهتمامه به أدنى من عناية الرجل المعتاد" .

وفي كل حال يكون ضمان المستعير لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك من حادث مفاجئ أو قوة قاهرة ، وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص ، أو كان بين أن ينفذ شيئاً مملوكاً له ، أو الشيء المعار فاختار الشيء ولم ينفذ بما يملكه (1).

أما في الالتزام بالرد ، فقد نصت المادة 545 من القانون المدني الجزائري على أن :

" متى انتهت العارية ، وجب على المستعير أن يرد الشيء الذي تسلمه بالحالة التي يكون عليها ، و ذلك دون إخلال بمسؤوليته عن الهلاك أو التلف ."

و بذلك يكون المشرع قد فرق بين حالة هلاك الشيء أو تلفه ، و حالة ضياعه ، ففي حالة الهلاك أو التلف يكون المستعير مسؤولاً إلا إذا أثبت أنه قد بذل العناية المطلوبة ، أما إذا كان الشيء قد ضاع فإن المستعير يكون مسؤولاً إلا إذا أثبت السبب الأجنبي .

هذا و لا يكفي مجرد توافر الخطأ في جانب المتعاقد الذي لا يقوم بتنفيذ التزامه لتتنشأ على عاتقه مسؤولية عن التعويض ، بل يجب أن يترتب على عدم التنفيذ ضرر للدائن بالالتزام ، وهو الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية نبينه فيما يلي :

ثانياً : الضرر .

لتنشأ على عائق المدين مسؤولية التعويض ، يجب أن يترتب على عدم التنفيذ ضرر للدائن بسبب الالتزام الذي لم يتم تنفيذه ، فالتعويض يقتضي وقوع الضرر ، و يتم تحديده بقدر الضرر لا يزيد عنه و لا ينقص .

و الضرر في المسؤولية العقدية هو ما يصيب الدائن نتيجة إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية ، و قد يكون ضرراً مادياً أو جسدياً أو معنوياً ، إلا أن نطاق التعويض لا يشمل إلا الضرر المباشر المتوقع فقط ، وهو ما نبينه كالاتي :

(1) شريف الطباخ ، المرجع السابق ، ص 261.

1. **الضرر المادي** : هو ما يصيب الدائن في ذمته المالية ، بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية ، كما لو تأخر المدين (البائع) في تسليم البضاعة التي تعاقد المشتري على شرائها منه لاستخدامها في مطعمه ، مما أدى إلى عدم قدرة الأخير على الوفاء بالتزامه بتزويد إحدى المدارس بالوجبات اليومية ، ودفع مبلغ الشرط الجزائي نتيجة لذلك ، فهذا ضرر مادي يعتبر أنه قد لحق المشتري (الدائن) في ذمته المالية و يسأل عنه المدين (1) .

2. **الضرر الجسدي** : هو ما يصيب الدائن من أذى و ضرر في جسمه ، كما لو تعاقد المسافر مع مؤسسة النقل للسفر إلى مكان ما ، و أصيب المسافر بضرر جسدي أثناء تنفيذ عقد النقل ، أو كما لو أصيب مريض أثناء إجراء عملية جراحية يتشوه في أحد أعضاء جسمه (2).

3. **الضرر المعنوي أو الأدبي** : هو ما يصيب الدائن في شرفه أو اعتباره أو عاطفته أو في حق من الحقوق الأدبية التي لا تقوّم بمال ، أو ما يقتصر على اتصّله بشخصية الدائن و بحقوقه العائلية ، و يتسبب في الإيذاء بالشعور و الأحاسيس ، و بما يمس العرض أو السمعة و الاعتبار بقذف أو تشهير ، أو يصيب العاطفة من حزن أو حرمان ، و بعبارة شاملة كل مساس بالناحية النفسية للذمة الأدبية ، أو القيم الأدبية للدائن (3)، فخرج العامل عن مقتضيات اللياقة و الآداب في تصرفاته يعتبر اخلافاً بالتزاماته التعاقدية يوجب ضمان الضرر الذي يلحق برب العمل من جراء ذلك حسب قواعد المسؤولية العقدية (4) ، و كذلك الحال لو تأثرت سمعة المؤلف بسبب

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص219.

(2) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص219.

(3) أسامة السيد عبد السميع ، التعويض عن الضرر الأدبي ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، 2007 ، ص65.

(4) يوسف محمد عبيدات ، (تمييز أردني رقم 90/293 سنة 1991) ، المرجع السابق ، ص219.

التغيرات التي أجراها الناشر في كتابة ، و تقوم المسؤولية عن الضرر المعنوي حتى و لو لم ينص على ذلك في العقد ، فشركة التأمين على سبيل المثال تعتبر ضامنة للضرر الأدبي و لو لم يكن منصوصا عليه في عقد التأمين⁽¹⁾، و يشترط في الضرر الموجب للتعويض شروط معينة هي :

أ- أن يكون الضرر محققا ، أي وقع فعلا أو سيقع حتما في المستقبل ، أما إذا كان الضرر محتمل فلا يجوز التعويض عنه⁽²⁾ .

ب- أن يكون الضرر مباشرا ، و يقصد بالضرر المباشر أن يكون نتيجة طبيعية للخطأ المرتكب ، أو هو الضرر المباشر الذي تقوم بينه و بين الفعل الضار (خطأ المدين) علاقة السببية ، ومن ثم يجب على من يطالب بالتعويض (الدائن) على أساس المسؤولية من الضرر الأدبي ، أن يقدم الدليل على توافر رابطة السببية بين ما وقع له من ضرر و بين الخطأ الذي يعزوه إلى المسؤول (المدين) على أساس أنه ملتزم بإثبات جميع أركان الحق الذي يطالب به⁽³⁾ .

ج- أن يكون الضرر شخصا ، أي قد أصاب الدائن شخصا ، فلا يوجب على المدين تعويض ضرر أصاب الغير جراء عدم تنفيذ التزامه ، بل لا بد أن يصيب الضرر الدائن شخصا ، و من تعدها الضرر - أي أصاب الدائن و تعدى إلى غيره - و سمي بالضرر الأدبي المرتد ، أي يكون هناك ضررا أصليا أصاب أحد الأشخاص ، ثم ارتد هذا الضرر إلى شخص آخر ، و لهذا فإذا قذف الزوج

(1) المرجع نفسه ، (تمييز أردني ، رقم 2015/672 ، سنة 2005) ، ص 219.

(2) أسامة السيد عبد السميح ، المرجع السابق ، ص ص 120 - 121.

(3) المرجع نفسه، ص 129.

زوجته ليلة الدخلة أنها ليست بكرًا ، و ثبت عكس ذلك ، فإن لوالدها أيضا حق التعويض باعتبار أن القذف قد تعدى الزوجة إلى أبيها .

وهذا ليس لأي إنسان أن يطالب بتعويض عن ضرر أصاب غيره إلا إذا كان خلفا للمصاب ، فالدائن المضرور هو الذي يكون له أن يطالب بالتعويض (1) .

د- أن يكون الضرر ماسا بمصلحة مشروعة ، غير مخالفة للنظام العام أو الآداب.

هـ- أن لا يكون الضرر الأدبي قد سبق التعويض عنه ، و قد تقرر قضاء : "أنه لا ريب في أنه لا يجوز أن يحصل المضرور على أكثر من تعويض لإصلاح ضرر بعينه ، فإذا قام محدث الضرر بما يجب عليه من تعويض اختيارا ، فيعتبر أنه قد أوفى بالتزامه في هذا الصدد ، و لا محل بعدئذ لمطالبته بتعويض عن ذات الضرر (2).

هذا و تقدر المحكمة المختصة التعويض بما يساوي الضرر الواقع فعلا وقت وقوع الضرر و ليس وقت صدور الحكم بالتعويض .

ثالثا : علاقة السببية .

و هي الركن الثالث لقيام المسؤولية العقدية ، أي قيام علاقة سببية ما بين ما بين الخطأ و الضرر أي أن يكون الضرر قد نتج عن خطأ المدين ، أما إذا ما انتفت هذه السببية كقيام السبب الأجنبي فلا تقوم مسؤولية المدين ، و المشرع لم يلقي على الدائن عبء إثبات وجود علاقة السببية بين الخطأ و الضرر ، بل افترض أن الضرر راجع إلى الخطأ ، و على المدين إذا كان يدعي عكس ذلك أن يقوم بنفي العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر ،

(1)أسمامة السيد عبد السميح ، المرجع السابق ، ص138 .

(2)المرجع نفسه ، ص143.

و هو ما استند على نص المادة 176 من القانون المدني بقولها : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه " .

النفى : الأساس أن رابطة السببية لا تنتفي إلا بإثبات السبب الأجنبي ، و أن هذه القاعدة تسري على رابطة السببية في صورتها أي سواء تلك التي تتعلق بنسبة استحالة التنفيذ إلى فعل المدين ، أو بنسبة الضرر إلى خطأ المدين ، و عبء إثبات السبب الأجنبي انما يقع على عاتق المدين .

الفرع الثاني : آثار المسؤولية العقدية

إذا تحققت المسؤولية العقدية للمدين بسبب توافر أركانها ، التزم المدين بالتعويض في مواجهة الدائن ، عما ألحقه به من ضرر ، و يكون التعويض على نوعين (1):

أولاً : التعويض النقدي .

فالأصل في التعويض هو التعويض النقدي ، و ذلك بتخصيص مبلغ من المال للدائن ، لأن النقود تعد أفضل من غيرها في جبر الضرر و الأصل أن يعطى المبلغ للدائن دفعة واحدة ، غير أنه يجوز للقاضي أن يحكم بتعويض نقدي مقسّط أو بإيراد مرتب لمدى الحياة حسب ما يرى أنه أصلح للدائن .

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 423 .

ثانيا : التعويض العيني .

إذ يعتبر التعويض العيني في نظر بعض الشراح خير أنواع التعويض و هو أكثر ما يقع في نطاق الالتزامات العقدية (1) ، بينما يرى شراح آخرون أنه لا يحق للقاضي الحكم به على المدين إلا إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، و ما عدا ذلك فلا حق للدائن إلا بالتنفيذ بطريق التعويض ، و ليس معنى ذلك أنه لا يمكن الحكم على المدين بتنفيذ العقد عن طريق التنفيذ العيني ، بل من الممكن جدا ، و لكننا نصبح هنا أمام ما يسمى بالتنفيذ العيني للالتزام ، و لذلك قال بعض الشراح - المؤيدين للتعويض العيني - أنه يقع في الالتزامات العقدية حيث يتيسر إجبار المدين على التنفيذ العيني ، غير أننا هنا أمام المسؤولية العقدية والتعويض فيها أثر هام من آثارها و ليس أمام التنفيذ العيني ، لذلك لا يمكن أن يفرض مثل هذا التنفيذ عندما تتحقق المسؤولية العقدية .

الفرع الرابع : أحكام (اتفاقات) المسؤولية العقدية .

إن العقد شريعة المتعاقدين ، و إرادة المتعاقدين المشتركة هي التي أنشأت العقد ، و تملك الحق في تعديل المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بالالتزام العقدي ، و هذا التعديل يتمثل إما بتشديد المسؤولية العقدية ، أو بتخفيفها أو حتى الإعفاء منها ، و هو ما نصت عليه المادة 178 من القانون المدني الجزائري على أن : " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، و كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية ، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم.

(1) محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص ص 392- 393 .

غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .

و يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي " .

و على ضوء هذه المادة ، و ما يراه الشراح تفصل في الاتفاقات الثلاثة للمسؤولية العقدية كالاتي :

أولاً : الاتفاق على التخفيف من المسؤولية العقدية

قد يتفق المتعاقدان على تخفيف المسؤولية العقدية ، بل قد يتم الاتفاق على إعفاء المدين منها ، غير أن هناك حالات لا يجوز فيها الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها أو تحديدها ، و هذه الحالات هي :

1- حالة الالتزام الذي يتعلق بالنظام العام

فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على الإعفاء من المسؤولية التي تترتب على الإخلال بالالتزامات المتعلقة بالنظام العام ، فمثلا الاتفاق بين طرفي العقد على إعفاء المدين من مسؤوليته أو التخفيف منها زيادة عن الحد الذي تنص عليه المعاهدة ، يكون باطلا ، لأن الحدود التي وردت بموجب الاتفاقية تكون من النظام العام لا يجوز تجاوزه أو تخطيه (1).

2- الغش والخطأ الجسيم

وهو ما أكدته المادة 178-المذكورة أعلاه - إذ لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على إعفاء المدين من مسؤوليته العقدية ، إذا صاحب إخلاله بتنفيذ إلتزامه غش أو خطأ جسيم ، لأنه

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 428 .

يعد وكأنه قد أخل بتنفيذ التزاماته إخلالا غير متوقع ، فيكون بذلك قد خالف اعتبارات حسن النية الواجب توافرها حين تنفيذ العقد (1) .

ثانيا : الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية

إن ما يتعلق بالتشديد في المسؤولية العقدية من اتفاق لا يمكن أخذه على إطلاقه ، وإنما لابد من التفرقة فيه بين نوعين فقط من الاتفاقات هما : الاتفاقات التي تقع على الحق في التعويض ، والاتفاقات التي تقتصر على تقدير التعويض ، على النحو التالي : (2)

1- الاتفاقات التي تقع على حق الدائن في التعويض :

فقد يؤدي الاتفاق على الحق بين المتعاقدين إلى تشديد مسؤولية المدين ، وذلك كما في تعديل طبيعة التزام المدين ، وجعله التزاما بتحقيق غاية بدلا من بذل عناية ، وحتى في نطاق هذين النوعين من الالتزامات ، يبدو أن حرية المتعاقدين في تشديد أحكام المسؤولية تختلف باختلاف نوع الالتزام ، ففي الالتزام بتحقيق نتيجة يكون التشديد في مسؤولية المدين بتحملة مسؤولية تحقق السبب الأجنبي ، فيصبح المدين مسؤولا عن عدم تنفيذ الالتزام في كافة الأحوال ، أما في الالتزام ببذل عناية ، فمجال التشديد في المسؤولية العقدية يكون أكثر اتساعا ، لأن تشديد مسؤولية المدين يمكن أن يكون ببذل قدر أكبر من العناية قد يرتفع حتى يصل إلى جعل التزام المدين التزاما بتحقيق غاية ، ويمكن أن يأخذ التشديد في المسؤولية منحى آخر يتمثل في اتفاق المتعاقدين على قيام المدين بتعويض الدائن عن الضرر غير المتوقع .

2- الاتفاقات التي تقع على تقدير التعويض .

(1) راجع المزيد في الفرع الأول من نفس هذا المطلب .

(2) ياسين محمد الجبوي ، المرجع السابق ، ص 430 .

تنص المادة 184 من القانون المدني على أن : "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر .

ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه .

ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه ."

إذ يستفاد من نص المادة أعلاه بخصوص التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) ، عدم جواز الاتفاق على تشديد المسؤولية أو حتى تخفيفها أو الإعفاء منها ، وذلك لأنه يجوز للقاضي المختص بمقتضى نص هذه المادة ، تعديل الاتفاق على مقدار الضمان بحيث يصبح مساويا للضرر الواقع فعلا ، وسيكون دائما لأحد المتعاقدين المصلحة في طلب تعديل الاتفاق .

ثالثا : الآثار المترتبة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية.

إن حكم الشرط الذي يعفي من المسؤولية العقدية ، يدور بين الصحة و البطلان⁽¹⁾ :

1- آثار الشرط الصحيح :

يترتب على شرط الاعفاء عن المسؤولية العقدية إذا ورد صحيحا ، نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن ، فيصبح الدائن ملزما بإثبات إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية حتى تتحقق المسؤولية المدين التعاقدية ، وبالمقابل إعفاء تام للمدين من مسؤوليته الناشئة عن إخلاله بالالتزامات العقدية نتيجة لخطئه غير الجسيم ، وذلك لأن النصوص القانونية التي وإن كانت لا تنص بشكل صريح على ذلك ، إلا أنها تدل دلالة قوية على هذا الاعفاء.

2- آثار الشرط الباطل .

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 431.

فإذا ورد الإعفاء من المسؤولية العقدية باطلاً كأن كان ممنوعاً قانوناً، أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة ، فإذا كان كذلك لُغِيَ الشرط وصح العقد ، مالم يكن الشرط هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، فحينئذ يبطل الشرط و العقد معاً .

وبعد بيان أثر العقد من حيث الموضوع ، في هذا المبحث الأول ، نأتي في المبحث الثاني الموالي لنعرض آثار العقد من حيث الأشخاص أو ما يعرف بـ (مبدأ نسبية أثر العقد).

المبحث الثاني : آثار العقد من حيث الأشخاص (مبدأ نسبية أثر العقد) .

إذا توافرت أركان العقد انعقد صحيحاً وأنتج آثاره التي لا تتصرف إلا إلى المتعاقدين ، فالعقد لا ينفذ ولا يضر غير المتعاقدين ، وهذه القاعدة تسمى بقاعدة نسبية أثر العقد .

إلا أن هذه القاعدة لا تعني أن يقف أثر العقد عند طرفيه لأنهما لا يخلدان ، وأموالهما تبقى ولا تموت معهما ، بل تنتقل من بعدهما إلى الورثة ، ولذلك فإن أثر العقد قد ينصرف إلى غيرهما لسببين ، الأول : أن الشخص المتعاقد قد يترك مالا بعد وفاته ، فينصرف أثر العقد إلى ما يسمى بالخلف العام ، وثانيهما أن المتعاقد قد يتصرف في مال من أمواله حال حياته ، مما يترتب عليه أنه قد ينصرف أثر العقد إلى من يخلف المتعاقد خلافة خاصة .

أما دائني المتعاقد فإنهم يتأثرون بالعقد بطريقة غير مباشرة ، و إن كانوا ليسوا بخلف عام ولا بخلف خاص .

وغير هؤلاء (أي الخلف العام و الخلف الخاص و دائني المتعاقد) فإنهم يعتبرون من الغير ولا ينصرف إليهم أثر العقد إلا في حالة الاشتراط لمصلحة الغير ، وعلى ذلك يأتي تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب نعالج كل حالة في مطلب على حدة كالآتي :

المطلب الأول : أثر العقد بالنسبة إلى الخلف العام (*)

تنص المادة 108 ممن القانون المدني على أن :

"ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام ، مالم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث " .

فالقاعدة وفقا لنص المادة أعلاه أن آثار العقد تنصرف إلى الخلف العام للمتعاقد من ورثته ومن أوصى لهم بحصة من التركة ، فتنقل الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد إلى ورثته فلهم المطالبة بالحقوق ، و عليهم القيام بالالتزامات ، أما إذا توفي المتعاقد مدنيا فنطبق المبدأ " لاتركة إلا بعد سداد الديون (*)" فإذا أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت ملكيتها إلى الورثة كل بقدر نصيبه الشرعي طبقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري .

فقد نصت المادة 108 من القانون المدني - المذكورة أعلاه - على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام ، و بناء على ذلك فإذا باع المورث شيئا لآخر، فإن آثار عقد البيع تنتقل إلى الورثة ، فينتقل إليهم التزام مورثهم بنقل ملكية الشيء المبيع ، و كذلك ينتقل إليهم حق مورثهم في استيفاء الثمن بعد وفاته ، هذا و يسرى في حق الخلف العام ما كان ساريا في حق السلف ، ففي الصورية مثلا إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين و الخلف العام هو العقد الحقيقي (1)، الأمر الذي يعني سريان العقد الحقيقي المستتر في حق الورثة أيضا ، كما و يحتج بعقد السلف و لو لم يكن ثابت التاريخ.

(*) قد تم تعريف الخلف العام سابقا خلال هذه الدراسة.

(*) غير أن مسؤولية الخلف العام عن ديون السلف لا تكون إلا في حدود أموال الشركة التي تلقاها عن السلف ، لأن الضمان العام لدائني المورث لا ينصرف إلى أموال الورثة ، و انما يقتصر على أموال الشركة فقط لاستقلال شخصية الوارث عن شخصية المورث .

(1) يوسف محمد عبيدات ، (تميز أردني رقم 2767 / 98 لسنة 1998) ، المرجع السابق ، ص 227 .

إلا أن نص المادة 108 من القانون المدني الجزائري - أعلاه - تفيد بأن هناك حالات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام ، و حالات يعتبر فيها الخلف العام من الغير ، و هو كآآتي بيانه :

الفرع الأول : الاستثناءات من انصراف أثر العقد إلى الخلف العام .

يتضح من نص المادة 108 أعلاه أن هناك استثناءات من انصراف أثر العقد إلى الخلف العام حيث يقتصر فيها أثر العقد على المتعاقدين فقط ، و لا ينصرف إلى الخلف العام ، و هذه الاستثناءات هي (1) :

أولاً : إذا اتفق المتعاقدان على عدم سريان أثر العقد على الورثة ، و بما لا يخالف النظام العام ، وهذا الاستثناء مقرر على أساس قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، كما لو اتفقا في عقد الوعد بالبيع على انقضاء العقد في حالة وفاة أحدهم ، أو كما لو اتفق البائع و المشتري على منح الأخير مهلة لدفع الدين ، فإن هذا الحق لا ينتقل إلى الورثة أو أي شرط يتفق عليه و لا يكون مخالفا للنظام العام و الآداب العامة .

إلا أنه ما تجب الإشارة إليه أن عدم انتقال أثر العقد إلى الخلف العام لا يعني إلا وقف آثاره بالنسبة للمستقبل فقط ، أما ما تحقق منها قبل الوفاة تنتقل ، فلو كان العقد مثلا ايجارا و اتفق فيه المؤجر و المستأجر على انقضاءه بموت أحدهما ، فإن ما ترتب في ذمة المستأجر من أجرة تبقى دينا في التركة (إن لم يكن قد دفعت) ، و أما التزام المؤجر بتمكين المستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة و ما يستحق من أجرة بعد الوفاة فينقضي و لا ينتقل إلى الورثة ، أما إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق فإن عقد الايجار ينتقل بعد وفاة المستأجر إلى خلفه العام بجميع ما يترتب عليه من التزامات و حقوق و تستمر آثاره قبل الخلف العام ، و تنسحب عليه و لا يعتبر مستأجرا جديدا ، و إنما استمرار لانتفاع المورث

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص ص 227 - 228 .

و بكامل شروط العقد (1) ، و بما له من حقوق وما عليه من التزامات عملا بحكم المادة 108 المذكورة.

ثانيا : إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ عن العقد تأبى انصراف أثره إلى الحلف العام ، فلو تعهد شخص بموجب سند بنقل ملكية أرض دون تسجيله و شهره في المحافظة العقارية ، فإن هذا السند يعتبر عقدا باطلا لتخلف ركن الشكل الذي فرضه القانون ، و بالتالي فإن هذا التصرف أو التعهد بنقل ملكية الأرض لا ينصرف أثره إلى وريثة المتعهد لأنه التزم ينقضي ب وفاة الملتزم ، و لا ينتقل إلى الورثة نظرا لطبيعته (2) .

وكذلك حالة الايراد المرتب مدى الحياة ، حيث تقضي طبيعة الايراد انتهاءه بموت صاحبه و كحالة كون الالتزام روعيت فيه شخصية المدين كما في التعاقد مع فنان معين أو طبيب مختص معين ، أو دين النفقة أو بعض الخيارات كخيار الشرط و خيار التعيين (*).

ثالثا : إذا كان هناك نص في القانون يقضي بعدم انصراف أثر العقد للورثة ، و من الأمثلة ما نصت عليه المادة 852 من القانون المدني بقولها : " ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فإذا لم يعين أجل عدّ مقررًا لحياة المنتفع ، و هو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين .."

الفرع الثاني : الحالات التي يعتبر فيها الخلف العام من الغير .

فإذا كان الخلف العام من الغير في تلك الحالات ، فإن أثر تصرف السلف لا ينصرف إليهم ، إعمالا لمبدأ نسبية أثر العقد ، و يرى الشراح أن هدف المشرع من ذلك هو حماية الخلف العام من تصرفات مورثه الضارة ، و ذلك مستفاد من نص المادة 108 من القانون

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 228 .

(2) المرجع نفسه ، (تمييز أردني رقم 2767 / 98 لسنة 1998) ، ص 228 .

(* سبق بيانها .

المدني - السابقة الذكر - ، فلا تتصرف آثار العقد إلى ورثة المتعاقد أو من أوصى له بحصته من تركته في الحالات الآتية (1):

أولا : كل تصرف مضاف إلى ما بعد الموت

فأما تصرفات السلف في حال حياته ، أي وهو يتمتع بأهلية الأداء ، فهي صحيحة مهما كان فيها إضرار بالورثة على أساس أن لكل شخص كامل الأهلية كامل الحرية في التصرف في أمواله فالقانون يقيد تصرفات المورث ضمن حدود إذا ما كانت مضافة إلى ما بعد الموت ، أي لا يرتب القانون نفاذها إلا ضمن حدود ، و هو ما ينطبق على الوصية وكل تصرف يأخذ حكم الوصية ، استنادا إلى نص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري .

ثانيا : التصرف في مرض الموت

فكل تصرف كالبيع أو الهبة أو الإبراء ، يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع ، كأن يكون بدون عوض أو بعوض يقل كثيرا عن القيمة الحقيقية ، ففي هذه الحالة لا يسري هذا التصرف في حق الورثة لأن القانون اعتبرهم من الغير ، لذا يتوقف سريانه في حقهم على اقرارهم ، وهو ما استند إلى نص المادة 408 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن : " إذا باع المريض مرض الموت لوارث ، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة .

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

المطلب الثاني : اثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص(*) .

تنص المادة 109 من القانون المدني الجزائري على أن :

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص ص 229 - 230 .

(*) يوسف بيان المقصود بالخلف الخاص خلال هذه الدراسة .

" إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته و كان الخلف الخاص بها وقت انتقال الشيء إليه " .

إذا يتبين من هذا النص أنه ينبغي توافر ثلاثة شروط حتى تنتقل آثار عقد السلف المتصلة بالحق المستخلف فيه إلى الخلف الخاص ، وهذه الشروط نبينها في الفروع الآتية على التوالي .

الفرع الأول : أن يكون الحق أو الالتزام الذي يرتبه العقد من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص .

إذا يجب أن يكون الحق أو الالتزام الذي يرتبه العقد من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص ، و تعتبر من مستلزمات الشيء الحقوق المكملة له ، الحقوق التي من شأنها أن تحفظ الشيء وتدرأ الضرر عنه ، ومثال ذلك عقود التأمين كأن يكون السلف قد آمن على منزله من الحريق ، ثم باعه ، عندئذ ينتقل حقه في التأمين إلى المشتري ، أو أن يكون لبائع محل تجاري حق قبل تاجر آخر بعدم منافسته في تجارة معينة ، فإن هذا الحق ينتقل إلى المشتري ، وكذلك فإن حقوق الارتفاق المقررة للمبيع على العقارات المجاورة تنتقل إلى المشتري ، وكذلك الحال بالنسبة للدعاوى التي كانت للبائع كدعوى ضمان العيوب الخفية و ضمان الاستحقاق .

وأما إذا لم يكن الالتزام من مستلزمات الشيء الذي انتقلت ملكيته إلى الخلف الخاص، ويكون كذلك إذا لم يحد الالتزام من الانتفاع بالشيء ولم يقيد استعماله ، فهنا لا ينتقل إلى هذا الخلف ، فلا ينتقل إلى المشتري مثلا التزام صاحب الأرض (البائع) اتجاه المقاول الذي تعاقد معه لإحداث بناء على الأرض التي انتقلت بعد ذلك إلى المشتري ، أو أثر عقد قرض أو دعوى تعويض عن ضرر لحق بالمبيع قبل إبرام عقد البيع ، والسبب في ذلك أن الخلف

الخاص يعتبر من الغير بالنسبة للتصرفات التي يجريها سلفه ، وتكون متعلقة بأشياء غير الذي انتقل إليه بموجب عقد البيع ، وكذلك العقد المبرم بين البائع و الما قول فهو يتعلق بحق والتزام شخصي على السلف الذي يبقى هو الملزم بوفائه للما قول (1).

الفرع الثاني : أن يكون العقد المبرم سابقا على انتقال الشيء من السلف إلى الخلف

وحتى يكون للعقد أثر بالنسبة للخلف الخاص للمتعاقد ، فلا بد من صدور عقد من السلف متعلق بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص في الفترة الواقعة بين تملكه للشيء وتصرفه فيه إلى الخلف بمعنى أنه يجب أن يكون العقد المبرم سابقا على انتقال الشيء من السلف إلى الخلف ، فلو أن السلف أمّن على منزله ثم باعه أمكن القول بأن حقه في التأمين ينتقل إلى المشتري ، أما إذا كان العقد الذي أبرمه السلف لاحقا على انتقال الشيء إلى الخلف فلا شأن للخلف به .

الفرع الثالث : أن يكون الخلف قد علم بالحقوق و الالتزامات التي رتبها عقد السلف (2)،

وقت انتقال الشيء إليه

و المقصود بالعلم هنا هو العلم الحقيقي بالقيود التي يفرضها عقد السلف على الخلف الخاص ، فلا يكفي مجرد قدرة الخلف الخاص على معرفتها أو استنتاجها ، إذ على عاتقه يقع إثبات العلم ، ومن ذلك مثلا أن للخلف الخاص الذي انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة الحق في مُطالبة المستأجر بجميع حقوق المؤجر ، ومتى انتقلت هذه الحقوق إلى الخلف الخاص لم يعد للمؤجر الحق بمطالبة المستأجر بها ، إذ يصبح الخلف الخاص هو صاحب الحق بمطالبة المستأجر ، وبناء على ذلك فلا يجوز للمستأجر أن يوفي للمؤجر -المالك السابق- من وقت علمه بانتقال العين المؤجرة إلى الخلف الخاص - المالك الجديد - ، ويجب عليه أن يوفي بها إلى الخلف الخاص ، ويقع في هذه الحالة إثبات العلم على الخلف

(1) يوسف عبيدات ، المرجع السابق ، ص234

(2) المرجع نفسه ، ص236 .

الخاص فإذا أثبت أن المستأجر كان يعلم وقت الدفع بانتقال الملكية فلا يسرى في حقه دفع الأجرة (بدل الإيجار) عن المدة التي تلي هذا العلم ، وله أن يستوفي بدل الإيجار مرة ثانية من المستأجر ، ولهذا أن يرجع على المؤجر بما دفعه طبقاً لقاعدة قبض غير المستحق، وللمستأجر إذا لم يثبت الخلف الخاص أنه يعلم بانتقال الملكية أن يعجل بدفع بدل الإيجار عن مدة لاحقة حتى لو كانت هذه المدة تلي الوقت الذي علم فيه بانتقال الملكية إذا كان تعجيل بدل الإيجار سابقاً على هذا العلم. (1)

المطلب الثالث : أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين

إن الدائن لا يعتبر خلفاً عاماً لأنه لا يخلف السلف في ذمته المالية كلها أو في جزء منها ، ولا يعتبر كذلك خلفاً خاصاً لأنه لا يتلقى عن سلفه حقا كان موجوداً في ذمته ، وكل ما في الأمر أن دائني المتعاقد ، يتأثرون بالعقد الذي يبرمه مدينهم بطريقة غير مباشرة ، سواء بالإفادة بزيادة أموال الضمان العام من الحقوق التي يكسبها المدين أو بالمضرة بنقصان أموال الضمان العام ، بسبب الالتزامات التي يرتبها العقد عليه (2) .

إلا أن للدائنين حقوقاً لا تكون حتى للخلف العام ، و ذلك للمحافظة على الضمان العام المقرر لكفالة حقوقهم ، و يكفل القانون المدني الجزائري وسائل للمحافظة على الضمان العام و منع الإضرار بالدائنين لتمهيد السبيل للتنفيذ على أموال المدين ، و سنحاول فقط ذكر هذه الوسائل باختصار - لأن التفصيل فيها في جزء أحكام الإلتزام - ، و هذه الوسائل هي :

أولاً : الدعوى غير المباشرة (الدعوى البولصية)

تنص المادة 189 من القانون المدني الجزائري على أن :

(1) يوسف محمد عبيدات (تمييز أردني رقم 16 / 1988 سنة 1988) ، ص ص 236 - 237 .
(2) المرجع نفسه ، ص 237 .

" لكل دائن و لو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابل للحجز ، و لا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق ، و أن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره ، أو يزيد فيه " .

ثانيا: دعوى الصورية

تنص المادة 198 من القانون المدني على أن :

" إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص ، متى كانوا حسني النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري " .

و تنص المادة 199 من ذات القانون على أن :

" إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين و الخلف العام هو العقد الحقيقي " .

ثالثا : دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن

وهو ما نصت عليه المادة 191 من القانون المدني الجزائري على أن :

" لكل دائن حل دينه و صدر من مدينه تصرف ضار به ، أن يطلب عدم نفاذ التصرف في حقه ، إذا كان التصرف قد انتقض من حقوق المدين أو زاد في التزاماته ، و ترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره ، و ذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية " .

و هي المادة 192 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أن :

" إذا كان تصرف المدين بعوض ، فإنه لا يكون حجة على الدائن إذا كان هناك غش صدر من المدين ، و إذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بعسره .

كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر .

أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعا ، فإنه لا يحتج به على الدائن ، و لو كان المتبرع له حسن النية ."

كخلاصة يمكن القول أن العقد الذي يبرمه المدين يتأثر به الدائن بطريق غير مباشر ، على النحو المبين أعلاه ، و أن أثر العقد بالنسبة للدائن لا يكون باعتباره تصرفا قانونيا بل باعتباره واقعة مادية على خلاف أثر العقد بالنسبة للخلف فإنه يتحمل الأثر باعتبار العقد تصرفا قانونيا (1) .

فالدائنين لا يلتزمون بشيء من ديون مدينهم و لا يُعتبرون امتدادا لشخصية هذا المدين، بل إن القانون يحدد وسائل معينة لكفالة حقوقهم عن طريق الاعتراض على تصرفات مدينهم في حال حياته ، و نتيجة لذلك يمكن القول أن مركز الدائن هو أفضل من مركز الوارث حتى بعد وفاة مورثهم (المدين) ، حيث أنه بموجب المبدأ الشرعي الذي يقتضي بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون ، يقدّم الدائن و يستوفي حقه من التركة قبل أن يؤول ما بقي منها إلى الورثة (2) .

