

جامعة محمد بوضياف-المسيلة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في مقياس القانون المدني

مصادر الالتزام

السداسي الأول

المجموعة الأولى والثانية

إعداد الدكتور: مقدم ياسين

"الجزء الأول"

الموسم الجامعي 2021/2020

مدخل الى نظرية الالتزام

مقدمة:

تنقسم الحقوق إلى حقوق سياسة وأخرى مدنية، فالحقوق السياسة هي تلك التي تثبت للمواطن باعتباره عضواً في جماعة سياسية معينة كحق المشاركة في الحكم وإدارة هذه الجماعة.... وهي حقوق مقررة للمواطنين دون الأجانب كحق الانتخاب، حق الترشح ...

أما الحقوق المدنية فهي تلك الحقوق التي تثبت للأفراد سواء كانوا مواطنين أو أجانب، وهي تلك الحقوق اللازمة لممارسة نشاطاتهم داخل المجتمع، وتنقسم الحقوق المدنية بدورها إلى قسمين رئيسيين، حقوق غير مالية وهي التي لا تقوم بمال وهذا ما يسمى بحقوق الشخصية أو حقوق الأسرة.

وحقوق مالية وهي تلك التي يمكن أن تقوم بالمال، وتنقسم بدورها إلى حقوق شخصية وحقوق عينية. وإلى جانب الحقوق المالية وغير المالية، يوجد نوع خليط بينهما ذو طبيعة مزدوجة فيه شيء مالي وآخر غير مالي (معنوي)، وهذا ما يسمى بالحقوق الذهنية أو الحقوق المعنوية وهي حقوق الملكية الصناعية والتجارية وحقوق الملكية الفنية والأدبية. ولكل حق من الحقوق السابقة تشريع ينظمها، ولقد تكفل القانون المدني بتنظيم الحقوق المالية حيث تطرق في الكتاب الأول إلى الأحكام المتعلقة بتطبيق القانون وبالأشخاص الاعتبارية والطبيعية، وخصص الكتاب الثاني لتنظيم الحقوق الشخصية تحت عنوان الالتزامات والعقود (مادة 53-673) وخصص الكتاب الثالث لدراسة الحقوق العينية الأصلية والكتاب الرابع للحقوق العينية التبعية.

ويجب بداية التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي وهذا قبل الدخول في المقصود بالنظرية

تعريف الحق العيني:

هو سلطة مباشرة يمنحها القانون لشخص معين على شيء معين تخول له حق استعماله والانتفاع به أو التصرف فيه دون الحاجة لتدخل شخص آخر. وتنقسم هذه الحقوق إلى:

حقوق عينية أصلية وهي تلك الحقوق المستقلة بذاتها دون أن تحتاج في وجودها إلى حق آخر تتبعه، كحق الملكية والحقوق المتفرعة عنه. وحقوق عينية تبعية وهي التي لا تنشأ إلا تابعة لحق شخصي تضمن الوفاء به كحق الرهن.

تعريف الحق الشخصي: (حق الدائنية)

هو رابطة قانونية بين شخصين يسمى أحدهما الدائن والآخر المدين ويكون للدائن بمقتضى هذه الرابطة حق مطالبة المدين وإلزامه بأداء معين (إما إعطاء شيء، القيام بعمل أو الامتناع عن عمل).

فالحق الشخصي يتكون من 3 عناصر رئيسية وهي الدائن، المدين وموضوع الحق بخلاف الحق العيني الذي يتكون من عنصرين وهما صاحب الحق والشيء موضوع الحق. ولهذه الرابطة القانونية (الدائنية) وجهان:

وجه إيجابي: وهذا بالنظر إلى الرابطة من جهة الدائن، وتسمى حق على أساس أن لكل دائن حق يطالب به المدين.

وجه سلبي: وهذا بالنظر إليها من جهة المدين ويسمى كذلك إلتزاما على اعتبار أن المدين ملزم بأداء دين اتجاه الدائن.

ويجب التنويه بداية أن موضوع دراستنا يتصل بالحقوق الشخصية (الالتزامات) دون التطرق إلى الحقوق العينية.

أولاً -موضوع الالتزام: موضوع الالتزام هو الحق الشخصي والذي يطلق عليه الالتزام، إذا نظر إليه طبعاً من ناحية المدين، ولقد اعتاد فقهاء القانون على استعمال مصطلح نظرية الالتزامات عوضاً عن مصطلح الحق الشخصي، والسبب في ذلك أن الناحية الغالبة في العلاقة بين الدائن والمدين هي الالتزام، وأكبر دليل على ذلك إمكانية نشوء الالتزام دون وجود دائن معين وقت نشوئه كالوعد بالجائزة، كما يمكن وجود الالتزام مع عدم تمكن المدين من الوفاء به كالالتزام الطبيعي.

ثانياً -أهمية نظرية الالتزام: تستقر نظرية الالتزام على مجموعة من المبادئ الكلية التي تنظم علاقة الأفراد والنشاطات ذات الطابع المالي داخل المجتمع، فهي بهذا تشكل العمود الفقري للقانون المدني، وهذا أهلها لأن تكون القاعدة العامة التي يجب الرجوع إليها سواء في القانون المدني أو حتى في القوانين الأخرى طالما لم يوجد نص خاص في هذه القوانين.

ثالثاً -مميزات نظرية الالتزام: يمكن حصر أهم مميزات النظرية فيما يلي:

1- نظرية الالتزام عبارة عن قواعد عامة ومبادئ كلية فهي لا تتضمن الأحكام والقواعد التي تحكم الالتزام بعينه.

مثال: التزام البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري لأنها تتناول الأحكام العامة التي تخضع لها جميع الالتزامات.

2- تمتاز النظرية كأصل عام بنوع من الثبات والاستقرار وذلك لأنها تتضمن المبادئ الأساسية التي تخضع لها جميع الالتزامات دون أن تتطرق إلى الجزئيات والتفاصيل.

3- تتميز هذه النظرية بالطابع المنطقي والنظري، لأن مؤسسي هذه النظرية وهم فقهاء القانون الروماني استندوا في وضعها إلى المنطق وهذا بعد تجريد الالتزام من ذاتية موضوعه وشخصية أطرافه.

رابعاً- تطور نظرية الالتزام:

يرجع أصل النظرية إلى القانون الروماني ثم انتقلت بعدها إلى القانون الفرنسي حيث تعرضت لإعادة الصياغة من طرف فقهاء القانون الفرنسي وعلى رأسهم الفقيهان دوما Domat وبوتي Bothier، وقد استمد المشرع الجزائري أحكام هذه النظرية من القانون الفرنسي مع إضافة بعض النصوص المستمدة من الشريعة الإسلامية، ويظهر هنا تطور هذه النظرية -رغم ثباتها واستقرارها- في الأمرين التاليين:

1- من حيث الصياغة القانونية: لم يكن القانون الروماني القديم يعرف

بعض القواعد التي نشأت حديثاً، حيث أنه لم يعرف قاعدة (كل من سبب بخطئه ضرراً للغير يلتزم بالتعويض) المادة 124 مدني، كذلك لم يعرف القانون الروماني مبدأ الرضائية في العقود.... فالعقود في القانون الروماني تتميز بالطابع الشكلي.

2- من حيث فكرة الالتزامات في حد ذاتها: تطورت فكرة الالتزام بتطور

الأمر الاجتماعي والاقتصادية والأدبية، فيظهر تأثير الظروف السياسية والاجتماعية على فكرة الالتزام، بظهور المذهب الاشتراكي وانتشاره والذي ترتب عليه تراجع مبدأ سلطان الإرادة وظهور عقود العمل والتأمين. أما الأمور الاقتصادية فقد ظهرت نظريات اقتصادية جديدة كلها تدعم القواعد التي تضمنتها نظرية الالتزام كنظرية تحمل التبعة وعقد التزام المرافق العامة، وإقامة المسؤولية على أساس الضرر..... أما العامل الأدبي، فقد حدث تطور في نظرية الالتزامات نتيجة لهذا العامل ولا أدل على ذلك من

مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وكذلك نظرية الالتزام بلا سبب ونظرية
الغبين والاستغلال ... إلخ.

مفهوم الالتزام

أولاً: تعريف الالتزام

يتنازع تعريف الالتزام مذهباً أساسياً مذهب شخصي وآخر موضوعي.

1- المذهب الشخصي: ينظر هذا المذهب إلى الالتزام على أنه رابطة بين شخصين

ويمثل المدرسة اللاتينية، ويغلب هذا المذهب الناحية الشخصية في الالتزام على

حساب محل الالتزام. حيث يعتبره رابطة بين شخص المدين وشخص الدائن.

وعليه فإن هذا المذهب يعطي للدائن سلطة على شخص المدين تشبه السلطة

المقررة لصاحب الحق العيني على الشيء محل الحق.

ويترتب على الأخذ بهذا المذهب عدم جواز انتقال الالتزام من ناحية الدائن عن

طريق حوالة الحق ومن ناحية المدين عن طريق حوالة الدين، كما لا يمكن تصور

نشوء التزام بدون أحد طرفيه.

2- المذهب المادي: يغلب هذا المذهب الناحية المادية في الالتزام، حيث ينظر إلى

الالتزام على أنه رابطة قانونية بين ذمتين ماليتين، أي أنه يمثل حقا في ذمة

الدائن والتزاما في ذمة المدين، ولا يعطي هذا المذهب أي اعتبار للشخص سواء

كان دائنا أو مدينا، ويترتب على الأخذ المطلق بهذا المذهب إمكانية نشوء

الالتزام دون وجود كلا الطرفين طالما وجد محل الالتزام في ذمة المدين كما

يترتب عليه قابلية انتقال الالتزام سواء عن طريق حوالة الحق أو حوالة الدين.

موقف المشرع الجزائري:

يظهر أن المشرع الجزائري أخذ كأصل عام بالمذهب الشخصي فأبرز مثال على

ذلك ما نصت عليه المادة 54 من القانون المدني بأن "العقد اتفاق يلتزم بموجبه

شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

فالمشرع ينظر إلى الالتزام على أنه رابطة بين الأشخاص، واستثناء على ذلك أخذ المشرع الجزائري بأهم تطبيقات المذهب المادي كما كان قيام حوالة الحق 239 من القانون المدني أو حوالة الدين 251 كما أخذ بإمكانية نشوء الالتزام دون وجود دائن معين وقت نشوئه كالوعد بالجائزة 123 مكرر 1 وكذا الاشتراط لمصلحة شخص سيولد مستقبلا.

ثانيا: خصائص الالتزام

للالتزام عدة خصائص وهي:

1- الالتزام رابطة بين الأشخاص: فهو رابطة بين طرفين أحدهما إيجابي وهو الدائن وآخرهما سلبي وهو المدين، حيث يتمثل التزام هذا المدين في عمل شيء محدد لمصلحة الدائن. فالالتزام هنا يختلف عن الالتزام العام الذي تفرضه القاعدة القانونية، كما يختلف عن الحق العيني والذي كما سبق ذكره هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على شيء معين.

2- محل الالتزام هو القيام بأداء مالي: والذي يتمثل في قيام المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل لحساب الدائن، وما يميز هذا الأداء هو إمكانية تقييمه بالنقود وهو بهذا يختلف عن الالتزام القانوني العام كالتزام بأداء الخدمة الوطنية.

ويترتب على اعتبار الالتزام أداء ماليا قابل للتقويم بالنقود، قابليته للانتقال من شخص إلى آخر أثناء الحياة أو بعد الموت مع ملاحظة أنه بعد الوفاة لا تنتقل للورثة إلا الحقوق أما ديون المدين فتسد من تركته ولا تلزم الورثة.

3-الإلتزام عبارة عن رابطة قانونية: بمعنى أنه يعتد به قانوناً، فهو يمثل واجبا قانونيا في ذمة المدين، فإذا لم يتم بتنفيذه طواعية جاز للدائن إجباره على تنفيذه بطرق قانونية وهذا خلاف الإلتزام الأخلاقي أو الطبيعي.

ثالثا: أركان الإلتزام:

للإلتزام ركنان:

1-المديونية: وهو الواجب الذي يفرض على المدين القيام بأداء معين للدائن، فمن خلال هذه المديونية تعتبر ذمة المدين مشغولة بدين معين وتبرء ذمته بالوفاء به.

2-المسؤولية: وهو الحماية القانونية التي يقرها القانون لشخص الدائن، حيث أنه إذا لم يف المدين بالتزاماته طوعا جاز للدائن إجباره على تنفيذه، فهذا الركن يدعم ركن المديونية، فلا يمكن تصور وجود مسؤولية دون مديونية، والأصل في أي التزام توافر ركنيه ومع هذا يمكن أن توجد مديونية دون مسؤولية تدعمها، كالإلتزام الطبيعي.

رابعا: أنواع الإلتزام

هناك عدة معايير يمكن من خلالها تقسيم الإلتزام وأهمها (وليست كلها) ما يلي:

1- من حيث الحماية القانونية: يقسم الإلتزام من حيث الحماية القانونية إلى التزام مدني وآخر طبيعي، فالإلتزام المدني هو الذي يتكون من عنصري المديونية والمسؤولية معا. فانطلاقا من ركن المسؤولية يجوز للدائن إجبار المدين على تنفيذ ما تعهد به بالطرق التي يقرها القانون للدائن.

فالإلتزام المدني يمنح للدائن الحماية القانونية اللازمة لاستفاء حقه من المدين.

أما الإلتزام الطبيعي: فهو الإلتزام الذي ينعدم فيه ركن المسؤولية حيث إذا امتنع المدين عن الوفاء بالتزامه طواعية، لم يكن في وسع الدائن إجباره على الوفاء به نظرا لافتقاده

لعنصر المسؤولية. وأهم مثال على الالتزام الطبيعي هو انقضاء الالتزام المدني بالتقادم طبقاً للمادة **320 ق.م** ولكن يبقى في ذمة المدين التزام طبيعي أبدي. وطبقاً للمادة **161 ق.م** ترك المشرع للقاضي السلطة التقديرية في تحديد وجود التزام طبيعي من عدمه شريطة ألا يكون هذا الإلتزام مخالفاً للنظام العام، ولقد رتب المشرع الجزائي أثريين هما:

أ- إذا نفذ المدين التزامه اختيارياً وهو يدرك بأنه يوفي بالالتزام الطبيعي كان وفاؤه صحيحاً بحيث لا يمكنه استرداد ما قدمه للدائن، فهو لا يعتبر متبرعاً ولا موفياً بما هو غير مستحق عليه حسب المادة **162**،

ب- يتحول الالتزام الطبيعي إلى إلتزام مدني عن طريق التجديد فإذا تعهد المدين بالوفاء بهذا الدين جاز للدائن الاستناد إلى هذا التعهد لإجبار المدين على تنفيذ التزامه طبقاً لأحكام المادة **163 ق.م**.

2- من حيث المصدر المنشئ للالتزام: ينقسم الإلتزام من حيث مصدره إلى التزم إرادي والتزم غير إرادي، فالإلتزام الإرادي هو الذي تتجه الإرادة إلى انشائه وينحصر في العقد والتصرف بإرادة منفردة. أما الإلتزام غير الإرادي فهو الإلتزام الذي ينشأ دون النظر إلى اتجاه إرادة المدين إلى إنشائه من عدمها، ويتمثل في العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب أو الإلتزامات التي ينشئها القانون.

3- من حيث المحل: ينقسم الإلتزام من حيث محله إلى إلتزام بإعطاء شيء، الإلتزام بالقيام بعمل والإلتزام بالامتناع عن عمل.

- **الإلتزام بإعطاء شيء:** هو الإلتزام بإنشاء حق أو بنقله كالإلتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن.

- **الإلتزام بالقيام بعمل:** يمكن أن يكون محل الإلتزام قيام المدين بعمل معين لحساب الدائن كتعهد المدين بصنع شيء أو إصلاحه أو نقل سلعة أو إجراء عملية

جراحية..... ويكون الالتزام بعمل ماديا في العادة غير أن هذا لا يمنع أن يكون الالتزام بعمل قانونيا كالالتزام الوكيل بإبرام تصرف معين نيابة عن الأصيل ولحسابه، وإذا لم يقم المدين في الالتزام بعمل بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب من القضاء ترخيصا بتنفيذه على نفقة المدين متى كان ذلك ممكنا حسب المادة **170 ق.م.**

أما إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار في الالتزام بعمل حسب الاتفاق أو حسب طبيعة الالتزام بحيث لا يمكن أن ينوب عنه غيره في الوفاء به كالالتزام الطبيب أو الرسام، أو الممثل ... فإنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين طبقا للمادة **169 م.** كما يجوز له في حالة رفض المدين تنفيذ الالتزام بنفسه للجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض المالي أو طلب فرض غرامة تهديدية حسب المادة **174.**

-الإلتزام بالامتناع عن العمل: ومعناه أن يتعهد المدين بالامتناع عن القيام بعمل معين كان يمكن له القيام به قبل نشوء الالتزام، كالالتزام بائع محل تجاري بعدم منافسة المشتري في نشاط معين خلال فترة ومكان معينين، فإذا أخل المدين بهذا الالتزام جاز للدائن طبقا للمادة **173 ق.م** المطالبة بإزالة ما وقع مخالف لذلك الإلتزام، ويمكنه الحصول على ترخيص من القضاء للقيام بإزالة هذا العمل على نفقة المدين.

