



Ministry of Higher Education and
Scientific Research

Hassiba Benbouali University of Chlef

Faculty of Law and Political Science

V / D of post-graduation and research

Scientific and external relations

Scientific Council

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف
كلية الحقوق والعلوم السياسية
نيابة العمادة لما بعد التدرج والبحث العلمي
والعلاقات الخارجية
المجلس العلمي

الشلف في : 24 جوان 2024

الرقم: 377/م.ع/2024

مستخرج من محضر المجلس العلمي العادي للكلية

رقم: 04 بتاريخ: 29 ماي 2024

المجلس العلمي لكلية الحقوق والعلوم السياسية المنعقد في التاسع والعشرين من شهر ماي من عام ألفين وأربعة وعشرون على الساعة العاشرة صباحا بقاعة الاجتماعات للكلية، تحت رئاسة السيد (ة) الدكتور: طرايش عبد الغني بصفته (ها) رئيس (ة) المجلس العلمي للكلية.
وبعد الإطلاع على التقارير الإيجابية للجنة الخبراء المشكلة من السادة:

الاسم واللقب	الرتبة	مؤسسة الانتماء
د. طرايش عبد الغني	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الشلف
د. حرش محمد	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الشلف
د. قرمال بوعلام	أستاذ محاضر (أ)	جامعة خميس مليانة

صادق المجلس العلمي على اعتماد المطبوعة المقدمة من طرف الدكتور: محمد خليفة كرفة أستاذ محاضر قسم (أ) بعنوان: "محاضرات في مقياس القانون المدني-مصادر الالتزام-" الموجهة لطلبة السنة الثانية حقوق.

رئيس المجلس العلمي
كلية الحقوق و العلوم السياسية
رئيس المجلس العلمي
د: طرايش عبد الغني



جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات في مقياس القانون المدني

– مصادر الالتزام –

ألقيت على طلبة السنة الثانية

المجموعة الثانية

من اعداد الأستاذ: خليفة كرفة محمد

السنة الجامعية: 2022 / 2023

مقدمة

القانون المدني هو الشريعة العامة للقوانين، يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات المالية بين الأشخاص في المجتمع باستثناء ما يدخل في نطاق فرع آخر من فروع القانون الخاص

وللعلاقات المالية تأثير على الذمة المالية التي تمثل الحقوق جانبها الايجابي والالتزامات جانبها السلبي.

ويقصد بالحقوق المالية تلك الحقوق التي تخول لصاحبها الاستئثار بقيمة مالية معينة، وتنقسم إلى حقوق عينية وحقوق شخصية، وأخرى ذهنية.

والحق العيني هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص ما على شيء معين بالذات، ولذا يتكون من عنصرين: صاحب الحق وموضوع الحق، ولصاحب الحق بمقتضى هذه السلطة المباشرة التصرف في الشيء واستعماله واستغلاله دون تدخل وسيط.

أما الحق الشخصي أو الالتزام، فهو علاقة قانونية بين شخصين، يقوم بموجبها أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بإعطاء شيء أو بأداء عمل أو الامتناع عنه، وعلى ذلك يقوم الحق الشخصي من ثلاثة عناصر: الدائن والمدين وموضوع الحق¹.

تعريف الالتزام

الالتزام علاقة قانونية ذات قيمة مالية، تسمى بالالتزام الذي يمثل جانبها السلبي إذا نظرنا إليها من جانب المدين، بينما يطلق عليها تسمية حق الدائنية الذي يمثل جانبها الايجابي إذا نظرنا إليها من جانب الدائن.

وما هو إلا الالتزام الشخصي الذي هو عبارة عن رابطة قانونية بين شخصين أو أكثر يلتزم بمقتضاها أحدهم، ويسمى المدين بالقيام بشيء لفائدة الطرف الثاني، ويسمى الدائن².

ومهما يكن من أمر فإن الحق العيني والحق الذهني يخرجان عن نطاق الالتزام الذي يتسم بالمواصفات التالية: علاقة قانونية، ذات قيمة مالية، تربط بين شخصين.

لم تستقر هذه الخصائص للالتزام إلا بعد مراحل تاريخية، ففي بداية الأمر كانت للدائن سلطة على جسم المدين، فكان له الحق في اعدامه، ثم أصبحت هذه السلطة في مرحلة ثانية تقتصر على التنفيذ البدني، كالحبس، ثم تلتها بعد ذلك مرحلة التنفيذ على المال فقط، ويعود سبب هذا التغيير أساسا إلى التطور الذي عرفه المجتمع البشري في مختلف مراحلها، فمن المجتمع البشري البدائي الذي كان يعتد بالتأثر، وصلنا إلى تكفل الدولة بوظيفة الدولة³.

¹ أنور سلطان، أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، 1998، ص 3، 4.

² علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار موفم للنشر، ط 3، 2013، ص 11.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 12.

خصائص الالتزام

للالزام القانوني ثلاث خصائص:

الالزام القانوني الزامي؛ أي يترتب أثرا تحميه الدولة، بحيث يمكن للدائن مطالبة أمام القضاء إجبار المدين على تنفيذه. و يقع إثبات الالزام على عاتق الدائن¹.

الالزام القانوني طابع شخصي؛ أي أنه تعهد شخصي. ويعرف الحق الشخصي بأنه حق لشخص يسمى الدائن في مطالبة شخص آخر هو المدين بالقيام بأداء معين. و يختلف الحق الشخصي عن الحق العيني من حيث أن هذا الأخير يمنح لصاحبه سلطة مباشرة على شيء، كحق مالك العقار. إذن للالزام القانوني ثلاثة عناصر: الدائن و هو العنصر الإيجابي للحق، المدين و هو العنصر السلبي و الأداء محل الالزام².

الالزام القانوني ذي طابع مالي: أي له قيمة مالية، بحيث يمكن تقدير أداء المدين بالنقود، لذا يدخل الالزام في العناصر السلبية للذمة المالية للمدين، بينما يدخل ضمن العناصر الإيجابية للذمة المالية للدائن.

لا تعني هذه الخاصية ضرورة أن تكون مصلحة الدائن مالية. فقد تكون أديبة كذلك، و المثال على ذلك أن يصاب الدائن بضرر معنوي سببه له المدين بخطئه، فأداء المدين الذي يتمثل في التعويض يقدر بالنقود. و يتميز الالزام عن غيره من الواجبات القانونية التي لا يقدر فيها الأداء نقدا، كالعلاقات بين الزوجين أو بين الآباء و الأولاد التي ينظمها قانون الأسرة، وكذا الحقوق اللصيقة بالشخصية، كحق الإنسان في الأمن³.

تقسيمات الالزامات

يصنف الالزام على أساس محله (أ)، على أساس مصدره (ب) و حسب قوته القانونية (ج)

أ: تصنيف الالزام حسب المحل

المقصود بمحل الالزام هو الشيء الذي التزم به المدين اتجاه الدائن. ولقد اعتمد المشرع في هذا الشأن تقسيمين: يرجع الأول إلى القانون الروماني، وهو "التقسيم التقليدي"، وأخذ الثاني من الفقه الفرنسي الذي استحدثه مع مطلع القرن الماضي، وهو التقسيم الحديث.

التقسيم التقليدي:

حسب المادة 54 مدني فإن الالزام ثلاثة أنواع: التزام بمنح، التزام بفعل، التزام بعدم فعل شيء ما.

¹ قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، بتاريخ 3/06/1987، المجلة القضائية 1990، العدد 3، ص 30. قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية بتاريخ 17/06/1989، المجلة القضائية 1990، العدد 3، ص 26: "حيث أن الطاعن لاحظ بحق على أن قضاة الموضوع وضعوا التزاما على عاتق شركة التأمين في حين أنه لا يوجد ذلك الالتزام و ليس هو ناتج عن أية وثيقة أو سندات الملف و بذلك فإنهم قد ارتكبوا تشويها و تحريفا لوقائع الدعوى و عناصرها بالإضافة إلى أن المدعي المستأنف و المطعون ضده لم يقدم للمناقشة عقد التأمين الذي يتدرب به.

حيث أن ثبوت الالتزام المتخاصم فيه يقع على عاتق المتدرب به و أن الحق في مختلف التعويضات مقيد بالإثبات المطلق الذي ينعدم في قضية الحال.

حيث أن قضاة الموضوع لم يتحققوا من تواجد التزام و لم يسعوا حتى لتأويله طبقا لأحكام المادة 106 من القانون المدني."

² غنيمة لحلو خيار، نظرية العقد، بيت الأفكار، ط 2018، ص 5.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 9.