(1) محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 342 .

(2) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 595 .

المطلب الرابع : آثار العقد بالنسبة إلى الغير.

وكما سبق و أشرنا ، أن العقد لا يضر و لا ينفع إلا طرفيه ، أي أن آثار العقد وهي الحقوق و الالتزامات التي تترتب عليه لا تتصرف إلا إلى الطرفين المتعاقدين ، و لا تتصرف إلى الخلف العام و الخلف الخاص و الدائنين إلا بشروط معينة وفي حدود متفاوتة، أما في خارج تلك الحدود فإن هؤلاء الأشخاص يعدون من الغير بالنسبة للعقد ، كما في الحالات السابق بيانها .

و لتحديد مفهوم الغير فيما يتعلق بآثار العقد أهمية كبيرة بالنسبة للعقد و للمتعاقدين و لخلفهما ، إذ أن مصطلح الغير يستخدم في التشريع دائما ، دون أن يتدخل المشرع في تحديده ودون بيان مفهومه ، كما كان مصطلح الغير محل نزاع بين الشراح لاسيما فيما تعلق باعتبار الخلف الخاص و الدائن العادي من الغير ، في ظل فقدان معيار واضح لتحديد معنى لاصطلاح " الغير " .

غير أنه و أمام القاعدة الهامة " نسبية أثر العقد " ، فمتى وصف الشخص بأنه من الغير و أنه أجنبي عن العقد ، فإنه يحتل مركزا معيناً و يخضع لأحكام معينة تتناسب وهذا المبدأ، و تلك الحدود الأجنبية هي التي تشكل الاستثناء الوارد على المبدأ العام ، وعموما يمكن القول بأن : " الغير هو الشخص الأجنبي تماما عن العقد ، أي أنه الشخص الذي لم يكن يوما طرفا في العقد أو التصرف ، و لا خلفا عاما (إلا فيما ذكرناه من حالات) ، و لا خلفا خاصا لأحد المتعاقدين ، و لا دائنا لأي منها (1).

و تنص المادة 113 من القانون المدني الجزائري على أن :

" لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ، و لكن يجوز أن يكسبه حقا " .

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص371 .

و يشير هذا النص إلى التعهد عن الغير ، كتطبيق لمبدأ اقتصار أثر العقد على المتعاقدين وعدم إضرار الغير به ، كما يشير ذات النص (المادة 113 أعلاه) إلى الاشتراط لمصلحة الغير كحالة استثنائية يتأثر فيها الغير من العقد ، فتتحقق له الفائدة رغم أنه ليس طرفا في العقد ، وهو ما نبينه في فرعي هذا المطلب .

الفرع الأول : التعهد عن الغير .

تنص المادة 114 من القانون المدني الجزائري على أن :

" إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعده ، فإن رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ، و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به .

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

و يستفاد من نص هذه المادة الأحكام التالية :

أولا : المقصود بالتعهد عن الغير

إن التعهد عن الغير هو عقد يلتزم به شخص يسمى " المتعهد" إلى شخص آخر يسمى " المتعهد له " بأن يجعل شخصا ثالثا (الغير) يلتزم بأمر معين ، و مثال ذلك أن يتعهد شريك في ملكية سائعة بأن يجعل شريكه الآخر يبرم عقد البيع مع الشخص الراغب في الشراء.

و يلجأ عادة إلى نظام التعهد عن الغير في حالة الاستعجال وخشية ضياع الفرصة خاصة إذا ما كان المتعهد عنه غائبا أو قاصرا ، فيتعذر معه الحصول على رضاه ، فيلتزم

شخص بالحصول على هذا الرضاء⁽¹⁾ ، فيتضح أن نظام التعهد عن الغير يحتوي ثلاثة أشخاص هم : المتعهد، و المتعهد له ، و المتعهد عنه ، و العقد لا ينتج أثرا إلا في العلاقة بين طرفيه ، أما بالنسبة للمتعهد عنه فلا تنصرف إليه آثار العقد .

ثانيا : شروط التعهد عن الغير

إذ يشترط لقيام التعهد عن الغير :

1. أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير ، و بذلك يختلف المتعهد عن الوكيل الذي يتعاقد باسم الموكل .
2. أن يكون هدف التعهد هو إلزام المتعهد نفسه لا إلزام الغير .
3. و أن يكون محل التزام المتعهد هو حمل الغير على الرضاء ، أي الحصول على إقرار الغير للتعهد الذي بذله .

ثالثا : آثار التعهد عن الغير

و بتوافر الشروط المبينة أعلاه ، يبقى للمتعهد عنه الحرية التامة في قبول أو رفض التعهد :

1. قبول المتعهد عنه (الغير) للتعهد :

إذا يظل الغير أجنبيا عن التعهد مادام أنه لم يقره ، فإذا قبل الغير التعهد صراحة أو ضمنا ، فإن المتعهد يكون قد أوفى بالتزامه العقدي بموجب التعهد اتجاه المتعاقد الآخر ، و ينتج قبول الغير أثره في العلاقة بينه و بين المتعهد له (المتعاقد الآخر) ، من وقت صدور القبول فقط ، و يترتب على قبول الغير للتعهد أن يتم عقد جديد بين الغير

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص ص 239 - 240.

و المتعهد له ، و يقوم هذا العقد إما من تاريخ قبول الغير ، أو من الوقت الذي صدر فيه التعهد (1) .

2. رفض الغير للتعهد :

فإذا رفض الغير قبول التعهد ، فإن المتعهد يكون قد أخفق في مسعاه ، و بالتالي تتحقق مسؤوليته اتجاه من تعاقد معه لعدم إمكان تنفيذ ما تعهد به وهو حمل الغير على إبرام عقد ، و لا تنفك مسؤولية المتعهد بتعويض الغير ، إلا إذا أثبت قيام سبب أجنبي ، و تطبيقاً قضائياً لذلك فإن تعهد مالك الشقة لمشتري بموجب الاتفاق المعقود بينهما بأن يقوم مستأجر الشقة بإخلائها بعد مدة محددة بالعقد ، لا يلزم المستأجر و يترتب على رفض المستأجر بالخروج من الشقة بالوقت المحدد المتفق عليه إلزام البائعة بتعويض المشتري عما أصابه من ضرر من جراء رفض المستأجر الخروج بالوقت المتفق عليه عملاً بأحكام المادة 209 من القانون المدني الأردني ، و عليه وحيث أن تسليم الشقة المبيعة لم يتم بالوقت المحدد بالاتفاقية ، فإن المطالبة بالتعويض تكون مستندة للقانون و لأحكام العقد ، وهو عقد صحيح و مشروع بأصله ووصفه ومقترن بشرط يؤكد مقتضاه وهو ملزم عملاً بأحكام المادة 164 من القانون المدني (2) .

و نخلص القول بأن المتعهد في نظام التعهد عن الغير يلزم بتحقيق نتيجة معينة ، وهي الحصول على قبول الغير للتعهد ، غلا أنه إن تم ذلك وحصل على قبول الغير فإنه لا يلزم بضمان تنفيذ الغير للتعهد .

(1) يوسف محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 375 .

(2) يوسف محمد عبيدات ، (تمييز أردني رقم 529 / 92 بتاريخ 1994) ، المرجع السابق ، ص ص 240 - 241 .

الفرع الثاني : الاشتراط لمصلحة الغير .

تنص المادة 116 من القانون المدني الجزائري على أن :
 " يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية .
 و يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، مالم يتفق على خلاف ذلك ، و يكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد .
 و يجوز كذلك للمشتراط أن يطالب تنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك " .
 ويستفاد من نص المادة 116-أعلاه - الأحكام التالية :

1-تعريف :

يعرف الاشتراط لمصلحة الغير بأنه عقد يتفق بمقتضاه شخص يسمى " المشتراط " مع شخص آخر يسمى " المتعهد " بأن يقوم هذا الأخير بأداء معين لمصلحة شخص ثالث يسمى " المستفيد " ، و أهم تطبيقات نظام الاشتراط لمصلحة الغير هي عقود التأمين على الحياة ، حيث يتعاقد الشخص لمصلحة ورتته ، وبذلك يكتسب الورثة من العقد حقا مباشرا اتجاه شركة التأمين (1) ، ومثال ذلك أن يبيع شخص شيئا و يشترط على المشتري إيرادا أو يقدم خدمة ما للغير .

2-شروط عقد الاشتراط:

يتعين لانعقاد عقد الاشتراط صحيحا حسب نص المادة 116 -أعلاه - توافر الشروط التالية (2) :

(1) يوسف محمد عبيدات ، تمييز أردن رقم 1860 (2 لسنة 2002) ، المرجع السابق ، ص 241.

(2) المرجع نفسه ، ص ص 242 - 243 .

أ. أن يتعاقد المشتري باسمه و ليس باسم المستفيد ، فيجب أن يتعاقد المشتري باسمه لأنه لو تعاقد باسم المستفيد ، لكنا بصدد نيابة يتعاقد فيها الشخص باسم الأصيل و لحسابه .

ب. أن تتجه ارادة المشتري و المتعهد معا إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد ، فإذا لم تتصرف نيتهما إلى ذلك فإننا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير ، كما لو أبرم شخص عقد تأمين على حياته لمصلحته هو ثم مات ، فإن مبلغ التأمين يدخل ضمن تركته التي تؤول إلى ورثته بمقتضى قواعد الميراث ، و ليس بمقتضى قواعد الاشتراط ، لأن الحق الناشئ عن عقد التأمين يتعلق بالمشتري نفسه حتى و لو عادت منه فائدة على الورثة .

و إذا ما كان المشتري قد اشترط الحق لنفسه ثم حوله بعد ذلك إلى شخص آخر ، فلا يكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير ، كأن يبيع شخص منزله ثم يحول الثمن إلى دائنه ، حيث نكون هنا بصدد عقد بيع بين البائع و المشتري ، و عقد حوالة بين البائع و الدائن .

ومفاد هذا الشرط أن المستفيد لا يكسب حقا من عقد بينه و بين المشتري و لا من عقد بينه و بين المتعهد ، و إنما ينشأ لمصلحة مباشرة من عقد الاشتراط الذي يعقد بين المشتري و المتعهد أما المستفيد فهو أجنبي عنه (1) .

ج. أن تكون للمشتري مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية ، و تكون المصلحة مادية إذا ما اشترط في العقد أن يتم دفع مبلغ من النقود مثلا من المشتري إلى دائن البائع ، و تكون معنوية إذا ما قام الشخص بالتأمين على حياته لمصلحة أبويه أو زوجته و أولاده ، فإذا لم تكن هنالك مصلحة شخصية للمشتري لا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير .

(1) عبد المنعم فرح الصدة ، المرجع السابق ، ص425.

د. أن يكون المستفيد شخصا موجودا أو معيناً عندما ينتج العقد أثره ، فلا يشترط في المستفيد أن يكون موجودا أو معيناً وقت إبرام عقد الاشتراط ، حيث تنص في ذلك المادة 118 من القانون المدني الجزائري على أن : "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلة ، كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشاركة" ، فيجوز مثلا أن يتم التأمين لمصلحة ولد سيولد في المستقبل فإن مات المؤمن دون ولد ، فإن الشرط لا يتحقق و ينتقل مبلغ التأمين إلى التركة ليؤول إلى الورثة تبعا لذلك .

3-آثار الاشتراط لمصلحة الغير .

تتحدد آثار الاشتراط لمصلحة الغير في علاقات ثلاثة هي كما يأتي :

أ- علاقة المشتراط بالمتعهد .

ويحكم هذه العلاقة عقد الاشتراط الذي تم بينهما ، فالمشترط و المتعهد هما طرفا عقد الاشتراط لمصلحة الغير ، و تربطهما مصلحة المشتراط في تنفيذ المتعهد لالتزامه اتجاه المنتفع .

و بالنسبة للرابطة العقدية بين المشتراط و المتعهد فتحكمها القواعد القانونية العامة وفقا لطبيعة هذه العلاقة ونوعها ، فيكون لكل منها مثلا الحق في التمسك بالفسخ أو بالبطلان أو بالدفع بعدم التنفيذ ، كما يحق للمشتراط أن يطالب بالتعويض عن الضرر (1) .

ومن الأمثلة عقد التأمين على الحياة الذي يكون فيه المشتراط هو المؤمن له و المتعهد هو شركة التأمين و المستفيد هو زوجة و أولاد المشتراط ، و قد يكون العقد تبرعا كما لو وهب شخص ماله لآخر على أن يدفع الأخير لشخص ثالث مرتبا مدى الحياة .

(1) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص463.

ب- العلاقة بين المشتري و المستفيد.

و يحكم هذه العلاقة الباعث الدافع إلى عقد الاشتراط ، فقد يكون هذا الدافع هو التبرع للغير ، و قد يكون هدفه المعاوضة بين المشتري و المستفيد ، ففي الحالة الأولى فإن الاشتراط يكيف على أنه هبة مستترة ، و لذلك لا يخضع للقواعد الشكلية في الهبة ، و لكن تسري عليها الأحكام الموضوعية من وجوب توافر أهلية التبرع في المشتري ، و يجوز لدائني المشتري الطعن في عقد الاشتراط بدعوى عدم نفاذ التصرف طبقا لنص المادة 191 من القانون المدني الجزائري ، أما في الحالة الثانية إذا كان هدف المشتري هو على سبيل المعاوضة ، كما لو أبرم المشتري عقد بيع سيارته و اشترط على المشتري دفع الثمن إلى دائنيه وفاء لدين عليه ، فإن العلاقة تتحدد بينهما بموجب عقد المعاوضة .

و أهم ما يميز علاقة المشتري بالمستفيد أن (1) :

* أن للمشتري حق نقض الاشتراط طالما لم يفصح المستفيد عن رغبته في الاستفادة ، وحق نقض الإشتراط يقتصر على المشتري بنص المادة 117 من القانون المدني الجزائري : " يجوز للمشتري دون دائنيه أو وارثيه أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها ، مالم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد " ، و الحكمة من ذلك هو حماية حق المستفيد ، لأن الوارث لو أعطي هذا الحق فإنه لن يتردد في استعماله بدافع مصلحته الشخصية ، و كذلك الحال بالنسبة للدائن .

و إذا استعمل المشتري حقه في نقض الاشتراط فإنه يترتب على ذلك زوال حق المستفيد دون أن يترتب عليه براءة ذمة المتعهد قبل المشتري إلا إذا اتفقا صراحة على خلاف ذلك ، و إذا نقض المشتري حق المستفيد ، فإن له أن يحل مستفيدا آخر ، و عندها يعتبر حق المستفيد الثاني تابئا منذ تاريخ تعيينه لا من تاريخ عقد الاشتراط ، كما يجوز

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص244.

للمشترط أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة بدلا من تعيين مستفيد جديد، وعندها ينقلب عقد الاشتراط لمصلحة الغير إلى عقد عادي لا يسري أثره على الغير، وهو ما نصت على كل هذه الأحوال الفقرة الثانية من المادة 117 من القانون المدني بقولها : " .. و لا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك ، و للمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية الاشتراط "

* كما أن للمستفيد في علاقته بالمشترط حق قبول الاشتراط أو رفضه ، فإذا قبل المستفيد بعقد الاشتراط الذي أبرم لمصلحته ، فإنه عندئذ يكتسب حقا من الاشتراط ، و يترتب على ذلك أن ينتهي حق المشترط في نقض الاشتراط ، و ليس هناك شكل محدد يبيد فيه المستفيد قبوله للاشتراط .

أما إذا رفض الاشتراط فيترتب على هذا الرفض حق المشترط في تعيين مستفيد آخر أو الاستئثار لنفسه بالانتفاع من الاشتراط .

و إذا صدر نقض المشترط ، و أظهر المستفيد رغبته في الاستفادة من الاشتراط دون أن يعلم أحدهما بقرار الآخر ، فالعبرة تكون بالأسبقية في إعلان أيهما بقراره إلى المتعهد (1) .

ج- العلاقة بين المتعهد و المستفيد

قضت الفقرة الثانية من المادة 116 من القانون المدني المذكورة سابقا أن المستفيد يصبح دائما شخصا للمتعهد يطالبه بالتنفيذ أو بالتعويض في حالة عدم التنفيذ ، و لكن ليس للمستفيد حق طلب فسخ عقد الاشتراط إذا لم ينفذ المتعهد التزامه لأنه لم يكن طرفا في هذا العقد ، إلا أن للمتعهد الحق في أن يتمسك بالدفع التي تنشأ عن عقد الاشتراط ، مثل كون العقد باطل أو الدفع بعدم التنفيذ.

(1) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص423.

فإذا لم يكن المشتري قد نفذ ما التزم به بموجب العقد فإن للمتعهد أن يدفع في مواجهة المستفيد بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه ، وليس لورثة المشتري أي شأن في حق المستفيد لأنه يعد جزءا من تركة المشتري بعد وفاته ، وكذلك ليس لدائنيه استيفاء ديونهم من حق المستفيد .

و بعد تعرضنا لآثار العقد من حيث الموضوع في المبحث الأول ، و أنهينا التعمق في بيان آثار العقد من حيث الأشخاص في هذا المبحث ، ننتقل في المبحث الثالث و الأخير من هذا الفصل الرابع و الأخير من الباب المخصص لدراسة العقد إلى بيان طرق انحلال العقد أو زواله .

المبحث الثالث : انحلال العقد .

و قبل بيان محتوى المبحث الثالث ، نشير إلى تشابك و اختلاط واضح بين مصطلحات عديدة تصب في نطاق واحد ، وهو انتهاء العلاقة و الرابطة العقدية بين طرفي العقد ، يمكن طرحها في القاعدة أو العبارة الآتية : (العقد يزول إما بالفسخ أو بانقضائه أو بإبطاله أو بانحلاله) .

فانقضاء العقد : يترتب على تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ، وهو الطريق الطبيعي لزوال العقد ففي عقد البيع إذا دفع المشتري الثمن ، و نقل له البائع الشيء المبيع انقضى العقد ، و في المقابلة إذا قام المقاول بتنفيذ المشروع المتفق عليه و قام رب العمل بدفع الأجرة ، انقضى العقد ، و بطبيعة الحال فإن كيفية انقضاء العقد تتوقف على كيفية تنفيذه ، و في هذا تختلف العقود الفورية عن العقود الزمنية (عقود المدة - العقود المستمرة) ، و المثالين السابقين (عقد البيع - عقد المقابلة) يتعلقان بعقود فورية ، أما إذا كان العقد من العقود الزمنية كعقد الايجار مثلا فإن تنفيذه يكون ممتدا في الزمان ، و لا ينقضي العقد إلا

بانقضاء مدته مع قيام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع وقيام هذا الأخير بدفع بدل الايجار .

أما إبطال العقد : هو الجزاء على تخلف ركن من أركان انعقاده ، أو شرط صحته ، و العقد إما يبطل بطلانا مطلقا ، او يبطل بطلان نسبي ، و في الحالتين ، إذا تقرر البطلان أو الإبطال ، فإن العقد يزول بأثر رجعي و يعتبر كأن لم يكن - و قد سبق لنا دراسة ذلك .

و **أما انحلال العقد :** و هو موضوع البيان و التحليل خلال هذه الجزء من الدراسة ، فالقصد به هو زوال العقد لا بسبب بطلانه ، و لا بسبب عدم تنفيذه ، و لكنه زوال يرد على عقد صحيح ، و قبل أن ينقضي العقد بالتنفيذ .

و انحلال العقد حسب الشراح و بعض القوانين المدنية له ثلاث صور هي : التقايل ، و الالغاء بالإرادة المنفردة ، و الفسخ ، فأما التقايل هو اتفاق الطرفين على إلغاء العقد ، فهو إلغاء بالإرادة المشتركة التي كانت مصدر العقد ، و هو يتم باتفاق جديد أي بإيجاب و قبول جديدين ، و التقايل ليس له أثر رجعي ، فهو عقد جديد ينتج آثاره من وقت حدوثه ، و مع ذلك يجوز للطرفين أن يتفقا على الأثر الرجعي لزوال العقد أي على اعتباره كأن لم يكن قائما في يوم من الأيام ، لكن هذا الاتفاق لا يجوز أن يمس بحقوق الغير أو يخالف قواعد انتقال الملكية لبعض العقود ، و أما بالنسبة للصورة الثانية لانحلال العقد هي إلغاؤه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين ، و الأصل هو عدم جواز ذلك ، لأن العقد لا يجوز نقضه إلا بإرادة المتعاقدين معا ، ومع ذلك فنجد بعض العقود تسمح طبيعتها بذلك كعقد الوكالة ، و عقد الوديعة و عقد الهبة و عقد الشركة و عقد التأمين .

وهاتين الصورتين و خاصة (التقايل) لا نجد لهما تأصيلا في نصوص القانون المدني الجزائري المنظمة لمسألة " انحلال العقد " من المادة 119 منه إلى المادة 123 حيث نجده ينظم صورتين لانحلال العقد ، الأولى هي الفسخ ، و الثانية ليست انحلالا أو صورة

لأنحلل العقد و إنما هي ردة فعل من الطرف الايجابي في العقد لجعل المتعاقد المخل (الطرف السلبي) ينفذ التزامه فلا يطلب المتعاقد الأول فسخ العقد و لكنه يتمسك فقط بعدم تنفيذ التزامه هو إلى أن يقوم المتعاقد المخل بتنفيذ ما عليه من التزام ، وهاتين الصورتين هما محوري البيان في مطلبي هذا المبحث .

المطلب الأول : زوال العقد بالفسخ .

إن الفسخ هو حل للرابطة العقدية بسبب إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بالتزام ناشئ عنه ، و الأصل فيه أن لا يقع إلا بحكم القاضي على النحو الذي نصت عليه المادة 119 من القانون المدني الجزائري ، وهو الفسخ القضائي .

كما قد يتفق المتعاقدان وقت إبرام العقد على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم قضائي في حالة عدم التنفيذ ، وهو ما نصت عليه المادة 120 من القانون المدني الجزائري ، وهو الفسخ الاتفاقي .

وقد يفسخ العقد لانقضاء التزام أحد المتعاقدين لاستحالة التنفيذ مما يؤدي إلى انقضاء الالتزام المقابل ، يعني انفساخ العقد أو فسخ العقد بحكم القانون ودون حاجة إلى حكم قضائي ، وهو ما نصت عليه المادة 121 من القانون المدني الجزائري .
وهذه الطرق الثلاثة للفسخ نبين أحكام كل منها ضمن الفروع الثلاثة الموالية .

الفرع الأول : الفسخ القضائي

تنص المادة 119 من القانون المدني على أن :

" في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك .

و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات" .

وعلى ضوء نص المادة 119 - أعلاه - فإنه يشترط لوقوع الفسخ شروطا تختلف عن الشروط المطلوبة لتقرير الفسخ ، فإذا تحققت شروط الفسخ فإنه يقع ، و إذا وقع الفسخ لا بد لتقريره أيضا بحكم القضاء شروطا خرى ، ثم بعد ذلك يرتب آثاره القانونية ، وهي الأجزاء الثلاثة التي نتعرف عليها كما يلي :

أولا : شروط الفسخ

إذ يشترط لوقوع الفسخ توفر الشروط الأربعة التالية :

1- أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين :

فأما إذا كان العقد من نوع العقود التي لا يلتزم فيها إلا طرف واحد ، فإننا نكون بصدد عقد ملزم لجانب واحد ، وهذا لا يتصور أن يرد عليه الفسخ لعدم وجود التزامات متبادلة كما يجب أن يكون العقد محل الفسخ عقدا صحيحا و إلا فلا محل للفسخ ، وجرى القضاء على اعتبار أن حق الفسخ يكون ثابتا لكل منهما بنص القانون و يعتبر العقد متضمنا له و لو خلا من اشتراطه ، و لا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح (1) .

2- إخلال الطرف المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد :

سواء كان الإخلال كليا أو جزئيا أو كان التنفيذ معيبا ، و يتعين أن يكون تخلف المدين عن تنفيذه راجعا إلى تقصيره ، أما إذا كان راجعا إلى استعمال حق مشروع له كحقه في

(1) ، شريف الطباخ ، (نقض مصري رقم 754 بتاريخ 1959/6/25) ، المرجع السابق ، ص 363 .

الدفع بعدم التنفيذ أو الحبس ، فلا يتحقق إيقاع الفسخ من الطرف الآخر ، وكذلك لو كان عدم التنفيذ راجعا إلى صيرورة هذا التنفيذ مستحيلا بسبب أجنبي لا يد له فيه .

3- أن يكون طالب الفسخ قادرا على إعادة الحال إلى ما كانت عليه :

وذلك نتيجة حتمية للفسخ بموجب الأثر الرجعي له ، فلو كان المشتري هو الذي طلب الفسخ فإنه يشترط لإجابة طلبه أن يكون قادرا على إعادة المبيع إلى البائع ، أما لو كان غير قادر على إعادة المبيع إلى البائع ، بأن كان المبيع قد هلك أو استهلك فإنه ليس له حق المطالبة بالفسخ .

4- أن يكون طالب الفسخ غير مقصر :

فمن يطلب الفسخ لتقصير الطرف الآخر ، يجب أن لا يكون هو الآخر مقصرا في تنفيذ التزاماته ، بأن يكون قد نفذ التزامه الناشئ عن العقد ، أو على الأقل أن يكون مستعدا لهذا التنفيذ ، أما لو كان مقصرا في تنفيذ التزاماته فليس من حقه أن يطلب مجازاة المتعاقد الآخر على تقصير مماثل لتقصيره .

ثانيا : شروط تقرير الفسخ .

للفسخ القضائي ثلاثة شروط :

1. إعدار المدين قبل طلب الفسخ :

طبقا لما نصت عليه المادة 119 - الفقرة الأولى - و المذكورة آنفا ، فالفسخ جزاء الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي هو أخطر جزاء ، ولهذا يجب إعدار المدين قبل طلب هذا الجزاء ، وذلك لوضعه موضع المقصر أو المتأخر في تنفيذ التزامه ، إذ أن الإعدار هو الذي يثبت تقصير المدين في الوفاء بالتزامه .

ويجرى الاعذار في المواد المدنية بتكليف المدين بالوفاء بالتزامه بموجب إنذار على يد محضر قضائي أو ما يقوم مقام الانذار ، و لا يتضمن الاعذار إنذارا بفسخ العقد بل يتوفر أيضا على طلب الدائن من المدين الوفاء بالتزامه الذي تخلف عن تنفيذه .

2. طلب الدائن إيقاع الفسخ :

و يستوي أن يكون الطلب صريحا أو ضمنيا ، و لا يكون ذلك إلا برفع دعوى بطلب الفسخ ، أو بطلب لا يقوم الحق فيه إلا بافتراض فسخ العقد ، و يثبت هذا الحق للدائن أو من يحل محله من الخلف العام أو الخلف الخاص ، كما يثبت لدائنه بطريق الدعوى غير المباشرة (1) ، فيجب إذن على الدائن بعد إعداره المدين أن يرفع دعوى على هذا الأخير يطلب فيها فسخ العقد.

3. لكي يزول العقد بالفسخ يجب أن يصدر حكم به :

فإذا رفع الدائن دعوى الفسخ وصدر حكم القضاء به ، فإن هذا الحكم يكون منشئا للفسخ ، ومن ثم يعتبر الفسخ من أعمال التصرف ، فإذا رفع الوصي دعوى الفسخ لزم لقبولها استئذان المحكمة (2) ، وليس معنى رفع الدائن دعوى الفسخ أن الفسخ سيكون واجبا أو حتميا ، بل هو جوازي لكل من الدائن والمدين و القاضي ، فرفع الدعوى بالفسخ لا يحول دون تقرير تدبير آخر غير الحكم بالفسخ ، كمنح مهلة للمدين (نظرة الميسرة) ، وهو ما نبينه في الجزء الموالي.

ثالثا : سلطة القاضي في تقرير الفسخ وأثره.

إن الفسخ جوازي بالنسبة للقاضي ، فله سلطة رفض الفسخ أو الإستجابة لطلب الفسخ بما له من سلطة تقديرية تتحدد بالخيارات التالية:

(1) شريف الطباخ ، المرجع السابق ، ص373.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 595 و ما بعدها .

1- للقاضي رفض طلب الفسخ ، وإلزام المدين بتنفيذ إلتزامه في الحال:

فإذا رأى القاضي أن المدين قد قام بتنفيذ التزامه العقدي في الجزء الأكبر و الأهم منه، وأن ما لم يتم تنفيذه يعد قليل الأهمية بالنسبة إلى ما تم تنفيذه، أو بالنسبة إلى الإلتزام بجملته فإنه (أي القاضي) يقرر عدم فسخ العقد ، خاصة إذا أبدى المدين استعداداً لتنفيذ الجزء المتبقي منه وعلى الفور ، وللقاضي في مثل هذه الحالة أن يحكم على المدين بتعويض مناسب إذا كان له مقتضى.(1)

2- للقاضي رفض طلب الفسخ وإلزام المدين بالتعويض:

فقد يرفض القاضي طلب الدائن بالفسخ ، ويلجأ إلى إلزام المدين بالتعويض إذا كان المدين قد نفذ الجزء الأكبر من التزاماته العقدية ، ولم يُبدِ استعداداً لتنفيذ الجزء المتبقي من هذه الإلتزامات ، وهو قليل الأهمية بالنسبة إلى ما تم تنفيذه ، بالتعويض يفرض على المدين هنا جراء عدم قيامه بتنفيذ الجزء المتبقي من الإلتزام(2).

3- للقاضي رفض طلب الفسخ ومنح المدين نظرة الميسرة (المهلة القضائية):

فقد يرى القاضي في بعض الأحيان أن إمهال المدين للوفاء بالتزامه العقدي ، أنفع للدائن من فسخ العقد ، خاصة إذا كان المدين حسن النية ، وأن إمهاله لن يلحق بالدائن ضرراً جسيماً ، وأن ظروفه تستدعي مثل هذه المهلة ، فيلجأ إلى رفض الفسخ ليقدر منح المدين نظرة الميسرة.

4- للقاضي ايقاع الفسخ وتقريره بمجرد ما إن يطلبه الدائن مع إلزام المدين بالتعويض:

فإذا أخل المدين بتنفيذ التزامه إخلالاً لا ينفذ معه بقاء العقد ، كما لو أنه قد امتنع عن تنفيذ الجزء الأكبر والأهم منه، أو تأخر في تنفيذه على نحو لم يترك فائدة للدائن من وراء تنفيذه ،

(1) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص482

(1) ياسين محمد الجبورى ، المرجع السابق ، ص450 .

على الرغم من إعداره بضرورة التنفيذ ، أو أنه قام بالعمل الذي كان يجب عليه الامتناع عن القيام به ، في مثل تلك الأحوال أن يقرر فسخ العقد إذا طلبه الدائن(1).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الحكم بفسخ العقد لا يحول أبداً دون إلحاق الخسارة بالدائن طالب الفسخ في كثير من الأحيان ، إذ أن الفسخ لا يقدم له أية ترضية عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة جراء إخلال المدين بتنفيذ التزاماته العقدية في مواجهته، لذلك لا يجب أن يلزم المدين فقط برد ما حصل عليه ، وإنما يجب فوق ذلك إلزامه بتعويض الدائن عن الخسارة التي لحقت به جراء الفسخ الذي أوقعه القاضي بناء على طلبه(2).

هذا وتعتبر سلطة القاضي في تقدير الفسخ ليست من النظام العام في شيء ، إذ أنه من الجائز أن يتفق المتعاقدان على استبعاد سلطة القاضي إزاء فسخ العقد ، وذلك باتفاقهما على تضمين العقد شرطاً يتفقان بموجبه على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وهو ما يسمى بالشرط الفاسخ الصريح ، وهو موضوع الفرع الموالي.

الفرع الثاني : الفسخ الاتفاقي

تنص المادة 120 من القانون المدني الجزائري على أن:

"يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي ، و هذا الشرط لا يعفي من الاعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين."

ووفقاً لهذا النص ، قد يتفق المتعاقدان وقت إبرام العقد على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم قضائي في حالة عدم التنفيذ ، يطلق على هذا الاتفاق اسم "الشرط الفاسخ الصريح" ، أما "الشرط الفاسخ الضمني" فإنه يفترض وجوده في جميع العقود

(1) ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق ، ص ص 450-451.

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، (تميز أردني رقم 80/486، لسنة 1981)، ص 451.

الملزمة للجانبين والذي يعطي المتعاقد حق طلب فسخ العقد عند عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته ، وهو ما يدخل ضمن الفسخ القضائي الوارد بنص المادة 119 والمشار إليها سابقا.

و الاتفاق على الفسخ يجب أن يشار فيه إلى عدم الحاجة لصدور حكم قضائي ، وإلا فإن الحكم يصبح مستلزما لإيقاع الفسخ ، أما بالنسبة لشرط الإعذار المنصوص عليه في المادة 120-المذكورة أعلاه- يشير إلى أن شروط الفسخ الاتفاقي تختلف حسب الاتفاق الذي تم بين المتعاقدين، فتارة قد يتفق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي لكن بشرط الإعذار، وتارة أخرى بدون التقيد بشرط الإعذار، وهو الآتي بيانه مع تحديد الأثر بالتدرج حسب الحالات : (1)

أولا: الاتفاق على الفسخ دون حاجة إلى حكم قضائي ولكن بشرط الإعذار

وفي هذه الحالة يستوجب الشرط الفاسخ الصريح حتما فسخ العقد ، ولا يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، حيث يفسخ العقد بموجب الشرط من تلقاء نفسه، ودون حاجة إلى رفع الأمر إلى القضاء(2) ، إلا أن هذا الشرط الفاسخ الصريح لا يعفي الدائن من إعذار المدين حتى يرتب الشرط أثره بفسخ العقد من تلقاء نفسه ، فنص المادة 120 واضح في وجوب إعذار الدائن للمدين بضرورة التنفيذ وإلا اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه.

هذا وينبغي أن يطلب الدائن الفسخ حتى يفسخ العقد ، فالخيار يبقى له بين التمسك بطلب الفسخ ، وبين طلب التنفيذ ، فلا يكفي لذلك لاعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ادعاء المدين تلقيه الإعذار من الدائن وإصراره على عدم التنفيذ ، بل يجب أن يطلب الدائن الفسخ و حكم القاضي الصادر هنا في ظل هذا الشرط هو حكم منشيء للفسخ(3).