4- من حيث مدى اتصال الأداء الذي التزم بها المدين بالغاية التي يسعى إليها الدائن:

يقسم الإلتزام وفقا لهذا المعيار إلى التزم بتحقيق نتيجة والتزم ببذل عناية. **الالتزام بتحقيق نتيجة:** وهو الإلتزام الذي يكون فيه مضمون التزم المدين هو نفسه الغاية التي يسعى إليها الدائن كالالتزام البائع بنقل الملكية أو إلتزامه بالتسليم، فمضمون التزم البائع (المدين) بنقل الملكية هو ذاته ما يهدف اليه المشتري (الدائن) من الإلتزام.

الإلتزام ببذل عناية: وهو الذي لا يكون فيه مضمون التزم المدين هو الغاية الذي يهدف إليها الدائن ويمثل فقط الوسيلة التي ستؤدي في نهاية المطاف إلى تحقيق هدف الدائن. كالتزام الطبيب (المدين) بعلاج المريض، فهو لا يتعهد بشفاء المريض (الدائن) وإنما يتعهد فقط بعلاجه حسب الأصول المتفق عليها طبيا قصد الوصول إلى الغاية التي يريدها المريض (الدائن) وهي الشفاء.

وتقسيم الإلتزام إلى إلتزام بتحقيق نتيجة والإلتزام ببذل عناية لا يكون إلا إذا كان محل الإلتزام هو القيام بعمل.

وتكمن أهمية هذا التقسيم في حالة إثبات تنفيذ الإلتزام من عدمه. ففي الإلتزام بتحقيق نتيجة لا تبرء ذمة المدين إلا إذا تحققت النتيجة المقصودة من الإلتزام وعليه يكفي أن يثبت الدائن أن النتيجة لم تتحقق دون حاجة لإثبات إهمال المدين، ما لم يثبت هذا الأخير أن عدم تحقق النتيجة يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

أما في الإلتزام ببذل عناية، فإن ذمة المدين تبرء ولو لم تتحقق النتيجة المطلوبة إذا بذل المدين في تنفيذ التزامه من العناية ما يبذله الشخص العادي. فلا يسأل المدين عن عدم تنفيذ التزاماته إلا إذا أثبت الدائن إهمال المدين وعدم بذله من الجهد ما يبذله الإنسان العادي، والرجل العادي هو الشخص من أواسط الناس فلا هو شديد الحيطة والحذر ولا هو المهمل قليل العناية، فإذا بذل المدين ما يبذله الرجل العادي أو أكثر منه، فإنه يكون قد وفى بالتزامه حتى ولو لم تتحقق النتيجة التي يريدها الدائن، وإلا كان مسؤولا عن ذلك إذا لم تصل عنايته حد عناية الرجل العادي.

مصادر الالتزام في القانون الجزائري

(المصدر الأول: القانون)

- المادة 53 من القانون المدني الجزائري: القانون
 - 123-54: العقد
 - 123 مكرر-123 مكرر 1: التصرف بالإرادة المنفردة.
 - 140/124: الفعل المستحق للتعويض (المسؤولية عن الأفعال الشخصية + المسؤولية عن فعل الغير)
 - 159/141: شبه العقود الإثراء بلا سبب (الدفع غير المستحق + الفضالة)
- القانون: المادة 53 ق.م

تنص المادة 53 من القانون المدني " تسري على الالتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيرها النصوص القانونية التي قررتها".

يعتبر القانون مصدرا لجميع الالتزامات، فالالتزامات الناشئة عن العقد أو الفعل الضار ... مصدرها القانون. لأن هذا الأخير هو الذي جعلها تنشأ من مصادرها فحدد أركانها وأحكامها. فهذه الالتزامات لها مصدر مباشر تنشأ عنه وهو إما العقد أو الفعل غير المشروع ... إلخ، بينما يعد القانون مصدرا غير مباشر لها.

غير أن هناك بعض الالتزامات يعتبر القانون مصدرا مباشرا لها، حيث تنشأ عنه مباشرة دون حاجة إلى تدخل من طرف المدين. ولا يعد القانون مصدرا مباشرا للالتزام معين إلا إذا أنشأه بنص خاص حيث يتكفل هذا النص بتحديد أركان هذا الإلتزام وأحكامه.

وخلاصة لما سبق يمكن القول إن القانون يعد مصدرا مباشرا للالتزام عندما يتدخل ويرتب التزاما معينا على حالة معينة، وعلى هذا الأساس يعتبر النص القانوني

مصدر الالتزام بالنسبة للواقعة التي حددها وحدها دون غيرها، ومن أبرز الحالات التي يعتبر فيها القانون مصدر مباشر للالتزام ما يلي:

1. الالتزام بالنفقة الذي يقرره القانون بناء على علاقة القرابة أو رابطة الزوجية حسب المادة 77 من قانون الأسرة.

2. التزامات الجوار 691 ق.م.

3. التزامات الحائط المشترك 704 م إلى 708 م.

4. الالتزام بدفع الضريبة والذي تفرره نصوص خاصة.

ويترتب على اعتبار القانون مصدر مباشر للالتزام:

1. أن النص القانوني هو وحده الذي ينشئ الالتزام وعليه لا يجوز اطلاقاً تحديد هذه الإلتزامات القانونية إلا بناء على ذلك النص الخاص.

2. النص القانوني الذي حدد الالتزام هو وحده الذي يتكفل بتحديد أركان وأحكام هذا الالتزام الذي قرره.

ملاحظة:

القواعد التي تحكم الإلتزامات الناشئة عن القانون مباشرة لا يشترط في الملتمزم فيها (المدين) أهلية معينة، فمثلاً الإلتزام بالنفقة يقع على ناقص الأهلية مثل ما يقع على كاملها.

(المصدر الثاني العقد)

المواد من 54-123 من القانون المدني الجزائري

لدراسة النظرية العامة للعقد دراسة وافية، يجب التطرق الى كيفية تكوينه ثم التطرق الى الآثار المترتبة على انعقاده. ولكن قبل كل ذلك سنتطرق الى ماهية العقد من خلال تعريفه، وأساس قوته الملزمة وصولا الى تقسيماته المختلفة.

الفصل الأول: ماهية العقد

أولاً: تعريف العقد

العقد وفق أغلب الآراء الفقهية، هو توافق شخصين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، يتمثل هذا الأثر في انشاء الالتزام أو تعديله أو نقله أو إلغائه. أما المشرع الجزائري: فعرفه في المادة 54 بأنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

ثانياً: مجال العقد

يتحدد مجال العقد في تلك الاتفاقات التي تدخل في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية، حيث يخرج من مجاله تلك الاتفاقات المتعلقة بالقانون العام كالمعاهدات الدولية، ويخرج كذلك من مجاله جميع الاتفاقات التي تبرمها الدولة أو إحدى هيئاتها بوصفها صاحبة السلطة والسيادة. فمجال العقد هو القانون الخاص وفي حدود الذمة المالية وعليه تخرج من نطاقه كذلك الروابط المتعلقة بالأحوال الشخصية.

ثالثاً: القوة الملزمة للعقد (مبدأ سلطان الإرادة)

يقصد به حرية الإرادة وكفايتها في إنشاء العقود وتحديد آثارها، فالإرادة هي أساس قدرة العقد على انشاء الالتزام وأساس قوته الملزمة للمتعاقدين، ويقوم مبدأ سلطان الإرادة على قاعدتين أساسيتين:

*قاعدة الرضائية: ويقصد بها أن الإرادة وحدها كافية لإنشاء العقد دون حاجة لأن تفرغ في شكل معين.

*حرية الإرادة في تحديد آثار العقد: فالإرادة المشتركة للمتعاقدين حرة في تحديد الآثار المترتبة عن العقد، وبتعبير آخر فإن بنود العقد هي وحدها التي تحدد آثار العقد دون تدخل من أي طرف آخر، وهذا ما عبر عليه المشرع في المادة 106 من القانون المدني "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

*النتائج المترتبة عن المبدأ:

يترتب عن هذا المبدأ النتائج التالية:

- الالتزامات الإرادية هي الأصل.
- حرية التعاقد وعدم التعاقد.
- حرية الأطراف في تحديد آثار العقد.
- القوة الملزمة للعقد.
- نسبية الأثر الملزم للعقد.

تجدر الإشارة أن هذه الآثار المترتبة عن المبدأ، ومع التطورات الحاصلة في شتى المجالات لم تعد ثابتة كما كانت بل طرأت عليها جميعا العديد من القيود التي حدثت من اطلاقها.

رابعاً: تقسيمات العقود:

يختلف تقسيم العقود باختلاف الزاوية التي ينظر إليه منها، وهذا عمل فقهي بامتياز. فمعظم التشريعات الحديثة تجنبت الخوض في هذه التقسيمات، لكن المشرع الجزائري أقحم نفسه في هذا العمل الفقهي وذلك في المواد 55-58 ولكنه لم يذكر جميع التقسيمات.

وأهم التقسيمات الفقهية للعقود هي:

- 1) تقسيمها من حيث تنظيم المشرع لها إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة.
- 2) تقسيمها من حيث تكييفها إلى عقود بسيطة وأخرى مركبة.
- 3) تقسيمها من حيث كفاية الإرادة في تكوينها إلى عقود رضائية، عقود شكلية، عقود عينية.
- 4) تقسيمها من حيث آثار العقد إلى عقود ملزمة لجانبين وأخرى ملزمة لجانب واحد.
- 5) تقسيمها من حيث تبادل العطاءات إلى عقود معاوضة وعقود تبرع.
- 6) تقسيمها من حيث إمكانية تحديد قيمة الالتزامات الناشئة عنها إلى عقود محددة القيمة وعقود احتمالية.
- 7) تقسيمها من حيث مدة نفاذ العقد إلى عقود فورية وأخرى مستمرة.
- 8) تقسيمها من حيث المساومة إلى عقود مساومة وعقود إذعان.

1- العقود المسماة والعقود غير المسماة:

العقد المسمى: هو العقد الذي خصه المشرع باسم خاص وتكفل بتنظيمه وتحديد أحكامه. ولقد نظم المشرع الجزائري هذه العقود في المواد من 351 الى 673 من القانون المدني كعقد البيع، الهبة، الايجار....

أما العقد غير المسمى: فهو ذلك العقد الذي لم يخصه المشرع باسم خاص ولم يخصص له تنظيمًا يحكمه، وهي كثيرة ولا حصر لها فالإرادة حرة في إنشاء ما تشاء من عقود في حدود النظام العام والآداب، كعقود الفندقة والرعاية.....

*أهمية التقسيم:

تكمن أهمية تقسيم العقود إلى مسماة وغير مسماة في معرفة القواعد الواجب تطبيقها على كل عقد، خاصة إذا لم يتفق الأطراف على تنظيمها. فيخضع العقد المسمى للقواعد القانونية الواردة بشأنه، حيث تطبق هذه القواعد بوصفها قواعد مفسرة ولا تطبق إلا إذا لم يتفق المتعاقدين على خلافها وفي حالة عدم وجود نص خاص لهذا العقد المسمى تطبق القواعد العامة لنظرية الالتزام المواد 54 إلى 123. أما العقد غير المسمى فيخضع لاتفاق المتعاقدين، وفي حالة عدم وجود اتفاق تطبق النظرية العامة للالتزام، كما يجوز للقاضي تطبيق أحكام العقود المسماة الأقرب إلى هذا العقد غير المسمى وهذا هو القياس. ونلاحظ أن وصف عقد بالمسمى أو غير المسمى هي مسألة من اختصاص القاضي وليست بيد المتعاقدين.

2-العقود البسيطة والعقود المركبة:

العقد البسيط: هو العقد الذي لا يشتمل إلا على أحكام عقد واحد كعقد البيع والإيجار والقسمة ... إلخ.

أما العقد المركب: فهو العقد الذي يشتمل على أكثر من عقد، حيث يتناول أكثر من عملية قانونية واحدة فهو يجمع بين عدة عقود يعجز العقد البسيط عن تحقيقها كعقد الفندقة والبيع بالتقسيط.

*أهمية التقسيم:

تكمن أهمية التقسيم كذلك في هذه الحالة في تحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد وهذا في حالة انعدام اتفاق الأطراف، فالعقد البسيط لا يطرح أي إشكال، فإذا كان

هذا العقد البسيط عقدا مسمى تطبق أحكام هذا العقد، وإذا كان غير مسمى تطبق عليه أحكام النظرية العام للالتزام (كما سبق ذكره).

أما العقد المركب فنميز بين حالتين،

* إذا كان هدف المتعاقدين الوصول إلى عدة أغراض متباينة، ففي هذه الحالة تطبق على كل مسألة أحكام العقد الخاصة بها.

* أما إذا كان المتعاقدان يرميان إلى تحقيق هدف واحد من هذه العمليات المختلفة، فهنا يذهب الجانب الراجح فقها () إلى تغليب أحكام العقد الذي يعتبر أساسيا وجوهريا، وأبرز مثال على ذلك حالة البيع عن طريق الإيجار وهو العقد الذي يتحول إلى بيع بعد سداد كل الأقساط.

فهذا العقد المركب من عمليتي البيع والإيجار والهدف الذي يرمي إليه المتعاقدان واحد وهو نقل الملكية، فالعقد الجوهري هنا هو عقد البيع، وعليه تطبق على أي نزاع بشأنه أحكام عقد البيع.

3-العقود الرضائية، الشكلية والعينية

العقد الرضائي: هو العقد الذي يكفي لانعقاده مجرد توافق إرادتي المتعاقدين دون أن يشترط إفراغه في شكل معين أو اتباع إجراءات معينة بشأنه، وطبقا لمبدأ سلطان الإرادة فالأصل في العقود هو الرضائية.

العقد الشكلي: هو الذي يلزم لانعقاده إفراغ رضا المتعاقدين في شكل معين يحدده القانون فيجب أن يحرر هذا العقد في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، ومن أبرز العقود الشكلية في القانون الجزائري: بيع العقار، بيع المحل التجاري ورهنه وإيجاره....
العقد العيني:

وهو العقد الذي لا يكفي لانعقاده وجود التراضي فقط بل يجب أن يتم تسليم العين محل التعاقد، فلا ينعقد العقد إلا بالتسليم، فهذا الأخير هو ركن فيه إلى جانب

الأركان العامة وهي التراضي والمحل والسبب، ومن أهم العقود العينية في التشريع الجزائري عقد الهبة.

4-العقود الملزمة لجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد:

- **العقد الملزم لجانبين:** المادة 55 من القانون المدني الجزائري هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة المتعاقدين، بمعنى أن أطرافه يتبادلان الالتزامات الناشئة عنه فيكون كل منهما دائن ومدين في نفس الوقت كعقد البيع والإيجار ... إلخ.
- **العقد الملزم لجانب واحد:** المادة 56 من القانون المدني: وهو ذلك العقد الذي ينشئ التزامات على عاتق أحد المتعاقدين فلا يتبادل الالتزامات الناشئة عن العقد، فيكون أحد طرفيه دائنا غير مدين والآخر مدينا غير دائن، كالوديعة بدون أجر مادة 590 من القانون المدني وعقد الهبة.

5-عقود المعاوضة وعقود التبرع:

عقود المعاوضة: هي تلك العقود التي يأخذ فيها كل متعاقد مقابل لما يعطيه المتعاقد الآخر، بمعنى تبادل العطاءات بين المتعاقدين وليس الالتزامات كعقد البيع مثلا.

عقود التبرع: وهو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما أعطاه للمتعاقد الآخر ولا يقدم أي عطاء لما حصل عليه في المقابل، كعقد الهبة. والجدير بالذكر أن أغلب عقود المعاوضة هي عقود ملزمة لجانبين وأغلب عقود التبرع هي عقود ملزمة لجانب واحد لكن هذا التلازم ليس صحيحا على إطلاقه، فيمكن أن تكون عقود التبرع عقودا ملزمة لجانبين كعقد العارية مثلا، فرغم أنها تبرع إلا أنها ملزمة لجانبين.