الالتزام بالمنح: يختلف عن المعنى اللغوي، وهذا المصطلح هو ترجمة للكلمة الفرنسية donner المأخوذة من dare التي تفيد نقل حق الملكية أو حق عيني، فعقد البيع مثلاً يرتب على البائع التزاماً بالمنح أي نقل ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر إلى المشتري مقابل ثمن نقدي.

الالتزام بالفعل: هذا الالتزام فعل إيجابي، يقوم بمقتضاه المدين بعمل أو نشاط معين لفائدة الدائن، كالتزام المقاول بإنجاز أشغال أو التزام البائع بتسليم الشيء المبيع¹.

الالتزام بالامتناع عن الفعل: هو التزام سلبي، يلتزم بموجبه المدين بعدم قيام بفعل معين، كالتزام عامل بعدم منافسة رب عمله بعد انتهاء علاقة العمل.

الالتزام بتحقيق نتيجة و الالتزام ببذل عناية: كرس المشرع هذا التقسيم و لو بصفة غير مباشرة، و ذلك في المادتين 176 و 172 من القانون المدني.

الالتزام بتحقيق نتيجة: و هو الالتزام الذي يتعهد فيه المدين بتحقيق نتيجة متفق عليها وقت إبرام العقد. و ما لم تتحقق هذه النتيجة يكون مسؤولاً ولا يمكنه نفيها إلا بإثبات سبب أجنبي².

نستخلص هذه القاعدة من المادة 176 من القانون المدني، ومثال على الالتزام بتحقيق نتيجة، التزام الناقل الذي يتعهد بنقل شخص أو بضاعة من مكان إلى مكان معين و محدد³.

الالتزام ببذل عناية:

بموجب هذا الالتزام يتعهد المدين ببذل جهد وعناية للوصول إلى غرض ما سواء تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق، فالطبيب - مثلاً - يلتزم بمعالجة المريض دون أن يضمن الشفاء، لأنه خارج عن الالتزام في حد ذاته⁴.

تنص المادة 172 مدني على أن: " في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، و لو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك، وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن غشه أو خطئه الجسيم." ويلاحظ أنه في الالتزام ببذل عناية، لا يسأل المدين عن عدم تحقق النتيجة، بل يسأل على سلوكه أثناء تنفيذ الالتزام. فعلى الدائن أن يثبت خطأ المدين، أي أن هذا الأخير لم يبذل عناية الرجل العادي. وأثناء تقييمه لخطأ المدين يعتمد القاضي معيار الرجل العادي، أي المعيار الموضوعي. يقاس سلوك المدين بسلوك شخص يكون في نفس الوضعية، في نفس السن و له نفس التكوين...و مثال على ذلك إذا كان المدين طبيباً، فيكون مقياس سلوكه سلوك طبيب في نفس الاختصاص ذو تجربة مماثلة ويمارس وظيفته في نفس الظروف. نلاحظ إذن أن معيار الرجل العادي هو معيار نسبي⁵. مثلاً التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية إذ يلتزم بعلاج المريض وفق المعطيات العلمية و ليس بشفائه¹.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 25، 27.

² غنيمة لحو خيار، المرجع السابق، 2018، ص 7.

³ المادة 36 من القانون التجاري: " عقد النقل: اتفاق يلزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن بأن يتولى بنفسه نقل شخص أو شيء إلى مكان معين."

علي فيلاي، المرجع السابق، ص 30.

⁵ تقتصر السيدة حمدان برصالي استبدال معيار الرجل العادي بمعيار المسلم العادي، Hamdane- Borsali (L) : Reflexions sur la notion de faute en droit civil algérien ; Thèse Oran 1990 ; p.290 : « Le bon musulman se caractérise par deux

تجدر بنا الإشارة إلى أنه إلى جانب هذا الالتزام الرئيسي، وضع قانون أخلاقية الطب التزامات بتحقيق نتيجة على عاتق الطبيب كالالتزام بإفضاء المريض (المادة 43) و الالتزام بالسهر المهني (المادة 36). وكذلك لا يلتزم المحامي بكسب القضية، بل يتعهد بمعالجتها بجدية وباستعمال كل الطرق القانونية التي تساعد في مهمته².

وبلاحظ أنه فرض القانون المدني في أحكامه المتعلقة ببعض العقود المسماة بالتزامات ببذل العناية، كما فعل فيما يخص الوكيل الذي يتعهد ببذل عناية الرجل العادي في تنفيذ الوكالة³، كما يطلب من المودع في الوديعة بأجر، أن " يبذل في حفظ الشيء المودع عناية الرجل المعتاد" (المادة 592-2)⁴

تكمن أهمية التقسيم بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية في قواعد إثبات الإخلال بالالتزام. فإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة، على الدائن أن يثبت فقط عدم الوصول إلى الغاية المرجوة، إذ أن عبء الإثبات يقع في الحقيقة على المدين، إذ عليه أن يثبت أن الضرر لا يد له فيه و أنه راجع لتدخل سبب أجنبي⁵. أما إذا التزم المدين ببذل عناية، فعلى الدائن أن يثبت عدم بذل العناية الكافية، أي أن يثبت خطأ المدين⁶. و تجدر بنا الإشارة إلى أن الالتزام بالمنح هو التزام بتحقيق نتيجة، إذ يتعلق الأمر بنقل ملكية شيء معين، وكذلك يكون الالتزام بالامتناع عن الفعل، أما الالتزام بالفعل قد يكون التزاما ببذل العناية كما يكون التزاما بتحقيق نتيجة⁷.
أ: الالتزام علاقة قانونية:

يرتب الالتزام آثارا تتمثل في اكتساب حقوق وتحمل واجبات نحو الغير، تحظى باعتراف المجتمع وحمايته لها، عكس العلاقة الأدبية أو الأخلاقية أو الدينية والتي لا يتناولها القانون الوضعي.

ب: الالتزام ذي طابع مالي

يجب أن يتعلق الالتزام بواجب ذي طابع مالي، أي له قيمة مالية أو اقتصادية، أو بمصلحة أدبية تكون قابلة للتقدير المادي، وهذا أمر بديهي إذا اعتبرنا أن الالتزام هو عنصر من الذمة المالية¹.

éléments essentiels : dans sa recherche de la vérité, le bon musulman doit faire preuve d'équité. Il doit par ailleurs entreprendre toute action avec la volonté de « bien » l'accomplir et que l'on traduit par « Ihsan ») نقلا عن غنيمة لخلو خيار، المرجع السابق، ص 9.

¹ المادة 45 من المرسوم التنفيذي 92-276 المؤرخ في 06/07/1992 المتضمن قانون أخلاقية الطب

³ المادة 776 من القانون المدني : " يجب دائما على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي."

⁴ أنظر: المجلس الأعلى؛ الغرفة المدنية؛ قرار مؤرخ في 30/03/1983 المجلة القضائية 1987 ص 18.

⁵ المجلس الأعلى؛ الغرفة المدنية؛ قرار مؤرخ في 30/03/1983؛ الاجتهاد القضائي 1987 ص 18: " حيث عملا بالمادتين 62 و 63 من القانون التجاري يجب على ناقل الأشخاص أن يضمن سلامة المسافرين، إلا إذا كانت هناك قوة قاهرة أو خطأ من طرف المتضرر." المحكمة العليا؛ الغرفة المدنية؛ قرار مؤرخ في 18/04/2007؛ مجلة المحكمة العليا؛ ص 169.

⁶ قرار المحكمة العليا الغرفة الاجتماعية بتاريخ 30/04/1990 المجلة القضائية 1992، العدد الثالث، ص 124.

ج: الالتزام علاقة بين شخصين

يجب أن تكون العلاقة بين شخصين موجودين ومعنيين، - على الأقل - وقت تنفيذ الالتزام، أحدهم دائن والآخر مدين، وهذا ما يميز الحق الشخصي الذي يقوم على العلاقة التي تربط الدائن بالمدين، وهي علاقة مطالبة أو اقتضاء، بينما الحق العيني هو علاقة بين الشخص والشئ وهي علاقة تسلط.

وإذا كان الكل متفقاً على أن العلاقة القانونية المجسدة للالتزام هي علاقة بين شخصين فأكثر، وأنهما تتناول مصالح مالية، فهناك خلاف حول الأهمية التي يكتسبها كل عنصر، حيث يرى البعض أن العلاقة بين الشخصين هي العنصر الجوهرية، بينما يذهب البعض الآخر إلى أن الالتزام يتمثل أساساً في العنصر المالي.

ويعكس هذا الاختلاف التصورات المتعددة للعلاقة التي تربط الفرد بمجتمعه، إذ أن هناك تعارضاً دائماً بين مصالح الفرد ومصالح المجتمع.