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق، ص261.

(2)المرجع نفسه، (تميز أردني رقم 94/157 سنة1994)، ص261.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص484.

ثانيا: الاتفاق على الفسخ دون حاجة إلى حكم قضائي.

فقد يتدرج الاتفاق بين المتعاقدين على الفسخ ، من حيث قوته وتأثيره ، ويصاغ بعبارة أشد قوة وأبلغ تأثيرا مما ورد في الصورة السابقة، وذلك بأن ينص الاتفاق على أن العقد يكون مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي ، ومعنى ذلك أنه عند إخلال المدين بتنفيذ التزاماته العقدية ، فلا توجد ثمة حاجة لرفع دعوى بالفسخ ولاستصدار حكم منشئ له، إلا أنه يجب رفع الدعوى عندما ينازع المدين دائنه في ادعائه بأنه قد نفذ التزامه ولم يُخَلِّ به.

والحكم الذي يصدر في مثل هذه الحالة يكون مقتصرًا على تقرير الفسخ ، وليس منشئًا له، ومثل هذا الاتفاق بين الدائن والمدين على الفسخ لا يعفي الدائن من إعدار المدين بضرورة التنفيذ⁽¹⁾.

ثالثا : الاتفاق على الفسخ دون حاجة إلى حكم قضائي أو إعدار

إن الاتفاق بين المتعاقدين في العقد على مثل هذا الشرط يعد أقوى درجات الاتفاق على الفسخ ، حيث يتفقان على أن يكون العقد مفسوخا بمجرد ما إن يخلّ المدين بتنفيذ التزامه العقدي ، ومثل هذا الاتفاق يعفي الدائن من رفع دعوى بالفسخ ، ويعفيه أيضا من شرط الإعدار، والفسخ هنا وإن كان يتم دون تدخل القاضي ، إلا أن اللجوء إلى القضاء قد تبقى الحاجة إليه ماسة، وذلك للتيقن و التأكد من توافر شروط فسخ العقد ، إذ قد يدعي المدين أنه قد نفذ الالتزام و أن الدائن هو الذي أخل بتنفيذ ما عليه من التزامات عقدية ، فعندئذ لا بد من الاحتكام إلى القضاء للاستيثاق من ذلك ، فإذا وجد القاضي أن المدين مثلا محق في ادعائه ، أمر باستمرار العقد. (2)

(1) عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص431.

(2) محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص410.

رابعاً : آثار الفسخ .

وقبل بيان الصورة الثالثة للفسخ وهو الانفساخ ، نشير إلى آثار الفسخ في صورتين السابقتين، إذ يترتب الفسخ آثاراً عديدة :

1- أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين : وتتمثل آثار الفسخ فيما بين المتعاقدين في النقاط التالية :

*انحلال العقد وزواله ، سواء كان الفسخ قضائياً أم اتفاقياً ، فتزول الالتزامات التعاقدية ، و يبرأ منها العقد الذي التزم بها ، أما ما تم تنفيذه منها فيجب إعادته إلى ما كان عليه قبل انعقاد العقد (الأثر الرجعي للفسخ).

* يترتب على الأثر الرجعي للفسخ اعتبار المال وكأنه لم يخرج من يد صاحبه ، إذ يعود إليه دون حاجة إلى عقد جديد ، كما تعتبر التصرفات التي أبرمها المتعاقد (المتصرف إليه) كالمشتري في عقد البيع ، غير نافذة في حق المتصرف (البائع) ، لأنها تعد تصرفات صادرة من غير مالك على ملك غيره .

*يعد العقد منحلاً منذ الوقت الذي تقرر فيه الفسخ ، وبالنسبة للمستقبل ، وبذلك فإذا لم يكن المتعاقدان قد نفذوا التزاماتهما العقدية، فإنه لا يجوز لأي منهما مطالبة الآخر بالتنفيذ ، وإن تم تنفيذ الالتزامات تنفيذاً جزئياً ، يمتنع على أي منهما مطالبة الآخر بتنفيذ ما تبقى منه، و في العقود الزمنية كعقد الإيجار ، فإذا فسخ العقد فإن ذلك الفسخ لا يمكن أن يستند إلى الماضي، وهذه العقود يرد عليها الإنهاء لا الفسخ (الأثر الفوري للفسخ).

*يلتزم كل متعاقد برد ما استولى عليه بموجب العقد ، وهو نتيجة حتمية لما يتمتع به الفسخ من أثر رجعي يستلزم إعادتهما إلى الحالة التي كانا عليها قبل انعقاد العقد ، والالتزام بالرد

ليس التزاما عقديا ، بل التزاما قانونيا ، يقوم على قبض غير المستحق ، لأن العقد انحل ولم يعد له وجود .(1)

*التزام المدين بالتعويض إذا اقترن طلب الفسخ بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالدادائن جراء الفسخ .

2- أثر الفسخ بالنسبة للغير

لا يترتب على الفسخ إزالة آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين فقط وإنما بالنسبة للغير أيضا، فإذا كان العقد بيعا مثلا وتصرف المشتري بالمبيع أو رتب حقا عينيا عليه كحق ارتفاق أو حق انتفاع للغير ، وفسخ عقد البيع ، فإن ذلك يوجب إعادة المبيع إلى البائع خالية من هذه الحقوق ، فما دام أن حق المتصرف وهو المشتري قد زال بفسخ عقد البيع الأول ، فإن حق المتصرف إليه و هو الغير يزول أيضا ، بمعنى آخر فإن المشتري لا يعتبر مالكا، ويعتبر أنه قد تصرف في ملك الغير ، و بالتالي لا يكون لتصرفه أي أثر في حق البائع.

غير أن هذه القاعدة لا تسري على الغير حسن النية ، أما إذا ما كان الغير المتصرف إليه متواطئا مع المشتري الذي قام ببيع السيارة التي اشتراها ليجنب الأخير آثار دعوى الفسخ فإنه يعتبر سيء النية ، ويسري عليه حكم الأثر الرجعي للفسخ .(2)

الفرع الثالث : انفساخ العقد بحكم القانون

ويقصد بانفساخ العقد فسخه بحكم القانون ، ودون حاجة إلى حكم قضائي ، وينفسخ العقد لانقضاء التزام أحد المتعاقدين لاستحالة التنفيذ مما يؤدي انقضاء الالتزام المقابل، وفي ذلك تنص المادة 121 من القانون المدني الجزائري على أن:

(1) ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص458.
(2) يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 265.

"في العقود الملزمة للجانبين ،إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد بحكم القانون."

أولاً: أحكام الانفساخ

1- تعريفه:

الانفساخ هو انحلال رابطة العقد بقوة القانون ، أي دون أن يكون ذلك مشروطاً في العقد ، ودون أن يحتاج الأمر حكم من القضاء بهذا الانحلال.

2- متى يحدث الانفساخ؟

ويحدث هذا الانفساخ إذا استحال تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين في عقد ملزم لجانبين ، نتيجة قوة قاهرة ، أي بسبب لا يد للمدين فيه، ولا يستطيع دفعه (سبب أجنبي).

3- ماذا يترتب على هذه الاستحالة؟

يترتب على استحالة تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه سقوط التزامه ، ويلزم بالتالي إعفاء الطرف الآخر من التزامه المقابل، ولذا يقضي القانون بانفساخ العقد في هذه الحالة ، و الاستحالة التي يترتب عليها انفساخ العقد هي تلك التي تترتب على سبب أجنبي أي سبب لا يد للمدين فيه ، فلا يكون هذا المدين مسؤولاً بسببها قبل المتعاقد الآخر ، ولا يلزم بتعويضه عن أي ضرر مترتب على عدم التنفيذ ، فإن كانت الاستحالة ناتجة عن فعل المدين ، فإن العقد يظل قائماً ، ويمكن إلزام المتعاقد بتنفيذ العقد بمقابل أي عن طريق التعويض ،⁽¹⁾ كما سبق بيانه في المسؤولية العقدية.

(1) شريف الطباخ، المرجع السابق، ص426.

4- متى يتم الانفساخ؟

إن انفساخ العقد يتم من وقت حدوث الاستحالة ولا يحتاج إلى صدور حكم القضاء له أو إعدار المدين ، فإذا ثار نزاع حول وقت حدوث الاستحالة الناتجة عن فعل المدين، ورفع النزاع إلى القضاء ، قرر القاضي قيام الاستحالة وانفساخ العقد، فإن حكمه لا يكون منشأ للفسخ ، وإنما مقررا لحصوله منذ وقت حدوث الاستحالة ، ويترتب على انفساخ العقد بحكم القانون الآثار التي تترتب على الفسخ القضائي.

أما إذا كان الانفساخ بقوة القانون لا يثير مسألة وقت حدوث الاستحالة إذا كانت الاستحالة بسبب للقوة القاهرة ، فإنه قد يثير مسألة أخرى وهي مسألة تحمل تبعة الاستحالة ، وعلى من تقع هذه التبعة ؟

5- أثر الانفساخ :

إذا أصبح الوفاء بالالتزام العقدي مستحيلا على المدين لسبب أجنبي ، كقوة القاهرة أو آفة سماوية أو فعل الدائن أو خطأ الغير ، فإنه يترتب على ذلك انقضاء الالتزام ، حيث يفسخ العقد بقوة القانون ، ومسألة تقدير الواقعة التي أثرت على تنفيذ العقد وجعلته مستحيلا أم لا ، هي من السلطة التقديرية للمحكمة المختصة.

و انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه يستتبع انقضاء الالتزام المقابل له لتخلف سببه ، في العقود الملزمة للجانبين ، و استحالة تنفيذ الالتزام قد تكون نسبية أو مطلقة كما قد تكون جزئية أو كلية أو وقتية¹ () :

أ- **الاستحالة النسبية** : هي الاستحالة الراجعة إلى الشيء في ذاته ، لا استحالته بالنسبة إلى المدين، إذ قد يلتزم شخص بعمل معين يكون مستحيلا عليه هو القيام به ، بينما لا

(1) ياسين محمد الجبورى ، المرجع السابق ، ص460.

يكون مستحيلا بالنسبة إلى شخص آخر غيره ، فهنا يوجد الالتزام و يكون محله صحيحا، ولا تأثير لها على قيام العقد ، إذ يبقى للعقد أثره باعتباره شريعة المتعاقدين.

ب- الاستحالة المطلقة : وهي تمنع وجود الالتزام ،إذا كانت سابقة في وجودها على تعهد المدين بالالتزام العقدي ، وتمنع نشوء العقد إذا وقعت قبل نشوئه، وإذا كانت لاحقة في قيامها على وجود العقد ، فانقضى بسبب الاستحالة ، و تبرأ ذمة المدين منه.

ج- الاستحالة الجزئية : وفيها يؤدي السبب الأجنبي إلى استحالة تنفيذ جزء من الالتزام ، وهنا يكون الخيار للدائن بين فسخ العقد وبين أخذ المقدار المتبقي لما يقابله من الثمن (في حالة عقد البيع)، وبشرط إعلام المدين بالفسخ ، و لا يفرض على الدائن انفساخ العقد .

د- الاستحالة الكلية : ومفادها استحالة تنفيذ الالتزام كلية ، وهي تؤدي بلا شك إلى انفساخ العقد ، إذا كان سببها أجنبيا لا يد للمدين فيه، فالالتزام المدين ينقضي و ينقضي معه وتبعاً له الالتزام المقابل ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون .

هـ- الاستحالة الوقتية : فتأخذ حكم الاستحالة الجزئية ، و الاستحالة الوقتية لا تعرض إلا في العقود المستمرة التنفيذ (العقود الزمنية) ، وتؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزامات بعضا من الوقت ، و العقد هنا لا يفسخ من تلقاء نفسه ، و إنما يكون قابلا للفسخ إذا اختاره أحد أطراف العقد دون حاجة إلى رضا الطرف الآخر بشرط إعلام الطرف الآخر ، ويرى بعض الشراح أننا هنا بصدد الفسخ وليس الانفساخ فيجب اللجوء إلى القضاء حتى لا يتعسف الدائن في استعمال حقه في الفسخ (1).

فالأصل أن الانفساخ لا يقع إلا إذا كنا بصدد عقد ملزم لجانبين ، لكن ليس هنالك ما يمنع أن يقع على عقد ملزم لجانب واحد ، وعندئذ إذا ما أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا انفسخ العقد

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 461.

من تلقاء نفسه ، فإن كانت الاستحالة جزئية على العقد الملزم لجانب واحد جاز للدائن أن يتمسك بالعقد فيما بقي من الالتزام ممكن التنفيذ⁽¹⁾ .

6- تبعة الهلاك : ومسألة تحمل تبعة استحالة التنفيذ بسبب أجنبي تختلف حسب نوع الاستحالة ، وكذا طبيعة الالتزام ، وقدرة المتعاقد ، لذلك نستخلص الأحكام التالية :

أ- إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه التعاقدى لسبب أجنبي ، يفسخ العقد بقوة القانون ، وتزول جميع الالتزامات العقدية وتتقضي ، فالهلاك هنا كلياً ، ففي عقود المعاوضات فإن المتعاقد (المدين) الذي استحال عليه التنفيذ هو من يتحمل تبعة تلك الاستحالة طبقاً لنص المادة 176 من القانون المدني الجزائري- السابق بيانها - ، أما في العقد الملزم لجانب واحد كعقد الوديعة ، وعقد العارية مثلاً، فإن الدائن (المودع و المعير حسب المثال) هو الذي يتحمل تبعة الاستحالة وهلاك محل العقد .

ب- أما إذا كانت الاستحالة جزئية و الهلاك جزئياً ، ففي هذه الحالة -حسب الشراح- قولان⁽²⁾، أولهما إذا بقي المتعاقد الآخر ملزماً بتنفيذ العقد ، فعليه تحمل تبعة الهلاك و استحالة التنفيذ ، و أما القول الثاني فإن المتعاقد الآخر ينقضي التزامه وتبرأ ذمته ، فمعنى ذلك أن المتعاقد الذي استحال عليه تنفيذ التزامه العقدي هو الذي سيتحمل تبعة الاستحالة .

وعموماً يترتب على الانفساخ زوال العقد من تلقاء نفسه بقوة القانون ، وعودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، ويلاحظ أنه لا مجال للتعويض لأن عدم وفاء المدين بالتزامه يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه ، ويتحمل تبعة الاستحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين .

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 269 .

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 462 .

المطلب الثاني : الدفع بعدم تنفيذ العقد

تنص المادة 123 من القانون المدني الجزائري على أن :

" في العقود الملزمة للجانبين ، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ."

وتبين هذه المادة الحالة التي يكون فيها امتناع المتعاقد عن التنفيذ امتناعا مشروعاً ، فمادام أن سبب التزام هذا المتعاقد هو التزام المتعاقد الآخر بالتنفيذ ، غير متحقق ، فإن القانون يكفل له حماية حقه من خلال منحه بموجب نص المادة 123 ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ، الذي يقوم أساساً على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة ، فالتنفيذ من جهة يكون مقابلاً للتنفيذ من جهة أخرى .

وسنعرض فيما يتعلق بالدفع بعدم التنفيذ بيان شروط التمسك به و آثاره في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

واستناداً إلى ما نصت عليه المادة 123 من القانون المدني - المذكورة سابقاً - ، فإنه يشترط لصحة الدفع بعدم التنفيذ توافر الشروط الثلاثة الآتية :

أولاً : وجود عقد ملزم للجانبين .

وحتى يعطى أحد المتعاقدين الحق في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن ينفذ المتعاقد الآخر، يجب أن نكون بصدد عقد ملزم للجانبين يكون فيه التزام كل متعاقد مرتبط بالتزام المتعاقد الآخر ، ولذلك يتيح القانون لكل من المتعاقدين في المعاوزات المالية بوجه عام أن يبقى محل العقد عليه وهو في يده ، حتى يقبض البديل المستحق ، فلو كان العقد يباعا

لكان لكل من البائع و المشتري أن يتمتع عن الوفاء بما يجب عليه حتى يفي المتعاقد الآخر بالتزامه .

أما في العقود الملزمة لجانب واحد كالهبة و الوديعة بدون أجر فلا يتصور إعمال قاعدة الدفع بعدم التنفيذ لعدم وجود التزامين كل منهما مترتب على الآخر و مرتبط به .

ثانيا : وجوب أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء.

إذ يتعين أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه و الالتزام المقابل مستحقي الأداء ، أما إذا لم تكن بصدد التزامات متقابلة استحق أداؤها في نفس الوقت فلا مجال بإعمال قاعدة الدفع بعدم التنفيذ.

ففي عقد البيع لا يجوز المشتري أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، و أن يحبس الثمن عن البائع ، إلا إذا كان كامل المبيع أو بعضه مستحق الأداء ، و لا يجوز للبائع أن يتمتع عن تسليم المبيع إذا ما كان الثمن مؤجلا، فالإضافة إلى أجل تمنع من أن يكون الالتزام مستحق الأداء ، أما إذا ما كان الثمن مستحق الدفع فورا فللبائع الحق في أن يدفع بعدم التنفيذ ، و لا يحول دون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ نظرة الميسرة (المهلة القضائية) التي يمنحها القاضي للمشتري للوفاء بالثمن ، أما في حالة الأجل الاتفاقي الذي يمنح من قبل البائع للمشتري مثلا لدفع الثمن، فإنه يحول دون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لأن البائع بعمله هذا يكون قد تنازل عن حقه في الدفع بعدم التنفيذ⁽¹⁾ .

ولا يجوز للمتعاقد الذي يجب عليه الوفاء بالتزامه قبل المتعاقد الآخر _ وفقا لطبيعة العقد أو العرف_ أن يتمسك بالدفع بعد التنفيذ.

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص ص 271-272.

و إذا تمسك كل من المتعاقدين بحقه بعدم التنفيذ ، يرفع الأمر إلى القضاء لحل الخلاف، و عندها يلجأ القاضي إلى إجبار المتعاقد بإيداع ما وجب عليه خزانة المحكمة أو في يد شخص ثالث.

ثالثا : مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بهم التنفيذ .

فالمبدأ العام يقضي وجوب مراعاة المتعاقد مبدأ حسن النية عند تنفيذ العقود ، إذ يجب على المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن لا يتعسف في استعمال هذا الدفع ،

فإذا كان الجزء الذي لم ينفذ من الالتزام قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته ، فلا يجوز للدائن أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، وذلك مراعاة للقاعدة التي تقضي بوجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد (1) .

وهذا يعنى أن عدم التنفيذ يجب أن يكون على درجة كبيرة من الأهمية بحيث يكون ذلك مبررا لامتناع المتعاقد الآخر عن الوفاء بالتزامه ، و يقاس حسن النية بمعيار مادي موضوعي ، وهو المسلك الذي يتفق مع الأمانة و الثقة و التعاون الواجب في المعاملات و هو ما يتطلب من القاضي في بحثه شرط حسن النية أن يقتصر على بحث الوقائع و الظروف من الناحية الموضوعية بغض النظر عن اعتقاد المتمسك بالدفع (2).

الفرع الثاني : كيفية الدفع بعدم التنفيذ و آثاره.

أولا : كيفية التمسك بعدم التنفيذ .

فالأصل أنه لا يلزم أن ترفع دعوى بتقريره أو إقراره ، بل يجوز التمسك بعدم التنفيذ به خارج القضاء أو كدفع في الدعوى التي تُرفع على صاحبه من الطرف الآخر ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يرفع صاحبه دعوى بتقريره أو إقراره ، ولا يحوز أن يتمسك به إلا من كان طرفا

(1) شريف الطباخ (نقض مصري رقم 1432 بتاريخ 1982/5/23) ، المرجع السابق ، ص455 .

(2) المرجع نفسه ، ص456.

في العقد الناشئ عنه الالتزام أو خلفه العام أو خلفه الخاص ، ومن جهة أخرى لا يجوز الاحتجاج به قبل من لم يكن طرفا في هذا العقد أو من لا يستند إلى هذا العقد .

ويقع على عاتق من يتمسك بالدفع عبء إثبات عناصره ، ولكن يكفيه في هذا الصدد أن يثبت العقد الناشئ عنه الالتزام المتقابلان باعتباره الواقعة المنشئة لحقه في الدفع ، وعندئذ ينتقل عبء الإثبات على الطرف الآخر لإثبات وفائه بالالتزام المقابل الذي يستند صاحب الدفع إلى عدم تنفيذه⁽¹⁾، هذا و لا حاجة لإعذار المتعاقد الآخر للتمسك بعدم التنفيذ وذلك على خلاف ما هو مقرر في الفسخ .

ثانيا : آثار الدفع بعدم التنفيذ.

فإذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ ، فإن ذلك لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام ، وإنما إلى وقف تنفيذ العقد مؤقتا ، دون أن يؤدي ذلك إلى انتقاص الالتزام بقدر مدة التوقف ، إذا ما كان العقد من العقود الفورية كالبيع ، أما في العقود الزمنية كعقد الإيجار فإنه وقف تنفيذ العقد يؤثر على مقدار الالتزام (انتقاص الالتزام) ، فمثلا امتناع المؤجر عن تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة من الزمن بسبب عدم تنفيذ الثاني لالتزامه المتمثل بدفع الأجرة .

هذا و إذا كسب الغير حقا بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع ، فإنه يسرى في مواجهة الغير ، فإذا أخل المشتري بـالتزامه بدفع الثمن كان للبائع الحق في التمسك بعدم التنفيذ ، ويحبس المبيع ، فإذا ما قرر المشتري حقا للغير على المبيع بعد التمسك بالدفع ، فإنه يسري في حقه الدفع بعدم التنفيذ ، فإذا باع المشتري المبيع إلى مشتري ثانٍ ، فيحق للبائع أن

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص600 و ما بعدها.

يستمر في حبس المبيع في مواجهة المشتري الثاني وهو من الغير ، و أما إذا كان الغير قد كسب حقه قبل أن يثبت الحق في التمسك بالدفع فلا يسرى الدفع في حقه (1).

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن الشراح يؤكدون على أن الدفع بعدم التنفيذ هو إحدى تطبيقات حق الحُبْس ، وعليه فهو ينقضي بذات الحالات حيث (2) :

*ينقضي حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا ما هلك الشيء محل التزام الدائن (صاحب الدفع) ، أو في حالة ما إذا قام بتسليم الشيء محل التزامه إلى المتعاقد الآخر كقيام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري بإرادته .

*كما ينقضي الدفع بعدم التنفيذ بانتهاء المدة المحددة في القانون لاسترداد الشيء محل الدفع بعدم التنفيذ إذا كان قد خرج من يد خفية أو بالرغم من معارضته ، حيث تنص المادة 202 من القانون المدني على أن : " ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه .

غير أنه لحابس الشيء إذا خرج من يده بغير علمه أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده ما لم تنقضى سنة من وقت خروجه ."

وبهذه الملاحظة الأخيرة الخاصة بانقضاء الدفع بعدم التنفيذ ، ننتهي من دراسة العقد ، المصدر الأول من المصادر الإرادية للالتزام ، لننتقل في الباب الثاني من هذه الدراسة إلى دراسة باقي المصادر الأخرى للالتزام .

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 160 و ما بعدها.

(2) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 273.

الباب الثاني : المصادر الأخرى للالتزام

ونعرض خلال هذا الباب المصادر الأخرى للالتزام التي نظمها المشرع الجزائري تباعا للمصدر الهام (العقد) في القانون المدني ، فنبدأ بدراسة المصدر الثالث للالتزام ، حسب التنظيم التشريعي وهو التصرف بالإرادة المنفردة ، وهو يشترك مع العقد في أن الإرادة في كل منهما هي التي تتجه إلى إحداث الأثر القانوني، إلا أنهما يختلفان في أن مصدر التصرف بالإرادة المنفردة لا يتطلب لانعقاده توافق إرادتين أو أكثر ، وإنما يكفي لانعقاده إرادة المتصرف فقط ، ونبين هذا المصدر بالتفصيل في الفصل الأول من هذا الباب ، أما الفصل الثاني فنعرض للمصدر الرابع وهو الفعل المستحق للتعويض أو العمل غير المشروع الضار الذي يعتبر مصدرا من مصادر الالتزام ، وقد نظمه المشرع الجزائري في صورة قواعد عامة ، ويطلق على الالتزام الناشئ عن العمل غير المشروع اصطلاح المسؤولية التقصيرية تمييزا له عن المسؤولية العقدية ، وقد فرق القانون بين المسؤولية عن الأعمال الشخصية حيث أقامها على خطأ واجب الإثبات ، وبين مسؤولية الشخص عن فعل الغير ، ومسؤوليته الناشئة عن الأشياء فأقامهما على خطأ مفترض ، ونبين في الفصل الثالث المصدر الخامس وهو ما يعرف بنظرية الاثراء بلا سبب، والتي تتصل بأوثق الجذور بقواعد العدالة و القانون الطبيعي ، وهي فكرة في غير ما حاجة إلى تبرير، إذ تحمل في ثناياها ما يبررها ، ذلك لأنه من المنطقي و الطبيعي أن كل من يُثرى على حساب غيره دون سبب قانوني ، عليه أن يرد إلى من أُثرِيَ على حسابهِ قيمة ما لحق الأخير من خسارة نتيجة ذلك، وفي الأخير الفصل الرابع نبين فيه المصدر الأخير من مصادر الالتزام وهو القانون، وهو مصدر غير مباشر لكل الالتزامات التي أشرنا إليها سابقا وهي العقد و الإرادة المنفردة والفعل الضار والاثراء بلا سبب ، وأما الالتزامات التي تنشأ عن القانون مباشرة فهي تكون بنصوص خاصة تعين مدى الالتزام وتحدد مضمونه ، وقد ذكر القانون كمصدر للالتزام في المرتبة الأولى من ناحية التنظيم التشريعي.

الفصل الأول: التصرف الصادر بالإرادة المنفردة

يعتبر التصرف الصادر بالإرادة المنفردة المصدر الثالث للالتزام في القانون المدني الجزائري بعد القانون والعقد -من حيث التنظيم الشريعي-، ولم تأت دراسة الإرادة المنفردة بعد العقد مباشرة اعتباطاً، بل جاءت نتيجة للترابط الوثيق بينها وبين العقد ، لاعتبارهما مصدرين اراديين ، كما أن أحكام العقد تسري على الإرادة المنفردة في الحدود التي لا يتعارض مع طبيعتهما ، وهو ما يقتضي منا قبل الولوج في بيان التطبيق الوحيد للتصرف بالإرادة المنفردة وهو الوعد بجائزة ، يجدر بنا أن نبين المقصود بالإرادة المنفردة ومدى قدرتها على إنشاء الالتزام في المبحث الأول ثم نبين في المبحث الثاني أحكام التصرف بالإرادة المنفردة المتجسد في نموذج واحد هو الوعد بجائزة وبيان أحكامه .

المبحث الأول: مدى قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام

إن الإرادة المنفردة أو التصرف الانفرادي عبارة عن عمل قانوني صادر من جانب واحد فيكون بإمكانها أن تنشئ وتحدث آثاراً قانونية متنوعة ومختلفة⁽¹⁾، والأمثلة كثيرة ومتنوعة فقد تكون الإرادة المنفردة سبباً لإنشاء الحق العيني كالوصية ، فالوصية تصرف قانوني يصدر بالإرادة المنفردة ، ويترتب عليها انتقال الحق الموصى به من الموصي إلى الموصى له ، والإبراء من الدين يعد تصرفاً قانونياً يصدر بالإرادة المنفردة ، ويترتب عليه سقوط الالتزام ، والإقرار هو الآخر تصرف قانوني صادر عن إرادة المقر المنفردة ، ويترتب عليه انصراف حقوق والتزامات إلى المقر ، لم تكن تتصرف إليه لولا إقراره⁽²⁾.

وقد اختلف الشراح حول مدى قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام بين قائل بإمكانية الإرادة المنفردة أن تكون مصدراً للالتزام ، وبين اتجاه آخر قائل بعدم إمكانية الإرادة المنفردة

(1) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص ص 432-433.

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 468.

بأن تكون مصدرا للالتزام أو الحق الشخصي ، وهو كالاتي بيانه، مع تقدير النظريتين وايضاح موقف المشرع الجزائري من الاتجاهين .

المطلب الأول : الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام (النظرية الألمانية)

ويرى أنصار هذا الاتجاه من الشراح أن الإرادة المنفردة قادرة على أن تنشأ الالتزام على عاتق من صدرت منه ، وهي مصدر عادي للالتزام بجانب العقد ، أو مصدر استثنائي خاص للالتزام ، ويبررون ذلك استنادا إلى الحجج الآتية:

1- هناك بعض الأوضاع القانونية لا نجد لها تفسيراً إلا بالإرادة المنفردة مثل الوعد بجائزة ، الإشتراط لمصلحة الغير ، الإيجاب الملزم ، السند لحامله⁽¹⁾.

2 - لا يمكن التثبت من قيام إرادتي طرفي العقد معا، إلا إذا تعاصرتا في لحظة واحدة ، وهنا لا يمكن تصوره، حيث أنه لا بد وأن تسبق إرادة أحد طرفيه الإرادة الأخرى ولو لفترة وجيزة ، حتى وإن وجد المتعاقدان في مجلس واحد، فالإيجاب و القبول يتعاقبان، والقول بأنهما يتعاصران ومن ثم يتوافقان ، يحتاج إلى الافتراض أن من صدر عنه الإيجاب قد ثبت على إيجابه ، ولم يعدل عنه حتى صدر القبول واقترن به ، وهذا ما هو إلا افتراض⁽²⁾، وإلا نقول بأن الملتزم إنما يلزم نفسه بإرادته هو لا بتوافق إرادته مع إرادة المتعاقد الآخر ، وعلى ذلك تكون الإرادة المنفردة هي أساس الإلزام وليس القبول اللاحق⁽³⁾.

3- ليس في المنطق القانوني ما يمنع الشخص من أن يلزم نفسه بإرادته المنفردة ، أو من أن ينشئ الالتزام قبل أن يتحدد الدائن لذلك الالتزام ، لأن كل ذلك يعد من أساسيات حرية

(1) عبد المجيد عبد الحكيم ن المرجع السابق ، ص ص 444-445.

(2) المرجع نفسه ، ص 445 .

(3) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص470.

الإرادة ، فإذا لم يكن في إمكانية المدين أن يلزم نفسه بمحض إرادته واختياره، فكيف يلتزم باقتران إرادة أخرى بإرادته؟⁽¹⁾

المطلب الثاني: الإرادة المنفردة ليست مصدرا للالتزام (النظرية الفرنسية)

ويرى أنصار هذا الاتجاه من الشراح أن الإرادة المنفردة ليس باستطاعتها أن تنشئ التزاما ، والالتزام الذي يتولد عن العمل القانوني لا يكون مصدره إلا عقدا ، أي توافق ارادتي المتعاقدين ، ويستند أنصار هذه النظرية إلى اعتبارات عديدة وحجج مختلفة هي كما يأتي⁽²⁾:

1- أن الالتزام عبارة عن رابطة بين شخصين دائن ومدين، فإذا أمكن فهم التزام المدين بإرادته المنفردة ، فكيف يمكن فهم صيرورة الدائن دائنا دون إرادته ، لذلك فإنه لا يمكن أن ينشأ الالتزام دون أن يكون له دائن ، وإذا قيل أن الالتزام ينشأ دون دائن ، أو ما معناه أن المدين يلتزم لغير دائن ، فما هي قيمة هذا الالتزام ؟ وإذا قيل بأن إرادة الدائن ضرورية لكي يصبح دائنا للمدين ، فهذا هو بحد ذاته توافق الإرادتين⁽³⁾.

2- إذا كانت حرية الإرادة وسلطانها هي الأساس في القول بالالتزام الشخص بإرادته المنفردة، فإن المنطق ذاته يقضي بأن للإرادة أن تتحلل من ذلك الالتزام الذي أنشأته ، وبذلك يصبح التزام الشخص بإرادته المنفردة معلقا على محض إرادته ، فلا تكون له قيمة ، لأنه في هذه الحالة تنتفي عنه مقومات الالتزام⁽⁴⁾.

(1) عبد المجيد عبد الحكيم ، المرجع السابق ، ص 446.

(2) محمد ياسين الجبوري ، المرجع السابق ، ص 471.

(3) عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص

(4) محمد ياسين الجبوري ، المرجع السابق ، ص 471 .

3- إن اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام تواجهه صعوبات عملية تكمن في دقة تحديد متى تعتبر الإرادة نهائية ، ومتى تعتبر مجرد رغبة بالإمكان العدول عنها ، أو غير ذلك من صور الإيجاب أو التعبير عن الإرادة.

4- تعتبر نظرية الإرادة مصدرا للالتزام قائمة على فروض غير صحيحة و غير دقيقة ، ففيها دائما افتراض مفاده أن أحد الطرفين المتعاقدين قد وزن الأمر وقلبه من كافة جوانبه ثم بت فيه بقرار نهائي ، وبذلك لا يكون أمام الطرف الآخر أن يقبل أو يرفض ، مع أن الأمر في الواقع ليس كذلك ، لأن الذي يجري هو أن المتعاقدين يتفاوضان ويزنان الأمر ويقبلانه ويبقيان في أخذٍ و ردٍ ولا يستقل أحدهما بالأمر دون الآخر ، فكل إرادة تؤثر في الأخرى حتى تتوافق الإرادتان و تتطابقا ، وعندئذ يتم العقد (1).

وقد ردّ أنصار النظرية الألمانية من الشراح على اعتراضات النظرية الفرنسية القائلة بأن الإرادة المنفردة ليست مصدرا للالتزام ، وأهم تلك الردود والحجج ما يلي (2) :

1- لا يجب الوقوف في تصوير الالتزام على أنه رابطة بين شخصين كما يصوره المذهب الشخصي ، إنما يجب تصوير الالتزام على أنه رابطة بين ذمتين ، واعتباره قيمة مالية أكثر منه رابطة شخصية ، ولذا فإنه لا يوجد ثمة ما يلزم أن يكون الدائن معيناً عند نشوء الالتزام مادام المدين موجوداً ومادام الدائن قابلاً للتحديد وأنه سيوجد عند تنفيذ الالتزام.