كما يمكن أن تكون عقود المعاوضة ملزمة لجانب واحد كما هو الحال في الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد فهو لا يلزم إلا الواعد لكنه رغم ذلك يبقى عقد معاوضة.

6-العقود الاحتمالية والعقود محددة القيمة:

العقد الاحتمالي: هو العقد الذي لا يعرف فيه أحد المتعاقدين أو كلاهما وقت التعاقد قيمة ومقدار ما يلتزم به وما قد يحصل عليه من المتعاقد الآخر لأن معرفة ذلك متوقف على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، كعقد البيع بثمن مرتب لمدى الحياة، أو عقد التأمين.

العقد محدد القيمة: هو العقد الذي يعرف فيه كل متعاقد وقت التعاقد، قيمة ومقدار ما يلتزم به ومقدار ما يحصل عليه من المتعاقد الآخر كعقد البيع والايجار والوكالة...

7-العقود الفورية والعقود المستمرة:

العقد الفوري: هو العقد الذي لا يكون فيه الزمن عنصرا جوهريا، بمعنى أن الزمن لا يتدخل في تحديد مقدار الالتزامات الناشئة عنه. حيث تتحدد فيه الأداءات بشكل مستقل تماما عن الزمن كعقد البيع والهبة.....

العقد المستمر: وهو الذي يعتبر فيه الزمن عنصرا جوهريا يتوقف عليه قياس محل العقد وقد يكون ذو تنفيذ دوري كعقد التوريد.

8-عقود المساومة وعقود الإذعان:

عقد المساومة: هو الذي يمكن فيه لكلا المتعاقدين مناقشة شروط العقد ووضعها بحرية، بحيث تكون فيه إرادة المتعاقدين متكافئة (غالبا) كعقد البيع والمقايضة ... إلخ.

عقد الإذعان: هو الذي لا يملك فيه أحد المتعاقدين مناقشة شروط العقد وبنوده بحيث يقتصر دوره على الإذعان وقبول ما يعرض عليه من شروط، فإما أن يقبلها

دفعه واحده فينعد العقد أو يرفضها دفعه واحد فلا ينعقد العقد. كعقد النقل وعقد التأمين وعقد توصيل الغاز والكهرباء ... إلخ.

الفصل الثاني: وجود التراضي

انعقاد العقد (وجود التراضي)

عرفنا أن العقد هو توافق شخصين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، ولكي ينشأ هذا العقد صحيحا لا بد أن تتوفر فيه أركان إذا غاب أحدها كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، فلا تصححه لا الإجازة ولا التقادم. وهذه الأركان هي التراضي المحل، السبب، والشكلية في بعض العقود، والتسليم في العقود العينية. إلى جانب الأركان السابقة يجب أن تتوفر في العقد شروط صحة وهي كمال أهلية المتعاقدين وخلو الإرادة من العيوب (الإكراه، الغلط، التدليس، الاستغلال)

ويترتب على تخلف شرط من الشروط أن ينعقد العقد ويكون قابلا للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية أو من وقع في العيب، ويمكن لهذا العقد أن تصححه الإجازة أو التقادم. ولقد نصت المادة 59 من القانون المدني على: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"

فمن خلال هذا النص يتبين أن وجود التراضي متوقف على وجود إرادة لدى الأطراف المتعاقدة، وأن يتم التعبير عن هذه الإرادة إضافة الى إحداث أثر قانوني. فلا يمكن للصغير أو المجنون إبرام العقود لانعدام الإرادة، كما لا يعتد بإرادة الهازل أو بالإرادة الكامنة في النفس والتي لم تظهر للعالم الخارجي.

أولا - التعبير عن الإرادة:

حسب المادة 59 سالفه الذكر، فإن العقد ينعقد بمجرد التعبير عن إرادتين متطابقتين، حيث يسمى التعبير الأول إيجابا ويسمى التعبير الثاني المطابق للأول قبولا.

1- طرق التعبير عن الإرادة:

يمكن ان يكون التعبير عن الإرادة صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا، حيث تنص المادة 60 من القانون المدني على: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه.

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

أ-التعبير الصريح عن الإرادة:

التعبير الصريح عن الإرادة هو ذلك التعبير الذي يدل بذاته وبطريقة مباشرة عن الإرادة حسب عرف الناس في ذلك، ويكون ذلك باللفظ، الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ موقف لا يدع أي مجال للشك في الدلالة على مقصود صاحبه.

+**التعبير عن الإرادة باللفظ:** ويكون ذلك عن طريق الكلام مباشرة إذا كان التعاقد بين حاضرين أو عن طريق شخص رسول إذا كان التعاقد بين غائبين.

+**التعبير عن طريق الكتابة:** وذلك بإفراغ إرادة المتعاقد في ورقة مكتوبة، سواء رسمية أو عرفية بخط يده أو عن طريق الآلة الكاتبة، ويكون هذا غالبا في حال التعاقد بين شخصين لا يجمعهما مجلس عقد واحد.

+**التعبير عن طريق الإشارة المتداولة عرفا:** ويستعمل هذا التعبير عادة للشخص

الذي لا يحسن الكتابة أو لا يجيد النطق كأخرس مثلا.

+**التعبير باتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالة على مقصود صاحبه:** ويكون ذلك

باتخاذ موقف لا تسمح ظروف الحال بأي شك في الدلالة على مقصود صاحبه،

فعرض التاجر لبضاعته على واجهة محله وعليها الأسعار لا يمكن أن تفسر إلا في

اتجاه واحد وهو عرضها للبيع بالسعر الموضوع عليها.

ب-التعبير الضمني عن الإرادة:

ويكون ذلك عندما يكون التعبير قاصرا بذاته عن الدلالة المباشرة على مقصود صاحبه، إلا ان الظروف المحيطة به لا يمكن إلا ان تسمح بتفسيره على أنه تعبير عن الإرادة.

فالتعبير الضمني هو تعبير إلا أنه غير مباشر فقط. فتصرف الشخص في شيء

عُرض عليه شراؤه يدل ضمنيا على قبوله شراء هذا الشيء، وبقاء المستأجر في العين

المؤجرة بعد انتهاء عقد الايجار تعبير ضمني على رغبته في التجديد....

وتجدر الملاحظة في الأخير الى أمرين مهمين

الأول: أن التعبير الضمني غير قاطع الدلالة وعليه يجوز إثبات عكسه وهذا عكس

التعبير الصريح.

الثاني: جواز اتفاق الأطراف على أن يكون التعبير صريحا، وهنا لا يكفي أن يكون

التعبير ضمنيا.

ج-السكوت والتعبير عن الإرادة:

السكوت عكس التعبير (صريح أو ضمني) هو موقف سلبي عدمي، فالأصل أنه لا

يصلح كتعبير عن الإرادة فلا ينسب لساكت قول، وعليه لا يصلح السكوت إطلاقا أن

يكون تعبيرا عن الايجاب، أما بالنسبة للقبول فالأصل كذلك عدم صلاحية السكوت

للتعبير عن القبول إلا إذا نص القانون على ذلك كحالة البيع بشرط التجربة حيث تنص

المادة 355-1 على: "...فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من

تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا". أو إذا لا بست هذا السكوت ظروف تدل على أنه

قبول تطبيقا لقاعدة "السكوت في معرض الحاجة الى البيان بيان" وهذا هو السكوت

الملايس.

السكوت الملايس: هو السكوت الذي تحيط به ظروف وملابسات تدل وفقا لمقتضيات

حسن النية أن من وجه إليه الإيجاب وإن لم يقبل العرض يجب عليه أن يصرح

برفضه. بمعنى أن الموجب لم يكن ينتظر ردا بالقبول ولكنه يتوقع الرد في حال الرفض فقط. ولقد أورد المشرع الجزائري في المادة 68 مدني ثلاث حالات على سبيل المثال حيث تنص على: " إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الايجاب في وقت مناسب."

*إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول: فعدم رفض الإيجاب في وقت مناسب يعتبر قبولا ومثال ذلك، أن يرسل تاجر الجملة إلى تاجر التجزئة ما يطلبه من بضائع مرفقة بأسعارها الجديدة فإذا سكت تاجر التجزئة عد سكوته هذا قبولا.

*إذا اتصل الايجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين: ومثاله أن تعتاد شركة على طلب سلعة معينة من شركة أخرى حيث تقوم هذه الأخيرة بإرسال السلعة دون أن تصرح بالقبول، فإذا طلبت الشركة الأولى تزويدها بكمية أخرى (الإيجاب) وسكتت الثانية دون أن تصرح بالرفض فإن هذا السكوت يعد قبول لتزويدها بالكمية الجديدة.

*إذا كان الايجاب لمصلحة من وجه اليه فقط: فلا يوجد مبرر هنا لرفض ايجاب فيه مصلحة مطلقة لمن وجه اليه، فقبوله مفترض ولو كان بالسكوت وغالبا ما يكون هذا في عقود التبرع، فسكوت الموهوب له يعد قبولا بالهبة لأن في الايجاب مصلحة مطلقة لمن وجه اليه.

2-الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره:

تنص المادة 61 من القانون المدني على مايلي: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره

في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة

على العلم به ما لم يقد الدليل على عكس ذلك."

يشترط المشرع إضافة إلى وجود الإرادة والتعبير عنها، ضرورة إعلام من وجه إليه التعبير، حيث يشترط المشرع وجوب وصول التعبير إلى علم من وجه إليه.

وتماشيا مع هذا يجب أن يكون علم الطرف الثاني بالتعبير عن الإرادة نتيجة مباشرة للتوجيه الإرادي لهذا التعبير من صاحبه.

فإذا حرر شخص رسالة إلى شخص آخر ولم يرسلها إليه وقام شخص آخر بإرسالها دون إذن منه، فإن التعبير هنا لا ينتج أثره حتى ولو علم به الطرف الآخر، لأن العلم هنا لم يكن نتيجة للتوجيه الاختياري للإرادة.

ووفق المادة 61 دائما، فإن التعبير عن الإرادة (إيجاب أو قبول) يصبح له وجود مادي بمجرد صدوره عن صاحبه، لكنه لا ينتج أثره إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه له وهنا فقط يكون له وجود قانوني يؤهله لأن يكون صالحا لترتيب أثره القانوني.

فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجابا فقبل الوصول إلى الموجب له يكون له وجود مادي فقط ولا يترتب أي أثر قانوني، وعليه يجوز للموجب أن يرجع في إيجابه أو يعدله، فإذا وصل الإيجاب إلى علم من وجه إليه يدخل مرحلة الوجود القانوني ويرتب أثره القانوني والمتمثل في صلاحيته لأن يقترن به قبول، وعليه لا يجوز للموجب هنا العدول عن إيجابه أو التعديل فيه حيث يصبح ملزما له.

أما إذا كان التعبير عن الإرادة قبولا، فقبل وصول القبول إلى علم الموجب يكون له وجود مادي فقط، وعليه لا يترتب أي أثر قانوني فيمكن للقابل الرجوع في قبوله أو تعديله، فإذا وصل إلى علم الموجب يصبح له وجود قانوني والمتمثل في اقترانه بإيجاب وبالتالي انعقاد العقد فلا يجوز للقابل التراجع عن قبوله.

ولقد جعل المشرع الجزائري وفقا للمادة 61 من وصول التعبير عن الإرادة (إيجاب أو قبول) إلى من وجه إليه قرينة على العلم به ولكنها قريبة بسيطة يمكن الإثبات عكسها.

3- أثر الموت أو فقد الأهلية في التعبير عن الإرادة:

تنص المادة 62 من القانون المدني على: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل."

فالتعبير عن الإرادة (إيجاب أو قبول) إذا تحقق وجوده المادي بصدوره عن صاحبه فلا تحول وفاة من صدر منه أو فقد أهلية من تحقيق وجوده القانوني باتصاله بعلم من وجه إليه. وهنا ندرس فرضيتين:

- **أثر الموت وفقد الأهلية في الإيجاب:** إذا مات الموجب أو فقد أهليته قبل وصول إيجابه إلى علم من وجه إليه (الموجب له). فإنه وطبق لظاهر المادة 62 فإن هذا الموت أو فقد الأهلية لا يحول دون صلاحية هذا الإيجاب لترتيب آثاره واقتترانه بالقبول عند وصوله إلى علم من وجه إليه، كما يجوز للورثة العدول عن هذا الإيجاب أو الرجوع فيه طالما لم يحصل العلم به ممن وجه إليه، وهذا هو رأي الفقيه سليمان مرقس وهو أمر المنطقي، وهذا خلافا لما ذهب إليه الفقيه السنهوري.

- **أثر الموت وفقد الأهلية في القبول:** إذا مات القابل أو فقد أهليته قبل ترتيب قبوله لأثره، فإن هذا لا يحول دون صلاحية القبول لترتيب أثره والمتمثل في انعقاد العقد عند اتصاله بعلم الموجب، ولورثة القابل قبل حدوث العقد الحق في العدول عن القبول أو التعديل فيه.

2-توافق الإرادتين:

الأصل أنه إذا تطابق التعبير عن الارادتين انعقد العقد مباشرة، لكن الاشكال يثور في حال التعاقد بين غائبين، حيث تمر فترة زمنية بين صدور التعبير عن الإرادة (إيجاب أو قبول) والعلم به. وعليه سندرس الايجاب ثم القبول وبعدها طريقة اقتران الايجاب بالقبول وأخيرا نتناول صورا خاصة لتوافق الارادتين.

*أ-الإيجاب:

وهو تعبير نهائي عن الإرادة، يعرض من خلاله شخص يسمى الموجب على شخص آخر أو أكثر التعاقد وفقا لشروط معينة قصد الحصول على قبول لهذا العرض، لينشأ العقد بعدها. ولا يشترط في الإيجاب أن يكون موجها لشخص معين بالذات إذ يمكن أن يكون موجها لأشخاص غير معينين، كالإيجاب الموجه للجمهور عن طريق الإعلانات أو عن طريق عرض البضائع بأسعارها في واجهات المحلات ويجب أن يتوفر في الإيجاب الشروط التالية:

أولاً: شروط الايجاب

1. يجب أن يكون التعبير عن الإرادة باتا ونهائيا، أي لا يتم الاختلاف فيه، الا أنه يمكن أن تكون فيه بعض التحفظات البسيطة، وغالبا ما يكون ذلك في حالة الايجاب الموجه للجمهور، كتمسك الموجب بتعديل الأسعار في حال الارتفاع الكبير فيها.

2. يجب أن يتضمن الإيجاب طبيعة العقد المراد إبرامه، سواء كان ذلك بيعا أو إيجارا أو مقاوله...

3. يجب أن يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية في العقد المراد إبرامه، كتحديد الشيء المبيع وتحديد الثمن إذا كان بيعا، وتحديد العين المؤجرة ومبلغ الإيجار إذا كان إيجارا....

ويترتب على تخلف شرط من الشروط السابقة عدم صلاحية اعتبار التعبير عن الإرادة إيجابا، بل يعتبر مجرد دعوة للتعاقد لا ينعقد بها العقد، إلا إذا كان صاحبها متعسفا أو سيء النية.

وهذه الأخيرة تمثل تمهيدا للتعاقد لا أكثر لأن التعبير فيها لم يكن بصورة جازمة ونهائية.

ثانيا: الإيجاب الملزم

الأصل أن الموجب لا يلتزم بالبقاء على إيجابه، حيث يمكنه تعديله في أي وقت يشاء طالما لم يقترن بقبول من وجه إليه. لكن استثناء على هذه القاعدة وطبقا للمادة 63 من القانون المدني والتي تنص على مايلي: "إذا عيّن أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل.

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

فيمكن أن يكون الإيجاب ملزما للموجب وهذا في الحالة التي يعين فيها الموجب ميعادا لإعلان القبول، بحيث لا يمكنه العدول عن إيجابه. وأصل الالتزام هذا هو الإرادة المنفردة للموجب، فإذا صدر قبول خلال هذا الأجل انعقد العقد حتى ولو تراجع الموجب عن إيجابه ويمكن أن يكون هذا الأجل صريحا أو ضمنيا.

ومثال الأجل الصريح: أن يعرض شخص على آخر أن يبيع له منزله بثمن محدد إذا قبل بذلك خلال شهر.

ومثال الأجل الضمني: وهو الذي يستخلص من ظروف التعامل، كالإيجاب في المناقصات، فالتقدم بعطاءات في شكل مظاريف يعتبر إجابا ملزما لصاحبه طيلة

الفترة المستغرقة في فتح المظاريف. والأمر نفسه في البيع بشرط التجربة أو في البيع في المزاد.