المذهب الشخصي

يرى أصحاب هذا المذهب، من فقهاء المدرسة الفرنسية، أن العبرة في الالتزام هي بالعلاقة الشخصية التي تربط بين شخصين، وأن معياره يتمثل في العلاقة الشخصية الموجودة بين الطرفين، والتي تخول نوعاً من السلطة على شخص المدين، فقد تقيّد من حريته وقد تستغرقها تماماً، فالمدين هو الشخص ذاته وليس ذمته المالية. ويترتب على هذا التصور عدة نتائج نذكر منها:

- لا يمكن إنشاء التزام دون وجود طرف دائن وآخر مدين وقت انشاءه.
- الإرادة المنفردة ليست مصدراً للالتزام، لأن أحد الشخصين غير موجود وقت انشاء الالتزام وهو الدائن.
- لا يسمح بالاشتراط لمصلحة الغير، كما تجوز حوالة الدين وحوالة الحق.

المذهب المادي

يرى أنصار المذهب المادي الذي تتزعمه المدرسة الجرمانية، الأولوية للعنصر المالي في الالتزام، لأن العلاقة القانونية هي علاقة بين ذمتين قبل أن تكون بين شخصين، فالالتزام يمثل حقاً في ذمة الدائن وديناً في ذمة المدين، فهو علاقة مالية مستقلة عن طرفيها.

ويترتب على هذا التصور بعض النتائج:

- الاعتداد بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 13.

- صحة الاشتراط لمصلحة الغير، وكذا حوالة الدين أو الحق.

موقف المشرع

المشرع أخذ بالنظرية الشخصية دون إهمال بعض الحلول المستمدة من النظرية الموضوعية .

تقسيمات الالتزام:

تختلف أحكام الالتزام باختلاف أثره ومحله ومصدره، مما يتوجب تصنيفه كما يلي:

تقسيم الالتزام من حيث الأثر

يتضح من المادة 160 مدني التي تنص: " المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به ... غير أنه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبيعياً "، أن الالتزام القانوني نوعان، هما: الالتزام المدني والالتزام الطبيعي.

الالتزام المدني: هو الذي يستفيد من الحماية القانونية الكاملة، حيث يكون من حق الدائن — إذا اقتضى الأمر — مطالبة المدين أمام المحاكم المختصة.

الالتزام الطبيعي

الالتزام الطبيعي هو الالتزام الذي لا يستفيد من الحماية القانونية الكاملة، فهو يتوفر على عنصر المديونية، أي يعتبر من الحقوق الناقصة التي يعترف بها القانون وجعله محلاً للوفاء، غير أنه لا يتوفر على عنصر المسؤولية أي لا يعطي لصاحبه وسائل اكراه المدين على تنفيذه.

تصنيف الالتزام الطبيعي

الالتزام الطبيعي نوعان:

يتمثل النوع الأول في التزام مدني ناقص

الالتزام الطبيعي الناقص هو أصلاً التزاماً مدنياً صحيحاً، ولكن أصبح غير قابل للتنفيذ الجبري لسبب قانوني، فيتحول من التزام مدني إلى التزام طبيعي، كالدين الذي ينقضي بالتقادم المسقط، م 320 مدني.

إذا نظرنا إلى الالتزام الطبيعي من جانب الدائن، لا وجود له من الناحية القانونية كالتزام مدني لأنه ينقصه عنصر المسؤولية، ويبقى قائماً كالتزام طبيعي أي يتوفر فيه عنصر المديونية كلما قام المدين الأصلي بتنفيذه بمحض إرادته دون أن يكون ملزماً بذلك¹.

¹ غنيمة لحلو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص ص 12، 13.

الصف الثاني من الالتزام الطبيعي هو الواجب الخلقي

في بعض الحالات مصدر الالتزام الطبيعي هو واجب خلقي محض، ليس له صلة بالالتزام المدني، كالعلاقات الاجتماعية التي تلقي على عاتق الشخص بعض الواجبات التي لا يأمر بها القانون مثلاً النفقة بين الإخوة والأخوات، أو قيام وارث بتسديد ديون مورثه من ذمته المالية لأن تركه لمورث غير كافية¹.

للالتزام الطبيعي خاصيتان

الخاصية الأولى في حالة غياب نص قانوني يحدده، يتمتع القاضي بسلطة تقديرية تامة لتكييف الالتزام الطبيعي.

الخاصية الثانية: يجب أن لا يخالف الالتزام الطبيعي النظام العام، فلا يمكن مثلاً لشخص أن ينفق على خليلته.

آثار الالتزام الطبيعي:

يرتب الالتزام الطبيعي آثار قانونية وهي:

- لا يستفيد الدائن بدعوى قضائية لمطالبة المدين بالتنفيذ الجبري لالتزام طبيعي.
- إذا قام المدين بتنفيذ الالتزام الطبيعي، بمحض إرادته، ليس له الحق في الاسترداد، لأنه لا يعتبر ما دفعه غير مستحق.

امكانية تغيير الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني:

يمكن أن يتحول الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني كما تؤكد المادة 163 مدني الذي جاء فيها: " يمكن أن يكون الالتزام الطبيعي سبباً لالتزام مدني "

فإذا تعهد الماديين كتابة بتنفيذ التزام طبيعي، تتغير طبيعة هذا الالتزام من التزام طبيعي إلى التزام مدني، وبالتالي للدائن الحق في المطالبة القضائية بتنفيذه الجبري.

يمكن القول أن الالتزام الطبيعي هو التزام وسط بين الالتزام المدني والواجب الخلقي².

التصنيف التشريعي:

نص المشرع على مصادر الالتزام في القانون المدني في الباب الأول (مصادر الالتزام) من الكتاب الثاني (الالتزامات والعقود) وهي القانون: المادة 53 (الفصل الأول)، العقد: المادة 54 وما يليها (الفصل الثاني)، الالتزام بالإرادة المنفردة: المادة 123 مكرر، والمادة 123 مكرر1 (الفصل الثاني مكرر)، الفعل المستحق للتعويض: المادة 124 وما يليها (الفصل الثالث)، وشبه العقد: وما يليها (الفصل الرابع).

¹ غنيمه لحلو خيار ، المرجع السابق، ص 13.

² نفس المرجع ، ص 14.

التصنيف الفقهي:

التصنيف الفقهي: التصرف القانوني والواقعة القانونية.

التصرف القانوني: هو عمل ارادي يصدر من شخص ويهدف إلى انشاء التزامات، فإذا اقترن هذا التصرف بإرادة شخص آخر نكون بصدد عقد، أم في حالة عدم اقترانه بإرادة أخرى، فيسمى التزاما بإرادة منفردة كالوصية والوعد بالجائزة.

الواقعة القانوني: يمكن أن تكون هذه الواقعة مادية محضة، وهي حالة تقع دون ارادة الشخص كالوفاة والولادة، كما يمكن أن تكون الواقعة المادية عبارة عن عمل ارادي لا يهدف إلى احداث التزامات قانونية. مثلا الضرب العمدي الذي يشكل خطأ تقصيرا، وهو مصدر التزام بالتعويض الأضرار الناجمة عنه.

القسم الأول: المصادر الارادية

هي مصادر لتصرفات قانونية، يترتب عليها التزام، يقوم على أساس الارادة، وتنقسم إلى قسمين: الأول: الارادة المنفردة والثاني: العقد

الباب الأول: العقد

نظم المشرع مسائل العقد في المواد من 69 مدني إلى 123 مدني التي عرض من خلالها مفهومه، تقسيماته، تحديد أركانه، آثاره، وزواله أو انحلاله.

الفصل الأول: مفهوم العقد وتقسيماته

تبدو للعقد أهمية بالغة في الواقع من حيث كونه يمثل الاطار العام للتصرف الارادي، ولذلك تتطلب دراسته عرض مفهومه وتقسيماته المختلفة.

المبحث الأول: مفهوم العقد

إن عرض مفهوم العقد يكون من خلال تعريفه وتحديد نطاقه، ثم ابراز مكانة مبدأ سلطان الارادة في العقد.

المطلب الأول: تعريف

للعقد تعريف لغوي وآخر اصطلاحي

الفرع الأول: لغة

كلمة تفيد الربط بين أطراف الشيء وجمعها، وأما عند الكلاميين يراد به العهد.

الفرع الثاني: العقد اصطلاحا

العقد كمصطلح قانوني عرفه المشرع في المادة 54 مدني على النحو التالي: العقد اتفاق يلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو أشخاص آخرين، بمنح أو فعل شيء ما.