2- إن الإرادة إذا أعلنت وتولدت عنها ثقة مشروعة لا يجوز العدول عنها ، بل يجب احترام الحالة التي أوجدتها ، فالإرادة المنفردة إذا أنشأت التزاما بمفردها قد لا تستطيع أن تقضيه بمفردها إذا حال دون ذلك وجوب استقرار التعامل.

(1) عبد المجيد عبد الحكيم ، المرجع السابق ، ص 447 .

(2) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص 472 .

3- وأما عن الاعتراض الذي مفاده أن العقد وليد مفاوضات بين الطرفين ، فهو صحيح ودقيق من الناحية النفسية لا الاجتماعية، لأنه من الناحية الاجتماعية يمكن أن نميز مرحلة تنتهي عندها المفاوضات ، ومن ثم يدخل الإيجاب مرحلته النهائية ، وبالتالي يصبح إيجابا باتا، وعند ذلك يكون أحد الطرفين المتعاقدين قد تقدم بإرادة نهائية ليس للطرف الآخر إلا إقرارها أو رفضها .

المطلب الثالث: تقدير النظريتين مع بيان موقف المشرع الجزائري.

يرى أغلب الشراح أن كلا الفريقين قد بالغوا في تصوراتهما ، مع الأخذ بعين الاعتبار أنه لا يخلو اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام من الفائدة مثل الوعد بجائزة ، والإيجاب الملزم⁽¹⁾، التي لا يمكن تفسير الكثير من الأوضاع القانونية إلا بهما، أما القضاء على العقد وإحلال الإرادة المنفردة محله كمصدر للالتزام (حسب النظرية الألمانية) فلا يمكن التسليم به، فالأصح إذن هو بقاء العقد و الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام ، وهو ما أخذت به أكثر القوانين المدنية الحديثة بذلك ، ولم تأخذ بإحدى النظريتين دون الأخرى ، كما وقد أخذت أكثر القوانين الحديثة بمبدأ الإرادة المنفردة ، على أساس أنه مبدأ استثنائي ، و لم تعترف للإرادة المنفردة بدور في انشاء الالتزام إلا في حالات نص عليها القانون ، ومنها القانون المدني الجزائري الذي نص على تطبيق واحد أو نموذج واحد للتصرف الصادر بالإرادة المنفردة وهو الوعد بجائزة ، الذي نتعرف على أحكامه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني : تطبيقات التصرف بالإرادة المنفردة (الوعد بجائزة)

إن التطبيق أو النموذج الوحيد الذي أورده القانون المدني الجزائري كمصدر للالتزام هو الوعد بجائزة في مادة واحدة وهي المادة 123 مكرر 1 منه ، التي تنص على أن :

(1) عبد المجيد عبد الحكيم ، المرجع السابق ، ص448.

" 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.

و إذا 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.

تمارس حق المطالبة بالجائزة تحت طائلة السقوط في أجل ستة (6) أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور".

فيستفاد من هذا النص أن الوعد بجائزة هو تخصيص أجر لشخص لن يتعين إلا بتنفيذ العمل الذي حدده الواعد (1)، كما يتبين أن الدائن بالوعد بجائزة يكون غير معين وقت التزام الواعد المدين بجائزة ، و إنما التزم بمحض إرادته المنفردة وقدم عرضا للجمهور من دون أن ينتظر أي قبول منه ، ومثال الوعد بجائزة أن يعد شخص بجائزة لمن يعثر على أشياء مفقودة أو لمن يكشف عن غوامض جريمة معينة ، أو لمن يقوم باكتشاف أو اختراع علمي أو فني أو صناعي أو تجاري أو لمن يفوز في مسابقة لحل مشكلات علمية أو اقتصادية أو فنية (2).

ويرى بعض الشراح (3)، أن الوعد بجائزة قد يأتي إما على سبيل التبرع أو على سبيل المعاوضة ، فإذا كان الوعد بجائزة على سبيل التبرع ، فإن النشاط الذي يقوم به الغير يعود غنمه و فائدته على الغير وحده دون الواعد ، و مثال ذلك الوعد بجائزة لمن يكون محصوله الزراعي أوفر و أجود من غيره ، أو الوعد بجائزة لمن يحصل على المركز الأول في امتحان البكالوريا أما إذا كان الوعد بجائزة على سبيل المعاوضة ، فإن النشاط الذي يبذله الغير

(1) محمد تقيّة ، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 1992 ، ص155.

(2) عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص392.

(3) محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص434 .

و يقوم به غنمه و فائدته على الواعد ، ومثاله : الاعلان عن جائزة لمن يعثر على شيء ضائع.

ويقوم الوعد بجائزة على تعبير موجه إلى شخص غير معين من الجمهور و لا يحتاج لكي ينتج آثاره القانونية إلى أي تعبير صادر من شخص آخر .

و نتعرف خلال هذا المبحث و ضمن ثلاثة مطالب على التوالي على أحكام الوعد بجائزة، حيث نبين في المطلب الأول شروط الوعد بجائزة ، وفي المطلب الثاني الطبيعة القانونية للوعد بجائزة ، و نعرض في المطلب الثالث والأخير لآثار الوعد بجائزة.

المطلب الأول : شروط الوعد بجائزة

ويلزم لتحقيق الوعد بجائزة توافر الشروط التالية:

الشرط الأول : أن تصدر من الواعد إرادة باتة نهائية .

و ذلك لأن مصدر الالتزام هنا هو الإرادة المنفردة ، وكيفية صدور هذه الإرادة و ظهورها يتأتى بالتعبير عنها ، تعبيراً باتاً و كاملاً وواضحاً ، و يكون موجهاً إلى الجمهور ، و هذا بنص المادة 123 مكرر 1 السابقة الذكر ، فإذا وجه إلى الشخص أو أشخاص معينين اعتبر التعبير إيجاباً ، و تسري عليه قواعد الإيجاب ، فلا بد من أن يلحقه قبول ، و تكون عندئذ بصدد عقد لا بصدد إرادة منفردة⁽¹⁾.

هذا و يجب أن يكون توجيه التعبير إلى الجمهور علنياً حتى يتيسر إلى الجمهور أن يعلم به و تتحقق العلانية بكافة طرق النشر المعروفة كالإعلانات في الصحف المكتوبة و المسموعة و المرئية أو بالوسائل الإلكترونية الحديثة كمختلف وسائل التواصل الاجتماعي أو المواقع الإلكترونية المختلفة.

(1) محمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص156.

الشرط الثاني : أن تكون إرادة الملتزم حرة خالية من عيوب الإرادة كالغلط و التدليس

و الإكراه

الشرط الثالث : أن تكون إرادة الملتزم جدية .

وهنا نتصور مسألة الوعد السلبي و هو الوعد الذي يعلن به شخص إعطاء جائزة لمن يقوم

بعمل معين وهو يأمل أن لا يتحقق العمل الذي من أجله يمكن أن تستحق الجائزة⁽¹⁾

و أكثر ما يحصل هذا النوع من الوعد في أحوال الدعاية للبضائع كأن يعد شخص بإعطاء

جائزة لمن يثبت وجود عيب في بضاعة معينة أو أن يعد شخص بإعطاء مبلغ معين لمن

يثبت عدم مفعولية دواء معين.⁽²⁾

وهذا النوع من الدعايات كثيرا ما تمتلئ به أعمدة الصحف لذلك يتعين أن نبحث في

آثار هذا الوعد السلبي.

وذهب بعض الشراح الألمان إلى القول بعدم ترتيب أي أثر قانوني على هذا النوع من الوعد

وحجتهم في ذلك عدم جدية إرادة الإلتزام عند الواعد ، إلا أن هذا القول يجب ألا يؤخذ على

إطلاقه ، فقد ينطوي مثل هذا الوعد على إرادة جدية لذلك يجب أن يستهدي القاضي في كل

قضية على حدة بقواعد العدالة و حسن النية للتعرف على مدى جدية إرادة الملتزم الذي يعد

وعدا سلبيا.⁽³⁾

الشرط الرابع : يجب أن تتوفر عند الواعد أهلية التصرف .

(1) محمد تقية ، المرجع السابق ، ص156

(2) عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص393

(3) محمد تقية ، المرجع السابق ، ص156

الشرط الخامس : يجب أن تتوافر في محل الوعد (إذا كان إعطاء أو عمل) جميع الشروط الفنية و المصلحية المطلوبة بصفة عامة.

الشرط السادس : أن يكون سبب التزام الواعد هو قيام شخص ما بعمل معين.

و دون أن يكون ثمة التزام على من قام بهذا العمل أن يقوم به ، و ذلك لأن الإرادة المنفردة لا تستطيع أن تنشئ التزاما في ذمة الغير ، وكل ما تستطيعه الإرادة المنفردة هو إنشاء حقوق لمصلحة شخص غير معين لا إنشاء التزام في ذمة شخص غير معين (1)، وهذا نصت المادة 123 مكرر 1 بقولها :

"من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين" .. .

و بذلك يشترط القانون أن يكون قصد الواعد هو حصول أداء معين كما لعثور على شيء معين أو وضع أحسن مؤلف في القانون أو مواد علمية أخرى ، و السبب المطلوب هنا هو السبب الفني وهو حصول عمل معين وهذا السبب يستلزمه القانون عند كل واعد بجائزة ، فكل واعد بجائزة يجب أن يكون قصده من التزامه حصول أداء معين ، فحيث ينعدم ذلك السبب الفني يكون التزام الواعد باطلا باعتباره التزاما بإرادة منفردة(2)

الشرط السابع : يجب أن يكون القيام بالعمل الذي هو السبب الفني للالتزام بجائزة منظويا على مصلحة للواعد .

و ليس ذلك الشرط إلا تطبيقا لقاعدة (لا دعوى بدون مصلحة) ، و المقصود من هذا الشرط هو ضمان جدية الالتزام.(3)

(1) محمد تقية ، المرجع السابق ، ص157.

(2) عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص364.

(3) محمد تقية ، المرجع السابق ، ص157.

و لا يشترط لتلك المصلحة أن تكون مالية إذ يمكن أن تكون أدبية ، و الغالب أن تكون المصلحة عامة لا خاصة ، فالغالب أن يقصد بالجائزة المكافأة على عمل أسداه شخص للوطن أو العلم أو الفن أو للصناعة وما إلى ذلك.(1)

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للوعد بجائزة.

و لأن الوعد بجائزة من قبل التصرف بالإرادة المنفردة ، فإنه لا تخرج في تحديد طبيعته عن حكمها عموماً ، ففيه أيضاً تعارضت مجموعتان ففهيئتان ، فأما أحدهما فتحاول إضفاء الصبغة التعاقدية على الوعد ، وأما المجموعة الثانية فتري أن الوعد بجائزة هو تصرف من جانب واحد نتعرض لآراء المجموعتين فيما يلي :

الفرع الأول : الوعد بجائزة ذو صبغة تعاقدية

تحاول هذه المجموعة الفقهية أن تضي على الوعد بجائزة الصيغة التعاقدية ، و تشمل هذه النظريات التعاقدية التالية :

أولاً : نظرية العقد مع شخص غير معين

وهي تعني أن الوعد بجائزة يعتبر عقداً مع شخص غير معين و لكن سرعان ما هجرت هذه النظرية ، لأن فكرة العقد لا تتفق مع عدم تعيين أحد طرفيه .

ثانياً : نظرية الإيجاب الموجه لشخص غير معين

و قد استبدلت النظرية السابقة بنظرية الإيجاب الموجه إلى شخص غير معين و لكن أخذ على هذه النظرية أنه إذا قوبل ذلك الإيجاب و تعين بهذا القبول الدائن الذي سيكون أحد طرفي العقد، فلن تكون دلالة القبول مقصورة على أن إرادة ذلك الدائن قد ساهمت في تكوين الالتزام و على رضا الدائن أن يتمسك بالحق الذي نشأ له ، بل يدل فوق ذلك على نشوء

(1) عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص396.

التزام على عاتق الدائن محله تنفيذ الأداء الذي عينه المدين ، ذلك أن الوعد بجائزة ان اعتبر عقدا فسيكون عقدا تبادليا أي ملزما للجانبين يلتزم فيه كل من طرفيه بالقيام بأداء. ولا يتفق هذا المنظور مع الوعد بجائزة بالمستفيد من الوعد لا يتحمل بأي التزام لا قبل قيامه بالعمل ولا بعد ذلك فهو قبل قيامه بالعمل المطلوب لا يلتزم بالقيام بذلك العمل ، وإنما قيامه به قد يكون راجعا إلى محض صدفة أو راجعا إلى إرادة القيام به دون أن يكون عليه في ذلك أي التزام ، و على ذلك فلتحديد طبيعة الوعد بجائزة يجب أن لا ننسى دائما تلك الحقيقة التي تتفرد بها و هو أنه لا يلزم المستفيد بأي نوع من الالتزام.

ثالثا : نظرية العقد المشروط بشرط واقف

فقد حاول شراح النظريات التعاقدية أن ينفذوا وجهة نظرهم فقالوا : إن الوعد بجائزة يعتبر عقدا يكون فيه استحقاق الجائزة معلقا على شرط واقف و هو القيام بعمل معين.

ولكن يرد على هذا المنظور أن القيام بعمل معين هو سبب التزام الواعد ، ومعلوم أن السبب ركن أصيل في الالتزام ، وأن الواقعة التي تنزل منزلة الشرط يجب أن تكون واقعة عرضية خارجة عن تكوين الالتزام ، أي أن سبب الالتزام لا يصح أن ينزل منزلة الشرط ، فالشرط عنصر عرضي ، والسبب عنصر أصيل⁽¹⁾.

هذا وانقسمت النظريات التعاقدية إلى قسمين ، فإذا اعتبرنا الوعد بجائزة عقد ، فيجب أن نعتبر إعلان الوعد إيجابا ، وأن هذا الإيجاب يجب أن يتصل به قبول ، وهذا القبول قد يكون صريحا إذا دل مباشرة على إرادة واضحة وصريحة في القبول ، وقد يكون ضمنيا إذا لم يكن من الممكن الاستدلال عليه إلا بالاستنتاج ، وبناء عليه انقسم أنصار النظرية

(1) محمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص ص 158 - 159.

التعاقدية في الوعد بجائزة إلى قسمين ، قسم يرى أن القبول يكون ضمنيا ، وقسم يرى أن يكون صريحا.(1)

أ- النظريات التي أخذت بالقبول الصريح:

فيرى هذا الجانب من الشراح أن يحصل قبل تنفيذ العمل المطلوب ، وأن مجرد التعبير بالقبول الصادر من الغير يكفي لإنشاء علاقة ملزمة بين الوعد والغير .

ويرد على المنظور أنه إن صح في أي إيجاب تعاقدي يكون فيه مجرد التعبير هو الطريقة العادية لانعقاد العقد ، فلا يصح بالوعد بجائزة ، حيث لا تنشأ العلاقة الملزمة إلا وقت تنفيذ العمل ،(2) وذلك أن الواعد لم يقصد إعطاء الجائزة على وعد القيام بعمل ، وإنما قصد به إعطاء الجائزة بسبب القيام فعلا بذلك العمل .

و بذلك لا تنشأ الرابطة الملزمة في الوعد بجائزة إلا من وقت القيام بالعمل لا قبل ذلك ، ومن ثم لا تفلح نظرية القبول الصريح التي يترتب عليها أن تُنشأ الرابطة الملزمة بمجرد صدور التعبير بالقبول أي قبل التنفيذ الفعلي للعمل .

وذهب جانب آخر من الشراح إلى أن القبول الصريح اللازم لنشوء العقد يجب أن يكون مقتزنا بالتنفيذ الفعلي للعمل المطلوب بمعنى أن القبول الصادر قبل ذلك الوقت لا يترتب عليه نشوء العقد مهما كان القبول صريحا ، ويرد أيضا على هذا المنظور ، أنها تشترط لاستحقاق الجائزة عنصرا زائدا لم يجر به العمل ، ثم هو يؤخر الوقت الذي يصبح الوعد فيه نهائيا لا يجوز الرجوع فيه ، فبدلا من أن تكون نهائية الوعد متوقفة على مجرد القيام بالعمل، تصبح وفقا لهذه النظرية متوقفة على أمرين:

الأمر الأول : القيام بالعمل مضاف إليه التعبير بقبول الإيجاب الصادر من الواعد

(1) عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ص ص 159-160.

(2) المرجع نفسه ، ص 404.

الأمر الثاني: وقد يترتب على ذلك تعريض حق الغير للضياع إذا انتهى الأجل الذي حدده العمل وقبل صدور التعبير و من هنا فشلت نظرية القبول الصريح الذي يجب أن يكون مقترنا بالتنفيذ الفعلي للعمل المطلوب.

ب- النظريات التي أخذت بالقبول الضمني.

وتقول هذه النظريات أن ثمة قبولا ضمنيا ينشأ لمجرد البدء في تنفيذ العمل المطلوب الذي عينه الواعد في إيجابه ، ويرد على هذا القول أن فكرة البدء فكرة غير دقيقة إذ يمكن التساؤل دائما في أي وقت يمكن القول بأن هناك بدأ في تنفيذ العمل في يوما ما (1).

لذلك قيل أن القبول الضمني الذي ينشأ عنه العقد لا يتحقق إلا بتمام العمل ، وأيضا رُدّ على هذا القول بأنه لا يصلح إلا إذا كان الغير عالما بالعقد ولديه نية إبرام عقد ، فهي لا تصح عندما يكون الغير عالما بالوعد بجائزة فيتصرف وفقا للاشتراطات التي عينها الواعد مدفوعا بفكرة واحدة هي الحصول على الجائزة دون أن تكون لديه نية إبرام عقد وهو مع ذلك يستحق الجائزة ، كما لا تصح هذه النظرية عندما لا يكون الغير عالما بالوعد بجائزة ، ويتحقق هذا الغرض عندما يكون العمل المطلوب قد تم قبل صدور الوعد ، ثم يصدر الوعد، فإذا بالغير يستحق الجائزة(2).

ومن هنا فشلت تلك النظرية ، ومع ذلك لم يقعد اليأس أنصار النظرية التعاقدية عن مواصلة محاولتهم ، فذهب فريق منهم من الشراح إلى أنه حيث لا توجد ظروف يستدل منها على وجود القبول يجب افتراض ذلك القبول ، واحتجوا لذلك بأن الغير ما كان ليتردد في

(1) عبد الحي حجاري ، المرجع السابق ، ص405.

(2) المرجع نفسه ، ص406.

قبول الوعد بجائزة ولو كان يعلم بوجود ذلك الوعد ، ولكن يرد على هذا الرأي أن لقبول المفترض يجب أن لا يحصل أساسا لاتفاق الإرادتين ، فالقبول المفترض قبول موجود(1).
 وذهب فريق آخر إلى القبول بأنه ليس كل إيجاب يقتضي أن يلحق به قبول ، بل يكفي أن يقابله عمل مادي إرادي.

وعلى ذلك فالوعد بجائزة لا يصير قبوله إلا عن طريق القيام بالعمل الذي عينه الواعد ، وفي هذه الحالة لا يتطلب قبول الإيجاب علم الغير بوجود إيجاب بجائزة ، وإنما يتحقق ذلك القبول بواسطة عمل مادي دون أن يلزم من علم الغير أن يعتبر قيامه بذلك العمل قبولا لإيجاب بجائزة ، ويحتج أصحاب هذا الرأي بأن الوعد بجائزة لما كان نفعاً محضاً للغير أمكن أن يتقرر له الحق في الجائزة دون استلزام قبول من جانبه ، ولكن يرد على هذا الرأي أنه يقوم على مبدأ مؤداه هو أن الحق الذي يعتبر نفعاً محضاً لشخص ما يثبت لذلك الشخص دون أن تتدخل إرادته في ذلك ، وهذا ليس له وجود في القانون(2).

الفرع الثاني : الوعد بجائزة تصرف من جانب واحد

وترى هذه المجموعة أن الوعد بجائزة تصرف من جانب واحد، وهكذا فإن كثيراً من الشراح يذهب إلى أن الوعد بجائزة لا يقوم على أساس تعاقدية و إنما يقوم على أساس الالتزام بإرادة منفردة في مواجهة دائن غير معين ، ولكننا نعلم أن الرابطة القانونية إنما توجد بين طرف إيجابي هو الدائن وطرف سلبي وهو المدين ، فكيف يسوغ القول بأن ثمة رابطة قانونية حيث لا يوجد الطرف الإيجابي لهذه الرابطة ، هل يمكن أن نفصل الناحية الإيجابية عن الناحية السلبية من الالتزام دون أن تتغير لذلك طبيعة الالتزام؟(3)

(1) محمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص ص 160 - 161.

(2) عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 406.

(3) محمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص 161.

إن الالتزام أيا كان مصدره يفترض وجود دائن معين، فهل يترتب على جواز الالتزام في مواجهة دائن غير معين تغيير النظرية التقليدية في الالتزام تلك النظرية التي ظلت طوال قرون عديدة مظهرا من مظاهر الحكمة البشرية؟.

فالحقيقة أنه لا تعارض بين النظرية التقليدية للالتزام ذي الدائن المعين و بين النظرية الحديثة للالتزام ذي الدائن غير المعين فيها الدائن ، فتكون إذن وظيفة الإرادة المنفردة هي إنشاء علاقة قانونية بالمعنى التقليدي ، و يمكن القول أن الإرادة المنفردة ترمي إلى ذلك من أول الأمر ، و هذا هو هدفها الأسمى ، و على ذلك يمكن القول بأن الوعد لا ينشئ علاقة ملزمة بين الواعد و بين شخص غير معين بمجرد صدوره و أن تلك العلاقة الملزمة توجد دون شك عندما يتعين الدائن (1).

و الواقع أن الالتزام في كثير من الحالات لا ينشأ كله مرة واحدة بل قد يمر في تكوينه بعدة مراحل فتارة يكون ناقصا لعدم تعيين الدائن فيه و تارة يكون ناقصا لعدم تعيين محله بل قد يكون غير مؤكد الوجود كالالتزام الشرطي ، وعلى ذلك فقد يمر الالتزام بعدة مراحل قبل أن يصل إلى المرحلة القصوى حيث يكون الالتزام كامل العناصر، و يلاحظ أنه لا مانع من أن يطلق تعبير الالتزام على أي مرحلة من مراحل تكوينه و ذلك من باب التجاوز (2).

و يشفع لذلك أن الالتزام الذي لم يكتمل بعد قد ينتج آثارا مماثلة لتلك التي ينتجها الالتزام الكامل مثل اتخاذ الإجراءات التحفظية ، فالالتزام الواعد بإرادته المنفردة في مواجهة دائن غير معين هو إذن أن الالتزام يتكون و يتكامل بالتدرج و يمر تكوينه بعدة مراحل (3).

أولا : المرحلة الأولى (الفترة اللاحقة لصدور الوعد -و السابقة على تمام العمل) ، وهنا يكون الالتزام ناقصا بسبب عدم تعيين الدائن و قولنا أن الالتزام يكون في هذه المرحلة

(1) عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص 409.

(2) محمد تقية المرجع السابق ، ص 162.

(3) المرجع نفسه ، ص ص 162-163 .

ناقصا ليس معناه أنه غير موجود بل معناه أن الإرادة تكون مقيدة ، و هذا هو الوجه السلبي للالتزام.

و لكن يقابل هذا الالتزام السلبي التزام ايجابي أي أن الدين في هذه المرحلة لا يقابله حق ، و الأصح أن يقال أن الالتزام في هذه المرحلة لا يوجد منه إلا عنصر المديونية ، أما عنصر المسؤولية فغير موجود بسبب عدم تعيين الدائن وعدم وجود رابطة ملزمة تبعا لذلك. فالمدين يخلق قيمة مالية ، و لكن المسؤولية التي تنشأ بمناسبة هذا الدين لا تتصور بدون وجود رابطة قانونية و توجد المسؤولية عند تعيين الدائن ، و الذي يؤيد هذا القول أن المدين يجوز له في هذه المرحلة أن يرجع في وعده فإمكان الرجوع في هذا الوعد نتيجة منطقية لوجود المديونية دون وجود المسؤولية.

ثانيا : المرحلة الثانية

و في المرحلة الثانية يكون الغير قد قام بالعمل و توجه إلى الواعد و أثبت له أن الشروط المنصوص عليها في الوعد قد توافرت في العمل الذي قام به ، عندئذ يتعين الدائن فتنشأ الرابطة القانونية ، و تنشأ المسؤولية إلى جوار المديونية و يكتمل الالتزام و يبلغ الدرجة القصوى.

و خلاصة القول أن الوعد بجائزة لا يقوم على الاتفاق بين الواعد و المستفيد ، و إنما يقوم على أساس التزام الواعد بإرادته المنفردة في مواجهة دائن غير معين وقت صدور الوعد ، و أن هذا الالتزام يتكون بالتدرج ، فهو قبل تعيين الدائن التزام ناقص توجه فيه المديونية دون المسؤولية أي لا تنشأ عنه رابطة ملزمة حتى إذا ما تعين الدائن وجدت المسؤولية إلى جوار المديونية و نشأت الرابطة القانونية و امتنع على الواعد عندئذ أن يرجع في وعده.(1)

(1) محمد تقية ، المرجع السابق ، ص163 .

و هذا هو مذهب أغلب التشريعات الحديثة التي نظمت أحكام الواعد بجائزة ، و أحسن مثال على ذلك هو ما ذهب إليه القانون المدني الألماني الذي يفهم من نص المادة 657 منه أن الواعد يلزم بإرادته المنفردة ، و يدل على ذلك نص هذه المادة بقولها : "كل من يعد بجائزة بطريق الاعلان العام للقيام بعمل أو على الخصوص للحصول على نتيجة يلتزم بإعطاء تلك الجائزة لمن قام بالعمل و لو كان هذا الأخير قد قام بذلك العمل دون اعتبار الوعد بجائزة . " فقد تدل هذه العبارة الأخيرة على استبعاد الأساس التعاقدية من الوعد بجائزة ، و لقد كان القانون المدني الإيطالي أكثر صراحة في هذا الصدد من القانون الألماني نفسه ، ذلك أن القانون الإيطالي بعد أن نص على أن الإرادة المنفردة تصلح لأن تكون مصدرا للالتزام الإرادي في حالات ذكرها على سبيل الحصر ، و ذكر من بين هذه الحالات الوعد بجائزة (1) ، كذلك قد نص القانون المدني المصري الجديد المادة 162 التي نقلها عنه المشرع الجزائري في المادة 123 مكرر 1 يعتبر الوعد بجائزة مصدره الإرادة المنفردة و يدل على ذلك أنه عنوان الفصل الثاني مكرر الإلتزام بالإرادة المنفردة ، ثم تكلم بعد ذلك على الوعد بجائزة باعتباره أحد تطبيقات الإرادة المنفردة كمصدر الإلتزام الإرادي .

المطلب الثالث : آثار الوعد بجائزة

إن الوعد بجائزة ككل التزام غير معين الدائن هو تصرف يتكامل بالترتيب إذ تتحقق آثاره على مراحل ، لذلك وجد لتحديد أثر الوعد بجائزة أن نفرق بين مرحلتين :

الفرع الأول : المرحلة الأولى (السابقة على تمام العمل)

وفي هذه المرحلة يكون للوعد قيمة مالية خلقها الواعد بإرادته إذ وجهه نحو عرض قانوني إلا أن هذه القيمة المالية تظل أثناء هذه المرحلة جزء من ذمة الواعد ، و للواعد أن يرجع في وعده مادام العمل لم يتم ، إلا إذا كان الواعد قد حدد أجلا للقيام بالعمل ، فإنه يلتزم نهائيا بإرادته ، و لا يكن له حق الرجوع إذا رجع في وعده قبل انقضاء الأجل فلا يؤبه لهذا

(1) محمد تقية ، المرجع السابق ، ص 163 .

الرجوع (1) ، بحيث أنه إذا تم العمل المطلوب خلال الأجل التزم الواعد بتقديم الجائزة رغم سبق عدوله ، فإذا انقضى الأجل المحدد للقيام بالعمل دون أن يقوم أحد به انقضى التزام الواعد و لا يكون الواعد مسؤولاً في مواجهة من يقوم بالعمل بعد فوات الأجل .

إلا أنه إذا لم يكن مسؤولاً في هذه الحالة على أساس الوعد فقد يكون مسؤولاً على أساس آخر كالإثراء بلا سبب مثلاً .

أما إذا لم يكن قد حدد أجلاً للقيام بعمل جاز له الرجوع في وعده وفي هذا تنص الفقرة الثانية من المادة 123 "مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أن : " .. و إذا لم يعين الواعد أجلاً لإنجاز العمل ، جاز له الرجوع في وعده بإعلان الجمهور " ، و يتفق هذا النص مع طبيعة تكوين الالتزام بإرادة منفردة إذ يقوم هذا الالتزام على إرادة واحدة فهو يستمد منها وجوده ومن ثم لا يبقى هذا الوعد إلا ما بقيت تلك الإرادة.(2)

و يحصل الرجوع بنفس الطريقة التي حصل بها الوعد ، و لقد حصل الوعد بإعلان للجمهور فيجب أن يحصل الرجوع بإعلان للجمهور كذلك وهذا بصريح المادة 123 مكرر 1 المذكور سابقاً.

و قد يحصل الرجوع بإعلان يوجه إلى شخص معين إذا كان الواعد يريد أن يستبعد هذا الشخص المعين من الاشتراك في المسابقة ، أو إذا كان الواعد مع إعلان للجمهور قد وجه على الخصوص إلى شخص معين ، إذ يجب في هذه الحالة أن يحصل الرجوع بنفس الطريقة أو إذا كان الواعد يرى أن إعلان الرجوع للجمهور لن يصل إلى أحد المتسابقين فيتعين عندئذ أن يعلن إليه الواعد رجوعه في الوعد .

(1) عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص396.

(2) محمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص164 .

و يطرح السؤال في هذه الفترة ، في مدى اعتبار حق الواعد في الرجوع مطلقا لا قيد عليه ؟ و للإجابة على هذا السؤال لابد من استعراض الفرضيات التالية (1) :

الفرضية الأولى : رجوع الواعد في وعده دون أن يكون العمل المطلوب قد بدأ في تنفيذه ، وفي هذه الحالة لا شك في أن للواعد كل الحق في أن يرجع في وعده.

الفرضية الثانية : رجوع الواعد في وعده بعد البدء في تنفيذ العمل المطلوب دون أن يبلغ مرحلة الاتمام ، فهل يكون رجوع الواعد في هذه الحالة مطلقا أم يكون مقيدا ؟

فقد اختلفت الآراء في هذا الصدد و انقسمت إلى ثلاثة آراء :

الرأي الأول : أن حق الواعد في الرجوع يجب أن يكون مطلقا حتى لو أدى ذلك إلى الإضرار بأحد المتسابقين الذي يكون قد أضاع وقته ، وماله في سبيل الحصول على الجائزة، و حجة الشراح من أنصار هذا الرأي أن مركز المتسابق احتمالي بحت، ذلك أن الوعد كان موجها إلى الجمهور ، ولم يكن أحد من أفرادها واثقا من حصوله على الجائزة مادام العمل لم يبدأ فيه ، ومن ثم لا يكون لكل متسابق إلا مجرد أمل ضعيف لا يحميه القانون.

ويرى هؤلاء أنه ليس من المستحسن أن يمنع القانون الواعد من أن يرجع في وعده مادام أن العمل لم يتم ، فتلك قسوة تضر بالإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام الإرادي، ثم إن المنع من الرجوع تجرد الواعد من حقه المطلق على قيمة مالية هو الذي خلقها بنفسه ، وهي له وحده وتظل له وحده مادام أن الدائن بالالتزام لم يتعين بعد.

وخلاصة القول أن هذا الرأي يرى شراحه أن الواعد لا يفقد حقه في الرجوع إلا عندما يتعين الدائن وهو لا يتعين إلا بتمام العمل.

(1) عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص 398

الرأي الثاني : يرى الشراح من أنصار هذا الرأي أنه لا يجوز الرجوع مادام قد بدأ في التنفيذ أي أن الرجوع لا يكون صحيحا في مواجهة من قام بالأعمال التمهيدية و يكون صحيحا في مواجهة غير هؤلاء.

الرأي الثالث : يرى أصحابه أنه يجوز الرجوع بشرط أن يرد إلى من بدأ في التنفيذ ما أنفقه على أن لا يجاوز ذلك قيمة الجائزة الموعود بها، و لا يكون أساس الالتزام هو الوعد إذ أن الوعد قد سقط بالرجوع فيه، بل أساس هذا الالتزام هو المسؤولية التقصيرية ، و يترتب على ذلك أن دعوى الرجوع تسقط في هذه الحالة بمدة التقادم التي تسقط بها المسؤولية التقصيرية.

وخالصة هذا الرأي أن الرجوع صحيح بشرط تعويض الضرر الذي يكون قد أصاب من بدأ في تنفيذ العمل وقت الرجوع ، و لا يعفي الواعد من تعويض الضرر في غير حالة التقادم إلا أن يثبت الواعد انعدام رابطة السببية من الضرر الذي أصاب من بدأ في التنفيذ وقت رجوعه في وعده وذلك بأن يثبت أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق لو أن ما بدئ في تنفيذه قد تم ، أي أن النتيجة لم تكن لتتغير حتى لو كان الواعد لا يزال باقيا على وعده وفي هذا الرأي تطبيق سليم للقواعد العامة ، لذلك كان أولى أن يكون هو المعمول عليه دون الآراء الأخرى⁽¹⁾، فالرأي الأول و إن كان سليما من حيث تبرير الرجوع إلا أنه ليس سليما من حيث منع المتسابق من الرجوع على الواعد ليطالبه بتعويض الضرر الذي أصابه من الرجوع ، وأما عن الرأي الثاني لا سند له في تحريم الرجوع في مواجهة من يكون قد بدأ في التنفيذ وهو مخالف لصريح نص القانون الذي يجبر الرجوع مادام العمل لم يتم ومادام لم يحدد الواعد أجلا للقيام بالعمل.

(1) محمد تقية ، المرجع السابق ، ص166.