ويترتب عن الإيجاب سواء كان ملزماً أو غير ملزم صلاحيته للاقتران بقبول إذا اتصل بعلم من وجه إليه، فلا يجوز الرجوع فيه إذا كان ملزماً، أما إذا كان غير ملزم فيجوز للموجب العدول عن ايجابه إذا كان في مرحلة الوجود المادي فقط وهي الفترة التي تكون قبل وصوله الى علم من وجه اليه.

ثالثاً: سقوط الإيجاب

***الإيجاب غير الملزم:** يسقط الايجاب (غير الملزم) في الحالات التالية:

- أ- إذا رجع فيه الموجب قبل أن يصل الى علم من وجه اليه.
- ب- إذا رفضه من وجه إليه، ويعتبر القبول المعدل للإيجاب بمثابة رفض للإيجاب الأول، وهو ايجاب جديد حسب المادة 66 من القانون المدني. ويلاحظ أن انقضاء مجلس العقد دون إعلان القبول يعتبر رفضاً للإيجاب.

***الإيجاب الملزم:** يسقط في الحالات التالية:

1. إذا رفضه من وجه إليه.
2. إذا انقضت المدة (الأجل) سواء كان صريحاً أو ضمناً، ولا يطرح أي إشكال إذا كان الأجل صريحاً. أما إذا كان هذا الاجل ضمناً فإن الأمر متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

وتجدر الإشارة الى أن القبول يعتبر إيجاباً جديداً ويحتاج إلى قبول الموجب

الأول في الحالتين التاليتين:

***إذا جاء هذا القبول معدلاً للإيجاب الأول:** كأن يعرض شخص (الموجب) أن يبيع سيارته بثمن مليون دينار جزائري فيقبل من وجه إليه العرض وهو شراء نفس السيارة ولكن بثمن ثمانمائة ألف دينار.

* إذا صدر هذا القبول بعد سقوط الإيجاب

رابعاً: صور خاصة للإيجاب (الإيجاب في عقود المزايدة).

نصت المادة 69 من القانون المدني الجزائري على مايلي: "لا يتم العقد في المزادات إلا برسم المزداد، ويسقط المزداد بمزاد أعلى منه ولو كان باطلا" (الصحيح هو برسو المزداد وليس برسم المزداد). ويتم اللجوء إليه سواء كان إجبارياً كبيع أموال المدين المعسر... أو اختيارياً، قصد الحصول على أنسب الأسعار، حيث يفتح المزداد بسعر معين يسمى السعر الافتتاحي وتكون العطاءات المتقدمة بها أكبر من السعر الافتتاحي ويسقط العطاء بعطاء أكبر ولو كان باطلاً ولا ينعقد العقد إلا برسو المزداد على أكبر عطاء.

ويلاحظ أن افتتاح المزداد على سعر معين هو مجرد دعوة للتعاقد، لأن نية صاحب المزداد لم تكن باثة ونهائية ولم تتجه إلى الالتزام بناء على سعر الافتتاح، فإذا تقدم شخص بعطاء أكبر من ذلك السعر الافتتاحي عد هذا العطاء إيجاباً (ملزماً) وذلك لاشتماله على جميع عناصر الإيجاب، ويبقى صاحب هذا العطاء على التزامه إلى غاية التقدم بعطاء أكبر منه ويعتبر هذا العطاء الجديد إيجاباً جديداً وهكذا... حتى يرسو المزداد على أكبر عطاء ويكون هذا من طرف صاحب المزداد وهو ما يسمى بالقبول.

ويسقط الإيجاب في عقود المزداد إذا تقدم المتزايد بعطاء أكبر ويلاحظ كذلك أن أكبر عطاء هو إيجاب ينتظر قبولاً ولا يتم القبول إلا بإقفال المزداد وتقرير إرسائه على من تقدم بالعطاء الأكبر.

* ب-القبول:

هو التعبير البات والنهائي عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب ويتضمن الموافقة على ما عرض عليه من طرف الموجب.

يجب ان يصدر "القبول" مطابقا تمام المطابقة للإيجاب.

أولا: شروط اعتبار التعبير عن إرادة قبولا

(1) يجب أن يكون التعبير عن الإرادة بالقبول باتا ونهائيا.

(2) يجب أن يأتي القبول مطابقا تمام المطابقة للإيجاب.

(3) يجب أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب.

ثانيا: صور خاصة للقبول

"القبول في عقود الإذعان"

الأصل أن يسعى كل طرف إلى تحقيق مصلحته المالية من أي تعاقد، لكن يحدث أحيانا أن يحرم من وجه إليه الإيجاب من مناقشة شروط العقد فما عليه إلا التسليم للشروط التي يضعها الموجب أو يرفضها تماما وهذا ما يسمى بعقود الإذعان. وهذا الأخير يضع كل شروطه أو أغلبها الطرف القوي، بحيث لا يجوز للطرف الآخر أن يناقش أو يساوم هذه الشروط، فحرية تتوقف فقط في قبول الشروط كما هي أو رفضها كما هي.

أ-شروط عقد الإذعان:

1-أن يكون محل العقد سلعة أو خدمة ضرورية لجمهور الناس كالكهرباء والغاز والنقل والعمل ... إلخ.

2-أن يحتكر شخص معين "الموجب" هذه السلعة أو الخدمة احتكارا قانونيا.

3-أن يوجه المحتكر "الموجب" الخدمة أو السلعة بشروط معدة مسبقا وفي شكل نموذج موحد.

ب- حماية الطرف المذعن:

يتدخل المشرع لتنظيم أهم عقود الإذعان وذلك بموجب قواعد آمرة، وهذا محاولة منه للمحافظة على التوازن المالي للعقد ومنعا لتعسف المحتكر ومثال ذلك: تنظيم المشرع لعقود العمل "الأجر القاعدي" وكذلك عقود النقل "التسعير الجبري"، بالإضافة إلى وجود أحكام خاصة بحماية المستهلك تضمن حقوق الطرف المذعن. إضافة إلى وجود حماية أخرى وهي منح سلطة تقديرية لقاضي الموضوع وذلك في حالتين:

1. في مجال الشروط التعسفية: حيث يمكن للقاضي بناء على طلب الطرف المذعن، التدخل لتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان وارجاعها الى الحدود المعقولة، كما يجوز له -خروجا عن وظيفته الأساسية وهي تفسير العقد فقط- أن يعفي الطرف الضعيف من الشروط التعسفية كلها.

2. في مجال تفسير العقد: الأصل في تفسير عبارات العقد الغامضة أن يؤول الشك لمصلحة المدين، لكن في عقود الإذعان فإن الشك يفسر لمصلحة الطرف الضعيف سواء كان دائنا أو مدينا.

*ج-اقتران الإيجاب بالقبول:

لا ينعقد العقد إلا إذا اقترن القبول بالإيجاب القائم اقترانا تاما، وعليه يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب في المسائل التالية:

- طبيعة العقد المراد إبرامه مثال عقد بيع، مقابولة، هبة، وديعة....
- المسائل الجوهرية كالثمن والشيء المبيع في عقد البيع....
- المسائل الثانوية كمكان التسليم، زمان التسليم...

فإذا تضمن الإيجاب هذه الأخيرة (المسائل الثانوية) فإن العقد لا ينعقد إلا إذا جاء القبول مطابقا لها كما وردت في الإيجاب، فعرض الموجب بيع سيارته من نوع محدد وبسعر محدد واشترط أن يكون التسليم في مكان معين، فلا ينعقد العقد إلا إذا جاء القبول مطابقا لما تم عرضه تماما.

أما إذا لم يتضمن الإيجاب هذه المسائل (الثانوية)، فإن العقد ينعقد بمجرد مطابقة الإيجاب للقبول في المسائل الجوهرية وفي طبيعة العقد فقط، فإذا ثار خلاف حول المسائل الثانوية مستقبلا فإن هذا لا يحول دون انعقاد العقد ويحل النزاع بتكملة إرادة المتعاقدين حسب طبيعة المعاملات وما تحدده قواعد القانون والعرف والعدالة (المادة 65 من القانون المدني).

ويكون اقتران القبول بالإيجاب إما بين شخصين حاضرين أو بين شخصين غائبين.

1-التعاقد في مجلس العقد (التعاقد بين حاضرين):

تنص المادة 64 من القانون المدني على مايلي: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص الى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.

غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن ايجابه في الفترة ما بين الايجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد.

فالتعاقد بين حاضرين يعتبر قد تم إذا صدر الايجاب الى شخص حاضر بمكان تواجد الموجب، فيكون وقت صدور الايجاب هو نفسه وقت العلم به ممن وجه اليه ونفس الشيء بالنسبة للقبول. وحسب المادة سالفه الذكر، فإن التعاقد بين شخصين لا يجمعهما مكان واحد يعتبر تعاقدًا بين حاضرين، إذا كان وقت صدور الايجاب هو نفسه وقت العلم به كالتعاقد عن طريق الهاتف أو أي وسيلة مشابهة.

والاصل أن يصدر القبول فور صدور الايجاب مادام الموجب لم يحدد أجلاً للقبول، وإلا كان في وسع الموجب الرجوع عن ايجابه، غير أنه خلافاً لهذا الأصل أجاز المشرع حسب المادة 64 دائماً أن يتراخى صدور القبول الى وقت لاحق بشرط أن يصدر قبل انقضاء مجلس العقد وقبل عدول الموجب عن ايجابه وإلا سقط الايجاب، وكل قبول بعد هذا يعتبر إيجاباً جديداً. ولا يطرح إشكال هنا بشأن تحديد زمان العقد ومكانه، لأن الزمان غير ممتد والمكان نفسه، فقط بالنسبة للتعاقد بين **حاضرين حكماً** فمكان انعقاد العقد هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول.

2- التعاقد بين غائبين:

المقصود بالتعاقد بين غائبين هو الذي لا يجمع بين المتعاقدين مجلس واحد سواء كان ذلك حقيقة أو حكماً، بمعنى مرور فترة زمنية بين صدور التعبير عن الإرادة والعلم به.

فلا يجمع بين المتعاقدين لا زمان ولا مكان واحد، وهنا تطرح إشكالية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد. ولقد ظهرت أربعة اتجاهات لتحديد زمان انعقاد العقد ومكانه نوردتها موجزة على النحو التالي:

***مذهب إعلان القبول:** يرى أصحابه بأن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذي يعلن فيه القابل عن قبوله للإيجاب.

***مذهب تصدير القبول:** يرى أصحابه بأن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذي يصدر فيه القابل ويوجه قبوله للموجب.

***مذهب إستلام القبول:** يرى أصحابه بأن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذي يستلم فيه الموجب القبول.

***مذهب العلم بالقبول:** يرى أصحابه بأن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول.

وعلى كل مذهب من المذاهب السابقة مأخذ لا مجال للتفصيل فيها، ولقد أخذ المشرع الجزائري كأصل عام بمذهب العلم بالقبول إضافة الى أخذه بمذهب استلام القبول كتدعيم للأصل، وذلك بافتراضه أن استلام القبول هو قرينة على العلم به، وهي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس. حيث تنص المادة 67 على: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول، في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول."

وتجدر الإشارة أخيرا أنه من حق المتعاقدين تحديد زمان ومكان العقد خلافا لكل ما سبق، وهذا طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كما يمكن أن يتدخل المشرع بنصوص خاصة لتحديد زمان ومكان انعقاد عقود معينة.

3- أهمية تحديد زمان انعقاد العقد:

تظهر أهميته فيما يلي:

* من حيث القانون الواجب التطبيق: فالقانون الذي يسري على العقد هو القانون النافذ وقت إبرامه فإذا صدر قانون جديد يغير قواعد تحكم عقدا معيناً فإنه لا يسري على العقود المبرمة قبل صدوره، ومثال ذلك صدور المرسوم التشريعي 93-08 والذي ألغى حق البقاء في الأمكنة، فإذا أبرم عقد إيجار قبل صدور هذا القانون فإن من حق المستأجر البقاء في الأمكنة حسب النصوص القانونية السابقة....

* مادام العقد ينعقد عند اتصال القبول بعلم الموجب فإنه يحق للقابل العدول عن قبوله طالما لم يصل قبوله إلى علم من وجه إليه.

* فيما يتعلق بسريان بعض المواعيد، فالمشرع يفرض أحيانا سريان بعض المواعيد من تاريخ انعقاد العقد كدعوى الاستغلال حسب المادة 90 / 02، فهذه الدعوى ترفع خلال مدة سنة من تاريخ انعقاد العقد.

* الدعوى البولصية، حيث يشترط لقبولها أن يكون حق الدائن رافع الدعوى سابقا في التاريخ على تاريخ العقد المراد الطعن فيه.

* فيما يخص شهر الإفلاس، حيث أنه لا تسري في حق دائني التاجر المفلس العقود التي يبرمها هذا الأخير بعد شهر إفلاسه.

* هلاك المحل قبل انعقاد العقد يؤدي إلى عدم انعقاده، أما إذا كان هذا الهلاك بعد انعقاد العقد فإنه ينعقد صحيحا ولكن يترتب عليه الفسخ لاستحالة التنفيذ.

* يبدأ العقد في ترتيب آثاره ابتداء من تاريخ انعقاده، فمثلا في العقود الناقلة للملكية كعقد البيع تنتقل الملكية كأصل عام من تاريخ انعقاد العقد، فيكون الشيء المبوع ملكا للمشتري من هذا التاريخ كما يكون ملكا له كل ما ينتج عن هذا المبيع من ثمار ونماء انطلاقا من نفس التاريخ.

4-أهمية تحديد مكان انعقاد العقد:

ويظهر ذلك فيما يلي:

1. المحكمة المختصة بالنظر في النزاع القائم بين المتعاقدين هي المحكمة التي انعقد العقد في دائرة اختصاصها.
2. في مجال القانون الدولي الخاص، تطرح إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق حيث أنه طبقا للمادة 18 من القانون المدني، فإن القانون الواجب التطبيق يمكن أن يكون قانون مكان إبرام العقد، وعليه يؤدي تحديد مكان انعقاد العقد إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد. فلو أعلن جزائري عن قبوله لإيجاب قدم له من طرف شخص إيطالي ثم قام بتصدير قبوله وهو متواجد بتونس وتلقى الشخص الإيطالي القبول وهو موجود في إيطاليا ولم يعلم به إلا في ألمانيا فطبقا للقانون المدني الجزائري فالعقد يعتبر منعقدا في ألمانيا، والقانون الذي يحكم العقد هو القانون الألماني وليس الجزائري أو التونسي أو الإيطالي.

د- صور خاصة لتوافق الإرادتين:

أولاً: الوعد بالتعاقد: المواد "71، 72"

1- تعريفه: هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى الواعد بإبرام عقد معين في المستقبل إذا أبدى شخص آخر يسمى الموعد له رغبته في ذلك خلال مدة معينة. فالوعد بالتعاقد عقد يتم بإيجاب الواعد وقبول الموعد له، ومحل هذا العقد هو إبرام عقد آخر في المستقبل إذا أبدى الشخص الموعد له رغبته في ذلك خلال مدة العقد، وعليه يجب أن نلاحظ أن الموعد له يجب أولاً أن يعبر عن قبوله للوعد فينقصد عقد الوعد بالتعاقد، ثم له أن يعلن ثانياً عن قبوله إبرام العقد الموعد به فينقصد هذا العقد. والوعد بالتعاقد قد يكون ملزماً لجانب واحد وهو الواعد كالحالة التي يعد فيها شخص شخصاً آخر بأن يبيعه منزله بمبلغ معين إذا رغب في ذلك خلال شهر، فيكون أحدهما واعداً فقط والآخر موعوداً له فقط، كما يمكن أن يكون ملزماً للجانبين فيكون كلاهما واعد وموعوداً له كما هو الحال في الوعد بالبيع المقترن بوعد شراء. واعتبار الوعد ملزماً للجانبين لا يعني بتاتا بأن العقد الموعد به قد انعقد وأصبح نهائياً لأنه إذا لم يبد كل طرف رغبته في إبرام العقد النهائي خلال المدة المحددة يسقط الوعد.

2- شروط الوعد بالتعاقد:

مادام الوعد بالتعاقد عقداً فيجب أن يتوفر التراضي والمحل والسبب وتبعاً لذلك يجب أن يكون الواعد أهلاً للتعاقد وأن تكون إرادته وقت صدور الوعد خالية من العيوب ويجب على الموعد له أن يعبر أولاً عن إرادته في قبول الوعد وإلا فإن عقد الوعد لا ينعقد.