حسب المادة 54 مدني العقد هو اتفاق، ولكن هل كل اتفاق يعتبر عقدا، ولتوضيح هذا الأمر وجب تحديد مفهوم وخصائص الاتفاق الذي يعتبر عقدا.

هناك من يميز بين العقد والاتفاق لاعتبارات مختلفة، فيعتبر بعض الفقهاء، أن الاتفاق جنس، بينما العقد هو نوع منه، ويطلق فقهاء آخرون تسمية العقد على الاتفاقات الهامة التي خصها المشرع باسم، وتنصرف تسمية الاتفاق إلى الاتفاقات الأخرى، بل يكفي أن الاتفاق يكون عقدا متى استوفى الخاصيتين الآتيتين:

المطلب الثاني: خصائص العقد

لا بد من وجود شخصين على الأقل لإبرام العقد كعقد بيع أحد طرفيه البائع والآخر المشتري، كما يقوم العقد بين عدة أشخاص كما هو الحال في عقد الشركة¹.

وهذا العنصر هو الذي يمثل اختلاف جوهري بين العقد والتصرف من جانب واحد كالوصية والوعد بالجائزة².

الفرع الأول: اتجاه الإرادة إلى أحداث آثار قانونية معينة

تمثل وضع جديد يترتب حقوقا وواجبات غير موجودة من قبل أو ينهي حقوقا أو واجبات سابقة وما لم يهدف الاتفاق إلى أحداث مثل هذه الآثار، فلا يعد عقد وإنما مجرد مجارة قواعد المجاملات والعادات الاجتماعية، كدعوة شخص لشخص آخر حضور وليمة³.

ويحدث العقد تغييرا في الوضعية القانونية للمتعاقدين، وذلك باكتساب حقوق وتحمل التزامات جديدة، كالبائع الذي يصبح دائنا بالثمن والمشتري الذي يصبح مدينا بدفع الثمن.

وقد يعطي العقد للمتعاقدين صفات قانونية جديدة تترتب حقوقا والتزامات جديدة، فبمقتضى عقد البيع يصبح مالك المبيع بائعا، ويكون بهذه الصفة ملزما بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضامنا للعيوب الخفية، ويصبح المتعاقد معه مشتريا وبهذه الصفة يلزم بدفع الثمن.

كما قد يغير المبيع من الذمة المالية للمتعاقدين، ففي عقد البيع مثلا تنتقل ملكية المبيع من ذمة البائع إلى ذمة المشتري، وينتقل ثمن المبيع من ذمة المشتري إلى ذمة البائع.

وتختلف الآثار القانونية باختلاف العقود، وقد تتعدى هذه الآثار مجرد اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، فعقد الشركة مثلا يترتب عليه انشاء شخصية معنوية جديدة وفقا للمادة 417 مدني.

¹ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، الاسكندرية، ص 16.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 45.

³ نفس المرجع السابق، ص 48.

والحقيقة أن التعريف الذي أورده المشرع في المادة 54 مدني هو تعريف محدود كونه يقيد العقد بإنشاء الالتزامات، كأن يكون الالتزام هو خاصية أو معيار للعقد، منها على سبيل المثال - عقد الصلح الذي عرفه المشرع في المادة 459 مدني على أنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"¹.

الفرع الثاني: نطاق العقد

- إخضاع العقد لأحكام القانون المدني بصفته القانون العام بمعنى الشريعة العامة، وبالتالي يخرج من دائرة العقد كل الاتفاقات التي يبرمها أشخاص القانون العام التي لا تخضع للقانون الخاص.

ارتباط العقد بالمصالح المالية، وبالتالي يخرج عن دائرة العقد اتفاق التبرع والاتفاق الذي يحصل بين الناخب ونائبه².

المطلب الثالث: تطور العقد

ازدهر العقد في ظل المذهب الفردي، ثم تقهقر مع ظهور المذهب الاجتماعي.

الفرع الأول: النظرية التقليدية للعقد

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من نتائج المذهب الفردي الذي يقدر الحرية الفردية والذي يعتبر الفرد هو محور المجتمع، فالهدف من تنظيم المجتمع في نظر هذا المذهب هو حماية الفرد وتحقيق مصلحته الخاصة، فطالما كان الإنسان حراً وجب أن تكون إرادته كذلك، فهذه الإرادة لها الحق في إنشاء ما تشاء من العقود غير مقيدة في ذلك بأنواع العقود المسماة في القانون المدني، كما يكون للإرادة الحرية في تحديد آثار العقد، فلا تنقيد بالآثار التي يربتها المشرع على عقد من العقود، وإنما لها الحرية في تضيق هذه الآثار أو توسيعها أو حذفها، كما يكون لهذه الإرادة الحرية في تعديل هذه الآثار بعد إبرام العقد، وكذلك في إنهاء العقد بعد إبرامه³.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 49.

² نفس المرجع، ص 47.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 19.

الفرع الثاني: النظرية الحديثة للعقد (تراجع مبدأ سلطان الارادة)

إن الحرية التي هي مناط سلطان الارادة لم تعد في القانون الحديث متفقة مع المبادئ الاجتماعية التي ظهرت في هذا العصر، فقد تغيرت الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي نشأ هذا المذهب في رحابها، وسارت مصلحة الجماعة نحو الاعتداد بمصلحة الجماعة على حساب مصلحة الفرد وهذا يقتضي:

- ابطال الشروط التعسفية
- فرض شكلية معينة لإبرام بعض العقود أو لترتيب آثارها.
- اخضاع العقود لمقتضيات النظام العام والآداب العامة.
- الاجبار على التعاقد والمنع من التعاقد لبعض العقود.
- تدخل المشرع في تحديد مضمون بعض العقود.
- تقييد المشرع حرية الأفراد تعديل أو انهاء عقد ما.

وبفعل هذه التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي دعت إلى فرض عديد القيود على الحرية التعاقدية، لم يعد مبدأ سلطان الارادة مبدأ مطلقاً كما كان في الماضي. فالمبدأ لا زال موجوداً، إلا أن القانون قد وضعه في اطار معقول تتوازن فيه الارادة مع العدالة والمصلحة العامة¹.

المبحث الثاني: تقسيمات العقود

هناك تقسيمان للعقود، تقسيم من تشريعي وتقسيم فقهي.

المطلب الأول: التقسيم التشريعي

اعتمد المشرع في تصنيف العقود على القانون المدني الفرنسي الذي يميز بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد والعقد المحدد والعقد الاحتمالي وعقد المعاوضة وعقد التبرع.

الفرع الأول: العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

نتعرض لتعريف هذين النوعين، ثم لأهمية التمييز بينهما.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.ص 20، 21.

أولاً: التعريف

سنعرف على التوالي العقد الملزم للجانبين، ثم العقد الملزم لجانب واحد.

1/ العقد الملزم للجانبين

العقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي هو ذلك العقد الذي يرتب على عاتق المتعاقدين التزامات متقابلة ومرتبطة بعضها ببعض م 55 مدني، بحيث يكون كل متعاقد في نفس الوقت دائناً ومديناً نحو المتعاقد الآخر، فالبائع يكون دائناً للمشتري بثمن المبيع وفي نفس الوقت هو مدين له بنقل ملكية وتسليم المبيع، وفي المقابل يكون المشتري دائناً للبائع بنقل ملكية المبيع ومدين له بثمن المبيع¹.

2/ العقد الملزم لجانب واحد

العقد الملزم لجانب واحد هو الذي يرتب التزامات على أحد المتعاقدين دون الآخر، بحيث يكون أحدهما دائناً دون أن يكون مديناً م 56 مدني. كعقد الهبة الذي يرتب التزامات على الواهب دون الموهوب له م 202 قانون أسرة.

و يحسن أن نفرق بين العقد الملزم لجانب واحد والتصرف القانوني بالإرادة المنفردة أو الصادر من جانب واحد لا ينشأ إلا بتطابق إرادتي شخصين وإن كان لا يرتب التزاماً إلا في ذمة أحدهما فقط، ولذا فهو ثنائي من حيث انعقاده وأحادي من حيث آثاره، أما التصرف بالإرادة المنفردة أو التصرف القانوني الصادر من جانب واحد، فهو أحادي من حيث نشوئه. ولذا يمكن فهو تصرف قانوني يرتب الشخص التزاماً في ذمته بإرادته²، ومثاله الوصية التي تتم بإرادة واحدة هي إرادة الموصي³.

ثانياً: أهمية التمييز

تكمن التفرقة بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد في اختلاف القواعد التي تحكم كل نوع والتي نوجزها فيما يلي:

- من حيث سبب الالتزام: بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر، أما بالنسبة للعقد الملزم لجانب واحد، فإن سبب التزام المدين هو التزام سابق أو نية التبرع.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 67.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 292.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 24.