الفرع الثاني : المرحلة الثانية (المرحلة اللاحقة لتمام العمل)

وهذه المرحلة تتحقق بتمام العمل المطلوب وهو السبب الذي حدده القانون للالتزام الواعد ، إذ في هذه المرحلة يتعين الدائن ، وهذه الواقعة هي التي تحدد الوقت الذي يتعين فيه الدائن بالالتزام الناشئ من الإرادة المنفردة ، ولقد كان الواعد يستطيع أن يشترط أنه لن يعتد إلا بالعمل الذي يتم بعد صدور الوعد لا قبله ، و أما أنه لم يفعل فيجب أن لا يكون هناك فرق بين أن يكون العمل قد تم بعد صدور الوعد ، و بين أن يكون قد تم قبل ذلك ، و يلاحظ أن القانون لم يفرق بين الفرضيتين ، بل نص على أن : "من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل ، و لو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها."

وهكذا فتتحقق هذه المرحلة الأخيرة و تقرر النتائج التالية:⁽¹⁾

أولاً : تخرج من ذمة الواعد القيمة المالية التي أنشأتها إرادته المنفردة و تدخل في ذمة الدائن في صورة حق ، وهذا يعني أن الواعد لم يستطع في هذه المرحلة أن يرجع في وعده.

ثانياً : يتعين الدائن وعندئذ تنشأ علاقة ملزمة بين الدائن و المدين بمقتضى الإرادة المنفردة و تكون هذه العلاقة الملزمة هي نفس العلاقة التي تشهد وجودها من عقد أبرم بين شخصين معينين ، وفي هذا يقول القانون الألماني : "إن الالتزامات الناشئة عن الوعد تتصل من حيث جوهرها وطبيعتها القانونية بالالتزامات الناشئة من العقد ، اتصال وثيق إلى حد أن تطبق على نوعي الالتزام نفس القواعد القانونية " ، وبناء عليه نتكلم عن هاتين النتيجةين :

1- اكتساب الدائن الحق للجائزة بمقتضى إرادة المدين المنفردة ، وهو لم يساهم في تكوين العلاقة القانونية إلا عن طريق قيامه بعمل مطلوب، ويكسب الدائن حقه في الجائزة من يوم قيامه بالعمل إذا كان تمام العمل لاحقاً لصدور الوعد ، أما إذا كان العمل قد تم قبل صدور

(1) محمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص167.

الوعد، فلا يبدأ حقه إلا من تاريخ صدور الوعد لأن الالتزام لم ينشأ إلا من ذلك التاريخ، وبديهي أن الالتزام قد لا ينشأ دون دائن ، ولكن لا يجوز أن ينشأ الحق دون مدين ولا يمنع من دخول الحق في ذمة الدائن أن يموت أو يفقد أهليته بعد تمام العمل وقبل علمه بوجود الجائزة ، ويترتب على دخول الجائزة في ذمة الدائن أن تدخل في الضمان العام الذي لدائنه وأن تنتقل إلى الورثة.(1)

2- نشوء علاقة بين الواعد و الدائن ، ويترتب على نشوء هذه العلاقة نشوء الالتزامات على الواعد ، وتكون هذه الالتزامات شبيهة بالالتزامات التي تنشأ من علاقة تعاقدية ، ومن ثم يتعين على الواعد أن ينفذ إلتزامه قبل الدائن .(2)

الفرع الثالث : سقوط دعوى المطالبة بالجائزة وتقادمها

أولاً: سقوط الدعوى

وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع تلك الدعوى خلال 6 أشهر من تاريخ إعلان عدول الواعد ، فمثلا لو أن الواعد لم يحدد مدة معينة لوعده ، وحصل أن رجع في وعده ، ولكن قام شخص ما بالعمل قبل رجوع الواعد في وعده ، فلهذا الشخص أن يطالب الواعد بالجائزة ، وله الحق في إقامة الدعوى خلال 6 أشهر من تاريخ إعلان العدول ، وهذه المدة هي مدة سقوط وليس مدة تقادم ، فهي لا توقف ولا تنقطع .

ثانياً: تقادم الدعوى

إذا حدد الواعد مدة للوعد ، وقام شخص ما بإنجاز العمل خلال تلك المدة ، أو أن الواعد لم يحدد مدة للوعد ولكنه لم يعدل عن وعده ، وقام شخص بالعمل المطلوب القيام به ، فالجائزة في هذه الحالة تصبح ديناً في ذمة الواعد ، أي أنها تصبح حقا شخصيا لمن قام

(1) محمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص168.

(2) عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص402.

بإنجاز العمل المطلوب ، وإتمامه وهنا لا تسري عليها أحكام سقوط الدعوى بستة أشهر و إنما تسري عليها أحكام التقادم الطويل.

ومما تقدم يتجلى لنا أن أوضح صورة للالتزام بالإرادة المنفردة تتمثل في الوعد بجائزة ، وهذا أمر لا يدع مجالاً للشك في صلاحية الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام في حالات جديدة يتيح فيها للفرد أن يلتزم بإرادته المنفردة وحدها دون الإعتماد على إرادة أخرى ، وقد يتسنى ذلك للمشرع خاصة في المواطن التي تقاربت فيها الآراء ، واختلفت فيها المذاهب مثل الاشتراط لمصلحة الغير ، والسند لحامله و الوعد بالبيع وغيرها من المواضع التي تصلح لأن يقول المشرع فيها كلمته⁽¹⁾.

وبهذا ننتهي من دراسة التصرف الانفرادي المصدر الثاني من مصادر الالتزام ، لننتقل بعده إلى دراسة الفعل المستحق للتعويض أو الفعل غير المشروع كمصدر ثالث من مصادر الالتزام.

الفصل الثاني : الفعل المستحق للتعويض (المسؤولية التقصيرية أو الفعل غير المشروع أو الفعل الضار)

إن المسؤولية القانونية نوعان: مسؤولية جنائية مسؤولية مدنية ، و المسؤولية المدنية هي التي تهمننا في الدراسة والتحليل خلال هذا الفصل، وهي إما تنشأ عن الإخلال بالالتزام عقدي وتسمى في هذه الحالة بالمسؤولية العقدية -وسبق أن رأينا أحكامها-، أو قد تنشأ عن فعل يحدث ضرراً للغير وهذه هي المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية عن العمل غير المشروع ، أو كما تسمى في الفقه الإسلامي بالفعل الضار.

و المسؤولية التقصيرية هي الجزء الذي يترتب على الشخص نتيجة الإخلال بالالتزام القانوني المتمثل بعدم الإضرار بالغير بمختلف صور الإضرار ، ودراستها تستلزم منا البحث

(1) محمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص168.

في ثلاث نقاط هامة ندرسها في ثلاثة مباحث منفصلة ، حيث نبين في المبحث الأول أحكام المسؤولية عن الأفعال الشخصية ، وفي المبحث الثاني المسؤولية عن فعل الغير ، وفي المبحث الثالث المسؤولية عن فعل الأشياء ، وكل ذلك على ضوء أحكام المواد من المادة 124 إلى المادة 140 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي

تنص المادة 124 من القانون المدني على أن : " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير ، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض. "

وفقا لنص المادة 124 ، يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية توافر ثلاثة أركان هي: الفعل غير المشروع (الخطأ) ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما ، ونبين أحكام كل منها في مطلب مستقل كالاتي بيانه .

المطلب الأول: الركن الأول (الخطأ)

يقيم القانون المدني الجزائري المسؤولية التقصيرية على أساس وجود (الخطأ)، أو الفعل غير المشروع ، فحتى يلتزم الشخص بتعويض الضرر الذي سببه للغير لا بُدَّ أن يكون هذا الشخص قد أتى عملا غير مشروع أطلق عليه القانون الجزائري في نص المادة 124 أعلاه اسم "الخطأ"، وهو كل فعل أو عدم الفعل الذي يلحق بالغير الضرر يستوجب التعويض ، وأن كل إضرار يعني العمل غير المشروع أو العمل المخالف للقانون أو الفعل الذي يجرمه القانون⁽¹⁾، ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى تعريف الخطأ بأنه : " الاخلال بالالتزام قانوني عام بعدم الإضرار بالغير ، أو أنه انحراف الشخص في سلوكه الضار عن سلوك الرجل المعتاد⁽²⁾، " وبمقتضى هذا الاتجاه ، يوجد التزام كل فرد بأن يسلك سلوك الرجل الاعتيادي،

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص301.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص642 .

فالالتزام الذي يؤدي الإخلال به إلى تحقق المسؤولية التقصيرية هو التزام ببذل عناية ،
والعناية المطلوبة في هذا المقام هي اتخاذ الحيطة والحرص اللازمين لتجنب الإضرار بالغير
بمعنى أنه على الشخص أن يتخذ ما ينبغي من الحيطة و اليقظة و الحذر في سلوكه حتى
لا يضر بالغير⁽¹⁾.

ونبين أحكام الخطأ كركن في المسؤولية التقصيرية ببيان أنواعه في الفرع الأول ،
وعناصره ضمن الفرع الثاني ، ونبين في الفرع الثالث حالات للخطأ غير موجبة للمسؤولية ،
و نخصص الفرع الرابع لتطبيقات الفعل غير المشروع ، والتي أهمها ما ذكر في المادة
124 مكرر من القانون المدني الجزائري ، وهو التعسف في استعمال الحق.

الفرع الأول: أنواع الخطأ

إن الخطأ قد يكون خطأ عمد وهو الخطأ المباشر، و قد يكون خطأ إهمال (الخطأ غير
العمد أو الخطأ بالتسبب).

أولا : الخطأ العمد

ويقصد بالخطأ العمد أو المباشر هو الإخلال بواجب قانوني مقترن يقصد إلحاق الضرر
بالغير ، أي لابد فيه من اتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر ، ولا يكفي اتجاه الإرادة إلى
ارتكاب الفعل في ذاته ، إذا لم تتجه تلك الإرادة إلى إحداث نتائجه الضارة⁽²⁾، ويقصد
بالمباشر حدوث الضرر مباشرة من فعل المباشر بحيث يكون هو السبب الوحيد الذي أدى
إلى وقوع الضرر ، بمعنى آخر وقوع الضرر دون تدخل فعل آخر غير فعل المباشر⁽³⁾،

(1) عبد الرزاق أحمد السنهاوي، المرجع السابق ، ص643 و ما بعدها .

(2) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص260.

(3) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص303.

ومثال ذلك ، قيام شخص بكسر إحدى شبابيك منزل جاره أو أي ضرر يلحق في مال الغير بإتلافه أو في نفسه بالقتل أو الجرح أو الضرب.

ثانياً: الخطأ غير العمد

أو خطأ الإهمال أو الخطأ بالتسبب ، فهو الإخلال بواجب قانوني سابق مقترن بإدراك المخل بإخلاله بذلك الواجب دون قصد إلحاق الضرر بالغير⁽¹⁾، ويقصد بالتسبب عدم حدوث الضرر مباشرة من فعل الفاعل و إنما هو فعل أو أمر يأتيه شخص يسمى المتسبب في شيء يؤدي إلى حدوث ضرر في شيء آخر⁽²⁾ ، والمثال الذي يضرب عادة على الخطأ بالتسبب هو من قطع حبل قنديل معلق فسقط القنديل على الأرض ، وانكسر فيكون قد أتلف الحبل بالمباشرة وكسر القنديل بالتسبب ، إلا أنه حتى يكون المتسبب ضامن للضرر الواقع يشترط القانون المدني التعمد أو التعدي أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر⁽³⁾.

هذا وقد يكون الخطأ إيجابياً أو قد يكون سلبياً ، فالخطأ الإيجابي هو الذي يكون بإتيان فعل إيجابي كالسب والشتم ، وإطلاق الرصاص ، والمنافسة غير المشروعة ، كما يكون الخطأ إيجابياً بإغفال اتخاذ إجراء معين كان يجب اتخاذه عند القيام بعمل ما ، كما لو أغفل شخص اطفاء سيارته قبل إلقائها في سلة الأوساخ فتسبب في اندلاع الحريق، أما الخطأ السلبي فيكون بالامتناع عن عمل أو اتخاذ موقف سلبي ، ومثال ذلك ما إذا لم يضيء السائق مصابيح سيارته أثناء سيره ليلاً فأدى ذلك إلى وقوع حادث اصطدام وحصول ضرر ومثاله أيضاً ترك المقاول حفرة حفرها في طريق عام دون وضع شارة أو ضوء أحمر ليلاً للتنبيه إلى وجودها⁽⁴⁾.

(1) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص513.

(2) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص303.

(3) المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

(4) محمد يوسف عبيدات ، المرجع السابق ، ص513.

فالامتناع قد يحصل من خلال ممارسة نشاط معين أو بمناسبة القيام بعمل، أو قد يحدث بمعزل عن أي عمل ومستقلا عن أي نشاط آخر، كالآتي⁽¹⁾:

1- الامتناع بمناسبة القيام بعمل أو خلال ممارسة نشاط معين .

ومثال ذلك استمرار السائق بالسير رغم النعاس الذي غلب عليه ، أو انطلاقه بسيارته ليلا دون إضاءة أنوارها ، أو إعطاء الممرضة الحقنة للمريض دون تعقيم الإبرة ، ففي مثل هذه الصور من الامتناع ، يحصل الخطأ عندما يقوم الشخص بفعل من غير أن يحيطه بتدابير يستلزمها للحيلولة دون مخاطر تلازمه ، أو مخاطر يحتملها.

2- الامتناع عن العمل القائم بذاته و المستقل عن أي نشاط آخر.

ومثاله من يرمي بقايا سيجارته التي ظنها مطفأة، فتقع على أعشاب يابسة أو أوراق ، فتشعل النار فيها ، وتندثر بالامتداد إلى ملك الغير ، فعليه المسارعة إلى إطفائها حيث كان من السهل إطفائها ، فإن لم يفعل فإنه يكون قد أخل بواجب لم يكن للشخص المعتاد أن يخرج عنه، فيسأل و الحالة هذه عن النتائج كلها التي أعقبت امتناعه ، وقد ثار جدل حاد في الفقه حول مسؤولية الشخص الذي يمتنع عن القيام بعمل، غير منصوص عليه من قبل القانون، ومثاله لو رأى شخص طفلا مقبلا على حفرة عميقة ولم يسارع إلى تحويله عنها فيقع الطفل في الحفرة ويصيبه ضرر نتيجة وقوعه فيها ، وللإجابة على هذا التساؤل ينبغي الرجوع إلى التيارات الفقهية المتعددة التي تصدت له، فمنها ما ينطلق من فكرة عدم إلزام الشخص إلا بما يمليه ويوجبه عليه القانون ، فامتناع الشخص عن عمل لا يفرضه القانون عليه، لا يعتبر من قبيل الخطأ المحاسب عليه⁽²⁾، ويذهب رأي آخر إلى القول بنفي المسؤولية عن امتنع عن العمل ، بحجة أن النتيجة الحاصلة (الضرر) ترجع إلى العامل

(1) محمد يوسف عبيدات ، المرجع السابق ، ص ص 513-514.

(2) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 272.

الأول الذي أدى إلى حدوثها دون أن يكون للامتناع دخل فيها ، وظهر رأي يعتبر الإمتناع سببا لقيام المسؤولية ، إذا كان من امتنع قد أراد بموقفه السلبي (امتناعه) أن يقع الضرر بالضحية التي عناها ، وفي الأخير تبنت محكمة النقض الفرنسية موقفا صريحا من موضوع الخطأ السلبي (الإمتناع) ، حيث قضت أنه إذا كان يسأل عن إهماله ، فإن الامتناع لا يستتبع المسؤولية إلا إذا كان على الشخص الذي نسب إليه الامتناع موجب يلزمه بالعمل الذي امتنع عنه، وعارضت محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر لها، قيام مسؤولية الشخص الذي امتنع عن واجب لا يفرضه القانون عليه⁽¹⁾، غير أن التساؤل الذي يطرح هنا هو ، هل أن كل فعل يحدث ضررا للغير يوجب تحقق المسؤولية ؟ أم أنه لا بد من توافر شروط معينة فيه لكي يكون كذلك؟ أي بمعنى هل يشترط أن يكون الخطأ مصحوبا بنية إلحاق الضرر بالغير ، وأن يكون على درجة معينة من الجسامة لكي يعتبر موجبا لتحقيق المسؤولية التقصيرية ؟ وهي التساؤلات التي تقتضي منا البحث في عناصر الخطأ ، وهو ما نبينه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: عناصر الخطأ

إن للخطأ ركنان: العنصر المادي (التعدي) والركن المعنوي (الإدراك)

أولا : العنصر المادي (التعدي)

ويقصد بالتعدي أن لا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل الذي حصل منه الضرر ، بمعنى آخر قيام الفاعل بارتكاب فعل غير مشروع مخالف للالتزام العام بعدم الإضرار بالغير⁽²⁾، ويقوم ركن التعدي عندما يسلك الشخص سلوكا لا يقره عليه القانون ، بمعنى أن سلوك الشخص يكون بمثابة تَعَدٍّ يتجاوز فيه الحدود الواجب عليه أن يلتزمها ، وبعبارة أخرى

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 515.

(2) المرجع نفسه ، ص 302.

أنه بمثابة انحراف عن السلوك المنتظر من الرجل المعتاد، ويمكن النظر إلى هذا السلوك من ناحيتين هما⁽¹⁾:

1- الناحية الإيجابية:

ويكون الشخص متعديا عندما يقوم بعمل مادي متجاوزا فيه الحدود التي كان من الواجب عليه أن يلتزمها ، كما لو قتل شخص شخصا آخر بإطلاق النار عليه ، أو كما لو قاد السائق سيارته بسرعة فائقة مما أدى ذلك إلى دهس شخص آخر .

2- الناحية السلبية:

ويكون الشخص متعديا حينما يقصّر في القيام بعمل مادي كان مفروضا عليه القيام به، كالبلدية التي تحفر حفرة في الطريق العام ولا تضع علامة أو إشارة لتنبه المارة فيقع فيها أحد الأشخاص ليلا.

هذا ويخضع تحديد انحراف وتعدي الشخص في سلوكه إلى معيارين هما:

المعيار الأول (المعيار الذاتي أو الشخصي):

والمقتضى هذا المعيار يستوجب النظر إلى الشخص الذي أحدث الضرر (شخص المتعدي) ، لا التعدي ذاته، أي هو مقياس شخصي يفترض تقدير الخطأ بالنظر إلى التعدي من خلال شخص الفاعل وسلوكه ، تقديرا على ما دار في ذهنه أو جال في مخيلته عندما أقدم على ارتكاب الفعل الضار ، وبالتالي فإن هذا التقدير سيؤدي إلى تصور ما ينبغي أن يكون عليه الشخص في سلوكه في تلك الواقعة الضارة⁽²⁾.

(1) ياسين محمد جبوري ، المرجع السابق ، ص515.

(2) المرجع نفسه ، ص ص 516-517.

وقد لاقى هذا المعيار انتقادات فقهية بين مزايا كونه مثلاً معيار عادل، فهو يأخذ كل شخص بجريرته ويقيس مسؤوليته بمعيار ذكائه وفطنته ، كما وردت على هذا المعيار مأخذ وعيوب كونه معيار منضبط وغير واف بالغرض ويمتاز بالتعقيد في التطبيق لأن التقصي الذي يتطلبه ليس سهلاً على الإطلاق ، وأن النتائج ليست دقيقة في كل مرة، فقد تختلف النتيجة من شخص إلى آخر ، وقد تتباين تلك النتائج في وقائع و حالات تتقارب مفرداتها، لذلك لم يلاق هذا المعيار (المعيار الشخصي) قبولا ونجاحا، لذلك رجح الأخذ بالمعيار الموضوعي المجرد⁽¹⁾.

المعيار الثاني (المعيار الموضوعي أو المجرد) :

ويفترض المعيار الموضوعي النظر إلى شخص يمثل الشخص العادي أو المتوسط من الناس ، وهذا الشخص مجرد من ظروفه الشخصية ، فلا هو خارق حاد الذكاء ولا هو بالغ البلادة و الغباء وهو ما يطلق عليه بالشخص العادي مع ضرورة تصور سلوك هذا الشخص العادي في الظروف التي حصل فيها الحادث (أي الإعتداد بالظروف الخارجية دون الظروف الداخلية)، فمثلاً لو أن سائق السيارة ليلاً كان ضعيف البصر ، أو صغير في السن ، أو أنه من أبناء الريف الذين لم يعتادوا قيادة السيارة في شوارع المدن المزدهمة ، أو أنه كان مصاباً بمرض عصبي لا يستطيع معه أن يضبط أعصابه ، فكل ذلك يجب أن لا يؤخذ بعين الاعتبار، بل يجب أن يطلب من السائق أن يقود سيارته كما يقودها الرجل المعتاد ، فالسائق يؤخذ بمقياس السلوك المألوف لدى الشخص الاعتيادي، وهذا الشخص العادي هنا رجل سليم النظر تعودَ أن يقود سيارته في شوارع المدينة، وبإمكانه ضبط أعصابه عند الاقتضاء ، تلك هي الصفات المألوفة لدى الناس ، وهي ما يجب أن يكون

(1) ياسين محمد الجبوري ، المرجع السابق ، ص517.

عليها سائق السيارة في المدينة ليلا ، أما ما يجب أخذه بنظر الاعتبار عند تصور الشخص العادي في وضع محدث الضرر (الفاعل) وقت الحادث هي الظروف الخارجية⁽¹⁾.

ثانيا: العنصر الثاني (العنصر المعنوي أو الإدراك).

الإدراك أو كما يسمى التمييز هو العنصر الثاني للخطأ الشخصي ، و هو العنصر المعنوي الذي يقوم على إرادة واعية ، و بدونه لا يتحقق الخطأ ، فيجب لقيام الخطأ أن يصاحب التعدي ، الإدراك و التمييز ، فمثلا الصبي و المجنون و السكران و المعهتوه ، و من في حكمهم ، لا تتقرر مسؤوليتهم التقصيرية حتى وإن صدر منهم تعد لأنهم غير مدركين ، وغير مميزين لأفعالهم ، فمادامت المسؤولية تركز على الخطأ ، فينبغي أن يدرك من يراد تقرير مسؤوليته ، ماهية الفعل الذي يقوم به و يقدم عليه ، ومن ثم الضرر الذي يترتب على فعله للغير .

الفرع الثالث : حالات لا يعتبر فيها الخطأ موجبا للمسؤولية.

أوجد المشرع الجزائري في القانون المدني حالات عديدة للخطأ غير موجبة للمسؤولية، فنص على حالة الدفاع الشرعي ، و تطرق الى حالة تنفيذ الموظف لأمر صادر إليه من رئيسه إضافة الى التطبيق المهم وهو التعسف في استعمال الحق ، نبينها في الأجزاء الآتية :

أولا : حالة الدفاع الشرعي.

تنص المادة 128 من القانون المدني الجزائري على أن : " من أحدث ضرارا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه ، أو عن ماله ، أو عن نفس الغير ، أو عن ماله ، كان غير مسؤول، على أن لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري ، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي. "

(1) محمد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 519 .

و يتبين من هذا النص أن الفعل الذي يقع من شخص قد تتوفر فيه جميع شروط الفعل غير المشروع ، و لكنه ومع ذلك يكون هذا الفعل غير مستوجب للمسؤولية إذا أدى إلى ضرر يوقعه الشخص وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو نفس غيره أو ماله ، ولكن لابد من توفر شروط معينة لإعفاء الشخص من المسؤولية إذا كان في حالة دفاع شرعي ، وهذه الشروط هي⁽¹⁾:

1- أن يكون هنالك خطر حال يهدد نفس الشخص أو ماله أو نفس الغير أو ماله :
فيجب أن يكون الشخص بصدد خطر حال ، و لذلك فإنه لا يشترط أن يكون الخطر قد وقع فعلا، أما إذا كان الخطر مستقبليا أي أنه لا يخشى و قوعه في الحال ، فإنه لا يكفي لقيام حق الدفاع الشرعي للشخص ، حيث أنه لديه متسع من الوقت لتفادي حدوث الخطر أو الإعتداء ، و هذا الخطر قد يقع على النفس بتهديد إنسان بالقتل أو بالضرب أو بالجرح أو الاعتداء على العرض و الشرف ، كما قد يقع على المال كالسرقة و الإلتلاف وغيرها من الأعمال التي يخشى منها الشخص ضياع ماله.

2- أن يكون الخطر غير مشروع:

و لقيام حق الدفاع الشرعي يجب أن يكون الخطر الذي يتهدد نفس أو مال الشخص المهدد غير مشروع ، فلو استعمل شخص حقا منحه إياه القانون ، فإنه لا يبرر الدفاع الشرعي للشخص المقابل ، ومثال ذلك أن يحاصر رجال الشرطة مجرما فارا من العدالة فليس لهذا المجرم الحق في الإدعاء أن ما ألحقه من ضرر من بعض رجال الشرطة ما كان إلا دفاعا شرعيا عن النفس.

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 307.

3- أن يكون دفع الخطر بالقدر الضروري دون إفراط :

فإذا ما كان هنالك تجاوز لحدود الدفاع الشرعي تحققت مسؤولية المدافع بقدر ما جاوزه ، وذلك لأن نص المادة 128 من القانون المدني الجزائري يعطي الشخص حق الدفاع الشرعي بقدر الضرورة دون إفراط.

ثانيا : حالة تنفيذ الموظف لأمر صادر إليه من رئيسه.

تنص المادة 129 من القانون المدني الجزائري على أن : " لا يكون الموظفون و الأعوان العموميون مسؤولين شخصا عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس ، متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم." ويتبين من هذا النص أنه يتناول الحالة التي يقوم فيها الشخص بعمل تنفيذا لأمر صدر إليه من شخص آخر ، كمن يقوم بقلع شجرة بناء على أمر صدر له من آخر ، فالأصل أن هذا الفعل (قلع الشجرة) يضاف إلى الفاعل الذي قام بالعمل ، و ليس إلى الشخص الذي أصدر إليه الأمر إلا إذا كان هذا الأخير قد أجبره على القيام بالعمل ، و يشترط في الإيجاب أو الإكراه هنا أن يكون مهددا بخطر جسيم محقق بالجسم أو المال ، حتى يعفى الفاعل من المسؤولية ، و يشترط لرفع المسؤولية عن الموظف توافر الشروط التالية :

1- أن يكون القائم بالعمل موظفا عاما:

و لذلك فإن حكم المادة 129 أعلاه ، لا ينطبق على غير الموظف العام ، كالوكيل الذي يسبب ضررا للغير عند تنفيذ تعليمات صدرت له من الموكل ، و كذلك الحال بالنسبة لموظفي الشركات الخاصة.

2- أن يكون الأمر قد صدر من رئيس تكون طاعته واجبة:

و حتى يستفيد من الاعفاء من المسؤولية يجب أن يكون الموظف العام قد صدر منه الفعل الضار ، تنفيذا لأمر صدر إليه من رئيس ، سواء أكان الرئيس المباشر له أو غير المباشر ويجب أن يكون الأمر صادرا من رئيس تجب طاعته أو يعتقد الموظف وجوب إطاعة أمره وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة ، ووجوب الطاعة ليس للرئيس فقط ، بل للأمر الصادر عنه أيضا ، وذلك لأن الرئيس قد تكون إطاعته واجبة ، لكنه يصدر أمرا غير واجب الطاعة ، فإن نفذ الموظف المرؤوس هذا الأمر فإنه لا يعفى من المسؤولية ويكون ملزما بالتعويض ، وكذلك الحال إذا ما صدر الأمر من غير رئيس واجب الطاعة أو من شخص لا يمنحه القانون سلطة إصدار الأوامر .

3- أن يكون العمل الذي قام به الموظف العام مشروعاً.

فيجب أن يقيم الموظف العام الدليل على أن العمل الذي أتاه كان مشروعاً أو كان يعتقد أنه مشروعاً بناء على أسباب معقولة ، لا على مجرد الظن حتى يتخلص من مسؤولية الفعل غير المشروع الذي وقع منه ، وعليه أيضا أن يثبت أنه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر ، و أنه لم يقم بالعمل إلا بعد التثبت والتحري ، و للقاضي السلطة التقديرية في تحديد ذلك و تحديد حسن نية الموظف ، و المعيار هو معيار الشخص العادي الذي يوجد في نفس الظروف .

الفرع الرابع : تطبيقات للفعل غير المشروع (التعسف في استعمال الحق).

إن من أهم التطبيقات الواردة على المسؤولية عن الأعمال الشخصية قاطبة هي نظرية التعسف في استعمال الحق ، لأنها تتسم بخصوصيتها التي تتميز بها عما سواها من صور المسؤولية الشخصية ، فهي تعد بمثابة المبدأ العام الذي يمكن تطبيقه على التصرفات

و الأعمال القانونية الأخرى ، وهذا ما دعا الكثير من التشريعات المدنية إلى معالجتها ضمن المبادئ العامة أو الباب التمهيدي للقانون المدني (1).

فالأصل أن استعمال الشخص لحقه بصورة مشروعة غير موجب لتعويض الضرر الذي يصيب الغير من جراء هذا الاستعمال ، ومثال ذلك تنازل أحد الورثة عن حصته في حق الانتفاع بالعين محل الانتفاع إلى وريث آخر عن طريق الهبة ، أو التاجر الذي ينافس تاجرا آخر منافسة شريفة فإنه لا يرتكب فعلا ضارا لمجرد أن ذلك أضر بالتاجر الثاني طالما أنه ينافسه بما هو جائز قانونا دون مخالفة (2) .

إلا أنه يمكن للشخص أن يرتكب فعلا ضارا يقيم عليه المسؤولية حتى ولو كان يمارس حقا من حقوقه ، لذلك فإن استعمال الشخص لحقه ليس مطلقا من كل قيد إذ أنه قد يتعسف في استعماله لحقه ، و لنظرية التعسف في استعمال الحق أهمية بارزة في ظل التشريعات لأن لها من المكانة ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون ، وتعني نظرية التعسف في استعمال الشخص لحقه استعمالا غير مشروع ، ويكون كذلك إذا لم يراع مصالح الآخرين ومبدأ عدم الاضرار بهم ، وكل من استعمل حقه بشكل غير مشروع مما أدى إلى الأضرار بالغير ، يلزم بتعويض هذه الأضرار ، وفي ذلك تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني على أن : "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير .
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ."

ويتبين من نص هذه المادة أن حالات التعسف في استعمال الحق هي :

(1) محمد ياسين الجبوري ، المرجع السابق ، ص544.

(2) محمد يوسف عبيدات ، المرجع السابق ، ص312.

أولاً : توافر قصد الإضرار بالغير .

إذ يعد الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا لم يقصد إلا الإضرار بالغير ، و تعتبر هذه الحالة من أقدم حالات التعسف حيث سادت منذ القانون الروماني ، ثم انتقلت إلى القانون الفرنسي ، و لا يوجد هناك ما يمنع أن يكون لدى الشخص هدف غير الإضرار بالغير على أن يكون قصد الإضرار هو السبب الأصلي الذي دفع الشخص إلى استعمال حقه ، فمن يزرع شجرة لحجب الضوء عن جاره يعد متعسفا في استعمال حقه حتى ولو قصد من غرس الشجرة تحقيق هدف ثانوي وهو الحصول على ثمار الشجرة ، و كذلك يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه لتوافر نية الإضرار بالغير إذا رفع صوت الموسيقى بقصد إزعاج جيرانه خاصة إذا ما كان ذلك في ساعة متأخرة من الليل ، و يعتبر تعسفا في استعمال الحق إذا قصد صاحب الحق من استعماله لحقه الإضرار بالغير عن طريق اللجوء إلى المطالبة بالتطبيق الآلي للنصوص القانونية ، حيث أن مثل هذا الطلب يظهر سوء نية صاحب الحق (1) ، و تطبيقا لذلك نجد الأحكام التالية :

1- من المبادئ القانونية المسلم بها ، أنه لا يجوز التعسف في استعمال الحقوق ، و أن الحقوق بين الأفراد يجب أن تكون في توازن دائم معتدل لتؤدي رسالتها في الحياة أداءا يتفق مع مصلحة المجتمع و أهداف القانون و غايته ، فإذا التوى صاحب الحق في استعمال حقه و تشدد فيه تشددا يخرج عن روح القانون ومعنى الالتزام و يدخله في ميدان التطبيق الآلي للنصوص القانونية ، أو إذا كان صاحب الحق قد استخدمه استخداما يسعى من ورائه الإضرار بالمتعاقدين الآخر أو الحصول على منفعة عن طريق مشوبة بسوء النية و يجب اعتباره متعسفا في استعمال حقه ووجب على القاضي أن يتدخل في الأمر ليضع كل التزام في مكانه و كل حق في موضعه (2) .

(1) محمد يوسف عبيدات ، المرجع السابق ، ص ص 314 - 315.

(2) المرجع نفسه، (تمييز أردني حقوق رقم 78/68 سنة 1978) ، ص 315

2- إذا أوفى المستأجر الأجر المستحقة عليه ناقصة منها مثلا خمس مائة دينار ، فإن دعوى المؤجر بطلب تغطية الأجر بسبب هذا النقص الزهيد تكون مشوبة بعيب التعسف في استعمال الحق نظرا لما فيها من غلو و إرهاب و تشدد في التزام حرفية النص القانوني ، و إخلال بالتوازن الواجب توافره في الحقوق بين الطرفين ، و خروج عن روح القانون و غاياته على اعتبار أن عدم دفع هذا المبلغ الزهيد لا يعتبر تخلفا جوهريا بالمعنى الذي هدف إليه المشرع⁽¹⁾، و الظاهر من هذا الحكم أن الدعوى التي رفعها المؤجر ماهي إلا دعوى كيدية يعد فيها متعسفا في استعمال حقه ، فسوء النية في استعمال الحق يعد تعسفا حيث أن إقامة مثل هذه الدعاوي لا يقصد فيه الإضرار بالغير .

ثانيا : عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق و بين الضرر الذي يصيب الغير .