زيادة على الشروط العامة -سألفه الذكر- يشترط في الوعد بالتعاقد تحديداً وهذا حسب المادة "71 مدني":

- أن يتضمن الوعد جميع العناصر الجوهرية في العقد الموعود به.
 - أن يتضمن الوعد المدة التي يلتزم فيها الواعد بالبقاء على وعده والتي يجب على الموعود له إبداء رغبته في التعاقد خلالها.
 - ضرورة إفراغ الوعد في شكل رسمي إذا كان المشرع يشترط ذلك في العقد الموعود به كالوعد ببيع عقار.
- ويلاحظ بأن الوعد بالتعاقد لا يكون شكليا إلا إذا كان المشرع هو الذي يعتبر العقد الموعود به شكليا أما إذا كان العقد الموعود به شكليا باتفاق المتعاقدين فإن الوعد بالتعاقد لا يجب أن يفرغ في نفس الشكل.

3- آثار الوعد بالتعاقد:

يترتب على قيام الوعد بالتعاقد صحيحا، التزام الواعد بإبرام العقد الموعود به في المدة المحددة وذلك إذا أبدى الموعود له رغبته في ذلك، ولتحديد آثار الوعد بالتعاقد يجب أن نميز بين مرحلتين:

***مرحلة ما قبل إبداء الرغبة في التعاقد:** وهي المرحلة الفاصلة بين صدور الوعد وإعلان الرغبة في التعاقد وخلال هذه المرحلة لا يترتب العقد الموعود به أي من آثاره، لأنه لم ينعقد بعد وعليه يسري على المتعاقدين أحكام عقد الوعد، فيكون للموعود له في ذمة الواعد حق شخصي يخوله حق مطالبة الواعد بإبرام العقد الموعود به بمعنى أن الواعد لا يملك حق العدول عن وعده. أما بالنسبة للموعود له فلا ينشأ في ذمته أي التزام وإنما له حق الخيار بين إبرام العقد أو عدم قبول إبرامه.

***مرحلة ما بعد إبداء الرغبة في التعاقد:**

وهي المرحلة التي تلي تاريخ إبداء الموعود له رغبته في قبول التعاقد (خلال مدة الوعد طبعا)، فيترتب على ذلك اعتبار العقد منعقدا من الوقت الذي يتصل فيه إعلان الرغبة (القبول) بعلم الواعد، وهذا دون أثر رجعي. فلا يحتاج هذا القبول إلى رضا

جديد من الواعد، وعليه يبدأ العقد في ترتيب آثاره من هذا التاريخ، فإذا هلك الشيء محل التعاقد بقوة قاهرة تحمل الموعد له تبعة الهلاك، كما تعتبر ثمار وحاصلات الشيء المبيع ملكا للموعد له، إضافة إلى أن تصرفات الواعد بعد هذا التاريخ تعتبر تصرفات صادرة من غير المالك فإذا كان العقد بيعا وتصرف الواعد في الشيء المبيع مثلا تطبق عليه أحكام بيع ملك الغير.

ويطرح اشكال مهم هنا وهو في حال امتناع الواعد -بعد إبداء الموعد له رغبته في التعاقد- عن تنفيذ العقد الموعد به؟

طبقا للمادة 72 من القانون المدني، إذا نكل الواعد عن وعده وكانت جميع الشروط متوفرة، جاز للموعد له ومن أجل إجبار الواعد على تنفيذ وعده وهو إبرام العقد، أن يلجأ للقضاء من أجل استصدار حكم يقوم مقام العقد الموعد به وهو حكم مقرر غير منشىء. أما إذا خرج الشيء محل الوعد من يد الواعد بتقصير منه كتصرفه فيه للغير فيصبح تنفيذ الالتزام عينا مستحيلا، كان للموعد له الرجوع على الواعد لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحقه جراء عدم التنفيذ وهذا وفقا لقواعد المسؤولية العقدية.

ثانيا: النيابة في التعاقد

"المواد 73... 77"

الأصل أن يبرم الشخص التصرفات القانونية بنفسه ولحسابه، واستثناء على هذا يمكن للشخص أن يبرم عقدا بواسطة شخص آخر ينوب عنه وهذا ما يسمى النيابة في التعاقد، وتظهر أهميتها خاصة بالنسبة للأشخاص الذين لا يمكنهم مباشرة التصرفات القانونية بأنفسهم كالأشخاص الاعتبارية والأشخاص ناقصي الخبرة ... إلخ.

1-تعريفها:

تعرف النيابة بأنها: حلول إرادة شخص يسمى النائب محل إرادة شخص آخر يسمى الأصيل في إبرام تصرف قانوني تتصرف آثاره إلى ذمة الأصيل وحده.

2-أنواع النيابة:

تنقسم النيابة حسب المصدر المقرر لها إلى ثلاثة أنواع:

1- **النيابة القانونية:** وهي التي يستمد فيها النائب سلطته في التعاقد من القانون مباشرة مثل الولي، القيم...

2- **النيابة القضائية:** وهي التي يستمد فيها النائب سلطته في التعاقد من حكم القاضي كالحارس القضائي ووكيل الغائب...

3- **النيابة الاتفاقية:** وهي الأصل حيث يستمد فيها النائب سلطته في إبرام تصرفاته القانونية من إرادة الأصيل وذلك بموجب العقد المبرم بينهما.

3-شروط النيابة:

- 1) حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل.
- 2) إبرام النائب للتصرف باسم الأصيل ولحسابه.
- 3) يجب أن يلتزم النائب في إبرامه للتصرف حدود النيابة.

4-آثار النيابة:

أ) فيما يتعلق بالعلاقة بين النائب والأصيل، يحكم هذه العلاقة المصدر المنشئ لها، فإن كانت قانونية يتولى القانون تحديد حقوق والتزامات كل طرف أما إذا كانت اتفاقية فإن العقد هو الذي يحدد هذه الحقوق والتزامات.

ب) أثر النيابة بالنسبة للأصيل، إذا تصرف النائب في حدود نيابته فإن هذا التصرف ينفذ مباشرة في حق الأصيل، وعليه فكل ما ينشأ من حقوق والتزامات تضاف إلى ذمة الأصيل وحده حسب المادة 74 من القانون المدني.

ت) أثر النيابة بالنسبة للغير، التصرف المبرم بين النائب والغير ينشئ علاقة مباشرة بين هذا الأخير والأصيل، حيث يكتسب المتعاقد معه في مواجهة الأصيل كل ما ينشأ عن العقد من حقوق ويتحمل ما يترتب من التزامات. وكخلاصة لما سبق، لا يملك هذا الغير امكانية الرجوع على النائب إذا لم يتم الأصيل بتنفيذ التزاماته إلا في الحالة التي يكفل فيها النائب الأصيل، فيرجع الغير هنا على النائب باعتباره كفيلا وليس أصيلا.

ث) أثر النيابة بالنسبة للنائب، لا يتحمل النائب أي التزام ولا يكتسب أي حق، وعليه لا يمكن للنائب مطالبة الشخص المتعاقد معه بتنفيذ العقد إلا إذا كان نائبا عن الأصيل كذلك في التنفيذ، كما لا يسأل عن عدم تنفيذ الأصيل للالتزامات التي رتبها العقد في ذمته.

الفصل الثالث: شروط صحة التراضي

الأهلية وخلو الإرادة من العيوب

أولاً: شرط الأهلية: المواد 80/79/78

1-تعريف الأهلية: الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وصلاحيته لإبرام التصرفات القانونية على وجه يعتد به قانوناً.

وهي تنقسم الى قسمين:

*أهلية الوجوب: وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، وبهذا فأهلية الوجوب ترتبط بالشخصية القانونية سواء طبيعية أو معنوية دون الإرادة، حيث تثبت للجميع من اللحظة التي يكون فيها حملاً الى غاية تصفية تركته وسداد ديونه بعد موته.

*أهلية الأداء: هي قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية على وجه يعتد به قانوناً. وبما أن هذه الأخيرة مرتبطة بالإرادة فإنها تنعدم بانعدامها وتنقص بنقصها وتكتمل بكمالها.

2-تدرج الاهلية: تمر أهلية الأداء بثلاثة مراحل

أ/ مرحلة الصبي غير المميز: عديم التمييز هو الشخص الذي لم يبلغ سن الثالثة عشر سنة(13) أو بلغها وكان مجنوناً أو معتوهاً وهذا حسب المادة 42 من القانون المدني، وجميع تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً حتى ولو كانت نافعة له نفعاً محضاً.

ب/ مرحلة التمييز: المميز هو كل من بلغ 13 سنة كاملة ولم يبلغ 19 سنة أو بلغها وكان سفيهاً أو مغفلاً حسب المادة 43 من القانون المدني. وبشأن حكم تصرفاته فإن المادة 83 من قانون الأسرة قد ميزت بين 3 حالات:

***الحالة الأولى:** إذا كانت تصرفاته ضارة به ضررا محضا، ومعنى هذا أن يخرج مال من ذمته دون مقابل كالهبة مثلا فإن تصرفات المميز هنا تكون باطلة بطلانا مطلقا.

***الحالة الثانية:** إذا كانت تصرفاته نافعة له نفعا محضا كقبول هبة مثلا، فإن التصرف صحيح.

***الحالة الثالثة:** إذا كانت تصرفات المميز دائرة بين النفع والضرر كما هو الحال في عقود المعاوضة مثلا، فإن المادة 83 من قانون الاسرة تعتبرها موقوفة النفاذ، فهي صحيحة إلا أنها لا تنفذ إلا بعد إقرارها من طرف وليه أو من طرفه بعد بلوغه سن الرشد. أما حسب القانون المدني فإن المادة 101 تجعل منها قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية فهي صحيحة ومنتجة لآثارها إلا أنها مهددة بالإبطال إذا تمسك به ناقص الاهلية بعد بلوغه سن الرشد.

ج/ مرحلة الرشد: حسب المادة 40 من القانون المدني يعتبر الشخص راشدا إذا بلغ سن 19 سنة كاملة وكان متمتعا بكامل قواه العقلية، وعليه فجميع تصرفاته صحيحة وعليه تحمل تبعة أي تصرف قانوني يقوم به.

3-عوارض الاهلية: عوارض الاهلية هي الجنون والعتة والسفه والغفلة، وحسب المادة 42 من القانون المدني فإن تصرفات المجنون والمعتوه تأخذ حكم تصرفات عديم التمييز وبالتالي تكون باطلة بطلانا مطلقا (راجع كذلك المادتان 101 و 107 من قانون الاسرة)، أما تصرفات السفه وذا الغفلة فإنها تأخذ حكم تصرفات الصبي المميز وبالتالي تكون قابلة للإبطال حسب المادة 101 من القانون المدني، والصحيح أنها تصرفات موقوفة حسب ما نص على ذلك قانون الاسرة. (أنظر التفصيل السابق).

4-إثبات إنعدام الاهلية أو نقصها: يقع عبء إثبات نقص الاهلية أو انعدامها على من يدعي ذلك، فإذا أراد شخص إبطال العقد وجب عليه إثبات نقص الأهلية أو انعدامها وقت إبرام العقد، فإذا حدث وقام الشخص بإخفاء نقص أهليته أو

انعدامها بطرق إحتيالية ثم تمسك بذلك لإبطال العقد، جاز للطرف الاخر المطالبة بالتعويض الذي لحق به بسبب إبطال العقد.

ثانيا: خلو الإرادة من العيوب

المواد 81...91

الى جانب شرط الاهلية، يشترط لصحة التراضي خلو إرادة المتعاقد من عيوب الإرادة وهي الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال

1-الغلط:

المواد 81...85

أ-تعريف الغلط:

يعرف الغلط بأنه وهم تلقائي (ذاتي) يقوم في نفس وذهن المتعاقد يصور له الأمر على خلاف حقيقته مما يدفعه إلى التعاقد. كمن يشتري خاتما معتقدا أنه من ذهب وهو من معدن آخر....

ب-شروط الغلط:

- يجب أن يكون الغلط جوهريا.
- يجب أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر.

***الغلط الجوهرى:**

نصت المادة 81 من القانون المدني الجزائري على مايلي: "يجوز للمتعاقد الذي وقع

في غلط جوهرى وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله"

فالمشرع الجزائري وضع معيارا شخصيا لتقدير هل الغلط جوهرى أم غير جوهرى، وعليه فالأمر يختلف من شخص لآخر. ولقد أورد المشرع أمثلة تطبيقية على سبيل المثال يستعان بها لتقدير الخطأ الجوهرى وهوما نصت عليه المادة 82:

1. الغلط في صفة الشيء محل التعاقد، وذلك لأن المتعاقد يعتقد أنها جوهرية في العين محل التعاقد، كمن يشتري شيئاً معتقداً أنه أثري ويكون خلاف ذلك.

2. الغلط في شخص المتعاقد معه أو في صفة من صفاته، وكانت هذه الأخيرة هي الدافعة للتعاقد، وهذا ما يسمى بالاعتبار الشخصي.

ولتقدير جوهرية الغلط يطرح السؤال التالي: هل كان الشخص ليقدم على إبرام العقد لو علم بالأمر؟ فإذا كان الجواب بنعم كان الغلط غير جوهرى والعكس صحيح.

* يجب أن يتصل بالمتعاقد الآخر: إضافة للشرط السابق يجب للطعن في العقد بالإبطال للغلط أن يكون هذا الغلط الجوهرى متصلاً بالمتعاقد الآخر.

ويكون ذلك في ثلاث حالات:

1. إذا كان الغلط مشتركاً ومثال ذلك أن يعتقد كلا المتعاقدين أن الشيء المبيع أثري بينما هو في الحقيقة ليس كذلك.

2. الحالة الثانية: إذا كان المتعاقد معه عالماً بوقوع المتعاقد الأول في غلط كأن يشتري شخص خاتماً على أساس أنه من الذهب والبائع يعلم بأن المشتري أقدم على شرائه على أساس أنه ذهب.

3. الحالة الثالثة: إذا كان المتعاقد معه غير عالم بوقوع المتعاقد الأول في غلط ولكنه من السهل عليه العلم بذلك.

4. بناء على ما سبق فإنه يجوز لمن وقع في غلط وكان هذا الأخير جوهرياً ومتصلاً بالمتعاقد الآخر أن يطالب بإبطال العقد، لكن ومنعا للتعسف في استعمال هذا الحق فإن المشرع الجزائري بموجب المادة 85 يمنع التمسك بالغلط على وجه يخالف مبدأ حسن النية. فإذا اشترى شخص خاتماً معتقداً أنه من ذهب ثم تبين عكس ذلك، فلا يجوز له المطالبة بإبطال العقد للغلط إذا أبدى البائع استعداداً لتعويضه بخاتم مثل الذي توهمه المشتري.

ت-أنواع الغلط: ينقسم الغلط الى نوعين، غلط في الواقع وغلط في القانون

*الغلط في الواقع:

وهو الغلط الذي يقع بشأن واقعة مادية متعلقة بالعقد سواء بمحلله أو بأطرافه، ومن صورته الغلط في الباعث كمن يبيع أملاكه وهو معتقد أنه مريض مرض الموت والواقع أنه مرض عادي، والغلط في القيمة كبيع الشخص لسند بقيمة معينة وهو لا يعلم بأن هذا السند قد ربح قيمة مالية كبيرة، وفي الحالتين (الباعث والقيمة) لا بد من توافر الشرطين سالف الذكر.

*الغلط في القانون:

وهو توهم قاعدة قانونية على خلاف حقيقتها ولا بد من توافر الشرطين السابقين للتمسك بالغلط في القانون ومثال ذلك تصرف وارث في نصيبه في الميراث معتقدا أنه يرث الربع في حين أنه يرث النصف.

ويجب التمييز هنا بين الغلط في القانون والجهل بالقانون، فهذا الأخير يقصد به الجهل التام بالقاعدة القانونية وليس فهمها على خلاف حقيقتها. ونشير أخيرا بأنه قد يمنع المشرع التمسك بالغلط في القانون، ومثال ذلك منع التمسك بالغلط في القانون في عقد الصلح حسب المادة 465 من القانون المدني.

*الغلط المادي:

وهو غير متصل بالإرادة ولا يعتبر عيبا من عيوب الإرادة، فالعقد ينعقد صحيحا ويستمر صحيحا ويقتصر الأمر فقط على تصحيح هذا الغلط المادي ومثاله: الغلط في الحساب والكتابة كزلات القلم واللسان...