- من حيث تطبيق نظرية الفسخ: مجالها العقود الملزمة للجانبين دون العقد الملزم لجانب واحد.
- من حيث التمسك بالدفع بعدم التنفيذ: مجاله العقود الملزمة للجانبين دون العقود الملزمة لجانب واحد.
- من حيث تحمل تبعه الهلاك: الأصل يتحملها المدين في العقود الملزمة للجانبين، بينما يتحملها الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد.

الفرع الثاني: العقد المحدد والعقد الاحتمالي

نستعرض كل منهما، ثم أهمية التفرقة بينهما.

أولاً: التعريف

نتناول تعريف العقد المحدد، ثم تعريف العقد الاحتمالي.

1/ تعريف العقد المحدد

العقد المحدد هو العقد الذي يكون فيه حقوق والتزامات المتعاقدين معينة ومحددة وقت إبرامه م 57 مدني، كعقد البيع الذي لا ينعقد ما لم يكن المبيع والثلث محددين. فالعبرة هي بعلم كل متعاقد وقت التعاقد بالمقدار الذي يعطيه مقابل المقدار الذي يأخذه بمقتضى هذا العقد، دون اشتراط تعادل بينهما كما يظهر من نص المادة 57 مدني، لأن العبرة هي بالعدالة التبادلية وليس بالتعادل المادي.

2/ العقد الاحتمالي

أو عقد الغرر، هو عقد لا يعرف فيه المتعاقد وقت إبرام العقد المقدار الذي يعطيه مقابل المقدار الذي يأخذه أو العكس، لأن هذا المقدار المقابل متوقف على حادث مستقبلي غير محقق الوقوع، ويكون الاحتمال أو الغرر المتمثل في حظ الربح أو الخسارة عنصر من عناصر العقد الاحتمالي، يعني حتما وأبدا كلا المتعاقدين. ومن أمثلة عقود الغرر القمار، الرهان، المرتب مدى الحياة، وعقد التأمين¹.

ثانياً: أهمية التفرقة

تطبق نظرية الغبن على العقود المحددة دون العقود الاحتمالية التي تقوم على احتمال الكسب أو الخسارة.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص ص 71، 72.

الفرع الثالث: عقد المعاوضة وعقد التبرع

نقل المشرع نص المادة 1106 من القانون المدني الفرنسي المتعلق بعقد المعاوضة، وأغفل المادة 1105 منه المتعلقة بعقد التبرع.

أولاً: التعريف

1/ عقد المعاوضة

هو ذلك العقد الذي يحصل فيه المتعاقد على عوض أو فائدة ذات قيمة مالية مقابل تنفيذ التزامه، وبناء على ما سبق، فكل عقد معاوضة هو عقد ملزم للجانبين، بينما العكس ليس صحيحاً في كل الأحوال، فمثلاً عقد العارية المجانية 538 قانون مدني.

2/ عقد التبرع

وهو العقد الذي يلتزم فيه المتبرع، وذلك بالمنح أو القيام بفعل دون الحصول على فائدة ذات قيمة مالية، حيث يلتزم الدائن اتجاه المدين بقصد التبرع، كما هو الحال في العارية المجانية. وتنقسم عقود التبرع إلى عقود تفضيل وعقود هبات، ففي عقود التفضيل يؤدي المتبرع فائدة دون التخلي على ملكية ماله كالعارية، أما في الهبات فإن المتبرع يتخلى عن ملكية ماله لفائدة المتبرع له بلا عوض م 202 ق أسرة.

ثانياً: أهمية التمييز

ترجع أهمية التمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع لاعتبارات عديدة منها:

- إن الغلط في الشخص المتبرع له الذي يكون عادة محل اعتبار يؤثر على صحة عقد التبرع على عكس عقد معاوضة.
- تكون مسؤولية المتبرع عادة أخف من مسؤولية المعاوض، ونذكر على سبيل المثال المادة 592 مدني بخصوص مسؤولية المودع لديه.

المطلب الثاني: التقسيم الفقهي

اهتدى الفقه إلى عدة تقسيمات نظر إليها من زوايا مختلفة، نستعرضها في الآتي:

الفرع الأول: تقسيم العقود من حيث تكوينها

تنقسم العقود من حيث تكوينها إلى ثلاثة أنواع: العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني.

أولاً: العقد الرضائي

هو ذلك العقد الذي تكفي الإرادة أو تراضي الطرفين لإبرامه.

والأصل الرضائية في العقود م 59 مدني أي يتم العقد بمجرد تراضي الطرفين دون الحاجة إلى أي شكل أو إجراء قانوني، وهذا لا يعني أن التراضي هو الركن الوحيد لإبرام العقد، وإنما لابد من توافر ركني المحل والسبب بالإضافة له، حيث تعتبر هذه الأركان الثلاثة قاسم مشترك بين جميع العقود.

ثانياً: العقد الشكلي

هو ذلك العقد الذي لا تكفي الإرادة أو التراضي لإبرامه، وإنما لا بد من إفراغ ذلك التراضي في شكل أو قالب قانوني أو رسمي معين، حيث تعتبر الشكلية ركن رابع لانعقاده صحيحاً إضافة إلى التراضي، المحل والسبب. ومن أمثلته (عقد البيع الوارد على عقار، عقد بيع المحل التجاري) م 324 مكرر 1.

ثالثاً: العقد العيني

هو ذلك العقد الذي لا يكفي الإرادة أو التراضي لإبرامه، وإنما لا بد من استفاء ركن رابع وهو التسليم وإلا كان العقد باطلاً، إضافة إلى ركن التراضي والمحل والسبب. ومن أمثلته عقد الهبة م 206 ق أسرة.

الفرع الثاني: تقسيم العقود من حيث تنفيذها

نتناول تعريف كل منهما، ثم نستعرض أهمية التفرقة بينهما.

أولاً: التعريف

سنتناول تعريف العقد الفوري، ثم العقد الزمني على التوالي.

1/ العقد الفوري

العقد الفوري هو العقد الذي تحدد فيه مقدار التزامات المتعاقدين بغض النظر وقت تنفيذها، ويتم - عادة - تنفيذ هذه العقود فور إبرامها ودفعة واحدة، مما يبرر تسميتها هذه كبيع جريده ولا ينال حتما من الطبيعة الفورية للعقد تأخير التنفيذ إلى أجل أو آجال متتالية، لأنه لا يغير من مقدار التزامات المتعاقدين، وعنصر الزمن يعتبر عرضيا فقط وليس وجوهري.

2/ العقد الزمني

ويسمى أيضا بالعقد الممتد، وهو ذلك العقد الذي يكون فيه عنصر الزمن جوهريا، على أساسه تقدر التزامات المتعاقد أو محل العقد، فتكون التزامات المتعاقدين دائما مقترنة بالزمن. ففي عقد الإيجار مثلا تحدد الأجرة على أساس الانتفاع بالأماكن المؤجرة، كما يقدر مرتب العامل بمدة العمل.

ومن خصائص هذه العقود استمرار تنفيذها مدة من الزمن، كالانتفاع بالعين المؤجرة الذي يستمر طوال المدة المتفق عليها.

وقد يتفق المتعاقدان على تنفيذ الالتزام على مراحل أو بشكل دوري مع أنه - قابل للتنفيذ الفوري - فتلحق بالعقود الزمنية.

ثانيا: أهمية التمييز

- قابلية العقود الزمنية للمراجعة بسبب الظروف الطارئة طبقا للمادة 107 مدني، على عكس العقود الفورية.
- انسحاب أثر الفسخ بالنسبة للعقود الفورية إلى الماضي، بينما يرتب الفسخ أثره بالنسبة للعقود الزمنية في المستقبل فقط.
- لا أثر لوقف تنفيذ العقد الفوري مدة من الزمن على مقدار التزامات المتعاقدين، على خلاف العقود الزمنية في حالة وقف تنفيذها لا تمتد بمدة الوقف بعد استئناف التنفيذ.

الفرع الثالث: تقسيم العقود من حيث مساواة المتعاقدين

ميّز الفقه بين عقد المساومة وعقد الإذعان، وتبنى المشرع هذا التمييز وخص عقد الإذعان بأحكام خاصة، وبعد عرض تعريف لكل منهما، نتعرض لأهمية التمييز بينهما.

أولاً: التعريف

1/ عقد المساومة

يمثل عقد المساومة النموذج التقليدي للعقد، حيث يساهم كل متعاقد في صنع الاتفاق عن طريق وضع شروط قابلة للنقاش من الطرف المتعاقد الثاني، والعبرة هي بأحقية كل متعاقد في المساهمة في وضع شروط العقد ولو تنازل عن الحق في التفاوض.