فإذا ما كان الضرر الذي يصيب الغير بليغا بالقياس مع المنفعة التي تعود على من يستعمل حقه فإن هذا يعد متعسفا في استعمال الحق إلى هذه النتيجة ، أي إذا كانت المصلحة التي تعود على من يستعمل حقه قليلة الأهمية لا تتناسب مع الضرر البليغ الذي يلحق بالغير ، فإن صاحب الحق يكون متعسفا في استعمال حقه ، ومن تطبيقات هذه الحالة ما تنص عليه المادة 708 من القانون المدني الجزائري : " .. ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني ، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط " ، ومن ذلك أيضا اختيار الشخص الطريقة التي تحقق له مصلحة تافهة بالمقارنة مع الضرر البليغ الذي يعود على الغير إذا ما كان لدى هذا الشخص عدة طرق لاستعمال حقه ، فمثلا قيام شخص بوضع مدخنة تدفئته الشتوية في مكان من منزله يلحق ضررا بإحدى جيرانه ، مع أنه كان بإمكانه وضع هذه المدخنة في مكان آخر من المنزل و تجنب الجار الضرر الحاصل ، و الحقيقة أن الشخص الذي في هذه الحالة تتوافر لديه نية الإضرار بالغير أيضا

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، تمييز أردني حقوق رقم 90/83، سنة 1983 ، ص315.

ليتحقق بذلك حالتين من حالات التعسف في استعمال الحق ، لأنه كان بإمكانه كما ذكرنا وضع المدخنة في مكان آخر دون ضرر أو فوات مصلحة عليه (1).

ثالثا : عدم مشروعية المصلحة المرجوة من الفعل.

عند استعمال صاحب الحق لحقه ، يجب أن تكون له مصلحة مشروعة حتى يعتبر فعله استعمالا مشروعاً لا يقيم مسؤوليته ، أما إذا ما كانت المصلحة التي يهدف إليها الشخص غير مشروعة فإنه يعد متعسفا في استعمال حقه ، و تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون أو يخالف النظام العام و الآداب العامة ، ومثال ذلك أن يستعمل شخص منزله لفتح بيت للقمار أو لإقامة علاقات جنسية غير مشروعة ويرجع في تحديد فيما إذا كانت المصلحة مشروعة أم لا إلى معيار موضوعي لأنه ليس من السلوك المألوف للشخص العادي أن يكون هدفه من استعمال حقه تحقيق مصلحة غير مشروعة ، فالمعيار هو سلوك الشخص المعتاد ، فمن حق المؤجر أن يطالب المستأجر بإخلاء العين المؤجرة ، لكن إذا كان القصد من طلبه طرد المستأجر لرفضه قبول محاولة المؤجر زيادة بدل الإيجار فوق ما يسمح به القانون ، عندئذ تكون مصلحته غير مشروعة من رفع دعوى إخلاء العين المؤجرة لكونها كيدية في هذه الصورة. (2)

رابعا: تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة

طبق القانون المدني الجزائري هذه الحالة على ما يتعلق باستعمال الشخص لحق الملكية و بمعيار الجوار ، إذ تنص المادة 691 منه على أن: " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حدٍ يضر بملك الجار ، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة. غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحدّ

(1) محمد يوسف عبيدات ، المرجع السابق ، ص ص 316-317.

(2) المرجع نفسه ، ص ص 315-316.

المألوف. وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف و طبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين و الغرض الذي خصصت له، فالأصل أن العرف يسمح بمضار الجوار المألوفة وهي الأضرار التي لا يمكن تجنبها كما يحصل عادة من تطاير بعض الدخان و الأتربة و أصوات الموسيقى عند إجراء بعض حفلات الأعراس أو أي حفلة أخرى في المناسبات و العطل الرسمية ، ولكن إذا تجاوزت هذه الأضرار ما جرى عليه العرف و العادة و لحق الجار من هذا التجاوز ضرر فاحش فإن مستعمل الحق يكون مسؤولاً عن تعويض الأضرار التي لحقت بجاره.(1)

هذا وإذا توافرت الحالات السابقة ، يعتبر من استعمل حقه متعسفا في استعماله ، ومسؤولاً عن تعويض الأضرار التي لحقت بالغير بسبب التعسف في استعمال الحق ، و الأصل في جزاء التعسف هو دفع مبلغ نقدي، كما أن التعويض العيني جائز كما في حالة إزالة الضرر كإزالة الشجرة التي غرسها شخص لحجب الضوء عن جاره.

المطلب الثاني : الركن الثاني (الضرر)

إن الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية التقصيرية ، فلا يكفي وجود الخطأ لتحقيق مسؤولية الفاعل ، فلا مسؤولية حيث لا ضرر ، و الضرر هو الذي يبرر الحكم بالتعويض لا الخطأ ، فلو حاول أحد سائقي السيارات أن يدهس شخص ، ولكنه لم يفلح ولم يصب الشخص بضرر، فلا يحكم عليه بالتعويض لانتهاء الضرر ، رغم أن السائق قد يسأل جنائياً عن ذلك.(2)

(1) محمد يوسف عبيدات ، المرجع السابق ، ص 317.

(2) عبد المجيد عبد الحكيم ، المرجع السابق ، ص552.

ويعتبر الضرر قوام المسؤولية ، فلا يكفي توافر الفعل غير المشروع لقيام المسؤولية التقصيرية، وإنما يتعين أن يثبت المتضرر أن الفعل الذي أتاه مرتكبه أدى إلى إلحاق ضرر به.

والضرر الموجب للتعويض لا يقتصر على ما يصيب المتضرر في جسمه وإنما يشمل الضرر الذي يؤثر فيه نفسياً وفقاً لقاعدة " لا ضرر ولا ضرار "

وهي قاعدة عامة لا يجوز قصرها على الضرر المادي لأن ذلك تخصيص بغير مخصص⁽¹⁾، وعليه قد يكون أدبياً وهو ما يصيب الإنسان في نفسيته دون أن يسبب له خسارة مالية ، ذلك أن الإصابات الجسدية قد تسبب للمصاب إلى جانب الأضرار المادية أضرار أدبية كالآلام الجسدية التي يحسها المصاب في لحمه وعظمه والآلام النفسية التي يعانيتها نتيجة التشويه الذي أحدثته الإصابة و الآلام التي يكايدها بسبب حرمانه من مباحج الحياة⁽²⁾، ونتناول كلا نوعي الضرر في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : الضرر المادي

يشترط لقيام الضرر المادي الموجب للتعويض الشروط التالية.

أولاً : الإخلال بمصلحة مشروعة ذات قيمة مالية

حيث يعد الضرر مادياً إذا ما كان فيه إخلال بمصلحة مشروعة ذات قيمة مالية ، ويكون كذلك إذا ما أصاب الضرر الإنسان في جسمه أو ماله، و الإخلال الذي يقتضي التعويض للمتضرر قد يكون إخلال بحق مالي من الحقوق العينية أو الحقوق الشخصية ، وقد يتحقق بالاعتداء على حياة الشخص وحقه في سلامة جسمه، فإذا عطل شخص لآخر بفعله عضواً من أعضائه يكون قد ألحق به ضرراً بحقه في السلامة ، ولذلك يراعي الخبراء عادة

(1) يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق ، ص318.

(2) المرجع نفسه ، المرجع السابق ، ص 319 .

عند تقديرهم للتعويض عن الضرر المادي عدة عناصر كمدة تعطيل المدعي عن العمل ، ودخله الشهري وعمره وقت وقوع الحادث ونسبة العجز التي لحقت به و الكسب الفائت وقيمة فواتير العلاج إن وجدت (1)، وإن تم تقدير الخبراء للضرر على هذا النحو يكونوا قد راعوا عناصر الضرر المادي وفق الأصول و القانون(2).

وقد يكون الإخلال بالاعتداء على مال الشخص كحرق منزله أو تدميره أو إتلاف مركبته بحادث سير أو إنقاص قيمة ماله كالأضرار المادية التي تلحق بأصحاب الأراضي المجاورة لمصنع إسمنت و المتمثلة بإنقاص قيمة هذه الأراضي و الأشجار المزروعة عليها بسبب الغبار الذي يتطاير من المصنع(3).

هذا ويجب أن يراعى أن تكون المصلحة التي أخل بها مرتكب الفعل مصلحة مشروعة حيث لا مجال لتعويض الأضرار التي لحقت بالشخص نتيجة الإخلال بمصلحة غير مشروعة ، فلا يحكم بالتعويض لمن فقدت صديقها الذي كان ينفق عليها لأن المصلحة التي تدّعي الخلية الإضرار بها تقوم على علاقة غير مشروعة(4).

ثانياً: أن يكون الضرر محققاً

فلا يكفي الإخلال بمصلحة مشروعة لتعويض الضرر المادي ، وإنما يتعين أن يكون هذا الضرر محققاً، ويكون الضرر محققاً إذا كان حالاً أي وقع فعلاً كقتل الشخص المتضرر أو جرحه أو إتلاف عضو من جسده، كما قد يكون الضرر محققاً إذا كان مؤكداً الوقوع في المستقبل كالعامل الذي يصاب بحادث يسبب له العجز الكامل عن العمل ، فإنه بإمكان المحكمة أن تقضي له بالتعويض عن الضرر الدائم الذي يلحق به، و المتمثل بالكسب الذي

(1) محمد عبيدات، المرجع السابق، ص319.

(2) المرجع نفسه،(تميز أردني حقوق رقم 2005/672، سنة 2005)، ص319.

(3) المرجع نفسه، ص320.

(4) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

سيفوته في المستقبل وقد نصت المادة 182 من القانون المدني على أن: " ... ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب..."

وتنص المادة 131 من القانون المدني الجزائري على أن: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير."

وتنص المادة 132 من القانون المدني على أن: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا."

ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضروب أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع."

ويتبين لنا من هذه النصوص القانونية ما يأتي:

1- على القاضي أن يقضي بمنح المتضرر تعويضا عن الضرر الذي لحق به (أي الضرر الذي تحقق فعلا).

2- بما أن مدى التعويض غير ممكن التحديد بشكل نهائي في الحال ، فإن للقاضي أن يحدد مدة زمنية يستطيع المتضرر خلالها أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي ستتكشف معه في المستقبل ، فقد يفقد الشخص عضوا من أعضاء جسده أو يتوفى نتيجة الخطأ الذي وقع ضحية له في الماضي ، وعندها فإن له أو لورثته في حالة الوفاة الرجوع إلى المحكمة

للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي وقعت و التي لم تدخل في حساب المحكمة عند التقدير الأولي للتعويض⁽¹⁾.

ويتخذ التعويض عن الضرر إحدى الصور الآتية :

1- تقدير التعويض من قبل القاضي و بمبلغ إجمالي يدفع مرة واحدة.

2- يجوز أن يكون التعويض على شكل أقساط.

3- صورة إيراد مرتب لمدى حياة المتضرر .

وهو ما قضت عليه المادة 132 أعلاه.

وأما الضرر الاحتمالي أو المستقبلي، فهو الضرر الذي قد يقع وقد لا يقع، ولذلك فهو غير كاف لقيام المسؤولية التقصيرية، فلا يصح التعويض عنه، وإنما يجب الانتظار حتى يقع، وعلى ذلك فليس للفقير أن يطالب بالتعويض من الشخص الذي قتل المحسن الذي اعتاد الإحسان إليه لأن المحسن قد يحسن إلى الفقير وقد لا يحسن.

الفرع الثاني: الضرر الأدبي

وكما سبقت الإشارة إليه ، يعرف الضرر الأدبي بأنه الضرر الذي يصيب الشخص في حريته أو عرضه أو شرفه أو في سمعته أو في مركزه الإجتماعي من حيث نظرة المجتمع أو في اعتباره المالي ، وهو بذلك لا يمس جسم الإنسان ولا يقع على المال ولكنه يتعلق بمصلحة غير مالية كالاعتداء على السمعة و الحط من الكرامة⁽²⁾، كما لو كان المصاب فتاة وأدى الحادث إلى تقليل فرصة زواجها لإصابتها بعاهة مستديمة، وقد يجتمع الضرر الأدبي و المادي معا في حالة ما إذا اضطر الإنسان أن ينفق من ماله للعلاج ، ومثال ذلك الضرر الذي يدخل في قلب المتضرر الغم و الألم و الحزن و الأسى نتيجة إتلاف عضو

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق،ص.321

(2)المرجع نفسه ،ص323.

من أعضاء جسمه، ففي هذه الحالة يكون الضرر ماديا وأدبيا في آن واحد، ومثاله أيضا ما قد يترتب على حادثة من فقدان الشخص لإحدى يديه مما يؤدي إلى فقدانه القدرة على العمل الأمر الذي يسبب له آلام نفسية ، ومثال ذلك أيضا استحقاق المتضرر للتعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن تشويه الوجه و الذي يشمل المعاناة من الآلام النفسية التي تلحق بالمصاب.

والسؤال المطروح كيف يتم تقدير التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية في القانون المدني ؟ وما هي قواعد التقدير القضائي في التعويض عن الضرر الأدبي ؟ نجيب عليهما ضمن الأجزاء الآتية:

أولا : كيفية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية

من المعلوم أن تقدير التعويض عن الضرر الأدبي يختلف عن تقدير التعويض عن الضرر المادي الذي عناه القانون بما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب ، وهذا التقدير لجانبي الكسب و الخسارة أمر يمكن إدراكه في وقائع تقبل التقدير بالمال ، ولكن الأمر بالطبع سوف يكون مختلفا في مجال تقدير الضرر الأدبي ، حيث يمارس القضاء دوره في التقدير بمرونة وحرية⁽¹⁾.

هذا ولم ينص المشرع الجزائري في القانون المدني على التعويض عن الضرر الأدبي ، لكننا نجد النص عليه في قوانين أخرى كمنصه في المادة 03-الفقرة الرابعة- من قانون الإجراءات الجزائية على أن: "... تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر ، سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية." وكذلك المادة 08 من قانون العمل الجزائري التي تنص على أن: "يضمن القانون حماية العامل أثناء ممارسة عمله من كل أشكال الإهانة و القذف و التهديد و الضغط أو محاولة حمله على التشيع والتبعية ، كما يضمن له التعويض عن

(1)أسماء لسيد عبد السميع ، المرجع السابق، ص305.

الأضرار المادية و المعنوية التي تلحق به"، كما نصت على هذا النوع من الضرر والتعويض عنه في المادة 05- الفقرة الأولى - من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها .إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض. "

وعليه فإن عدم النص في القانون المدني الجزائري على الضرر المعنوي لا يعني أن المشرع الجزائري قد استبعد التعويض عن الضرر الأدبي ، بل وكما رأينا في المواد السابقة الخاصة بتقدير التعويض في المادتين 131 و132 من القانون المدني قد جاء بلفظ الضرر وهو لفظ عام غير مخصص فيشمل كل أنواع الضرر ومنها الضرر الأدبي ، وذلك طبقا لقواعد التفسير⁽¹⁾، ونجد أن التفسير ينطبق إلى نص المادة 124 من ذات القانون.

وبناء على المواد 124، 131، 132، 182 من القانون المدني الجزائري يتضح لنا أن التعويض يتحدد بقدر الضرر الذي لحق المدعي نتيجة الخطأ الذي أتاها المدعى عليه ، وذلك بالنسبة لكل حالة وفقا لظروفها ، سواء كان ضررا ماديا واقعا على المال أو على الجسم، أم كان ضررا أدبيا ينتج عنه المساس بالحرية أو العرض أو الشرف أو المركز الإجتماعي أو الاعتبار المالي ، و لتوضيح كيفية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي على ضوء النصوص أعلاه ، نبين أولا الظروف المؤثرة في تقدير التعويض ، وثانيا مقدار التعويض عن الضرر الأدبي و وقته و ضماناته.

1- الظروف المؤثرة في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي.

يجب على القاضي أن يراعي في تقدير التعويض الظروف الملازمة التي تلابس المضرور والتي تدخل في تحديد قدر الضرر الذي أصابه، وليس الظروف الشخصية التي

(1) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، (العمل غير المشروع-شبه العقود - و القانون)، الجزء الثاني، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر، الطبعة الثانية، 2004، ص88.

تحيط بالمضرور التي تدخل في الاعتبار عند تقدير التعويض ، لأنه يقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي، وهي (1):

-حالة المضرور الجسمية والصحية و الأدبية أو المعنوية، فمريض السكري الذي يصاب بجرح تكون خطورة هذا الجرح أشد بكثير من خطورة الجرح الذي يصاب به السليم، و الشخص الذي فقد إحدى عينيه، ثم فقد الأخرى في حادث يكون ضرره بفقد العين الأخرى أشد بكثير من الضرر الذي يصيب من كان سليم العين فيفقد عينا واحدة... وهكذا.

-كذلك حالة المضرور العائلية تكون محلا للاعتبار في تقدير التعويض فمن يعول أسرة يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب الذي لا يعول إلا نفسه.

-كما أن حالة المضرور الأدبية أو المعنوية محلا للاعتبار في تقدير التعويض فإشاعة أخبار كاذبة عن أمانة شخص ، وهو على وشك إنجاز صفقة هامة ، فتؤدي هذه الإشاعة إلى عدم إتمام الصفقة تحدث ضررا أكبر مما لو أطلقت الإشاعة في غير هذه الظروف.

-أيضا حالة المضرور المالية، ولكن ليس معنى ذلك أنه إذا كان غنيا حكم له بتعويض أقل لأن الضرر واحد أصاب غنيا أو فقيرا، وإنما الذي يدخل في الاعتبار مدى الكسب الذي يفوت على المضرور من جراء الإصابة التي لحقته، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذي يحيط به أشد، فإتلاف مال تاجر -إذا أدى إلى توقفه عن دفع ديونه وإشهار إفلاسه- يحدث ضررا يختلف عن إتلاف مال غير التاجر الذي لا يؤدي إلى مثل النتيجة السابقة.

2- مقدار التعويض عن الضرر الأدبي

فالأصل أن مقدار التعويض الذي يحكم به القاضي يكون مساويا لقيمة الضرر المباشر ، فلا ينقص عنه ولا يزيد ، ويقصد بالمساواة هي المساواة التقريبية، والضرر الأدبي ينطوي على صعوبة بالغة في تقدير التعويض عنه، وهو ما يجعل التعويض المساوي على النحو

(1)أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص309.

الكامل في مجال التطبيق العلمي أمرا فوق طاقة المحاكم والهيئات القضائية ، إذ كيف يتسنى لقاضي أو خبير أن يصل إلى تقييم عادل للآلام النفسية التي حدثت نتيجة عدوان المسؤول⁽¹⁾، مع حساب تأثير هذا العدوان وهذه الآلام على انصراف المتضرر لعمله واخفاقه أو نجاحه في هذا العمل ، ثم كيف يمكن جبر تلك الآلام النفسية، وأن ما يعلنه التفكير القانوني الحديث من أن المقصود من وراء تقدير التعويض هو محو آثار العدوان كلية ورفع الضرر بالكامل، والعودة بالمتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر أمر غير مسلم به على إطلاقه⁽²⁾.

وفي إطار هذا المعنى يجب أن يقدر القاضي التعويض ما يكفي لجبر الضرر وإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الفعل الضار، على أن يقتزن هذا التقدير ببيان عناصر الضرر ، وفيه جاءت التطبيقات القضائية بقولها: (لمحكمة الموضوع سلطة تقدير التعويض الجابر للضرر حسبما تتبينه من ظروف كل دعوى مادام لا يوجد في القانون نص يلزمها باتباع معيار معين في خصوصه، وهذه السلطة تخول للمحكمة أن تدخل في حسابها جميع عناصر الضرر ليس كما كان عندما وقع، بل كما صار إليه وقت الحكم بحسب ما إذا قد تفاقم أو تناقص ومهما طال أمد التقاضي في شأنه)⁽³⁾.

هذا ولا يجوز أن يكون مقدار التعويض أقل من قيمة الضرر ، ولا يجوز أيضا أن يفيد المضرور من الفعل الضار تعويضا أكثر مما يلزم لجبر الضرر ، أو يجعله في حالة أفضل من التي كان عليها قبله، لما هو مقرر من عدم جواز إثراء المضرور على حساب المسؤول⁽⁴⁾.

(1) أسامة السيد عبد السميع ، المرجع السابق، ص312.

(2) المرجع نفسه، ص313.

(3) المرجع نفسه، (نقض مصرى طعن رقم 258 لسنة1984)، ص 314.

(4) المرجع نفسه، (نقض مصرى طعن رقم 258 لسنة1984)، ص315.

3- الوقت الذي يتم فيه تقدير التعويض.

إن لتحديد الوقت الذي يقدر فيه التعويض أهمية كبيرة، وذلك لأن الضرر قد يتغير سواء بالزيادة أم بالنقص بعد وقوعه، فمثال زيادة الضرر ما لو صدمت سيارة شخصاً فأصيب بكسر في قدمه ، وعندما طالب بالتعويض عن كسر ساقه كان الكسر قد تطور فأصبح أشد خطورة مما كان ، وعند صدور الحكم كانت خطورته قد تطورت وأصبحت عاهة مستديمة، ومثال نقص الضرر مما كان في أول أمره⁽¹⁾، فما هو الوقت الذي يقدر فيه التعويض ؟

فالواقع أن الوقت الذي يقدر فيه التعويض ينشأ من وقت وقوع الضرر لأن مصدره و هو العمل غير المشروع ، أما الوقت الذي يقدر فيه التعويض فهو يوم صدور الحكم ، وذلك لأن النتائج المترتبة على العمل الضار ليس من المفروض فيها أن تكون ثابتة ، فقد تشتد أو تخف تبعاً للظروف ، ومن ثم فإنه يسمح بإعادة النظر في هذا التقدير في وقت لاحق إذا اقتضت الظروف ذلك، ولهذا فإن تطور الضرر منذ وقوع الفعل الضار ، وحتى صدور حكم القضاء به يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير هذا التعويض ، فيزداد التعويض بمقدار ما زاد من مقدار الضرر ، كما يحكم بالتعويض المناسب للضرر إن نقص الضرر في مقداره عند الحكم عما قدر به وقت وقوع الفعل الضار ، على أن تطور الضرر و تغير مقداره قد لا يكون مؤكداً التوقف عند صدور الحكم النهائي بالتعويض ، لذا يجوز للقاضي أن يقضى في الحكم النهائي الصادر بالتعويض على حق المضرور في العودة إلى المطالبة بزيادة التعويض خلال المدة التي يعينها الحكم.

(1) أسماء السيد عبد السميع ، المرجع السابق ، ص316.

4- ضمانات التعويض:

إن جميع أموال المسؤول عن الضرر و التعويض الناتج عنه دين في ذمته ، ويكون هذا الشخص مسؤولاً عن التعويض في جميع أمواله ككل دين ، ولكن المصاب ككل دائن شخصي لا يمتاز على سائر دائني المسؤول ، بل يشاركونهم مشاركة الغرماء⁽¹⁾.

ثانياً: القواعد القضائية في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي.

إن التعويض القضائي يهدف إلى جبر الضرر الذي لحق بالمتضرر، وتقدير التعويض عن الضرر الأدبي في كل حالات الاعتداء كالقذف و السب وهتك العرض و الأعمال الجارحة لكرامة الإنسان ... إلخ من المستحيل تقديرها تقديراً مالياً ذلك أن كرامة الشخص وشرفه تختلف من شخص لآخر ، ومع ذلك يلتزم القاضي في تقدير التعويض بالقواعد الآتية:

1- توافر شروط الضرر بأن يكون محققاً ومباشراً -كما سبق بيانه.

2- الوقت الذي يقدر فيه الضرر -كما هو مبين أعلاه.

3- عناصر التعويض تختلف من التزام إلى آخر.

هذا ولا يكفي لقيام المسؤولية وجود الخطأ وتحقق الضرر بل لابد من توافر العلاقة

السببية بين الخطأ و الضرر وهي الركن الثالث لقيام المسؤولية التقصيرية.

المطلب الثالث: الركن الثالث (العلاقة السببية).

إن علاقة السببية هي الركن الثالث لقيام المسؤولية التقصيرية، وهي تلك العلاقة المباشرة بين الخطأ أو الفعل غير المشروع ، و بين الضرر الذي أصاب المتضرر ، فلا يكفي الفعل

(1) أسماء السيد عبد السميع ، المرجع السابق، ص319.

غير المشروع الذي ارتكبه المسؤول و الضرر الذي لحق بالمتضرر لقيام المسؤولية التقصيرية ، فإذا لم يثبت أن الخطأ هو الذي سبب الضرر لا تقوم رابطة السببية بينهما و لا تقوم المسؤولية التقصيرية تبعاً لذلك ، و إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي انتفت رابطة السببية و بالتالي لا تتحقق المسؤولية⁽¹⁾ .

هذا ويقع على عاتق المدعي (المتضرر) عبء إثبات علاقة السببية بين الخطأ و الضرر الواقع لأن البينة على من ادعى ، فإذا ما أثبت المتضرر وقوع الخطأ و الضرر افترض توافر علاقة السببية و بالتالي المسؤولية ، بعد ذلك ينتقل عبء الإثبات على المدعى عليه لإثبات أن سبب الضرر ليس فعله على الإطلاق أو ليس فعله وحده و إنما اشترك مع فعله بسبب آخر ، و بذلك يستطيع المدعى عليه إثبات انعدام علاقة السببية بسبب من الأسباب الأجنبية التي بينها سابقاً ، و بالتالي نفي مسؤوليته عن الضرر الواقع أما إذا لم يستطع إثبات وجود السبب الأجنبي ، عندئذ تتحقق المسؤولية و يكون ملزماً بتعويض المتضرر عما لحق من ضرر⁽²⁾.

هذا و إذا قامت أركان المسؤولية المتمثلة بالخطأ و الضرر و علاقة السببية تحققت المسؤولية برفع دعوى المسؤولية وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لدى المحكمة المختصة (القسم المدني) ، أما إذا كان الضرر الحاصل قد وقع بفعل يشكل جريمة معاقب عليها قانوناً ، و رفعت الدعوى أمام المحكمة الجنائية ، فإنه يحق للمضرور أن يربط دعواه المدنية بالدعوى الجزائية أمام المحكمة الجنائية ، و يطلب من القاضي المدني أن يؤجل البت في تلك الدعوى المدنية لحين اتضح مصير الدعوى الجنائية.

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق، ص 330-331.

(2) المرجع نفسه ، ص 340.

و بهذا نكون قد بينا أحكام المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية و آثارها و كيفية تقدير التعويض عن الأضرار مادية كانت أو أدبية ، لننتقل في المبحث الموالي إلى عرض أحكام المسؤولية عن فعل الغير .

المبحث الثاني : المسؤولية عن فعل الغير

إن الأصل أن لا يسأل الشخص إلا عن فعله الشخصي ، و لا يسأل عن ضرر أحدثه غيره إلا استثناء ، و قد أورد المشرع الجزائري حالتين تتحقق فيهما المسؤولية عن فعل الغير ، فقد يسأل الشخص عن فعل غيره إذا كان الغير في رعايته وكان هذا الغير في حاجة إلى رقابة و تسمى هذه الحالة بـ "مسؤولية متولى الرقابة عن من هم في رقبته"، كما قد يسأل الشخص عن غيره إذا كان الغير تابعا له ، فيكون هذا الشخص مسؤولا عن أعمال تابعه و تسمى المسؤولية في هذه الحالة : "مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه " . و نبين الحالتين في المطالبين الموالين.

المطلب الأول : مسؤولية متولى الرقابة عن من هم في رقبته.

تنص المادة 134 من القانون المدني الجزائري على أن : "كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية" .

يتبين من نص المادة 134 أن الشخص يكون مسؤولا عن تعويض الضرر الذي أحدثه من هو تحت رقبته متى كان هذا الأخير بحاجة إلى الرقابة و حتى تتحقق مسؤولية الشخص الذي تجب عليه رقابة آخر في حاجة إلى الرقابة لا بد من توفر شرطين هما تولي شخص الرقابة على شخص آخر و صدور فعل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة كالآتي نبيينهما:

الفرع الأول : الشرط الأول (تولى شخص الرقابة على شخص آخر)

إذ ينبغي حتى تتحقق مسؤولية متولي الرقابة أن يكون هناك التزام بالرقابة ، و هذا الالتزام قد يكون مصدره القانون ، أو الاتفاق ، و ظاهر نص المادة 134 أعلاه أنه لم تحدد الأشخاص الذين يكونون بحاجة إلى الرقابة ، حيث اكتفى بالإشارة إلى أن الالتزام بالرقابة قد يكون سببه قصر الخاضع للرقابة أو حالة الشخص العقلية أو الجسمية.

و يعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة طالما لم يبلغ سن التاسعة عشر من عمره ، و تكون الرقابة على القاصر للأب ، و إن لم يوجد تنتقل إلى من يعطيه القانون الولاية على النفس من أقارب القاصر على أن الرقابة قد تنتقل إلى أشخاص لم يقرر لهم القانون الولاية على النفس و لو لفترة مؤقتة يكون فيها القاصر تحت رقابة متولى الرقابة كما هو الحال بالنسبة للمعلم في المدرسة أو المشرف في الحرفة (1) ، فمثل هذه الرقابة تعود إلى ولي النفس عند انتهاء اليوم الدراسي بالنسبة للطالب أو يوم العمل بالنسبة للصبي في مهنته ، على أنه إذا ما بلغ القاصر سن الرشد زالت الرقابة و أصبح من الأشخاص الذين يلتزمون بواجب الرقابة.

كما نصت المادة 134 المذكورة سابقا ، على الحالة العقلية فقد يعرض للشخص البالغ سن الرشد عارض ينقص من تمييزه أو يعدمه كالفه و الغفلة و العته و الجنون ، فيعود ذلك الشخص ليصبح في حاجة إلى الرقابة ، و يتولى الرقابة من تجب عليه الرقابة قانونا كولي النفس ، أو اتفاقا كالمستشفى ، و يرى البعض أنه لا يلزم أن تصل حالة الشخص العقلية إلى حد الجنون أو العته ، و إنما يترك ذلك للقضاء يستعين بالخبراء لتحديد ما إذا كانت

(1) يوسف عبيدات ، المرجع السابق ، ص352.

إصابة الشخص بأحد الأمراض النفسية تجعله في حالة عقلية يحتاج معها إلى الرقابة من عدم ذلك (1).

وأما عن الحالة الجسمية أيضا قد يكون سببا في حاجة الشخص البالغ سن الرشد إلى الرقابة وذلك لإصابته مثلا بمرض أعجزه عن التحكم في حركاته ، مما يحول دون قدرته على اتخاذ الحيطة لمنع وقوع الضرر عن الغير ، كأن كف بصره، أو صار مقعدا أو أصيب بالشلل ، و يترك تقدير ذلك للقضاء .

الفرع الثاني : الشرط الثاني (صدور فعل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة)

وحتى تتحقق مسؤولية متولي الرقابة يجب أن يصدر ممن هو تحت الرقابة فعل غير مشروع يلحق ضررا بالغير ، بمعنى أنه لا بد من تحقق مسؤولية الخاضع للرقابة أولا حتى تتحقق مسؤولية متولى الرقابة على أساس الإهمال في الرقابة (2)، فلو قذف القاصر الخاضع للرقابة وليه حجرا فكسر زجاج إحدى نوافذ سيارة ، فإن مسؤولية متولي الرقابة المتمثلة بتعويض المتضرر تقوم بافتراض تقصيره في واجب الرقابة ، فمسؤولية متولى الرقابة هي مسؤولية تبعية لا تقوم إلا تبعا لقيام مسؤولية الخاضع للرقابة و للمتضرر أن يختار السبيل الذي يشاء في رفع الدعوى إما أن يقيمها على محدث الضرر أو على متولي الرقابة أو عليهما معا ، أما إذا ما كان قد استوفى تعويضه ممن ارتكب الفعل غير المشروع (الخاضع للرقابة) فليس له الرجوع على متولى الرقابة بعد ذلك ، إذ ليس للمتضرر أن يحصل إلا على تعويض واحد ، و إذا صدر الحكم بمسؤولية متولى الرقابة بتعويض المتضرر عن الضرر الذي أوقعه الخاضع للرقابة بالغير ، فإن لمتولى الرقابة الحق في الرجوع على الخاضع للرقابة بما دفع.

(1) ياسين محمد الحيوري ، المرجع السابق ، ص633.

(2) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص352.

هذا و إذا تحققت مسؤولية متولي الرقابة بتوفير الشرطين السابقين افتراض التقصير في جانبه ، فلو سبب المقعد ضررا بالغير أثناء سيره في الشارع افتراض تقصير وإهمال من كان يقوده ، إلا أن افتراض التقصير و الإهمال يعتبر قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس ، حيث يستطيع متولي الرقابة أن يتخلص من مسؤوليته إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أن الضرر كان لا بد واقعا ، و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية ، و في هذه الحالة ينفي متولي الرقابة عن نفسه شرط التقصير المفترض و الضرر الواقع ، و مثال ذلك إقامة الدليل على أن الضرر كان سببه قوة قاهرة كالحرب أو الزلازل أو البراكين أو فعل الغير (1).

المطلب الثاني : مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه

تنص المادة 136 من القانون المدني الجزائري على أن : " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها.

وتتحقق علاقة التبعية و لو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع."

و يتبين من نص هذه المادة أن مسؤولية الشخص (المتبوع) تتحقق عن الضرر الذي أحدثه الغير وهو (التابع) ، و لكي تتحقق مسؤولية المتبوع عن عمل التابع لا بد من توفر شرطين : قيام علاقة التبعية ما بين التابع و المتبوع و كذلك لا بد من وقوع فعل غير مشروع من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها.

الفرع الأول : الشرط الأول (قيام علاقة التبعية).

إذ يشترط لقيام المسؤولية في هذه الحالة وجود علاقة تبعية بين شخصين بحيث يكون أحدهما تابعا للآخر ، وحتى تتحقق علاقة التبعية لا بد من :

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق، ص354.

أولا : أن يكون للمتبرع سلطة فعلية في رقابة و توجيه تابعه.

وذلك من خلال إصدار الأوامر و التعليمات التي يجب على تابعه التقيد بها عند تنفيذ العمل المطلوب، و يترتب على ذلك أنه لا ضرورة لأن تكون هذه السلطة مقررة بمقتضى عقد بين التابع و المتبوع لأن مناطها هو وجود السلطة الفعلية في التوجيه و الرقابة ، و تقوم أيضا التبعية حتى و لو لم يكن التابع يتقاضى أجرا من المتبوع بأن كان يعمل تطوعا مثلا ، و لا يشترط لقيام هذه الرابطة أن يكون العمل الذي يقوم به التابع دائما ، بل يكفي أن يكون مؤقتا و لو ليوم واحد لتحقق رابطة التبعية مادام أن هذا العمل يتم بموجب سلطة فعلية يمارسها المتبوع على تابعه في إصدار تعليمات العمل وفي رقابة و توجيه هذا التابع أثناء تأدية العمل.