ث- إثبات الغلط: يقع عبء إثبات الغلط على من يدعيه، ويكون ذلك بكل طرق الإثبات ويترتب على إثباته قابلية العقد للإبطال لمصلحة من وقع فيه، والعبرة بإثبات الغلط وقت التعاقد فقط فالغلط الواقع قبل إنعقاد العقد أو بعده لا يعتد به.

2-التدليس:

المادتان 86 و87

تنص المادة 86 من القانون المدني على مايلي: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة."

أ-تعريف التدليس:

هو استعمال طرق إحتيالية لإيقاع الشخص في غلط يدفعه الى التعاقد، فإذا كان الغلط وهم تلقائي فإن التدليس تغليط متعمد من الطرف الاخر لذلك يسمى بالتغليط أو الغلط المستتار.

ب-عناصر التدليس:

حسب المادة 86 لا بد من توافر عنصرين اساسين لاعتبار سلوك معين تدليسا،

*العنصر المادي:

وهو استعمال طرق احتيالية من قبل أحد المتعاقدين أو الغير قصد إخفاء الحقيقة. والحيل المستعملة في التدليس تختلف باختلاف حالة الشخص المتعاقد معه، لذلك فمعيار تحديد ما يعتبر تدليسا من عدمه هو معيار ذاتي، لان العبرة بالأثر الذي تحدثه الطرق الاحتيالية في نفس المتعاقد وليس بتلك الطرق في حد ذاتها. وعليه يمكن أن تأتي تلك الطرق في شكل إيجابي وهو الكذب الذي يرد على واقعة ذات أهمية كبيرة

للمتعاقدين كتعتمد بائع المحل التجاري تقديم وثيقة تثبت أرباحا كبيرة لمحله عكس الواقع، أو في شكل سلبي وهو السكوت، إذا وقع هذا السكوت عمدا عن واقعة يعرفها المتعاقد وكان من الضروري إعلام المتعاقد الآخر بها بحيث لو علم بها لما أقدم على إبرام العقد، ومثال ذلك كتمان المؤمن له عن شركة التأمين أن شريكه في المحل كان قد هددته أمام الشهود بإحراق المحل لما في ذلك من أهمية في تقدير قيمة التأمين.

*العنصر المعنوي:

وهو نية وقصد التدليس، فيجب أن يكون استعمال الطرق الاحتيالية هدفه تضليل المتعاقد الآخر وإيقاعه في الغلط. فانخداع الشخص من تلقاء نفسه لا يعتبر تدليسا. كما يجب أن يكون الهدف من وراء التدليس هو الوصول إلى هدف غير مشروع فقط.

ت- شروط الطعن في العقد للتدليس:

بعدما عرفنا متى يعتبر فعل معين تدليسا، نتطرق الآن إلى متى يعتبر هذا التدليس عيبا من عيوب الإرادة، وذلك بوجود توافر شرطين وهما:

***يجب أن يكون التدليس دافعا للتعاقد:** يجب أن يكون الفعل التدليسي هو من دفع المدلس عليه للتعاقد، وهذا حسب المادة 86 دائما، والعبرة في ذلك بمدى تأثير الطرق الاحتيالية في المدلس عليه ودفعها إياه للتعاقد، فالمعيار هنا كذلك معيار شخصي تراعى بموجبه حالة المدلس عليه من سن وذكاء وتجربة...

***يجب أن يتصل التدليس بالمتعاقد الآخر:** إلى جانب الشرط السابق أضافت المادة 87 من القانون المدني الجزائري شرطا آخر لاعتبار التدليس عيبا من عيوب الإرادة يترتب عليه إبطال العقد وهو وجوب اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر، وهذا ضمنا لاستقرار المعاملات وحسن النية، إذ لا يعقل مفاجئة المتعاقد بفعل لا يعلمه، ولا يسأل المتعاقد كذلك عن التدليس الصادر من الغير إلا إذا كان عالما به أو كان من المفروض حتما أن يعلم به وقت إبرام العقد طبعاً.

ث-إثبات التدليس:

يقع عبء إثبات التدليس على من يدعيه، وهو الشخص الذي يدعي بأنه وقع ضحية فعل تدليسي، فعليه إثبات عناصر التدليس وشروطه، فإذا أثبت ذلك كان من حقه المطالبة بإبطال العقد للتدليس. أما إذا كان التدليس صادرا من الغير فيتوجب عليه إثبات علم المتعاقد بهذا التدليس أو افتراض علمه به، ويكون الجزاء نفسه وهو إبطال العقد للتدليس. وزيادة على حق المدلس عليه في المطالبة بإبطال العقد يجوز له المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به.

3-الإكراه

المادتان 88-89

تنص المادة 88 من القانون المدني على مايلي: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق. وتعتبر الرهبة قائمة 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".

أ-تعريف الإكراه:

هو تهديد وضغط غير مشروع يقع على الشخص، فيولد في نفسه رهبة وخوفا من خطر جسيم يحملانه على التعاقد تقاديا لنتائج هذا التهديد.

والإكراه موضوع دراستنا هو الإكراه المعنوي، والذي يقصد به تلك الرهبة التي لا تعدم الإرادة وحرية الاختيار، فالشخص يبقى مخيرا بين إبرام العقد أو الرضوخ للإكراه وتحمل نتائجه كمن يخير بين بيع منزله أو قتله.

ويخرج من نطاق دراستنا الإكراه المادي وهو الذي يعدم الإرادة تماما، بحيث لا يمكن للشخص الاختيار، كمن يمسك بيد شخص ويرغمه على وضع بصمته على العقد، ويترتب على هذا النوع من الإكراه البطلان المطلق لأنه يعدم الإرادة كلية.

ب-عناصر الإكراه: للإكراه عنصران مادي ومعنوي

*العنصر المادي:

وهو وسائل التهديد والضغط على حرية الإرادة في الاختيار، وقد تكون هذه الوسائل واردة على النفس كالتهديد بالقتل أو على الجسم كالتهديد بالضرب أو على المال كالتهديد بالحرق أو الاتلاف أو على الشرف والسمعة. كما يستوي أن يرد هذا التهديد على المتعاقد في حد ذاته أو على أحد أقاربه، كما يمكن أن يكون هذا التهديد بسلوك

إيجابي كما سبق ذكره أو بسلوك سلبي وهو الامتناع عن عمل معين كامتناع الطبيب عن القيام بعملية جراحية خطيرة وحالة الاجل إلا بعد زيادة الأجرة. خلاصة القول أن المعيار في الاكراه هي درجة الرهبة والخطر الذي يتولد في نفس المتعاقد والذي يدفعه للتعاقد سواء كان هذا الخطر والخوف قائما أثناء التعاقد أو يكون مستقبلا.

*العنصر المعنوي:

وهو النية والقصد في دفع المكره للتعاقد قصد الحصول على مصلحة غير مشروعة، وبمفهوم المخالفة إذا كانت المصلحة مشروعة فلا إكراه حتى ولو كانت الوسيلة غير مشروعة، كتهديد الدائن لمدينه بأنه سينفذ عليه أو سيطالب بشهر إفلاسه إذا لم يرتب له رهنا ضمانا لدينه، فعقد الرهن صحيح بشرط ألا يكون فيه زيادة في حقوق الدائن رغم أنه جاء بالتهديد.

ومما تجدر الإشارة اليه أن العقد لا يبطل للإكراه إذا كان الخوف ناتجا عن مجرد توهم المتعاقد من تلقاء نفسه بوجود خطر جسيم يتهدهه من المتعاقد الآخر دون أي قصد من هذا الأخير.

ت-شروط الإكراه:

للإكراه شرطان وهما: أن يكون الإكراه دافعا للتعاقد وأن يكون متصلا بالمتعاقد الآخر *يجب أن يكون الاكراه دافعا للتعاقد: ويقصد به أن التعاقد تم بناء على الرهبة الواضحة التي بعثها أحد المتعاقدين في المتعاقد الآخر، حيث تجعل المتعاقد الآخر يشعر بوجود خطر كبير ومحدد سواء به أو بأحد أقاربه في النفس أو الجسم أو المال أو الشرف. وتقاس جسامة هذا الإكراه بالأثر الذي تتركه فيمن وقع عليه الإكراه حيث يراعى في تحديد ذلك جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه، وعلى

هذا فمعيار الاكراه هو معيار شخصي وذاتي. والى جانب ما سبق فمن البديهي أن يكون هذا الخطر المحقق محددًا وغير عام إضافة الى عدم إمكانية تجنبه بسهولة وأن تكون الرهبة المتولدة عنه حالة حتى وإن كان الخطر الفعلي مستقبلي الوقوع.

*** يجب أن يكون الإكراه متصلًا بالمتعاقد الآخر:** لا يختلف الأمر هنا على ما تم ذكره في التدليس، فيجب أن يصدر الإكراه من المتعاقد أو من الغير بشرط أن يكون المتعاقد في هذه الحالة سيء النية، كما يستوي أن يكون الإكراه نتيجة ظرف خارجي وليس من الغير، فإكراه شخص مهدد بخطر الغرق على التعاقد يأخذ حكم قيام المتعاقد بالإكراه أو علمه بقيام الغير بذلك والنتيجة واحدة وهي قابلية العقد للإبطال لمصلحة ضحية الإكراه.

ث- إثبات الإكراه:

يقع عبء إثبات الإكراه على من يدعيه وله في ذلك استعمال كافة طرق الإثبات، فإذا تمكن من إثبات ذلك كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحة الشخص ضحية الاكراه، دون نسيان إمكانية مطالبته بالتعويض جراء الضرر الذي لحق به.

4-الإستغلال:

المادتان 90-91

تنص المادة 90 من القانون المدني على مايلي: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا 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 طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص من التزامات هذا المتعاقد. ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

أ-تعريف الاستغلال: هو استغلال شخص في شخص آخر طيشا بينا أو هوى جامحا ليبرم معه عقدا يحتوي على غبن فاحش.

ب-شروط الطعن في العقد للاستغلال: للاستغلال عنصران مادي ونفسي

*العنصر المادي:

وهو عدم التعادل أو الاختلال الفاحش بين ما يقدمه المتعاقدان وما يلتزمان به، كبيع منقول ب 20000 دج في حين أن قيمته الحقيقية 80000 دج. فإذا كان الاختلال بسيطا كان العقد صحيحا وللقاضي سلطة تقديرية في تحديد ذلك. وينظر الى هذا الاختلال وقت انعقاد العقد، لأن الاختلال الذي يأتي لاحقا لانعقاد العقد تحكمه نظرية الظروف الطارئة حسب المادة 107 من القانون المدني.

*العنصر النفسي: وهو الإقدام على القيام بعمل معين بغبن فاحش نتيجة إستغلال

الطيش البين والهوى الجامح في الطرف المغبون، فحالات نقص الإرادة بسبب

الاستغلال حصرها المشرع في هذين الامرين فقط دون النظر الى نقص الخبرة أو استغلال الحاجة...

+الطيش البين: ويقصد به الخفة والتسرع وسوء تقدير الأمور، وعادة ما يكون هذا الطيش عند الحماسة الزائدة أثناء إبرام العقد، كما يجب أن يكون هذا الطيش بينا وواضحا بحيث يكون في مقدور الطرف الآخر معرفته، ومثال ذلك تصرف شاب صغير يحلم بمغريات الحياة في أموال طائلة ورثها، فالغالب أن تصرفه في هذه الاموال يكون دون الاهتمام بقيمتها الحقيقية أو ما ينجم عن تصرفه من نتائج ضارة به.

+الهوى الجامح: وهو تلك الرغبة الشديدة وذلك الشعور الجارف الذي يقوم في نفس شخص معين اتجاه شيء أو شخص معين. فهو أمر نفسي وعاطفي بالدرجة الأولى. وأبرز أمثله استغلال الزوجة صغيرة السن لتعلق زوجها الشيخ بها ليهب لها جميع أمواله، أو استغلال هذا الشيخ لرغبة زوجته في الطلاق منه وزواجها بشاب مثلها ليطالب منها مبلغا كبيرا مقابل خلعها.

وبناء على ما سبق لابد من توافر عنصري الاستغلال معا وأن تقوم بينهما رابطة سببية من أجل الوصول الى إبطال العقد للاستغلال.

ت-إثبات الاستغلال:

يقع عبء إثبات الاستغلال على من يدعيه، ويكون ذلك بكل طرق الاثبات بحيث يجب على المدعي إثبات وجود التفاوت الكبير بين ما قدمه وما التزم به وأن يكون هذا التفاوت نتيجة لاستغلال الطيش البين أو الهوى الجامح فيه. وبتعبير آخر إثبات علم المتعاقد الآخر بحالة المتعاقد التي يمر بها أثناء إبرام العقد.

فإذا تمكن من إثبات ذلك جاز له المطالبة بإبطال العقد للاستغلال، وللقاضي سلطة تقديرية بين الحكم بإبطال العقد أو الحكم بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون وإرجاعها

الى الحد المعقول. كما يجوز لمن وقع في الاستغلال أن يطالب بإنقاص التزاماته دون إبطال العقد وفي هذه الحالة لا يجوز للقاضي الحكم بإبطال العقد لأنه يكون قد حكم بأكثر مما طلبه الخصوم. كما يحق للطرف الآخر تلافي الإبطال وذلك بأن يعرض على المغبون ما يكون كافيا لرفع الغبن.

وتسقط دعوى إبطال العقد للاستغلال بمرور سنة من تاريخ إنعقاد العقد وهي مدة سقوط لا تقبل الوقف والانقطاع كالتقادم.

ولقد أشار المشرع في المادة 91 من القانون المدني، الى عدم الإخلال بالقواعد

الخاصة بالغبن في بعض العقود، فالغبن هو التباين الفاحش بين ما يقدمه أحد

المتعاقدين وما يحصل عليه فهو غبن مادي فقط وهو بهذا عيب في العقد وليس عيبا

في الإرادة كالاستغلال، ولا يكون الغبن بهذا المفهوم الا في حالات خاصة ومنها:

- **الغبن في بيع العقار:** حسب المادتين 358 و359 من القانون المدني، إذا بيع

عقار بغبن يزيد عن الخمس جاز للبائع المطالبة بتكملة الثمن الى حدود أربعة أخماس

ثمن المثل وقت بيع العقار، وتسقط دعوى تكملة الثمن بالتقادم بمرور ثلاث سنوات من

تاريخ العقد.

-**الغبن في عقد القسمة الرضائية:** حيث طبقا للمادة 732 من القانون المدني، يجوز

للمتقاسم الذي لحقه غبن يزيد عن الخمس وقت القسمة، أن يطلب نقض القسمة

وإعادتها من جديد. وترفع دعوى نقض القسمة خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى

عليه وقف سير الدعوى ومنع إعادة القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما

نقص من حصته.

الفصل الثاني: المحل.

وهو الركن الثاني من أركان العقد، وإن كان الفقه قد اختلف اختلافا كبيرا بين المقصود بمحل العقل ومحل الالتزام¹ وهل هما أمران مختلفان أو أمر واحد²، إلا أن الأمر الذي يمكن التأكيد عليه هو أن المحل ركن في العقد لا يجوز تخيل وجود عقد دونه، وحتى بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نصت المادة 92 مدني على ما يلي: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا.

غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون". وعليه فالمشرع تطرق في الفقرة الأولى إلى محل الالتزام وهو ما يتعهد به المدين، بينما تطرق في الفقرة الثانية إلى محل العقد وهي العملية القانونية والمتمثلة في التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، وبغض النظر عن الجدل الفقهي والمتمثل في كون الأمر يتعلق بمحل الالتزام أو بمحل العقد أو أنهما أمر واحد أو أن العقد ليس له محل أصلا وإنما المقصود هو محل الالتزام وأن المقصود بمحل العقد هو محل الالتزام الناشئ عند العقد، فلا يختلف إثنان بأن للمحل شروطا يجب أن تتوافر فيه، وهي أن يكون موجودا أو ممكنا، أن يكون معينا وأن يكون مشروعاً.

أولاً- أن يكون المحل موجودا أو ممكنا:

يجب أن يكون المحل موجودا أثناء نشوء الالتزام على الأقل، وهذا هو الغالب فالأصل أن محل الالتزام موجود حتى ينعقد العقد بعد ذلك، ولكن يمكن تصور انعدام المحل وذلك في حالتين:

¹ أنظر في هذا: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 69.

- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 138.

² عبد الحي حجازي، نظرية الالتزامات، النظرية العامة للالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، المجلد الأول، ص 15.

- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 375.

- MAZEAUD, traité théorique et pratique de la responsabilité civile, n 06, T10, p76.