2/ عقد الاذعان

وهو عقد يملي فيه متعاقد ما شروط غير قابلة للنقاش على المتعاقد الآخر، الذي له أن يرفضها أو يقبلها دون شرط أو قيد.

ولم يعرف المشرع عقد الاذعان، وإنما اكتفى من خلال المادة 70 مدني إلى الإشارة إلى كيفية حصول القبول فيه. الذي يتم بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها.

ويستخلص من هذا النص أن عقد الاذعان هو:

- شروط مقررة من طرف الموجب: يبدو أن المشرع اختار هذا التعبير لإبراز القوة التي يتمتع بها الموجب والتي تجعله ينفرد بتحديد شروط العقد، تماماً مثلما تفعل السلطة الإدارية في اتخاذ قرار ما دون أخذ رأي المخاطبين به.
- شروط غير قابلة للنقاش: هذه الخاصية مكملية للخاصية الأولى، إذ تترجم كذلك قوة الموجب بالنسبة للطرف المدعن، الذي لا يجوز له اقتراح أي تعديل كان فله قبول أو رفض الإيجاب جملة واحدة.
- القبول في عقد الاذعان مجرد التسليم لشروط مقررة: ويبدو أن المشرع أراد بهذا التعبير رضا نسبي للطرف المدعن كونه ناتج عن ضعفه كونه لقبوله العقد مضطراً نظراً لانعدام حل بديل له.

ثانياً: أهمية التمييز

- يعد القبول في عقود الاذعان اضطراري، مما يدل أنه رضا نسبي، بينما يعد القبول في عقود المساومة ناتج عن حرية تامة، مما يدل أنه رضا تام.
- جواز التعديل القضائي للشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المدعن من تنفيذه، في عقود الاذعان دون عقود المساومة.
- تطبيق قاعدة الشك لمصلحة المدين في عقود المساومة، ولمصلحة الطرف المدعن ولو كان دائماً في عقد الاذعان.

الفرع الرابع: تقسيم العقود من حيث أحكامها

يميز الفقه بين العقد المسمى والعقد غير المسمى، وبعد تعريف كل منهما نستعرض التمييز بينهما.

أولاً: التعريف

1/ العقد المسمى

هو ذلك العقد الذي تولى المشرع تسميته، تعريفه، وتنظيمه بأحكام خاصة ذات طبيعة مكملّة لاتفاق المتعاقدين مساعدة لهما، عن طريق وضع حلول قانونية لأي نزاع محتمل بينهما في المستقبل. ومن أمثله عقد البيع عقد الايجار.

وأما الغاية من تنظيم العقود الحديثة هي تلبية الحاجات الاجتماعية الجديدة مع مراعاة الظروف الحالية لأفراد المجتمع لا سيما عدم التكافؤ بين المتعاقدين، والالتزامات التي تتحملها الدول في مجال تحقيق العدالة الاجتماعية، وهذا ما انعكس على أحكامها التي أصبحت ذات طبيعة آمرة واردة بموجب تشريعات خاصة.

2/ العقد غير المسمى

هو ذلك العقد الذي لم يتول المشرع تسميته ولا تعريفه ولا تنظيمه بأحكام خاصة بعد، فالعقود غير المسماة هي الأصل حيث أنه تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد للأشخاص ابرام ما شاءوا من العقود مادام لهم أهلية وارادتهم حرة ولا قيد عليها إلا النظام العام والآداب العامة.

ثانياً: أهمية التمييز

- أحكام النظرية العامة للعقد هي الواجبة التطبيق على العقود المسماة، بينما أحكام النظرية العامة للعقد والأحكام الآمرة المنظمة للعقد هي الواجبة التطبيق على العقود المسماة.
- القواعد المكملّة هي الواجبة التطبيق عند اغفال المتعاقدين لمسألة ما في العقود المسماة، بينما نية المتعاقدين في العقود غير المسماة.

الفرع الخامس: تقسيم العقود من انصراف آثارها:

والتي تتمثل في عقود فردية وعقود جماعية

أولاً: التعريف

1/ العقد الفردي

هو ذلك العقد الذي ينعقد بين شخصين أو أكثر بصفة فردية وتقتصر آثاره على أطراف العقد دون غيرهم¹.

2/ العقد الجماعي

هو العقد الذي يبرم بين أعضاء جماعة معينة وفرد أو مجموعة أفراد، وتنصرف آثاره إلى أطراف العقد وكل من ينتمي إلى الجماعة المعنية بالتعاقد.

ثانياً: أهمية التمييز

العقد الفردي تطبيق لمبدأ نسبية أثر العقد، أما العقد الجماعي هو يرتب التزامات على الغير استثناء على مبدأ الأثر النسبي للعقد².

الفصل الثاني: أركان العقد

لقد تناول المشرع " شروط العقد " في القسم الثاني من الفصل الثاني للكتاب الثاني من القانون المدني ذاكراً على وجه الخصوص " الرضا " والمحل والسبب، وقد ولقد جعل لكل منهما عنواناً لفقرة من فقرات ذلك القسم.

وبعد الاطلاع على مضمون الأحكام الواردة في هذا الشأن، يلاحظ أن المشرع قد وقع في خلط بين مسائل متباينة ألا وهي أركان العقد من جهة وشروطه من جهة أخرى، فالركن أمر يتعلق بوجود العقد، بينما الشرط مسألة أقل أهمية وتخص صحة الرضا فقط. ولقد استحدث الفقه هذا التمييز نظراً للأهمية البالغة للجزاء المتميز الذي يترتب على تخلف كل منهما فانعدام الركن يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، بينما الإخلال بشرط من الشروط يعرض العقد للقابلية للإبطال.

¹ غنيمة لحلو خيار، المرجع السابق، ص 29.

² نفس المرجع، ص 30.

ويمكن اضافة ركن رابع لم يشر إليه المشرع اطلاقاً وهو ركن الشكلية وإن كان يخص بعض العقود فقط، ويرجع اغفال المشرع لهذا الركن إلى اعتماد مبدأ الرضائية في العقود، ولكن هذه الشكلية التي تظهر لأول وهلة بمثابة حالة استثنائية لها في الحقيقة مجال تطبيق واسع ومظاهر مختلفة ومتطورة.

المبحث الأول: ركن التراضي

يقصد به المشرع تراضي الطرفين، أي رضا كلا المتعاقدين وليس رضا أحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر، وهذا ما تؤكد الصياغة الفرنسية للنص القانوني حيث استعملت le consentement أي تراضي المتعاقدين ويراد به توافق أو تطابق الارادتين، وهذا ما تؤكد المادة 59 مدني¹.

بالرجوع الى نص المادة 59 ق م، يتبين لدينا أن التراضي يوجد بتحقيق عنصرين:

فيشترط من حيث الأصل² أن يعبر كل طرف عن ارادته من أجل احداث أثر قانوني معين. وأن تتلاقى ارادة كل طرف مع ارادة طرف آخر تتجه إلى إحداث ذات الأثر القانوني، فيتحقق توافق الارادتين.

وقد يمهّد المتعاقدان بمرحلة سابقة لا يكون العقد فيها باتاً، وذلك في الوعد بالتعاقد وفي التعاقد بالعربون.

المطلب الأول: وجود التراضي

يتوقف وجود التراضي على تعبير الشخص عن ارادة تتجه إلى احداث أثر قانوني معين، وأن تتلاقى هذه الارادة مع ارادة أخرى مطابقة لها تتجه إلى احداث نفس الأثر، فيتحقق توافق الارادتين م 59 مدني.

الفرع الأول: التعبير عن الارادة

ينشأ العقد من تبادل طرفين تعبيرين عن ارادتين متطابقتين م 59 مدني، أول هذين التعبيرين يسمى " الايجاب" وهو الذي يستثير تعبير الطرف الآخر، إما إلى القبول، فينعقد العقد وإما إلى الرفض فيسقط الايجاب ولا ينعقد العقد.

والتعبير عن الارادة هو الوسيلة التي تظهر بها الارادة إلى العالم الخارجي، وهذا أقل ما يتطلبه القانون لكي يكون للإرادة وجودها القانوني، ذلك لأن الارادة، باعتبارها ظاهرة نفسية، لا يمكن ادراكها مباشرة ولا يمكن استخلاصها، في يقين يقل أو يكثر، إلا من مسلك الانسان الخارجي، لذلك كان التعبير عن الارادة هو الجزء الأساسي في العقد، وفي

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 97.

² على أساس أن هناك استثناء يتعلق بالسكوت

التصرف القانوني بصفة عامة، فقدرة العقد أو التصرف القانوني على انشاء الحق لا تأتي من الارادة ذاتها، بل من التعبير عن الارادة¹.