ثانيا : وجود عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع.

وحتى تقوم رابطة التبعية ينبغي أن يقوم التابع بعمل معين لحساب شخص المتبرع ، كما إذا كلف معلم الحرفة أحد الممتهين بالقيام بعمل معين تحت إشرافه و توجيهه قامت علاقة التبعية بالنسبة لهذا العمل ، و أمكن مساءلة معلم الحرفة بصفته متبوعا عن أعمال تابعه غير المشروعة ، وهذا ما يميز مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه عن مسؤولية متولي الرقابة حيث تقوم في الحالة الأولى مسؤولية متولى الرقابة عن أعمال الخاضع للرقابة حيث فيها لمعلم الحرفة سلطة الرقابة على المهنيين ، و لكن ليس في عمل محدد ، و أما في الحالة الثانية فنقوم مسؤولية معلم الحرفة على أساس مسؤولية المتبوع(1) .

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق، ص357.

الفرع الثاني : الشرط الثاني

(وقوع فعل غير مشروع من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها) .

ونعرض هذا الشرط في صورتين :

أولاً : وقوع الخطأ في حال تأدية الوظيفة .

ووفقاً لهذه الصورة ، فإنه يجب أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ أثناء قيامه بعمل من أعمال وظيفته ، ومن التطبيقات اعتبر القضاء أن الضرر الناتج عن استعمال الوكالة المصادق عليها من كاتب العدل على توقيع مزور للمدعي نتيجة إهماله وتقااعسه عن القيام بواجبات الوظيفة التي تقضي منه التحقق من هوية وشخص الموقع ضرراً ناشئاً عن خطأ موظف أثناء تأدية الوظيفة ، و بالتالي تكون الإدارة مسؤولة بالضمان عن أخطاء موظفيها التي يرتكبونها أثناء الوظيفة (1) ، ومثال ذلك أيضاً قيام مسؤولية إدارة المستشفى في تعويض المريض عن الضرر الذي لحق به (كفقدته أحد أعضاء جسده) نتيجة الخطأ الذي صدر من الطبيب ، ومن ذلك أيضاً مسؤولية الدولة عن ضرر ألحقه أحد الجنود ببيت شخص أثناء قيادته للسيارة العسكرية ، وذلك على أساس مسؤولية المتبوع (الدولة) عن أعمال موظفيها (التابع) أثناء تأدية الوظيفة (2) ، و مثال ذلك أيضاً قيام مسؤولية مالك السيارة عن الضرر الذي يسببه سائقها أثناء تأديته لوظيفته وهي نقل مالك السيارة (رب العمل) من و إلى مكان عمله أو أي مكان تقتضيه طبيعة العمل .

ثانياً : و وقوع الخطأ بسبب الوظيفة .

و في هذه الصورة لا يقع الخطأ أثناء تأدية الموظف لوظيفته و إنما بسببها، أي أن الخطأ الذي صدر من الموظف ما كان ليقع لولا الوظيفة ، فإذا ما ثبت أن الشخص (التابع)

(1) يوسف محمد عبيدات ، (تميز أردني حقوق رقم 90/680 لسنة1990)، المرجع السابق، ص359.

(2) المرجع نفسه،(تميز أردني حقوق رقم 82/326 لسنة1982)، ص359.

ما كان بإمكانه أن يرتكب الخطأ لولا الوظيفة ، تقوم مسؤولية المتبوع بتعويض الضرر الذي لحق الغير ، و لا يشترط أن يكون المتبوع على علم بالخطأ الذي يقع من تابعه حتى يسأل عن تعويض ضرر الغير ، ومثال ذلك مسؤولية الدولة عن فعل إحدى حراس المدارس الذي ترصد لمدير المدرسة بقصد قتله لاعتقاده أنه يضطهده في عمله ، و فعلا قام بقتله أثناء خروجه من المدرسة بعد تظاھره أنه يريد مرافقته الى سيارته احتراماً كرئيس له في عمله ، فهذا الحارس ما كان ليقدم على ارتكاب الخطأ وهو القتل لولا وظيفته ، وعليه تقوم مسؤولية المتبوع (الدولة) عن أعمال تابعها (الحارس) في هذه الحالة (1) .

ثالثاً : وقوع الخطأ بمناسبة الوظيفة .

ويكون الخطأ قد وقع بمناسبة الوظيفة إذا لم يكن هنالك علاقة سببية مباشرة بين الفعل و الوظيفة ، بحيث أن الخطأ كان سيقع بغض النظر عن وظيفة مرتكبه ، بمعنى أن الوظيفة لا تكون ضرورية لوقوع الخطأ و إنما يقتصر دورها على تسيير ارتكاب الخطأ أو المساعدة عليه أو تهيئة الفرصة لارتكابه ، ومثال ذلك قيام سائق سيارة بدهس خصمه الذي يظهر له الحقد ، و يتوعده بذلك منذ زمن حتى جاءت الفرصة للقيام بذلك ، وهو يقود سيارة رب عمله ففي هذه الحالة لا يسأل المتبوع (رب العمل) عن فعل تابعه (السائق) غير المشروع إذ أن هذا الفعل لم يتم بسبب الوظيفة حيث أنه كان سيتم سواء بدهسه هذه السيارة أو باتباع أي طريقة أخرى لتنفيذ السائق وعيده بخصمه، و الأمثلة كثيرة وكلها تثبت عدم مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه بمناسبة الوظيفة ، وهو ما نصت عليه أغلب التشريعات المدنية ، لذلك نعتقد أن الأصح بالنسبة للقانون المدني الجزائري هو التمسك بما ورد في النصوص القانونية العربية الأخرى ، فلا يسأل المتبوع إلا إذا كان التابع قد ارتكب الخطأ أثناء تأديته وظيفته فعلا أو تكون الوظيفة هي السبب الرئيسي في ارتكابه ، فلولاها ما استطاع أن يرتكبه أو يفكر في ارتكابه ، هذا وقد اختلفت الآراء حول الأساس الذي تقوم

(1) يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق ، ص ص359-360.

عليه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ، ويعتبر الرأي الذي أقامها على أساس فكرة الضمان أو الكفالة أقرب الآراء إلى نص المادة 136 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية- المذكورة سابقا، حيث يعتبر المتبوع ضامنا لما يقع من تابعه من أفعال غير مشروعته أثناء قيامه بوظيفته أو بسببها، وتجزيز ذات المادة رجوع المتبوع على تابعه ، كما أن مسألة المتبوع لا تعني بالضرورة عدم مسؤولية التابع عن تعويض الضرر الذي ألحقه بالغير، فإن تعذر فعلا الحصول على التعويض من التابع، فإن للمحكمة المختصة السلطة في إقامة مسؤولية المتبوع على أن لهذا الأخير حق الرجوع على التابع بما دفع من تعويض إلى المتضرر، وفي حالة رجوعه على التابع فإن المتبوع لا يكلف بإثبات مسؤولية التابع لأن مسؤوليته هي احتياطية يلجأ إليها عند عدم إمكانية مسائلة التابع عن خطئه، وبما أن المتبوع يسأل عن التعويض بطريق التضامن مع التابع ، فإنه لا يستطيع التخلص من مسؤوليته بأي حال ويظل مسؤولا ولو كان غير مميز⁽¹⁾.

وفيما يلي نأتي إلى بيان النوع الثالث والأخير من أنواع المسؤولية التقصيرية وهي المسؤولية الناشئة عن الأشياء ، ندرس أحكامها ضمن المبحث الموالي.

المبحث الثالث: المسؤولية الناشئة عن الأشياء

إن الإنسان لا يسأل عن فعله الشخصي وعن فعل الغير فحسب، بل يسأل أيضا عما تسببه الأشياء من أضرار للغير، ويعود إقرار المسؤولية عن الأشياء من أضرار للغير إلى القانون الروماني، وقد ذكر "جوستينيان" في كتابه "الأحكام القانونية (المدونة)" بعض حالات الالتزام الشبيهة بالجرائم، والتي يلزم فيها المسؤول بدفع غرامة إلى المتضرر منها :

- سقوط شيء من دار و إلحاق ضرر بالمارة ، فإن مالك الدار أو مستأجرها أو قاطنها مجانا، يترتب عليه التزام منشؤه شبه الجريمة و يقرر عليها الجزاء.

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص ص 362-363.

- تعليق أحد شيئا خارج الدار يمكن أن يؤدي سقوطه إلى إلحاق الضرر بالمارة، وعندها يكون المعلق مسؤولا ويقرر عليه الجزاء، فالقانون الروماني يلزم المرء بغرامة تدفع عن الضرر الذي تحدثه الأشياء التي يملكها لافتراض الخطأ في جانبه، غير أن هذه الغرامة لا تحمل معنى التعويض بقدر ما تحمل معنى العقوبة⁽¹⁾.

غير أن المسؤولية عن الأشياء منذ القرن السابع عشر بدأت تستقل شيئا فشيئا عن المسؤولية الجنائية ، وتقوم على أساس الخطأ في جانب المسؤول، وتناول المشرع الجزائري المسؤولية الناشئة عن الأشياء في المواد من 138 إلى 140 مكرر 1 من القانون المدني وأولاها ما تستحقه من الدراسة بما يتناسب وأهميتها في الوقت الحاضر، فتناول في المادة 138 المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية، ثم تناول المسؤولية الناشئة عن فعل الحيوان في المادة 139 من القانون المدني، وعالج في المادة 140 و140 مكرر كل من المسؤولية الناشئة عن تهدم البناء.

وتتص المادة 138 من القانون المدني الجزائري على أن: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء. ويعفى من المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه، مثل عمل الضحية، أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة." ويتبين من نص المادة 138 أن هناك شروط ثلاثة يجب توافرها لكي تتحقق المسؤولية عن الأشياء هي وجود شيء ، وأن يتدخل الشيء في إحداث الضرر ، وأن يكون الشيء الذي سبب الشيء الضرر تحت حراسة الحارس.

(1) محمود جلال حمزة ، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1988، ص 59.

وقد أورد المشرع الجزائري ثلاث صور لمسؤولية الحارس عن الأشياء في المواد من 139 وما يليها من القانون المدني هي مسؤولية حارس الحيوان ، ومسؤولية حارس البناء، ندرسهما بنفس الترتيب في المطلبين الأول والثاني ، أما المطلب الثالث فندرس أنواع متفرقة أخرى للمسؤولية .

المطلب الأول: مسؤولية حارس الحيوان

تنص المادة 139 من القانون المدني الجزائري على أن: " حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان سبب لا ينسب إليه."

ويتبين من نص هذه المادة أنه يشترط لقيام مسؤولية حارس الحيوان أن يتولى شخص حراسة حيوان وأن يحدث الحيوان ضرر للغير، نبين هذين الشرطين في ما يلي:

الفرع الأول : الشرط الأول (أن يتولى شخص حراسة حيوان)

وتعنى الحراسة السيطرة الفعلية التي تكون للشخص على الحيوان في الرقابة والتوجيه والتصرف في أمره، ولذلك لا يشترط أن يكون الشخص حارس الحيوان مالكا له، إذ أنه قد يكون غير مالك كالمستعير أو المستأجر طالما تحققت له السيطرة الفعلية على الحيوان⁽¹⁾.

إلا أن الأصل أن حارس الحيوان هو مالكه، ولذلك لا يكلف المتضرر بإثبات أن مالك الحيوان هو حارسه ، بل أن المالك هو الذي يقع عليه عبء إثبات أنه لم يكن حارسا للحيوان وقت وقوع الضرر للغير برضاه أو رغما عنه، فقد تنتقل الحراسة برضا مالك الحيوان كسائق المالك أو خادمه أو المستأجر أو المستعير، حيث يعتبر هذا مسؤولا عن فعل الحيوان الضار طالما انتقلت إليه السيطرة الفعلية على هذا الحيوان، كما قد تنتقل الحراسة إلى شخص آخر بدون رضاه المالك كالمسارق مثلا، وعليه يكون هذا الشخص

(1) يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق ، ص 364.

مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه الحيوان، فالمسؤولية تدور مع السيطرة الفعلية على الحيوان وجوداً أو عدماً⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الشرط الثاني (أن يحدث الحيوان ضرراً للغير)

إذ يتعين لقيام مسؤولية حارس الحيوان أن يلحق الحيوان ضرراً بالغير ، بمعنى آخر أن يقع الضرر بفعل الحيوان ، فإذا ما أعطى صاحب كلب إشارة لكلبه بالهجوم على شخص مما أصابه بالضرر ، يكون الضرر قد وقع بفعل حارس الحيوان وليس الحيوان ، وبالتالي تنطبق قواعد المسؤولية عن الفعل الشخصي⁽²⁾.

ويستوى أن يقع فعل الحيوان أو تدخله في إحداث الضرر عن طريق الاتصال المادي بالمضروب كتمكن كلب من الافلات رغماً عن حارسه ويعتدى على الغير و يصيبه ببعض الأذى، أو يعتدي على مال الغير فيتلفه أو يعتدي على حيوان آخر مملوك للغير ، ويمكن أن يقع الضرر بدون ملامسة كهرب حسان أو فيل من مالكة ليصيب أحد المارة بذعر فيسقط على الأرض ويصاب ببعض الأضرار في جسده، ولكن يشترط حتى تتحقق مسؤولية حارس الحيوان عن هذه الأفعال أن يثبت المتضرر تقصير أو تعدي هذا الحارس، وهذا ما يعني أن يثبت المتضرر أن الحارس قد قصر بواجب الحراسة ، أي بالسيطرة الفعلية على الحيوان في توجيهه وفي رقابته، ومعيار ذلك هو سلوك الرجل المعتاد⁽³⁾.

وعليه و حتى تقوم مسؤولية حارس الحيوان يجب على المتضرر اثبات تقصير الحارس في واجب رقابة وتوجيه حيوانه، وعلى الحارس اثبات عدم التقصير إذا أراد التخلص من هذه المسؤولية ، ويستطيع القيام بذلك بإقامة الدليل على أن الضرر سبب أجنبي لا يد له فيه.

(1) يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق ، ص 364.

(2) المرجع نفسه ، ص 365.

(3) المرجع نفسه ، ص 365.

المطلب الثاني: مسؤولية حارس البناء

تنص الفقرة الثانية من المادة 140 من القانون المدني الجزائري على أن: "... مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة ، أو قدم في البناء ، أو عيب فيه."

وتنص الفقرة الثالثة من المادة 140 من القانون المدني الجزائري على أن:

" ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باستخدام خادمه يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر ، فإن لم يقم المالك بذلك، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه.

ويتبين من النصوص أعلاه أن القانون يتطلب لتحقيق مسؤولية حارس البناء توفر شرطين هما: أن يكون هناك حراسة بناء وأن يحدث الضرر نتيجة تهمد البناء ، نبين محتواهما في ما يلي:

الفرع الأول : الشرط الأول (أن يكون هناك حراسة بناء)

وتعنى حراسة البناء (*) أن يكون لشخص السيطرة الفعلية على البناء، من حيث حفظه وصيانته والتصرف في شأنه ، والأصل أن تكون الحراسة للمالك ما لم يقيم الدليل على أن الحراسة كانت لغيره وقت حدوث الضرر، ولكن قد تنتقل الحراسه إلى غير مالك البناء كما هو الحال عند تقرير حق عيني على البناء يقتضي نقل حيازة البناء من المالك الى شخص آخر كالدائن المرتهن رهنا حيازيا حيث تنتقل له حيازة الشيء المرهون عادة، وكذلك يبقى

* يقصد بالبناء كل ما هو عقار بطبيعته يصرف النظر عن المواد المستخدمة في تشييده، على أن يكون البناء المشيد متصلا بالأرض اتصال قرار بفعل الأنسان سواء أكان لمدة طويلة أو مؤقتة .

بائع العقار حارسا للبناء مادام أنه لم يسلم البناء إلى المالك الجديد وهو المشتري، كما يعد المقاول حارسا للبناء الذي يقوم ببنائه حتى يسلمه الى المالك.(1)

الفرع الثاني: الشرط الثاني (أن يحدث الضرر نتيجة تهمد البناء)

وحتى يكون الحارس ضامنا للضرر الحاصل للغير، يجب أن يكون سبب هذا الضرر هو تهمد بناء كله أو بعضه.

هذا ويشترط لتحقيق مسؤولية حارس البناء عن الضرر الذي سببه للغير أن يثبت تقصير أو تعدي هذا الحارس، ويكون الحارس مقصرا عند عدم اجراء الصيانة اللازمة للبناء، فمثلا قد يثبت أن التمديدات الكهربائية كان بها عيب ويعلم المالك به وبخطورته على المبنى، إلا أن المالك يهمل ذلك حتى ينهار المبنى بسبب حريق أحدثته صدمة كهربائية مفاجئة.(2)

المطلب الثالث: المسؤولية عن الحريق والمسؤولية عن المنتج

تنص المادة 140 من القانون المدني على أن: " من كان حائزا بأي وجه كان لعقار أو جزء منه أو منقولات حدث فيها حريق لا يكون مسؤولا نحو الغير عن الاضرار التي سببها هذا الحريق إلا إذا ثبت أن الحريق ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول عنهم."

و تنص المادة 140 مكرر من ذات القانون على أن: " يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية .

يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لاسيما المنتج الزراعي والمنتج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البحري والطاقة الكهربائية."

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 366.

(2) المرجع نفسه ، ص 368.

الفرع الأول: مسؤولية حائز العقار أو المنقولات عن أضرار الحريق

إذ يتضح من نص المادة 140 أعلاه، أن أساس المسؤولية هو الحيابة بأي صفة ، والحائز للمنقولات قد يكون مالكا أو مستأجرا أو مستعيرا أو مودعا لديه، فإن هذا الحائز لا يسأل عن الأضرار التي يسببها حدوث حريق في العقار، أو المنقولات التي في حيازته للغير إذا كان هذا الحريق قد نشأ نتيجة لخطئه أو لخطأ من يسأل عنهم.

فالقانون يلزم المضرور من نتائج الحريق، اثبات خطأ حائز العقار أو المنقولات أو خطأ من يسأل عنهم كأبنائه أو تابعيه وأن هذا الخطأ تسبب في نشوب الحريق، كما يلاحظ أن الحيابة لا يلزم أن تكون مشروعة، فقد يكون الحائز غير مستند في حيازته إلى حق مشروع، كما في حالة سارق المنقول أو مغتصب العقار⁽¹⁾.

غير أن الحريق الذي ينشب في عقار مستأجر، فإن المستأجر يكون مسؤولا عن الأضرار التي يسببها هذا الحريق، ويفترض خطؤه افتراضا غير قابل لإثبات العكس لأن المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية عقدية طبقا لنص المادة 496 من القانون المدني الجزائري، فلا يستطيع نفي مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي، وفي حالة تعدد المستأجرين لعقار وشب حريق دون معرفة الجزء الذي شب فيه فيسأل جميع المستأجرين عن الأضرار كل بنسبة الجزء الذي يشغله من العقار ، وكذلك المؤجر إذا كان يشغل جزءا منه⁽²⁾.

الفرع الثاني: مسؤوليه المنتج عن منتوجاته

و حسب نص المادة 140 مكرر أعلاه، حتى تتحقق مسؤولية المنتج لابد أن يصيب الضرر الغير بسبب عيب في المنتج هو منتجه، ولو لم تربط هذا الغير مع المنتج علاقة تعاقدية.

(1) محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني (الجزء الثاني) ، المرجع السابق ، ص ص 238-239.
(2) المرجع نفسه ، ص 239.

وجاءت المادة 140 مكرر خالية من تعريف المنتج، فقد اكتفى المشرع بمساءلة المنتج مدنيا عن الأضرار الناجمة عن عيب في منتجاته، فهو ملزم بضمان أمن وسلامة المستهلك أما بالنظر إلى أنواع المنتجات التي أشارت إليها الفقرة الثانية من المادة 140 المذكورة سابقا، فقد يكون المنتج مزارعا أو مربيا للمواشي أو صناعيا أو صيدليا ، ويشترط لقيام مسؤوليته الشروط الآتية:

أولا: أن يكون العيب في المنتج

و يقصد بالعيب ، الخلل في المنتج بحيث يجعله غير صالح للاستعمال أو يجعله يشكل خطر على المستهلك في حالة استعماله ، وبالتالي يقدر العيب بالنظر الى انعدام السلامة وليس بالقدرة على الاستعمال ، فإذا كان المنتج غير معيب فإن عناصر المسؤولية لا تتحقق، أو إذا أساء المستهلك استعمال هذا المنتج أو انتهت مدته صلاحيته ومع ذلك استعمله فإنه يتحمل تبعات ذلك ونكون هنا أمام خطأ المضرور ذاته.

ثانيا: وقوع الضرر بسبب العيب

أي تحقق علاقة سببية بين الضرر والعيب في المنتج ، فكان العيب هو السبب المباشر الذي أدى إلى حصول الضرر بحيث لولاه لما تضرر الضحية.

ثالثا: المسؤول هو المنتج

وهو الشرط الذي بدأت به المادة 140 مكرر من القانون المدني، غير أن الملاحظ غياب تعريف للمنتج عكس مصطلح المنتج الذي عرفه في الفقرة الثانية من ذات المادة. كما أن مسؤوليه المنتج تقوم على أساس الضرر الناتج عن الاخلال بالالتزام الذي يفرضه القانون، ومضمونه عدم الاضرار بالغير ، فبمجرد إثبات العيب في المنتج ، والضرر ووجود علاقة سببية بين العيب والضرر تقوم مسؤولية المنتج ، فإذا أثبت خطأ الضحية بأن

استعمل المنتج عكس نشرته الخاصة بكيفية الاستعمال أو استعمله بعد انتهاء الصلاحية هنا تنتفي مسؤولية المنتج.

وبعد الانتهاء من المصدر الثالث للالتزام و أحكامه ننتقل في الفصل الموالي لبيان أحكام الفعل النافع كمصدر تابع للالتزام .

الفصل الثالث: الفعل النافع (الإثراء بلا سبب)

إن الفعل النافع أو الإثراء بلا سبب مصدر للالتزام عندما يؤدي شخص عملا من شأنه أن يثري ذمة شخص آخر دون سبب قانوني وأن يفقر ذمته، فيلتزم عندها الشخص المثرى أن يرد للشخص المفتقر قيمة ما أثري به، وفي حدود ما لحق المفتقر من خسارة، و هو ما نصت عليه المادة 141 من القانون المدني: " 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."

كما نصت المادة 142 من ذات القانون على أن: " تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه ملاحقته الخسارة بحقه في التعويض، و تسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشر سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق."

ومن النصوص القانونية أعلاه، نقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين، نعرض أحكام الإثراء بلا سبب في المبحث الأول، و نبين أهم تطبيقاته الواردة في القانون المدني الجزائري في المبحث الثاني.

المبحث الأول: أحكام الإثراء بلا سبب

نتعرض في هذا المبحث لشروط تحقق الإثراء بلا سبب في المطلب الأول، ثم لأحكام رفع دعوى الإثراء بلا سبب في المطلب الثاني ، وهو كالاتي بيانه:

المطلب الأول : شروط تحقق الإثراء بلا سبب

وفقا لنصي المادتين 141 و 142 من القانون المدني-أعلاه- يشترط لتحقيق الإثراء بلا سبب ثلاثة شروط وهي: أن يتحقق إثراء لشخص، و أن يتحقق افتقار لشخص ، وأن لا يكون هنالك أسباب لهذا الإثراء ، نعرضها ضمن الفروع الآتية:

الفرع الأول: الشرط الأول (أن يتحقق إثراء للمدين)

ويقصد بإثراء المدين تحقيق مصلحة مادية أو معنوية يمكن تقديرها بالمال⁽¹⁾، ولذلك يعتبر إثراء هذا المدين مصدر التزامه بحيث لو لم يتحقق مثل هذا الإثراء لما تحقق الإثراء بلا سبب كمصدر للالتزام، فلو قام شخص بوفاء دين عن شخص آخر ثم تبين أن هذا الدين كان قد تم الوفاء به مسبقا لما كنا بصدد إثراء بلا سبب لعدم تحقق إثراء في جانب الموفي عنه⁽²⁾.

وقد يكون الإثراء بلا سبب ايجابيا فيتحقق بإضافة قيمة مالية الى ذمة المثرى (المدين) أو بالحصول على منفعة كالتحسينات والإصلاحات التي يجريها المستأجر في المأجور ، حيث تؤدي إلى إثراء ذمة المؤجر، أو بالإفادة عن عمل المفتقر (الدائن) كالعامل الذي يقوم به الميكانيكي أو تصميم بناء لمهندس معماري ، حيث يؤدي هذا العمل الى إثراء صاحب السيارة أو مالك البناء على التوالي⁽³⁾.

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 382.

(2) المرجع نفسه ، ص 382.

(3) المرجع نفسه ، ص ص 382-383.

كما قد يكون الإثراء بلا سبب سلبيا فيتحقق اذا كان العمل المؤدى قد أدى إلى انقاص ديون المثرى كأن يقوم شخص بسداد دين عن آخر، حيث في هذه الحالة يكون الشخص الأخير قد أثري بمقدار ما نقص من ديونه أو أن يؤدي العمل الى تجنب المثرى خسارة محققة كمن يستخدم متاعا له ليطفئ حريقا شب في منزل جاره.

والأصل أن يكون مباشر بانتقال مال أو منفعة يمكن تقويمها بالمال مباشرة من ذمة المفترق إلى ذمة المثرى كسداد الدين أو انتفاع المثرى في منزل لغيره دون دفع أجرة، حيث يكون المثرى في هذه الحالة قد أثري بفعله و ليس بفعل المفترق ، كما في الحالة الأولى (سداد الدين) ، أما إذا تدخل عنصر ثالث في نقل المال أو المنفعة من ذمة المفترق الى ذمة المثرى يكون الإثراء قد تم بطريقة غير مباشرة كقيام مقاول بالبناء على أرض مملوكة لآخر بمواد مملوكة لشخص ثالث(1).

الفرع الثاني: الشرط الثاني(أن يتحقق افتقار للدائن)

وحتى يتحقق الإثراء بلا سبب ، لابد أن يكون قد حصل افتقار في الذمة المالية للدائن ، فلو أثري شخص دون أن يتحقق افتقار لشخص آخر لما كنا بصدد إثراء بلا سبب، فالشخص الذي ينشئ مصنعا في مكان ما، لا يحق له مطالبة أصحاب الأراضي المجاورة الذين ارتفعت قيمة أراضيهم ذلك بقيمة ما أثروا به لعدم توفر افتقار في جانبه ، فالقاعدة هي وجود إثراء يترتب عليه افتقار مقابل حتى يترتب الالتزام بالرد، على أن هذا أيضا يكفي بل لابد من وجود علاقة سببية بين الإثراء والافتقار، أي أن افتقار شخص هو الذي أدى إلى إثراء الآخر(2).

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 383.

(2) المرجع نفسه، ص 383.

الفرع الثالث: الشرط الثالث (عدم وجود سبب للإثراء)

إذ يرتكز مبدأ الإثراء بلا سبب على عدم وجود سبب قانوني لانتقال المال من ذمة المفترق إلى ذمة المثري ، والسبب الذي يؤدي إلى إثراء الشخص قد يكون مصدره العقد فيخرجه من نطاق الإثراء بلا سبب ويصبح الالتزام عقدياً، أو قد يكون سبب الإثراء الاتفاق أو حكم من أحكام القانون أو كذلك التقادم المكسب فكلها تعد مانعاً لسماع دعوى الإثراء بلا سبب.

وإذا توافرت الشروط الثلاثة أعلاه، جاز للمفترق رفع دعوى الإثراء بلا سبب واسترداد ما دفع، كما سنبينه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: أحكام رفع دعوى الإثراء بلا سبب

تخضع دعوى الإثراء بلا سبب لجملة من القواعد أهمها:

1- للمفترق حق رفع دعوى الإثراء بلا سبب مطالباً المثري برد قيمة ما أثري به ، و لا يتطلب القانون أهلية معينة في المثري (المدعى عليه) فيصح أن يكون غير مميز، وكذلك الحال بالنسبة للمفترق، فكل من كسب ولو غير مميز مالا بدون مبرر قانوني على حساب شخص آخر يلزم برد قيمة ما أثري به، فإذا رفعت الدعوى فلا يجوز للمفترق أن يطالب بأكثر من ما لحقه من خسارة أي في حدود ما حصل له من افتقار سواء أكان ذلك افتقار نقدي أو غير نقدي كعمل أو مجهود ذهني (1).

2- هذا ويقدر التعويض بقيمة الافتقار و ليس بقيمة الإثراء، وبما أن هدف دعوى الإثراء بلا سبب هو إزالة الضرر، فإنه يكفي رفع الافتقار لتحقيق ذلك بغض النظر عن قيمة الإثراء، وقد يأخذ التعويض عن الافتقار صورة مبلغ نقدي أو رد عين معينة.

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص386.

أما لو كانت قيمة الافتقار أكثر من قيمة الإثراء عندها لا يستطيع المفتقر أن يطالب بأكثر من قيمة الإثراء.

3- يختلف تقدير الإثراء بحسب الظروف، فإذا كان الإثراء مبلغا من النقود فإن قيمة الإثراء تقدر بهذا المبلغ بغض النظر عن ارتفاع أو انخفاض قيمة النقود، أما لو كان الإثراء يتمثل بتحسينات استحدثتها المفتقر في مال المثرى كإجراء بعض الترميمات فتقدر قيمة الإثراء بمقدار ما زاد في هذا المال وقت استحداثها .

و إذا كان الإثراء عبارة عن منفعة فتقدر قيمتها بأجر المثل وقت الحصول عليها.

وإذا كان الإثراء عبارة عن خدمة أو عملا قام به المفتقر لصالح المثرى كقيام المهندس المعماري بوضع تصميم لبناء أو الميكانيكي بإصلاح سيارة لصاحبها ، فعندها يقدر الإثراء بقدر الفائدة التي عادت على المثرى من وراء هذه الخدمة أو العمل، وكذلك الحال بالنسبة لتقدير قيمة الافتقار.

4- وفقا لنص المادة 142 من القانون المدني المذكورة سابقا، فإن دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب تسقط بمرور عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المفتقر بحقه في الرجوع على المثرى، و تتقادم الدعوى في كل الأحوال بمرور خمسة عشر سنة من نفس اليوم- أي يوم نشوء حق المفتقر في الرجوع على المثرى-، فإذا كان مثلا المفتقر قد علم بحقه بعد مرور ثلاثة عشر سنة، فإن في هذه الحالة تسقط الدعوى بمضي سنتين من يوم العلم بالحق فلا يعطى مدة عشر سنوات المقررة في القانون على أساس أن الدعوى تتقادم بمرور خمسة عشر سنة من تاريخ نشوء الحق.

وبهذا ننهي أهم أحكام الإثراء بلا سبب لنخصص المبحث الثاني الموالي لنعرض أهم تطبيقات الفعل النافع في القانون المدني الجزائري.

المبحث الثاني: تطبيقات الإثراء بلا سبب

إن القانون المدني الجزائري وبعد عرضه للقاعدة العامة للإثراء بلا سبب، كما بينها اعلاه، أورد تطبيقين هامين لنظرية الإثراء بلا سبب هما :

الدفع غير المستحق و ذلك من المادة 143 إلى المادة 149 منه، والفضالة من المادة 150 الى المادة 159 من القانون المدني، نعرض أحكامهما في مطلبي هذا المبحث على التوالي:

المطلب الأول: الدفع غير المستحق

تتص المادة 149 من القانون الجزائري على أن: " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده غير أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم بأنه غير ملزم بما دفعه إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء."

وعليه يقصد بدفع غير المستحق قيام شخص يسمى (الموفى) بدفعتين يظن أنه ملزم بدفعه إلى شخص آخر يسمى (الموفى له)، مع أنه في الحقيقة غير ملزم بذلك، وبتطبيق قواعد الإثراء بلا سبب على هذه الحالة يكون (الموفى هو المفتقر)، و (الموفى له هو المثرى) الذي يثرى على حساب الموفى ، ولذلك ينشأ في ذمته التزام برد ما قبض.

وندرس أحكام الدفع غير المستحق، ببيان شروطه و أهم أحكامه كما يلي:

الفرع الأول: شروط الدفع غير المستحق

يشترط لقيام التزام الموفى له برد ما قبض إلى الموفى أن يتم الوفاء بدين غير مستحق وقت الوفاء ، وأن يعتقد الموفى بوجود التزام عليه بدفع الدين.

أولاً: يجب أن يتم الوفاء بدين غير مستحق وقت الوفاء

إذ يجب أن يكون هناك وفاء يصدق عليه صفة التصرف القانوني ، ولذلك لا يشترط أن يكون الوفاء مباشرا ، بل قد يكون تصرفا يعادل الوفاء كالمقاصة أو أي طريقة أخرى، في حاله عدم وجود مثل هذا الوفاء تطبق القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب⁽¹⁾، - كما بينها سابقا.

ويجب أن يكون الوفاء بدين غير مستحق على الموفي، ويكون كذلك في الحالات التالية⁽²⁾:

1- حالة عدم وجود الدين أصلا:

ويكون كذلك إذا ظن الموفى وجود الدين ثم اتضح له عدم وجوده كالوارث الذي يدفع دين على تركة مورثه، ثم يتبين عدم وجوده أو إذا كان الدين مصدره عقد باطلا أو دين طبيعيا لا يجبر على دفعه ، أو إذا كان الدين غير مستحق وقت الوفاء كان قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء كالإبراء أو المقاصة ، وهو ما أشارت إليه المادة 144 من القانون المدني.

2- حالة وجود الدين ولكنه غير مستحق:

إذ يعتبر وفاء بدين غير مستحق إذا ما قام الموفي بدفع دين لم يستحق بعد، كما لو كان معلقا على شرط، مقام الموفى بدفعه قبل تحقق الشرط، أو كان مؤجلا وقام الموفى بالوفاء به قبل حلول الأجل، وهو ما أشارت إليه المادة 145 من القانون المدني الجزائري.