1- انعدام المحل أصلا:

يقصد به أن المحل لم يكن موجودا من الأساس ولا يمكن أن يوجد مستقبلا وهذا أمر مستبعد ومثاله أن يبيع شخص سيارة ليس لها وجود أصلا وعليه يترتب على هذا عدم إمكانية انعقاد العقد إطلاقا لانعدام المحل.

2- هلاك المحل:

أم في هذه الحالة فالمحل كان موجودا، ولكنه هلك لسبب من الأسباب، وعليه إذا هلك المحل قبل انعقاد العقد أو أثناء التعاقد عدّ غير موجود ويأخذ حكم الحالة السابقة، أم إذا هلك المحل بعد التعاقد فإن هذا لا يؤثر على نشوء العقد صحيحا ولا يكون باطلا وإنما ينظر في تحمل تبعة الهلاك فقط ومثاله ما نصت عليه المادة 369 مدني "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لايد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن...".

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يمكن أن يكون المحل شيئا مستقبلا حسب المادة 92 دائما، وإن كان هذا الأمر غير محبذ عادة لأن الأمر المستقبل قد يوجد وقد لا يوجد مما دفع البعض إلى المطالبة بإلغاء شرط التحقيق مستقبلا¹، لكن يمكن أن يفهم قصد المشرع على الأمور ذائعة الشيوع حاليا كسواء سيارة وهي تصنع في المصنع أو شراء منزل قبل اكتمال بنائه... فهذه الأشياء أصبحت من الأمور المحققة الوقوع في المستقبل لأن وجودها متوقف على إرادة المدين كأصل عام عكس شراء الثمار قبل نضجها والتي يستحيل ضمان نضجها وذلك لتعرضها لأمر خارجة عند إرادة المدين. ورغم إجازة المشرع أن يكون المحل أمرا مستقبلا إلا أنه منع التعامل في تركه إنسان على قيد الحياة ولو كانت برضاه لأن الأمر مخالف للأداب الحسنة ما عدا الوصية حيث يجوز للشخص أن يوصي حال حياته لمن شاء حسب القانون.

وعليه فكل تصرف في تركه إنسان على قيد الحياة يعتبر باطلا بطلانا مطلقا.

أما المقصود بأن يكون المحل ممكنا، حسب المادة 93 مدني، هو أن لا يكون مستحيلا استحالة مطلقة بحيث لا يمكن لأي أحد القيام بهذا العمل وهذا لأسباب

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 214.

موضوعية بحتة كتعهد شخص بإصلاح سيارة ولكنها غير موجودة أصلا أو أن تكون هذه الاستحالة المطلقة لأسباب طبيعية أو لأسباب قانونية كالالتزام الشخص بالتنازل عند اسمه أو تعهد محام بالطعن في قرار انقضى أجل الطعن فيه، وفي كل الحالات لا يعتد إلا بالاستحالة التي تكون قبل نشوء العقد أو أثناء نشوئه، فإذا حدثت الاستحالة بعد نشوئه، فلا تؤثر في صحته وإنما تجعل من تنفيذه مستحيلا، حيث تنص المادة 307 مدني على: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عند إرادته".

ثانيا- أن يكون المحل معينا:

لاشك أنه عدم تعيين المحل يجعل المدين غير ملتزم بأي التزام فلا يمكنه القيام بعمل أو الامتناع عنه كما لا يمكنه فعل شيء معين، وبالنتيجة فتعيين المحل أمر لازم لوجود الالتزام، ولا يختلف الأمر كثيرا إذا كان تحديد المحل غير كاف لأن هذا سيؤدي غالبا إلى حدوث سوء تفاهم بين الأطراف، وعليه فالأصل أن ما سبق يؤدي إلى البطلان.

لكن المشرع الجزائري رأى أنه يمكن أن يكون المحل قابلا للتعيين فقط في حالات محددة حسب المادة 94 مدني، وطبقا للمادة 94 دائما فإن تحديد المحل ينظر إليه من ناحية الشيء محل التعاقد.

فإن كان من القيميات فإن تعيينها يكون بتعريفها أو بوصفها كالسيارات المرقمة والطائرات وعناوين المنازل والعلامات التجارية ...، أما إذا لم تكن معرفة بهذه الطريقة فيجب وصفها وصفا نافيا للجهالة ومثالا هذا ما نصت عليه المادة 352 مدني. أما إن كان من المثليات وحسب المادة 94 دائما، فإنها يجب أن تكون معنية بنوعها ومقدارها، والشيء المثلي حسب المادة 686 مدني هو: "الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن".

إن التعبير الدقيق يقتضي أن يكون المقصود هو الجنس "espèce" وليس النوع "genre" وعليه فالواجب تعيينه هو الجنس لأن النوع أمر ثانوي بالنسبة له، فالقمح جنس والقمح الإيطالي هو النوع، فإذا لم يحدد المتعاقدان نوع القمح فلا يبطل العقد بالضرورة لأنه أمر سهل تداركه.¹

وتحديد المثليات إلى جانب تحديد جنسها يجب أيضا أن يحدد مقدارها سواء بوزنها أو كيلها أو عدها أو مقياسها، وحسب المادة 94 مدني فإن عدم تحديد المقدار صراحة لا يبطل العقد إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، فتحديد مورد لمطعم تقديم مائة وجبة من اللحم هو أمر صحيح رغم أن هذا لا يحدد لنا كمية اللحم الحقيقية ولكن العناصر الأساسية لتحديد مقدار اللحم ممكنة في هذا الحال.

والأمر نفسه إذا لم يعين جودة الشيء، لأنها أمر تفصيلي ويكون المدين هنا ملتزما بتقديم شيء متوسط الجودة، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة على شيء ذو جودة محددة فيكون المدين هنا ملزما بتوفيرها حسب العقد² ودائما في إطار تعيين المحل تطرقت المادة 95 من القانون المدني إلى النقود باعتبارها محلا للالتزام، فالثمن من العناصر الجوهرية في عقد البيع ويبطل العقد إذا لم يحدد الثمن أو لم يكن من الممكن تحديده تحديدا دقيقا بناء على أسس تحدده لاحقا (المادة 356 مدني) أو لم يتفقا على سعر السوق أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما (357 مدني) كما يمكنهما -إذا لم يحددا الثمن مسبقا- أن يسندا هذه المهمة إلى الغير من ذوي الخبرة والمعرفة.

أما بالنسبة لباقي العقود فإن عدم تحديد الثمن لا يبطلها، ومثال ذلك التزامات رب العمل (562 مدني) ومستحقات المهندس (563 مدني)... ولكن ورغم عدم بطلان العقد إلا أنه يجب أن يحدد الثمن بالطرق التي حددها المشرع الجزائري.³

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن المادة 95 مدني تعتد بالقيمة الإسمية للنقود، ومعنى هذا أن المدين بمبلغ معين من النقود يكون ملزما برد المبلغ تماما كما تحديده أثناء العقد

¹ أنظر في هذا المعنى، علي فيلالي، الالتزامات -النظرية العامة للعقد- الطبعة 03، موفم للنشر، الجزائر، 2013.

² راجع في ذلك المواد 353 و354 و355 مدني.

³ راجع في ذلك المواد: 562، 563.

ولا عبءة لقيمة النقوء وقت سءاءها سواء ارتفعت قيمتها أو انخفضت، وهذا النص من النظام العام وعلفه لا فبب ربط النقوء بأف شفء آءر سواء الذهب أو عملة آءرى...¹. ففر أن هذا لا فمنع إءلاقا من إمكانيه مرآعة الأجرة طبقا للماءة 472 مءني بالنسبة لعقء الإفجار أو الزفءاءة فف آجرة المءقول فف عقء المءقولة (561- 3).

ءالءا- أن فكون المءل مشروعا:

فبب أن فكون المءل مشروعا ففر مءالف للنظام العام والأءاب الءسنة، وإلا كان العقء باءلا وهذا ءسب الماءة 93 مءني.

وعلفه فكون المءل ففر مشروع إذا كان مءعلقا بشفء لا فبوز المءامل ففه أو فكون مءالفا للنظام العام والأءاب الءسنة.

1/ أن فكون المءل قابلآ للمءامل ففه:

ءسب الماءة 93 مءني، فإن مءل الاءزام فكون باءلا إذا كان مسءءفلا فف ءالته وفكون ءلك إذا كان ففر قابل للمءامل ففه سواء بالبع أو الإفجار... أو ففرهما من المءصرفاء، وعلفه فكون الشفء ففر قابل للمءامل ففه سواء لطبعته أو بءم القانون. فالأشفاء ففر القابلة للمءامل ففها بطبعتهاء هف ءلك الأشياء الءف لا فسءطفف آءء أن فسءأءر بءفازتها (الماءة 682- 2)، كالشمس والقمر ومفاه المءفطاء... فإذا ءمكن الإنسان من ءفازتها بطرفقة أو بأءرى كانت ءفئءذ قابلة للمءامل، كمف ببفع مفاه البءر فف قاروراء أو ففرها...

أما الأشياء ففر القابلفة للمءامل ففها بءم القانون (682) فهف ءلك الأشياء الءف ءقبل المءامل ففها عادة ولكن القانون فمنع ءلك لأسباب مءءلفة كالأءلاق أو النفع العام أو ءسن الأءاب.

فلا فبوز مءلا ببفع ءضو من أءضاء الإنسان لأن الأءلاق ءبعل من هءه الأءضاء أسمف من أن ءقءر بءمن، كما لا فبوز ببفع الطرقات أو الءسور أو المءطاراء

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 131.

لأنها أملاك وطنية عمومية فلا يجوز التصرف فيها ولا يمكن الحجز عليها ولا تتقدم¹ والمادة 689 تنص صراحة على ذلك.

2/ أن يكون المحل مطابقا للنظام العام والآداب العامة:

الوظيفة الأساسية للنظام العام والآداب العامة هي حماية المجتمع والمحافظة على النظام والسلم الاجتماعي داخل المجتمع الواحد.²

والمشروع الجزائري يذكر أحيانا النظام العام والآداب مقترنين كما هو الحال في المواد 24 مدني، 93 و204 بينما يقتصر على ذكر أحدهما فقط كما هو الحال في المواد 161 و344 مدني، وهذا يدل على أنها أمران مختلفان رغم وظيفتهما الواحدة.

فبعض الفقه يرى ان النظام العام هو مجموعة القواعد التي تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية وتتعلق بالنظام الأعلى للمجتمع، بينما الآداب العامة هي قواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية.³

ورغم هذا فلا خلاف أن العقد يكون باطلا إذا كان محله مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، فلا يجوز أن يكون المحل الالتزام هو الدعارة أو القمار أو غيرهما من الأمور المخالفة للآداب أو النظام العام.

¹ القانون 90- 13 المؤرخ في 14 ديسمبر 1990 المتضمن الأملاك الوطنية.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 281.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 400.

الفصل الثالث: السبب: (المادتان 97 و98 من القانون المدني):

يعرف السبب بأنه الباعث الذي يدفع المدين إلى التعاقد أو الغاية التي يصبو إليها المدين من التزامه.

ويمكن تمييز المحل عن السبب فيما يلي:

فالمحل هو الشيء الذي التزم به المدين فإذا أداه إلى الدائن برأت ذمته ويعبر عنه بالسؤال التالي: "بماذا التزم المدين".

أما السبب فهو الغاية التي يروم المدين تحقيقها من التزامه ويعبر عنه بالسؤال التالي: "لماذا التزم المدين".

كما أن السبب لا يمكن تصور وجوده إلا في التصرفات القانونية فقط لأنه مرتبط بالإرادة مباشرة فحيث توجد الإرادة يوجد السبب وهذا عكس المحل الذي يجب أن يتوافر في أي التزام سواء كان تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية.

ولقد تنازعت السبب نظريتان، النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، ومضمون النظرية التقليدية هو أن المقصود بالسبب هو السبب المباشر الذي لا يختلف من عقد إلى آخر فمضمون التزام البائع هو قبض الثمن ومضمون التزام المشتري هو تملك المبيع وهذا لا يختلف في كل عقود البيع والأمر نفسه لباقي التصرفات الأخرى، أما المدرسة الحديثة فزيادة على السبب المباشر فإنها تأخذ بعين الاعتبار السبب غير المباشر أو الباعث على التعاقد وهذا يختلف من عقد لآخر، فالالتزام المباشر للبائع كما سبق ذكره هو قبض الثمن لكن السبب البعيد يختلف من بائع لآخر فبينما يريد بائع من الثمن أن يشتري به عقاراً آخر نجد بائع آخر يريد أن ينفقه في السياحة وهكذا.¹

ويظهر من خلال المادتين 97 و98 أن السبب أمر مفترض الوجود. حيث جاء فيه: "... يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أنه للالتزام بسبب آخر مشروع أن يثبت ما يدعيه".

¹ أنظر في هذا المعنى، محمد قاسم حسن، القانون المدني، الالتزامات، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018، ص 313.

ويشترط المشرع الجزائي في السبب ما يلي:

1/ أن يكون موجودا:

فإذا التزم الورثة مثلا بدفع مبلغ لشخص لأنهم يعتقدون أن مورثهم قد أوصى له بنصيب في التركة ثم اكتشفوا أن مورثهم قد رجع في هذه الوصية أو أنها باطلة لسبب معين فهنا ينعدم السبب ويكون العقد باطلا.

2/ أن يكون السبب مشروعاً:

وهذا أمر لا مناص منه، فيجب أن يكون السبب غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة وإلا كان العقد باطلاً بطلانا مطلقاً كالتزام شخص بارتكاب جريمة من أجل مبلغ من المال أو دين قمار...

ونشير أخيراً أن المشرع الجزائي قد افترض أن لكل التزم سبباً مشروعاً وأن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، فعلى كل من يدعي عكس ذلك أن يثبت، وهذه قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

نظرية البطلان: (المواد 99- 105 مدني):

البطلان هو: "الجزاء الذي يرتبه القانون لعدم توافر ركن من كان العقد أو شروط صحتها"¹.

وعليه فالبطلان هو الجزاء المترتب على العقد غير مكتمل الأركان أو غير مستوف الشروط، فإذا أخل بها المتعاقدان كان العقد باطلاً وعليه تزول آثاره بالنسبة للمتعاقدين وكذلك الغير.

وتجدر الإشارة بداية إلى أن المشرع لا يهدف إلى بطلان العقد بالأساس بل إنه يهدف إلى إنقاذ العقد قدر الإمكان ويكون الإبطال هو الحل الآخر.

وللإحاطة بموضوع البطلان وجب التطرق إلى مفهومه ثم إلى تقريره والآثار المترتبة عليه وصولاً إلى إنقاذ العقد الباطل.

¹ خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 81.

أولاً- مفهوم البطلان:

بعدما عرفنا ما هو المقصود بالبطلان نحاول هنا أن نميز بينه وبين المفاهيم المشابهة له ثم التطرق إلى أنواعه.

1- تمييز البطلان عند المفاهيم المشابهة له:

إن أكثر المفاهيم تشابهاً مع البطلان من حيث الآثار هي سقوط العقد وفسخه، فالجميع يؤدي إلى نفس النتيجة، والآخر القانوني وهو الزوال الكلي لآثار العقد فيصبح العقد كأنه لم يكن موجوداً أصلاً، لكن الاختلاف بينها يتمثل في الأسباب المؤدية لكل منها، فكما سبق ذكره يترتب البطلان على تخلف ركن من أركان العقد أو شروط من شروط الصحة، بينما يكون السقوط وارداً على عقد صحيح مكتمل الآثار والشروط. لكن تطراً عليه ظروف تمنعه من ترتيب آثاره ومثال ذلك تمسك أحد المتعاقدين بالعدول في التعاقد عن طريق العربون فهذا الأمر يؤدي إلى سقوط العقد (المادة 72 مدني).

أما الفسخ فسببه عدم تنفيذ العقد من طرف أحد المتعاقدين، فالعقد ينشأ صحيحاً إلا أن إخلال أحد أطرافه بالتزاماته يؤدي إلى فسخه (المواد 119- 121 مدني) كما يمكن أن يفسخ العقد بحكم القانون إذا أصبح تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مستحيلاً استحالة مطلقة وتكون هذه الاستحالة في وقت لاحق على انعقاد العقد ومصدرها أجنبي عن المدين (121 مدني)، وفي كل الحالات فإن البطلان يلتقي معها في الأثر المشترك المترتب عليها وهو إنهاء الرابطة العقدية.