أولاً: تكوين الارادة

يرى علماء النفس في تحليلهم للإرادة كظاهرة نفسية أنها تمر بمراحل أربع، الأولى منها هي مرحلة التصور وفيها يستحضر الشخص العمل القانوني الذي يريد ابرامه، والثانية مرحلة التدبر وفيها يوازن الشخص بين شتى الاحتمالات والنتائج، والثالثة هي مرحلة التصميم وفيها يبت الشخص في الأمر، وهذه المرحلة هي جوهر الارادة أو الارادة نفسها وتعرف بالإرادة الكامنة.

والارادة كما يظهر من هذا التحليل تستدعي نشاطا ذهنيا معيناً، لذا يشترط المشرع في من تصدر عنه أن يكون متمتعاً بقواه العقلية، وهذه القوى، كما سبق أن رأينا لا تتوافر إلا إذا بلغ الشخص سناً معيناً وكان سليماً من سائر الآفات العقلية.

غير أنه حتى مع توافر هذا الشرط قد تصادف الارادة ظروفًا تحد من حريتها وسلامتها كالإكراه والغلط والتدليس والاستغلال، ولذا يتطلب المشرع براءتها من هذه العيوب كذلك².

يجب لقيام العقد أن توجد الارادة لدى كل من طرفيه، وذلك بأن يكون على وعي بالأمر الذي يقصده ويريد، وعلى ذلك لا يعتد بإرادة عديم الأهلية كالصبي غير المميز دون 13 سنة كاملة والمجنون والمعتوه وكذلك لا يعتد بإرادة من فقد وعيه بصفة مؤقتة نتيجة السكر ومن كان خاضعاً للتنويم المغناطيسي³.

ويلزم أن تنتج الارادة إلى احداث أثر قانوني معين فلا عبرة بالإرادة إذا اتجهت إلى مجرد التماشي مع مقتضيات الآداب والمجاملات، كمن يدعو آخر للركوب في سيارته أو لتناول الطعام عنده.

ويلزم أيضاً أن تكون هذه الارادة جادة غير هازلة، ولذلك لا عبرة بالإرادة التي تجيء معلقة على محض مشيئة صاحبها، وذلك كمن يقول سأبيعك سيارتي عندما أريد أنا.

ولا تعتبر الارادة جدية إرادة الهازل، وهو من لا يقصد باللفظ الصادر منه معناه الحقيقي أو المجازي كأن يعرض الهازل بيع بيته للغير إلا أنه في الحقيقة لا ينوي مباشرة هذه العملية القانونية¹.

¹ عبد المحي حجازي النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، المجلد الثاني (دراسة مقارنة مطبوعات جامعة الكويت)، ص 586.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 57، 58.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 39.

ولا الإرادة الصورية لأن العقد الصوري لا وجود له.

ولا الإرادة المقترنة بتحفظ ذهني معلوم من الطرف الآخر.

هذه الإرادة هي الأساس في قيام العقد، لا يعتد بها القانون إذا ظلت كامنة في النفس لا يعلم بها سوى صاحبها، أما إذا أريد بها تحقيق أثرها القانوني، كان من اللازم التعبير عنها بمظهر يعتد به القانون.

التعبير عن الإرادة هو الوسيلة التي تظهر بها الإرادة إلى الحيز الخارجي.

القانون لم يفرض شكلاً معيناً للتعبير عن الإرادة، فلكل عاقد الحرية الكاملة في التعبير عن إرادته على النحو الذي يراه وهذا التعبير عن الإرادة، قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، كما يمكن استخلاصه من السكوت حيث يعتبر السكوت الملابس قبولاً².

وهذا أقل ما يتطلبه القانون لكي يكون للإرادة وجودها القانوني. ذلك لأن الإرادة، باعتبارها ظاهرة نفسية، لا يمكن إدراكها مباشرة، ولا يمكن استخلاصها إلا من مسلك الإنسان الخارجي. لذلك كان التعبير عن الإرادة هو الجزء الأساسي في العقد، وفي التصرف القانوني بصفة عامة. فقدرة العقد أو التصرف القانوني على إنشاء الحق لا تأتي من الإرادة في ذاتها، بل من التعبير عن الإرادة.

وقد لا يكتفي القانون بالتعبير عن الإرادة وحسب، بل بمجرد ظهور الإرادة إلى الحيز الخارجي عن طريق طرق التعبير عنها، بل يتطلب فوق ذلك أن يتخذ التعبير وجهة معينة عن طريق توجيهه إلى شخص معين أو عن طريق اعلام هذا الشخص به، وعندئذ لا يكون للإرادة وجود قانوني إلا بهذا الاعلام، وبهذا يصبح الاعلام جزءاً من التعبير وهذا أعلى درجة في الظهور يمكن أن يتطلبها القانون لكي يكون للإرادة وجودها القانوني³.

ثانياً: التعبير عن الإرادة:

يصدر التعبير عن الإرادة عن المتعاقدين نفسه، وهو ما يسمى بالأصيل أو يصدر عن نائب عنه.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 102.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 39.

³ عبد المحي حجازي، المرجع السابق، ص 586.

1/ التعبير عن الإرادة الصادر عن الأصيل

أ: التعبير الصريح

هو التعبير المباشر الذي يراد به الإفصاح عن الإرادة للموجه له والكشف عنها حسب ما هو مألوف بين الناس، باستعمال وسائل واردة في نص المادة 60 ق م، كاللفظ المؤدي إلى المعنى الذي تقصده الإرادة بأي لغة كانت هذه الألفاظ شفاهة أو كتابة أيا كان شكلها عرفية أم رسمية، مكتوبة أو مطبوعة سواء بصفة شخصية في صورة خطاب أو برقية أو كانت بصفة غير شخصية كإعلان أو نشرة، وسواء كان الكلام مباشراً أو عن طريق الهاتف أو عن طريق إيصال رسول ناقلاً للإرادة.

وقد يكون التعبير عن الإرادة باستعمال الإشارة المتداولة عرفاً بين الناس، كإشارة هز الرأس عمودياً دلالة على القبول، أو أفقياً دلالة على الرفض.

كما يكون التعبير عن الإرادة صريحاً باتخاذ أي موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه، وذلك كعرض التاجر بضاعته على الجمهور مع بيان أسعارها، وكوقوف سيارات الأجرة ذات الأسعار المحددة في محطة النقل.

ب: التعبير الضمني

هو التعبير غير المباشر عن الإرادة باستعمال وسائل غير خاصة بالتعبير الصريح التي ألف الناس على استعمالها للكشف عن الإرادة، كالدائن يسلم سند الدين إلى المدين، إذ في هذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك¹.

وكذلك بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الإيجار مع علم المؤجر بذلك دون رفض منه، فإن معنى ذلك أن إرادته اتجهت إلى تجديد الإيجار، ومن صور التعبير الضمني ذلك تنفيذ الموجب له للأمر الذي يعرضه عليه الموجب، وحيث يعتبر التنفيذ قبولاً ضمناً كقيام الوكيل بالعمل الموكل به.

والأصل أن التعبير الضمني كالتعبير الصريح من حيث الأثر القانوني، ومع ذلك فقد لا يكتفي المشرع في أحوال معينة بهذا التعبير الضمني، فيشترط وجوب أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً، ومن ذلك ما تنص عليه المادة عقد الإيجار².

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 62.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 41، 42.

الأصل أن التعبير الضمني كالتعبير الصريح في قوته، غير أنه في بعض الأحيان يجب أن يكون التعبير صريحا، إما لأن القانون يتطلب ذلك وهو ما جاء في نص المادة 505 مدني، وإما لأن المتعاقدين قد اتفقا على ذلك¹.

ج: مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة

التعبير عن الإرادة قد يكون ايجابا بالتعاقد، وقد يكون قبولا له، والسكوت وضع سلبي لا يتصور أن يكون تعبيراً عن الإيجاب، فالإيجاب عرض صادر من شخص لآخر، والسكوت لا يمكن أن يتصور من هذا العرض.

وكذلك، فإن السكوت في الأصل لا يصلح أن يكون قبولا، فالإرادة عمل ايجابي والسكوت أمر سلبي، القاعدة إذن أن السكوت لا يصلح أن يكون قبولا، إذ لا ينسب لساكت قول، ومع هذا فإنه يمكن أن يعد كذلك إذا صاحب هذا السكوت ظروف ملازمة أو قرائن مادية تكشف عن دلالة في القبول، وهذا السكوت هو الذي يطلق عليه السكوت الملازم أو السكوت الموصوف².