3- حالة ما إذا كان الدين مستحق الوفاء ثم زال بعد ذلك:

كما إذا فسخ العقد، فإن المتعاقدين يعودان إلى الحالة التي كانا عليها وقت التعاقد، وعليه فللموفى الحق في استرداد ما وفى به لزوال سبب الدين، وكذلك الحكم بالنسبة للدين المعلق على شرط فاسخ عند تحقق الشرط.

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 392.

(2) المرجع نفسه ، ص ص 392-393.

ثانيا: أن يعتقد الموفي بوجود التزام عليه بدفع الدين

وحتى يقوم التزام الموفى له بالرد يجب أن يثبت الموفى أنه وفى بالدين ظانا أنه واجب عليه، أما إذا كان يعلم بأنه غير ملزم بما دفعه، فليس له استرداد ما دفع لأنه يعتبر أنه قد أدى الدين متبرعا أو بهدف سداد دين عن شخص آخر.

الفرع الثاني: أحكام الالتزام برد غير المستحق

إن رد غير المستحق يخضع للأحكام الهامة الآتية:

أولا: يفرق المشرع الجزائري بين الموفى له حسن النية و الموفى له سيء النية في بيان مدى حق الموفى في استرداد ما دفع، فنصت في ذلك المادة 147 من القانون المدني على أن: "إذا كان من تسلم غير مستحق حسن النية فلا يلزم أن يرد إلى ما تسلم. أما إذا كان سيء النية فإنه يلزم أيضا برد الأرباح التي جناها، أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء، أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية. وعلى أي حال يلزم من تسلم غير المستحق برد الثمرات من يوم رفع الدعوى."

ثانيا: سقوط حق الموفى في استرداد ما دفع ، إذ يسقط حق الموفى في استرداد ما سلم إلى الموفى له في حالتين هما:

1- حالة تجرد الموفى له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته وهو ما نصت عليه المادة 146 من القانون المدني الجزائري بقولها: " لا محل للاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية، قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه تسقط بالتقادم قبل المدين الحقيقي، ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء."

2- حالة سقوط حق الاسترداد بالتقادم ، و هو ما نصت عليه المادة 149 من القانون المدني بقولها: " 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، " وهو حكم مشترك لجميع أحوال الإثراء بلا سبب.

المطلب الثاني: الفضالة

و يقصد بالفضالة قيام شخص يسمى (الفضولي) بفعل نافع توجبه الضرورة عن قصد، ودون أن يكون ملزما بذلك لحساب شخص آخر يسمى رب العمل دون أمر الأخير، كأن يتولى شخص ترميم منزل آيل للسقوط يعود لجاره الغائب، و بذلك بموجب الفضالة يقوم الفضولي بتحقيق منفعة إلى رب العمل دون أن يكون لهذه المنفعة سبب وهذا هو الإثراء بلا سبب⁽¹⁾، لذلك تعد الفضالة إحدى تطبيقاته، وتنص المادة 150 من القانون المدني الجزائري على أن:

" الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزما بذلك ."

وتنص المادة 151 من ذات القانون:

" 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 ."

ونبين ضمن هذه الدراسة الشروط اللازمة لقيام الفضالة في الفرع الأول، وأحكام الفضالة في الفرع الثاني.

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق، ص399.

الفرع الأول: الشروط اللازمة لقيام الفضالة

يشترط لقيام الفضالة توفر ثلاثة شروط هي : أن يقوم الفضولي بفعل عاجل، وأن يكون عمل الفضولي لمصلحة رب العمل، وأن لا يكون الفضولي مأمورا من رب العمل بالقيام بالعمل، ونبين هذه الشروط فيما يلي:

أولاً: أن يقوم الفضولي بفعل عاجل توجبه الضرورة

وتوجب الضرورة القيام بالعمل إذا كان يجب القيام به بشكل عاجل خشية تفاقم الأضرار، وهذا يعني أن رب العمل كان سيقوم بالعمل الذي قام به الفضولي دون إبطاء لو وجد في نفس ظروف الأخير، فلا يكفي لتبرير الفضالة كون العمل يحقق الفائدة والنفعة لرب العمل ، هذا ويمكن أن تتحقق الفضالة وبالتالي يلتزم رب العمل اتجاه ما قام به الفضولي إذا ما كان الفضولي قد قام بالعمل بإذن من المحكمة أو كان العرف يقضي بالقيام به.

ثانياً: أن يكون عمل الفضولي لمصلحة رب العمل

ويجب لقيام الفضالة أن تتجه نية الفضولي إلى أن يعمل لمصلحة رب العمل ، أما إذا كان نيته القيام بالعمل لمصلحته الشخصية ثم اتضح أنه قام به لمصلحة الغير فلا تطبق أحكام الفضالة⁽¹⁾، كما إذا ما قام الموصي له بإجراء بعض الإصلاحات في الشيء الموصى به على أساس أنه يعمل لنفسه ثم اتضح بعد ذلك أن الموصي قد رجع في وصيته، فإن الموصى له لا يكون فضولياً في هذه الحالة، إلا أن القائم بالعمل وإن كان لا يستطيع الرجوع على رب العمل بدعوى الفضالة فإن له حق الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب عند توافر شروطها.

وقد تكون المصلحتان مرتبطتان (مصلحة الفضولي ومصلحة رب العمل)، ببعضهما البعض ارتباطاً لا يمكن معه تحقيق إحدهما دون الأخرى، فالشريك على الشيوع الذي يؤجر

(1) يوسف محمد عبيدات، (تميز أردني حقوق رقم 2004/2637 لسنة 2004)، المرجع السابق، ص401.

أو يجري بعض الإصلاحات العاجلة في العين المملوكة على الشيوع ليحقق مصلحته الشخصية إلى جانب مصلحة الشركاء الآخرين يبقى فضوليا بما قام به بالنسبة للشركاء الآخرين، فتطبيق أحكام الفضالة بذلك تدور وجودا وعدما مع توفر نية تحقيق مصلحة رب العمل، ولذلك يبقى الشخص فضوليا حتى ولو كان يعتقد أنه يعمل لحساب شخص معين ثم اتضح أنه يعمل لحساب شخص آخر إذ يكفي توافر نية العمل لمصلحة الغير⁽¹⁾.

ثالثا: أن لا يكون الفضولي مأمورا من رب العمل بالقيام بالعمل.

وحتى تتحقق الفضالة يجب أن لا يكون هناك التزام سابق على الفضولي بالقيام بالعمل لمصلحة رب العمل سواء أكان مصدر هذا الالتزام هو العقد كالوكالة أم كان مصدره القانون كما في حالة الولي أو الوصي أو القيم ، فإنه لا يكون فضوليا وإنما مؤديا لعمل واجب عليه.

كما أن رب العمل الذي علم بتدخل الفضولي ثم نهاه عن الاستمرار بالقيام بالعمل وقام الشخص بالتدخل و الاستمرار بالعمل رغم ذلك، فإننا لا نكون بصدد فضالة ، وإن كان للشخص الحق في الرجوع على رب العمل بدعوى الإثراء بلا سبب إذا ما عاد هذا الأخير النفع والفائدة، من عمل المتدخل وكانت قد توافرت شروط دعوى الإثراء .

فإذا تحققت هذه الشروط الثلاثة قامت التزامات في ذمة كلا الطرفين الفضولي و رب العمل ، وهو ما نبينه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: أحكام الفضالة

و نبين في هذا الفرع ما ترتبه الفضالة من التزامات في ذمة الفضولي ، وأخرى في ذمة رب العمل ، ثم نبحت أثر الموت وفقد الأهلية اللازمة في الفضالة.

(1) يوسف محمد عبيدات ، المرجع السابق، ص 402.

أولاً : التزامات الفضولي

يحدد القانون المدني التزامات الفضولي، وهي كالاتي:

1- المضي في العمل حتى يتمكن رب العمل من الاستمرار فيه.

وهو ما استند على نص المادة 153 من القانون المدني بنصها على أن: " يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك."

2- إخطار الفضولي رب العمل بتدخله

وهو ما استند إلى العبارة الأخيرة من نص المادة 153 أعلاه.

3- بذل عناية الشخص العادي في القيام بالعمل:

وهو ما استند على نص المادة 154 من القانون المدني بنصها على أن: " يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي، ويكون مسؤولاً عن خطئه، ومع ذلك فعلى القاضي أن ينقص مبلغ التعويض المترتب على هذا الخطأ، إذا كانت الظروف تبرر ذلك.

وإذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل الذي تكلف به أو ببعضه كان مسؤولاً عن تصرفات نائبه، دون اخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب.

وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية."

4- رد ما استولى عليه وتقديم حساب عما قام به

و هو ما استند على نص المادة 155 من القانون المدني بنصها على أن: "يلزم الفضولي

بما يلزم به الوكيل من رد ما تسلمه بسبب الفضالة ، وتقديم حساب ما قام به."

ثانيا: التزامات رب العمل

وقد نصت عليها المادة 157 من القانون المدني الذي تنص على أن: " يعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل، حتى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي، ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة ، وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وبتعويضه عن التعهدات التي التزم بها، ويرد النفقات الضرورية أو النافعة التي سوغتها الظروف، و بتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، ولا يستحق الفضولي أجرا على عمله إلا إذا كان العمل من أعمال مهنته." وعلى ضوء هذه المادة تتلخص التزامات رب العمل في:

- 1- أن ينفذ رب العمل للتعهدات التي عقدها الفضولي بإسمه ولمصلحه رب العمل ، لأن آثار التصرف من حقوق والتزامات تتصرف مباشرة إلى رب العمل، فيكون هو المسؤول عن تنفيذ الالتزامات التي أنشأها التصرف في مواجهة الطرف الآخر.
- 2- أن يعرض رب العمل الفضولي عن التعهدات التي التزم بها شخصيا ، أي التي عقدها بإسمه الشخصي ، فأثار التصرف تتصرف إليه من حقوق والتزامات في مواجهة الطرف الآخر ولذلك أعطى القانون الفضولي الحق في الرجوع على رب العمل لتعويضه عن ذلك.
- 3- أن يرد رب العمل النفقات الضرورية و النافعة دون أن يكون ملزما بدفع الأجرة، ويشترط عدم المبالغة من طرف الفضولي في صرف النفقات النافعة.
- 4- أن يعرض رب العمل الفضولي عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل.

ثالثا: أثر الموت والأهلية اللازمة في الفضالة

- 1- **أثر الموت:** تنص المادة 156 من القانون المدني الجزائري على أن: " اذا مات الفضولي التزم وراثته بما يلزم به ورثة الوكيل طبقا لأحكام المادة 589 فقرة 02.

وإذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزماً نحو الورثة بما كان ملزماً به نحو مورثهم."

ويظهر من نص المادة أنه إذا مات الفضولي يطبق نفس الحكم الذي يطبق في حالة وفاة الوكيل وهو انقضاء الفضالة، والتزام الورثة إذا كانوا كاملي الأهلية أن يخطرُوا رب العمل بموت مورثهم (الفضولي) واتخاذ التدابير للمحافظة على ما قام به مورثهم إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرة الأمر بنفسه.

أما إذا مات رب العمل فلا تنقضي الفضالة بل يلتزم الفضولي في مواجهة الورثة بصفته فضولياً.

2- الأهلية اللازمة في الفضالة: وبما أن الفضالة هي تطبيق لقواعد الإثراء بلا سبب فإنه لا يشترط أن يكون رب العمل مميزاً ولكن تبقى مسؤوليته كاملة، أما الفضولي فإنه يشترط أن تتوفر فيه الأهلية الكاملة للتصرف الذي يجريه باسمه أما إذا أجراه باسم رب العمل فيكفي أن يكون مميزاً، وهو ما استند إلى نص المادة 158 من القانون المدني بقولها:

" إذا لم يتوافر في الفضولي أهلية التعاقد فلا يكون مسؤولاً عن إدارته إلا بالقدر الذي أثير به، ما لم تكن مسؤوليته ناشئة عن عمل غير مشروع، أما رب العمل فتبقى مسؤوليته كاملة، ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد."

هذا وتسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه ، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشر سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق وهو ما قضت به المادة 159 من القانون المدني الجزائري.

وبانتهاء أحكام الفضالة نكون قد أنهينا الدراسة حول مصدر هام من مصادر الالتزام وهو الإثراء بلا سبب لنبين في الفصل الموالي الرابع والأخير من هذا الباب المصدر الأخير للالتزام في دراستنا وهو القانون.

الفصل الرابع: القانون كمصدر للالتزام

يعتبر القانون في دراستنا المصدر الأخير للالتزام ، وفي هذا تنص المادة 53 من القانون المدني جزائري على أن: "تسرى على الالتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيرها النصوص القانونية التي قررتها".

ويجب الإشارة أولاً إلى أن القانون يعتبر مصدر غير مباشر لكل الالتزامات التي أشرنا إليها سابقاً وهي العقد، والإرادة المنفردة والفعل غير المشروع والإثراء بلا سبب، أما الالتزامات التي يشير إليها نص المادة 53 أعلاه فهي تنشأ عن القانون مباشرة دون أن يستند في إنشائها إلى واقعة أخرى، ولذلك فإن القانون -و بنصوص خاصة- هو الذي يعين مدى الالتزام ويحدد مضمونه، ومن هذه الالتزامات التزامات الجوار اتجاه بعضهم البعض، والالتزام بالنفقة على أساس القرابة أو الزوجية، والالتزامات القانونية بدفع الضرائب سواء على العقار أو المنقول أو كسب العمل، فكل ما يميز هذه الالتزامات القانونية أنها تنشأ مباشرة من القانون وأنها تخضع للقواعد التي تنظم الالتزامات اللإرادية، ولذلك فإنه لا يشترط توافر أية أهلية في الملتزم، فالالتزام بدفع النفقة يقع على غير المميز كالمجنون كما يقع على كامل الأهلية.

كما أن الالتزامات القانونية لا تقتصر على فرع معين من فروع القانون، فقد نجد تلك الالتزامات في القانون الخاص، كما قد نجدها في القانون العام، لذلك فالقانون يعد مصدراً مباشراً لكثير من تلك الالتزامات وترجع له في نشوئها وتنظيمها وبيان مختلف أركانها وأحكامها.

المراجع و المصادر :

أولا : الكتب

1. أبو البصل عبد الناصر، دراسات في فقه القانون المدني الأردني ، (النظرية العامة للعقد) ، دار النفائس للنشر و التوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، 1999 .
2. أبو زهرة محمد ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي للطبع و النشر بيروت ، 1977.
3. أبو السعود رمضان ، مصادر الالتزام في القانون المدني المصري و اللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1990.
4. البغال سيد حسن ، المطول في القانون المدني ، (في الالتزامات) ، الناشر المتحدون للطباعة و النشر و التوزيع ، المجلد الأول ، القاهرة ، [د، س ، ن] .
5. بن سعيد لزه ، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية ، دار هومة ، الجزائر ، 2012
6. بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، (في ضوء القانون المدني و أحدث اجتهادات المحكمة العليا) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2018.
7. تقية محمد ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 1992 .
8. الجبوري ياسين محمد ، الوجيز في شرح القانون المدني ، (مصادر الحقوق الشخصية / مصادر الالتزامات) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الطبعة الثانية ، 2011.
9. الجمال مصطفى ، القانون المدني في ثوبه الاسلامي ، (مصادر الالتزام) ، دار الفتح للطباعة و النشر الاسكندرية ، الطبعة الأولى ، 1996.
10. جبر سعيد ، الوعد بالتفضيل ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993.

11. حمزة محمود جلال ، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1988.
12. حجازي عبد الحي ، النظرية العامة للالتزام ، (مصادر الالتزام) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الجزء الثاني ، 1954.
13. الحكيم عبد المجيد ، الكافي في شرح القانون المدني ، (مصادر الالتزام) ، الشركة الجديدة للطباعة ، عمان ، الجزء الأول ، 1993.
14. الخفيف علي ، أحكام المعاملات الشرعية ، مطبعة دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2005.
15. سوار محمد وحيد ، شرح القانون المدني ، (النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام : المصادر الارادية) ، منشورات جامعة دمشق ، سوريا ، الطبعة الثامنة ، 1996.
16. سوار وحيد رضا ، القانون المدني الجزائري، الجزء الأول ، المنظمة العربية للتربية و الثقافة و العلوم للنشر ، (معهد البحوث و الدراسات العربية) ، القاهرة ، 1975.
17. السنهوري عبد الرزاق أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني ، (البيع و المقايضة) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، الجزء الرابع ، 2004.
18. السنهوري عبد الرزاق أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني ، (الالتزام بوجه عام) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، الجزء الأول، 2004.
19. السنهوري عبد الرزاق أحمد ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، المجلد الأول ، (ب، س، ن).
20. سلطان أنور ، مصادر الالتزام في القانون الأردني ، دار الثقافة ، عمان ، الطبعة الأولى ، 2005.
21. السعدي محمد صبري ، شرح القانون المدني ، (العمل غير المشروع - شبه العقود - و القانون) ، الجزء الثاني ، دار الهدى ، الجزائر ، 2004.

22. السعدي محمد صبري ، شرح القانون المدني ، (النظرية العامة للالتزامات : العقد و الارادة المنفردة) ، دار الهدى ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2004.
23. السعدي محمد صبري ، الواضح في شرح القانون المدني ، (عقد البيع و المقايضة) ، دار الهدى ، الجزائر ، 2008.
24. السيد عبد السميع أسامة ، التعويض عن الضرر الأردني ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، 2007.
25. الشرقاوي جميل ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981
26. الشافعي عبيدي ، القانون المدني ، (مذيّل باجتهاد القضاء المدني) ، دار الهدى ، الجزائر ، (د، س، ن).
27. شريف أحمد محمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة وزارة الأوقاف ، القاهرة ، 1982.
28. الصدة عبد المنعم فرج ، مصادر الالتزام ، (دراسة القانون اللبناني و المصري) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1984
29. الصدة عبد المنعم فرج ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993
30. الصدة توفيق حسن فرج و العدوى جلال علي ، النظرية العامة للالتزام ، (مصادر الالتزام) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2002.
31. صقر نبيل و لعور أحمد ، القانون المدني ،
32. الطباخ شريف ، التعويض عن الإخلال بالعقد ، (التطبيق العلمي للمسؤولية المدنية في ضوء الفقه و الفقهاء) ، دار الفكر و القانون ، مصر ، 2008 .
33. عبد الله فتحي عبد الرحيم ، شرح النظرية العامة للالتزام ، (مصادر الالتزام) ، منشأة دار المعارف ، الاسكندرية ، الطبعة الثانية 2001 .
34. عبد الباقي عبد الفتاح ، نظرية العقد و الارادة المنفرد ، (د، م ، ن) ، 1984 .

35. عبيدات يوسف محمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، (دراسة مقارنة) ، دار الميسرة للنشر و التوزيع و الطباعة ، عمان ، الطبعة الثانية ، 2011 .
36. العدوي جلال علي و شنب محمد لبيب ، مصادر الالتزام في القانونين اللبناني و المصري ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، 1985.
37. العتيبي جهاد صالح ، القواعد القضائية في شرح القانون المدني ، (العقد) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، 2014 .
38. العبودي عباس ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجميتها في الاثبات المدني ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، 1997.
39. العدوي جلال علي توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، (مصادر الالتزام - أحكام الالتزام) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت
40. غستان جاك ، المطول في القانون المدني ، (تكوين العقد) ، (ترجمة منصور القاضي) ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2000 .
41. منصور محمد حسين ، المسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2003.
42. مرقس سليمان ، الوافي في شرح القانون المدني ، (رفي الالتزامات) ، المجلد الأول ، الطبعة الرابعة ، (د ، م ، ن) ، 1987.
43. المغربي محمود عبد المجيد ، تاريخ القوانين ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، (د ، س ، ن)
- 44 - مفتاح رياض ، القانون المدني ، (موسوعة الأعمال التحضيرية) ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2015.
- 45 - نبيل سعد ابراهيم ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام) ، دار النهضة العربية القاهرة ، الجزء الأول ، 1995.

ثانيا : الوثائق الرسمية :

1) القانون المدني الجزائري و بعض القوانين المدنية العربية و الغربية .

الصفحة	قائمة المحتويات
03	مقدمة.....
09	باب تمهيدي: التعريف بالالتزام و مصادره.....
09	الفصل الأول: مفهوم الالتزام.....
10	المبحث الأول : تعريف الالتزام و خصائصه.....
10	المطلب الأول : تعريف الالتزام.....
14	المطلب الثاني : خصائص الالتزام.....
14	المبحث الثاني : نشأة و تطور نظرية الالتزام.....
14	المطلب الأول : تطور تنظيم نظرية الالتزام.....
16	المطلب الثاني :موضع نظرية الالتزام في الفقه و التشريع الحديثين.
17	الفصل الثاني : التعريف بمصادر الالتزام و تقسيماتها.....
20	المبحث الأول : التقسيم التقليدي لمصادر الالتزامات.....
23	المطلب الأول : من حيث الارادة.....
25	المطلب الثاني : من حيث القانون.....
29	المبحث الثالث : التقسيم الحديث لمصادر الالتزامات.....
29	الباب الأول : العقد.....
31	الفصل الأول : التعريف بالعقد و تقسيمات العقود.....
34	المبحث الأول : تعريف العقد و تحليله.....
37	المطلب الأول : تعريف العقد.....
38	المطلب الثاني: تحليل مضمون " تعريف العقد ".....

38	المبحث الثاني : أساس قدرة العقد على إنشاء الالتزام (نظرية سلطان الإرادة).....
38	المطلب الأول : مبدأ سلطان الارادة من حيث الموضوع.....
40	الفرع الأول : مبدأ سلطان الارادة إبان تكوين العقد.....
43	الفرع الثاني : مبدأ سلطان الارادة بعد قيام العقد.....
44	المطلب الثاني : مبدأ سلطان الارادة من حيث الشكل.....
44	الفرع الأول : تأثير مبدأ سلطان على وجود العقد.....
45	الفرع الثاني : تأثير مبدأ سلطان الارادة على تفسير العقد.....
46	المطلب الثالث : موقف القانون المدني الجزائري من مبدأ سلطان الارادة
46	المبحث الثالث :تقسيمات العقود.....
46	المطلب الأول : تقسيمات العقود من حيث تكوينها.....
48	الفرع الأول : العقد الرضائي.....
50	الفرع الثاني : العقد الشكلي
51	الفرع الثالث : العقد العيني.....
51	المطلب الثاني : تقسيمات العقود من حيث موضوعها.....
52	الفرع الأول : العقود المسماة و العقود غير المسماة.....
53	الفرع الثاني : العقود البسيطة و العقود المختلطة.....
54	المطلب الثالث: تقسيمات العقود من حيث أثرها.....
54	الفرع الأول : العقد الملزم للجانبين.....
56	الفرع الثاني : العقد الملزم لجانب واحد.....

57	الفرع الثالث : أهمية التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين و العقود الملزمة لجانب واحد.....
57	المطلب الرابع: تقسيمات العقود من حيث طبيعتها.....
58	الفرع الأول : العقد المحدد و العقد الاحتمالي.....
60	الفرع الثاني : العقد الفوري و العقد المستمر
60	الفرع الثالث : العقد الأصلي و العقد التبعية.....
62	الفصل الثاني : تكوين العقد
63	المبحث الأول : التراضي (الركن الأول).....
64	المطلب الأول : وجود التراضي.....
65	الفرع الأول : التعبير عن الإرادة.....
65	الفرع الثاني : اتفاق الإرادتين و تطابقهما.....
78	المطلب الثاني : صحة التراضي.....
87	الفرع الأول : الأهلية اللازمة لإبرام العقود.....
96	الفرع الثاني : خلو إرادة المتعاقد من عيوب الإرادة.....
112	المطلب الثالث : العقود التمهيديّة.....
113	الفرع الأول : الوعد بالتعاقد.....
116	الفرع الثاني : الوعد بالتفصيل (اشتراط الأفضلية).....
120	الفرع الثالث : التعاقد بالعربون
123	الفرع الرابع : العقد الابتدائي.....
125	المبحث الثاني : المحل (الركن الثاني).....
126	المطلب الأول : الشروط الواجب توافرها في المحل عموماً.....
126	الفرع الأول : يجب أن يكون المحل موجوداً أو ممكناً

134	الفرع الثاني : يجب أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين.....
138	الفرع الثالث : يجب أن يكون المحل مشروعاً.....
141	المطلب الثاني : شروط المحل المقترنة بالعقد.....
143	المبحث الثالث :السبب (الركن الثالث).....
144	المطلب الأول : النظرية التقليدية في السبب (نظرية سبب الالتزام).....
144	الفرع الأول : مفهوم السبب حسب نظرية سبب الالتزام.....
145	الفرع الثاني : الشروط التي يجب توافرها في السبب.....
147	الفرع الثالث : الانتقادات الموجهة للنظرية التقليدية في السبب.....
150	المطلب الثاني : النظرية الحديثة في السبب (نظرية القضاء - أو نظرية سبب العقد).....
150	الفرع الأول : مفهوم السبب حسب النظرية الحديثة.....
152	الفرع الثاني : الشروط التي يجب توافرها في السبب حسب النظرية الحديثة.....
153	الفرع الثالث : تطبيقات القضاء للنظرية الحديثة في السبب.....
155	المطلب الثالث : ركن السبب على ضوء القانون المدني الجزائري...
156	الفرع الأول : مفهوم السبب في القانون المدني الجزائري.....
158	الفرع الثاني : الشروط التي يجب توافرها في السبب في القانون المدني الجزائري.....
161	الفرع الثالث : إثبات السبب في القانون المدني الجزائري.....
163	الفصل الثالث : جزاء الاخلال بأركان العقد أو بشروط صحته (مراتب انعقاد العقد).....

164	المبحث الأول : العقد الباطل (البطلان المطلق).....
165	المطلب الأول : مسألة تقرير البطلان المطلق.....
165	الفرع الأول : كيف يتقرر البطلان؟.....
166	الفرع الثاني : من له الحق في التمسك ببطلان العقد؟.....
169	المطلب الثاني : الآثار المترتبة على العقد الباطل.....
169	الفرع الأول : آثار البطلان فيما بين المتعاقدين.....
172	الفرع الثاني : آثار البطلان بالنسبة للغير.....
173	المبحث الثاني : العقد الفاسد (القابل للإبطال أو البطلان النسبي).
174	المطلب الأول : الأسباب التي تجعل العقد قابلا للإبطال.....
174	المطلب الثاني : الآثار المترتبة على العقد القابل للإبطال.....
177	المبحث الثالث : العقد غير اللازم.....
177	المطلب الأول : الخيارات التي تجعل العقد غير لازم.....
178	الفرع الأول : خيار الشرط.....
181	الفرع الثاني : خيار الرؤية.....
183	الفرع الثالث : خيار التعيين.....
185	الفرع الرابع : خيار العيب.....
187	الفصل الرابع : آثار العقد وانحلاله.....
188	المبحث الأول : آثار العقد من حيث الموضوع.....
188	المطلب الأول : القوة الملزمة للعقد (قاعدة العقد شريعة المتعاقدين)
188	الفرع الأول : أساس القوة الملزمة للعقد ومضمونها.....
191	الفرع الثاني : الاستثناء من تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. (نظرية الظروف الطارئة).....

195	المطلب الثاني : مسألة تفسير العقد.....
196	الفرع الأول : حالة وضوح عبارات العقد
197	الفرع الثاني : حالة غموض عبارة العقد.....
198	الفرع الثالث : حالة قيام الشكل في التعرف على إرادة المتعاقدين....
200	المطلب الثالث : تحديد نطاق العقد.....
201	الفرع الأول : القانون.....
201	الفرع الثاني : العرف.....
202	الفرع الرابع : مبادئ العدالة.....
202	الفرع الخامس : طبيعة التصرف.....
202	المطلب الرابع : المسؤولية العقدية (جزء عدم تنفيذ العقد).....
203	الفرع الأول : أركان المسؤولية العقدية.....
213	الفرع الثاني : آثار المسؤولية العقدية.....
214	الفرع الرابع : أحكام (اتفاقات) المسؤولية العقدية
218	المبحث الثاني : آثار العقد من حيث الأشخاص (مبدأ نسبية أثر العقد)
218	المطلب الأول : أثر العقد بالنسبة إلى الخلف العام.....
220	الفرع الأول : الاستثناءات من انصراف أثر العقد على الخلف العام.
221	الفرع الثاني : الحالات التي يعتبر فيها الخلف العام من الغير.....
222	المطلب الثاني : أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص.....
223	الفرع الأول : أن يكون الحق أو الالتزام الذي يرتبه العقد من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص.....

224	الفرع الثاني : أن يكون العقد المبرم سابقا على انتقال الشيء من السلف إلى الخلف.....
224	الفرع الثالث : أن يكون الخلف قد علم بالحقوق و الالتزامات التي رتبها عقد السلف وقت انتقال الشيء إليه.....
225	المطلب الثالث : أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين.....
228	المطلب الرابع : آثار العقد بالنسبة إلى الغير.....
229	الفرع الأول : التعهد عن الغير.....
231	الفرع الثاني : الاشتراط لمصلحة الغير.....
237	المبحث الثالث : انحلال العقد.....
239	المطلب الأول : زوال العقد بالفسخ.....
239	الفرع الأول : الفسخ القضائي.....
244	الفرع الثاني : الفسخ الاتفاقي.....
248	الفرع الثالث : انفساخ العقد بحكم القانون.....
253	المطلب الثاني : الدفع بعدم تنفيذ العقد.....
253	الفرع الأول : شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.....
255	الفرع الثاني : كيفية الدفع بعدم التنفيذ و آثاره.....
258	الباب الثاني : المصادر الأخرى للالتزام.....
259	الفصل الأول: التصرف الصادر بالإرادة المنفردة.....
259	المبحث الأول: مدى قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام.....

263	المطلب الأول : الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام (النظرية الألمانية)..
265	المطلب الثاني: الإرادة المنفردة ليست مصدرا للالتزام (النظرية الفرنسية).....
268	المطلب الثالث: تقدير النظريتين مع بيان موقف المشرع الجزائري...
268	المبحث الثاني : تطبيقات التصرف بالإرادة المنفردة (الوعد بجائزة).
272	المطلب الأول : شروط الوعد بجائزة.....
275	المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للوعد بجائزة
275	المطلب الثالث : آثار الوعد بجائزة.....
279	الفرع الأول : المرحلة الأولى (السابقة على تمام العمل).....
280	الفرع الثاني : المرحلة الثانية (اللاحقة لتمام العمل).....
281	الفرع الثالث : سقوط دعوى المطالبة بالجائزة وتقدمها.....
282	الفصل الثاني : الفعل المستحق للتعويض أو (المسؤولية التقصيرية أو الفعل غير المشروع أو الفعل الضار).....
282	المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي.....
283	المطلب الأول: الركن الأول (الخطأ).....
286	الفرع الأول: أنواع الخطأ.....
289	الفرع الثاني: عناصر الخطأ.....
292	الفرع الثالث : حالات لا يعتبر فيها الخطأ موجبا للمسؤولية.....
297	الفرع الرابع : تطبيقات للفعل غير المشروع (التعسف في استعمال الحق).....
298	المطلب الثاني : الركن الثاني (الضرر).....

301	الفرع الأول : الضرر المادي.....
307	الفرع الثاني: الضرر الأدبي.....
309	المطلب الثالث: الركن الثالث (العلاقة السببية).....
309	المبحث الثاني : المسؤولية عن فعل الغير.....
310	المطلب الأول : مسؤولية متولي الرقابة عن من هم في رقبته.....
311	الفرع الأول : الشرط الأول (تولى شخص الرقابة على شخص آخر)
312	الفرع الثاني : الشرط الثاني (صدور فعل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة).....
312	المطلب الثاني : مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.....
314	الفرع الأول : الشرط الأول (قيام علاقة التبعية).....
316	الفرع الثاني : الشرط الثاني (وقوع فعل غير مشروع من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها).....
318	المبحث الثالث: المسؤولية الناشئة عن الأشياء.....
318	المطلب الأول: مسؤولية حارس الحيوان.....
319	الفرع الأول : الشرط الأول(أن يتولى شخص حراسة حيوان).....
319	الفرع الثاني: الشرط الثاني(أن يحدث الحيوان ضررا للغير).....
320	المطلب الثاني: مسؤولية حارس البناء.....
320	الفرع الأول : الشرط الأول (أن يكون هناك حراسه بناء).....
321	الفرع الثاني: الشرط الثاني(أن يحدث الضرر نتيجة تهدم البناء)..
321	المطلب الثالث: المسؤولية عن الحريق والمسؤولية عن المنتج.....
322	الفرع الأول: مسؤولية حائز العقار أو المنقولات عن أضرار الحريق.....

322	الفرع الثاني: مسؤوليه المنتج عن منتجاته.....
324	الفصل الثالث: الفعل النافع (الإثراء بلا سبب).....
325	المبحث الأول: أحكام الإثراء بلا سبب.....
325	المطلب الأول : شروط تحقق الإثراء بلا سبب.....
325	الفرع الأول: الشوط الأول (أن يتحقق اثرء للمدين).....
326	الفرع الثاني: الشرط الثاني (أن يتحقق افتقار للدائن).....
327	الفرع الثالث: الشرط الثالث (عدم وجود سبب للإثراء).....
327	المطلب الثاني: أحكام رفع دعوى الإثراء بلا سبب.....
329	المبحث الثاني: تطبيقات الإثراء بلا سبب.....
329	المطلب الأول: الدفع غير المستحق.....
329	الفرع الأول: شروط الدفع غير المستحق.....
331	الفرع الثاني: أحكام الالتزام برد غير المستحق.....
332	المطلب الثاني: الفضالة.....
333	الفرع الأول: الشروط اللازمة لقيام الفضالة.....
334	الفرع الثاني: أحكام الفضالة.....
338	الفصل الرابع: القانون كمصدر للالتزام.....
339	قائمة المراجع.....

تم هذا العمل بحمد الله وعونه.

يوم الأربعاء 29 من شهر ذي الحجة من عام 1441 هجري الموافق ل 19 من شهر أوت/

أغسطس من سنة 2020 ميلادية على الساعة 15:40 مساء

قال الرسول الكريم محمد صلى الله عليه وسلم "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث :

صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له." رواه مسلم

الدكتورة / أسماء تخنوني.

أستاذة محاضرة – صنف أ – بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة باجي مختار – عنابة -