2- أنواع البطلان:

يختلف الفقه في تقسيمه للبطلان إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية، فيميز الفقه التقليدي بين الانعدام ويقصد به أن تخلف ركن من أركان العقد يؤدي إلى عدم انعقاده أصلاً فهو غير موجود نهائياً، والبطلان المطلق ويكون حسبهم عندما يستوفي العقد أركانه ولكنه يكون غير مشروع (راجع المحل والسبب) فهنا ينعقد العقد لاستكمال أركانه ولكنه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لأن المحل أو السبب غير مشروعين وأخيراً البطلان النسبي

ويكون إذا كان رضا المتعاقدين مشوبا بعيب من عيوب الرضا، فينعقد العقد صحيحا ولكنه يكون مهددا بالإبطال إذا طعن في صحته الشخص الذي كان رضاه معيبا.¹

أما الفقه الحديث فيقسم البطلان تقسيما ثنائيا وهما البطلان المطلق والبطلان النسبي، فالبطلان المطلق حسبهم يلحق العقد غير مستوف الأركان كانهتمام تطابق الإرادتين أو انعدام المحل والسبب أو عدم مشروعية أحدهما أو انعدام ركن الشكلية في العقود الشكلية... فيكون العقد هنا منعدم الوجود تماما ولا حاجة لتقرير البطلان وهذا الأخير لا تلحقه الإجازة ولا يتقادم لكونه غير موجودا قانونا.

أما البطلان النسبي، فإن العقد ينعقد صحيحا ويظل كذلك حتى يطعن فيه من خوله المشرع ذلك، ويكون ذلك في حال نقص الأهلية أو وجود عيب من عيوب الرضا، وهذا الأخير عكس البطلان المطلق تلحقه الإجازة ويسقط بالتقادم.²

ويتضح من خلال المواد 99 إلى 105، أن المشرع الجزائري أخذ بهذا التقسيم فتناول البطلان النسبي في المواد 99 إلى 101 وعالج في المادة 102 البطلان فيما خصص المواد 103، 104، 105 لأحكام مشتركة بين النوعين.

ثانيا- تقرير البطلان:

يتم تقرير البطلان عند القضاء إما عن طريق الدعوى الرئيسية التي ترفع بشأنه أو عن طريق الدفع في دعوى قائمة، فبالنسبة للحالة الأولى تكون برفع دعوى تهدف إلى تقرير البطلان أو الإبطال³، فإذا ثبت ذلك حكم به القاضي أما عن طريق الدفع فيكون إذا ادعى شخص صحة عقد ويطالب بتنفيذه قضائيا فيجوز للمتعاقد الآخر هنا الدفع بالبطلان أو بإبطال العقد⁴ والحال كذلك إذا تبين للقاضي أن العقد باطل قضى بذلك.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه في البطلان المطلق وطبقا للمادة 102 من القانون المدني فإن لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا النوع من البطلان ويجوز للمحكمة أن

¹ راجع في ذلك محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، 88.

² المرجع نفسه، ص 98.

³ راجع في ذلك المود: 3- 13- 14- من ق إ م .!

⁴ أنظر المادة 48 ق إ م .!

تقضي به من تلقاء نفسها عدا عن المتعاقدين و من يقوم مقامهما، وكذلك **يجوز** للخلف الخاص و الدائنين أو الغير التمسك بهذا البطلان ما دامت لهم مصلحة مشروعة في إبطال العقد، ويجوز للجميع التمسك بهذا البطلان في أي مرحلة تكون عليها الدعوى القضائية.

أما في البطلان النسبي فقد نصت المادة 99 على ما يلي: "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

إذن فحق الإبطال مقرر لمصلحة المتعاقد ناقص الأهلية أو الذي عيبت إرادته فقط دون أن يمتد إلى المتعاقد الآخر أو الغير، أما الخلف العام¹ والخلف الخاص² والدائنون العاديون³ فإنهم يحلون محل المتعاقد صاحب الحق في الإبطال كل حسب صفته.

وينقضي الحق في المطالبة بإبطال العقد الباطل بطلانا مطلقا بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد، فبمرور هذه المدة لا يمكن رفع دعوى البطلان ولكن الدفع بالبطلان يبقى مستمرا، أما بالنسبة للعقد القابل للإبطال فإن الأمر مختلف. فالعقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة، وهي النزول عن الحق في الطعن بالبطلان ممن له الحق في ذلك⁴ وهذه الأخيرة هي تصرف بإرادة منفردة يمكن بمقتضاه لصاحب الحق في المطالبة بالإبطال أن يتنازل عن هذا الحق، وقد تكون صريحة أو ضمنية (المادة 100 مدني)⁵، والإجازة تختلف عن الإقرار (رغم التشابه بينهما) في كونها تصدر من المتعاقد بينما الإقرار يصدر من الخصم والإقرار يكون بصدد تصرف صحيح في حين أن الإجازة تكون بصدد عقد قابل للإبطال، ومن حالات الإقرار ما نصت عليه المادة 398 مدني.

ولكي تكون الإجازة صحيحة ويعتد بها لابد من توافر ثلاثة شروط وهي:

1 راجع في تفصيل ذلك المواد 108، 408 مدني والمادة 180 من قانون الأسرة، بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 191.
2 المادة 189 من القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 529.
3 المادة 189، من القانون المدني، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 258.
4 سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 90.
5 راجع التعبير عند الإرادة (الصريح والضمني).

1- أن يكون العقد قابلا للإبطال فقط.

2- أن يكون المتعاقد عالما بذلك.

3- أن يزول العيب المبطل للعقد.

فإذا توافرت هذه الشروط كانت الإجازة صحيحة وترتب عليها إجازة العقد القابل للإبطال **فيستقر** العقد صحيحا غير مهدد بالإبطال، وطبقا للمادة 100 مدني فإن الإجازة ترتب آثارها بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد.

وقد استثنت الإجازة الغير، حيث أن الأثر الرجعي لها لا يجب أن يضر بحقوق الغير، والراجح أن المقصود بالغير هنا هم الخلف الخاص الذين يخلفون المتعاقد معه في العين محل التعاقد.¹

وأخيرا وحسب المادة 101 مدني، فإن الحق في إبطال العقد يسقط إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات من يوم:

- اكتشاف الغلط أو التدليس بالنسبة لمن وقع فيها.

- انقطاع الإكراه للمتعاقد المكره.

- زوال سب نقص الأهلية بالنسبة لناقص الأهلية.

ولقد حدد المشرع مدة قصوى لا يمكن بأي حال من الأحوال تجاوزها وهي عشرة (10) سنوات من تاريخ إبرام العقد وعليه يسقط الحق في الإبطال بأقصر الأجلين سواء عشر سنوات من تاريخ إبرام العقد أو خمس سنوات كما سبق تفصيله، وهذه مدة تقادم تقبل الانقطاع والوقف.

ونشير إلى أن دعوى الاستغلال وإبطال العقد بسببها قد حدد لها المشرع مدة خاصة به في المادة 90 مدني وهي سنة واحدة من تاريخ العقد وهي سقوط الدعوى وعليه إذا لم يباشرها صاحبها في آجالها سقط حقه في رفع هذه الدعوى.

ويترتب على تقادم حق إبطال الحق عدم إمكانية الطعن في العقد بالإبطال فيبقى صحيحا ملزما للمتعاقدين.

¹ راجع في تفصيل هذا، سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 154.

ثالثا- آثار البطلان:

إذا تقرر الحكم ببطلان العقد سواء كان البطلان بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا فإنه يترتب على كليهما الأثر نفسه وهو الزوال الكلي للعقد وكل ما يترتب عليه من آثار إلا إذا رأى المشرع خلاف ذلك ويكون ذلك كما يلي:

1- الآثار الأصلية للبطلان:

يترتب على العقد الباطل الزوال الكلي للعقد فيصبح كأن لم يكن، فكل ما كان سيرتبه العقد من واجبات وحقوق تزول عن آخرها، فإذا كان العقد بيعا مثلا تزول عملية البيع وتزول صفة البائع عن المالك ويزول كل ما اكتسبه من حقوق وما تحمله من التزامات بموجب هذا العقد، والأمر كذلك بالنسبة للمشتري الذي يفقد هذه الصفة ولا يلزم بتسلم المبيع ولا بدفع الثمن وهكذا بالنسبة لأي عقد من العقود حكم ببطلانه.

كما يترتب على العقد الباطل زوال العقد بأثر رجعي، فالبطلان لا يسري بالنسبة للمستقبل فقط ولكن يسرى من يوم إبرام العقد وهنا يسمى بالأثر الرجعي للبطلان.¹ وعليه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وهذا ما نصت عليه المادة 103 من القانون المدني، ولتفصيل الأمر أكثر وجب التطرق إلى النقاط التالية:

أ- طريقة الاسترداد:

لإزالة كل آثار العقد لابد أن يسترد كل متعاقد ما قدمه ويكون ذلك بالاسترداد العيني وهذا هو الأصل فيستعيد البائع الشيء المبيع على أصله أو بثماره إن كان له ثمار ويسترد المشتري الثمن مثلما قدمه.

ولكن هذا لا يصلح دائما، فأحيانا يستحيل أن يسترد المتعاقد ما أداه عينا كهلاك الشيء أو نظرا لطبيعة المعاملة كما هو الحال في العقود الزمنية كعقد الإيجار فيتحول الاسترداد هنا إلى الاسترداد بمقابل أو عن طريق التعويض، فبطلان عقد الإيجار، إذا لم يكن هناك اتفاق بين المتعاقدين، فإن القاضي يحدد مبلغا تعويضيا يحل محل الاسترداد العيني.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 355-356.

ب- حرمان المتعاقد من الاسترداد:

خلافاً للأصل وهو إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد واسترداد كل متعاقد ما أداه سواء عيناً أو بمقابل، فإن نص المادة 103 دائماً، يعفي ناقص الأهلية من الاسترداد الكلي، فلا يلزم ناقص الأهلية إلا برد ما عاد عليه من منفعة فقط، فالقاصر الذي يشتري عقاراً معيناً، فيقوم ببيعه ويشتري بنصفه عقار آخر أقل قيمة من الأول ويصرف المال المتبقي في أمور غير نافعة له، فالقانون يلزمه برد قيمة العقار الثاني الذي اشتراه فقط دون الجزء الذي أنفقه في أمور غير نافعة له. كما أن المادة سالفة الذكر تمنع من الاسترداد الكلي المتعاقد الذي تسبب في بطلان العقد وذلك إذا كان غير مشروع فقط، وهذا طبقاً لقاعدة حرمان الملوث من الاسترداد الكلي.¹

وأخيراً يترتب على البطلان -إلى جانب إعادة المتعاقدين إلى حالتها الأصلية- زوال كل آثار العقد بالنسبة للغير كذلك، ويقصد به هنا كل من يخلف المتعاقدين في عين معينة بالذات أو في حق عيني، وهنا يشترط ألا يكون الغير حسن النية، فإن كان حسن النية ولا يعلم ببطلان العقد فلا يضر بالتصرف الباطل ولا يرد ما لديه.² ومثال ذلك إذا باع عمر منقولاً لسعيد وباعه هذا الأخير لأحمد وحازه هذا الأخير بحسن نية فلا يجوز لعمر أن يسترد هذا المنقول من أحمد إذا تقرر بطلان العقد.

ب- الآثار العرضية للبطلان:

قد يستحيل أحياناً إزالة كل آثار العقد وقد تكون إزالتها تؤدي إلى إضرار بالغ سواء بالأفراد أو المجتمع، ومثالها بطلان عقد العمل لأي سبب من الأسباب ولكن هذا لا يمنع من تقاضي العامل لأجرته، أو ما يسمى بالشركة الفعلية وهي شركة تنشأ باطلة لكن المشرع جعل آثارها تسري بآثر فوري فقط حماية للغير حسن النية³، ولكن ما

¹ راجع في تفصيل هذه المسألة كلا من: عبد الرزاق الشهري، المرجع السابق، ص 535.

- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 270.

- علي الفيلاي، المرجع السابق، ص 360.

² أنظر المواد 835، 885 مدني.

³ راجع المادة، 135 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، المادة 742 من القانون التجاري.

تجدر الإشارة إليه هنا هو أن هذه الآثار تلحق بالقانون وليس بالعقد لأن هذا الأخير باطل ولا يلحقه أي شيء ولكنه يأخذ حكم الواقعة المادية فقط.

رابعاً- إنقاذ العقد:

عرفنا سابقاً أن المشرع لا يهدف بالأساس إلى إبطال التصرفات القانونية فالإبطال ما هو إلا جزاء يترتب على مخالفة معينة، وعليه إذا توافرت بعض الشروط في العقد الباطل يمكن إنقاذه ويكون ذلك إما بتحويل العقد أو بإنقاذه.

1- تحويل العقد:

تنص المادة 105 على ما يلي: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كنت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

والمقصود بتحويل العقد هنا لا يقصد به تكملة بند ناقص في العقد قصد تصحيحه بل يقصد به بطلان عقد قديم وحلول عقد جديد كامل الأركان والشروط محله¹. ويشترط فيه ما يلي:

أ- أن يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتم تقرير ذلك.

ب- أن تتوافر عناصر العقد الجديد.

ج- أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى العقد الصحيح.

ومثال ذلك السفتجة التي لا تشتمل على تسمية سفتجة في متنها² فإنها تعتبر باطلة، لكن هذا لا يمنع من اعتبارها كسند عادي، فيحول السند الأصلي (السفتجة الباطلة) إلى سند عادي صحيح متكامل الأركان، والامر نفسه بالنسبة للبيع الباطل بسبب تفاهة الثمن فلا مانع من تحويله إلى عقد آخر كالهبة مثلاً.

ويترتب على كل ما سبق بطلان العقد القديم واعتباره كأن لم يكن وحلول العقد

الجديد كامل الأركان

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 197.

² تنص المادة 390 من القانون التجاري على مايلي "تشتمل السفتجة على البيانات التالية:

1- تسمية سفتجة في متن السند نفسها باللغة المستعملة في تحريره،

2- اسم من يجب عليه الدفع "المسحول عليه"...."

2- إنقاص العقد:

تنص المادة 104 مدني: "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

ويقصد بإنقاص العقد هو إبطال جزء من العقد وإبقاء العقد صحيحا في شقه الآخر وهذا ما يسمى بالبطلان الجزئي¹، ولتطبيق هذا لا بد من توافر الشروط التالية:
أ- أن يبطل العقد في شق منه فقط:

وعليه يعتد بإنقاص العقد إذا كان العقد صحيحا ولكنه باطلا في بند من بنوده فقط، ويكون ذلك إذا تضمن العقد شرطا مخالفا للقانون ومثاله ما نصت عليه المادة 622 فقرة 2 بقولها: "يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية:

- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول..."².

ب- أن يكون العقد قابلا للانقسام:

وهذا أمر منطقي حيث تنص المادة 236 مدني على: "لا يقبل الالتزام الانقسام.

- إذا ورد على محل لا يقبل الانقسام لطبيعته.

- إذا تبين من عرض الطرفين أن تنفيذ الالتزام لا ينقسم أو إذا انصرفت نيتهم إلى ذلك".

والعبرة في اعتبار العقد قابلا للانقسام هي إذا كان سقوط الجزء الباطل منه لا يؤثر على التكيف الحقيقي للعقد (المادة 622 سالفه الذكر)، أما إذا كان هذا الانقاص

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 276.

² أنظر كذلك ما يتعلق بالمهندس والمقاول المادة 556 وإخفاء عيب المبيع بالغش المادة 384 مدني.

يؤثر على تكييف العقد الحقيقي يكون هذا الأخير غير قابل للانقسام فمثلا تنص المادة 426 مدني على ما يلي: "إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا...". وكذلك ما نصت عليه المادة 466 مدني والمتعلقة بالصلح.

ج- أن يكون الشق الباطل غير مؤثر في العقد:

ومعنى هذا أن لا يكون الشق الباطل هو الدافع للتعاقد، ويكون تقدير ذلك بالرجوع إلى سلوك الشخص العادي فإذا كان هذا الشرط رئيسيا ودافعا للتعاقد فلا يجوز انقاص العقد لأن الهدف من انقاص العقد هو ضمان استقرار المعاملات واستمراريتها في مواجهة تعنت وأناية بعض المتعاقدين، ونجد المشرع أحيانا يقضي مباشرة بإنقاص العقد دون مراعاة الشروط السابقة، وأبرز مثال على ذلك إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية في عقود الإذعان.¹

ويترتب على إنقاص العقد اعتبار الشق الباطل من العقد منعدما وغير مرتب لأي أثر بينما يبقى الشق الآخر صحيحا ومرتبيا لكامل آثاره القانونية.

¹ تنص المادة 110 مدني على ما يلي: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها...".