فبمقتضى نص المادة 68 مدني يعتبر السكوت قبولا في الأحوال الآتية:

• طبيعة المعاملة أو العرف التجاري

ومن الأمثلة على طبيعة المعاملة، أن يرسل التاجر البضاعة لمن طلبها ويضيف بالفاتورة شروطا جديدة لم يجر عليها التعامل السابق بين بينهما، ولم يبادر المشتري إلى الرفض، فهنا يعد سكوته قبولا.

أما العرف التجاري، فمثاله ارسال المصرف إلى عميله بيانا عن حسابه، ويذكر في البيان أن عدم الاعتراض عليه يعد اقرارا له، فسكوت العميل عن الرد يعتبر قبولا له في هذه الحالة.

• وجود تعامل سابق بين المتعاقدين

فالتاجر الذي يعتاد ارساله البضاعة إلى عميله في مواعيد منتظمة، فأرسل له العميل طالبا البضاعة التي اعتاد على طلبها، فسكوت التاجر هنا يعد قبولا ويلتزم بتنفيذ العقد. أما إذا أراد التاجر رفض هذا الطلب لكان من الواجب عليه أن يرد بالرفض طالما لم تكن لديه نية القبول.

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 61.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 42.

• تمخض الايجاب لمنفعة من وجه إليه:

فإذا عرض التاجر على عميله تخفيض الثمن فسكت العميل، أو عرض شخص على آخر أن يهبه مالا معيناً، فسكت الموهوب له، فيعتبر سكوت من وجه له الايجاب أنه قد قبله.

تلك هي الحالات التي أوردتها المشرع للسكوت المعد قبولاً، إلا أنها مع ذلك تعد واردة على سبيل المثال لا الحصر، فكل سكوت تحيطه ظروف وملايسات تدل على الرضا يعتبر قبولاً، فإذا خرج الوكيل عن حدود الوكالة وعلم الموكل بهذا الخروج وسكت على ذلك، اعتبر هذا السكوت قبولاً لتصرف الوكيل وإقراراً لعمله وكذلك يعد سكوت المشتري بعد فوات مدة معقولة من تجربة المبيع م 355 مدني.

وإذا كان لا بد من اطلاع كل متعاقد على ارادة المتعاقد الآخر قبل توافق الارادتين، فيعني ذلك أن التعبير عن الارادة يجب أن يكون ظاهراً، واضحاً وثابتاً حتى يمكن الاعتداد به، لذا يطرح السؤال عما اذا كان من الممكن أن يتحقق الرضا بالاستناد إلى الارادة الحقيقية التي لم تعبر عن ذاتها بصورة علنية، أي ما يعرف بالإرادة الباطنة¹.

قد يكون التعبير مطابقاً للإرادة، فتكون الارادة الباطنة والظاهرة واحدة، فلا نجد صعوبة في الأخذ بأيهما طالما كانتا متطابقتين، إلا أنه وفي أحوال قد تختلف الإرادة الظاهرة عن الارادة الباطنة، فقد يريد الشخص شيئاً ولكنه يعبر عن هذه الارادة بمظهر لا يحقق ما يريد، فالتاجر الذي يريد أن يبيع شيء بثمان معين، فيخطئ ويعلن عن ثمن أقل مما يريد، فهل نأخذ بالإرادة الظاهرة، فينعقد البيع بثمان الأقل، أم أن العقد لا يقوم في مثل هذه الأحوال استناداً إلى الإرادة الحقيقية الباطنة.

تذهب نظرية أولى تسمى بنظرية الارادة الباطنة إلى أن العبرة بما تنطوي عليه النفس وما التعبير عن الارادة إلا مظهراً خارجياً لمكنون النفس وعلى القاضي ألا يقف عند المظهر الخارجي للإرادة، إنما يجب عليه أن يبحث عن الإرادة الداخلية وهي الإرادة الحقيقية. والتعبير الظاهر عن الإرادة يعتبر قرينة على أنه يطابق لمقصود صاحبه، إلا أن هذه القرينة تقبل اثبات العكس، فيكون لصاحب التعبير الخارجي أن يثبت أن هذا التعبير الظاهر لا يطابق ارادته الباطنة أي ارادته الحقيقية.

أما النظرية الثانية، وتسمى نظرية الارادة الظاهرة أو نظرية الإعلان عن الارادة، فإنها تعتد بالتعبير عن الارادة في ذاته من حيث تحقيقه لأثره القانوني حتى ولو كان هذا التعبير غير مطابق للإرادة الباطنة، الارادة الحقيقية، فالمظهر الخارجي للإرادة هو العنصر الأصلي لها ويجب الوقوف عنده وإذا كان لا بد من اعتباره دليلاً على الارادة الداخلية، فهو

¹ مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، ط4، 2007، ص 279.

دليل لا يقبل اثبات العكس، فلا يسمح لشخص أن يدعي أنه أضمر غير ما أظهر ما دام قد أراد هذا التعبير الذي اختاره، وهذه النظرية في اعتدادها بالإرادة الظاهرة إنما تندفع من منطلق وجوب استقرار المعاملات وتوفير الأمن والثبات في العقود، والأمر لن يكون كذلك إذا طرحت الإرادة الظاهرة وأخذت بالإرادة الباطنة.

2/ التعبير عن الإرادة الصادر عن النائب

الأصل أن يتولى الشخص إبرام العقد باسمه ولحسابه، ويجب في هذه الحالة أن تتوفر فيه أهلية التعاقد وأن تكون إرادته خالية من عيوب الإرادة.

وقد يبرم الشخص العقد بواسطة شخص آخر ينوب عنه، وهذا هو التعاقد بالنيابة ويجب أن تتوفر في الشخص بصفته نائباً، الأهلية اللازمة لإبرام العقد

أ: التعريف بالنيابة

النيابة هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل في مباشرة تصرف قانوني تنصرف آثاره إلى ذمة الأصل لا إلى ذمة النائب.

ويحقق نظام النيابة فوائد عملية كثيرة، فيسمح لراعي التعاقد الذي تمنعهم ظروفهم كالمرض أو السفر أو عدم الخبرة، من إبرام العقود بأنفسهم إبرامها عن طريق النيابة، بل إن نظام النيابة في التعاقد قد يكون مفروضاً على الشخص كما في حالة نقص أهليته أو انعدام أهليته، غداً القانون لا يجيز لهؤلاء الأشخاص إبرام التصرفات بأنفسهم، فيحل محلهم من ينوب عنهم¹.

والنيابة من حيث مصدرها أنواع، فقد تكون قانونية أو قضائية أو اتفاقية.

فالنيابة القانونية هي صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية باسم ولحساب شخص آخر يكون نائباً عنه بحكم القانون، فالقانون هو الذي يعين النائب والأصل ويحدد صلاحياته م 87 أسرة.

وقد النيابة قضائية، حيث يكتفي القانون بفرض النيابة على أن يتولى القاضي تعيين النائب ومثاله المقدم م 93 قانون أسرة.

وأما النيابة الاتفاقية، فهي التي يكون مصدرها العقد أي عقد الوكالة وقد عرفها المشرع في المادة 571 مدني "الانابة أو الوكالة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، 2011، ص 139.

وقد تكون الانابة اتفاقية، وهي انابة مصحوبة بوكالة حيث يتعامل الوكيل باسم ولحساب الموكل، وأما إذا لم تكن الانابة مصحوبة بوكالة الوكيل يتعامل باسمه الشخصي ولحساب الموكل مثل ما هو الأمر عليه في الوكالة بالعمولة¹.

ب: شروط النيابة

والتي يمكن استخلاصها من تعريف النيابة، وتتمثل في الآتي:

• حلول ارادة النائب محل ارادة الأصل

ان هذا الشرط هو ما يميز النيابة، ويعني أن النائب يبرم التصرف لا الأصل، كما أنه يتعاقد بإرادته لا بإرادة الأصل، ولذلك فتقدير صحة التصرف الذي يبرمه النائب يتم بالنظر إلى أهلية التعاقد و سلامة الارادة من العيوب بالنسبة لأهلية التعاقد نميز بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية:

ففي النيابة الاتفاقية، يكفي أن يكون النائب مميزا حتى يكون أهلا لصدور ارادة مستقلة، لأن النائب يبذل نشاطا إراديا خاصا يبنى عليه التصرف القانوني موضوع النيابة، فيجب بالأقل أن يكون مميزا².

أما أهلية الأصل، فينظر فيها إلى شخص الأصل وقت مباشرة النائب للتصرف، فهو الوقت الذي ستنصرف إليه آثار العقد.

كما أن الأصل باعتباره من تضاف إليه آثار التصرف الذي تم بطريق النيابة، فيجب أن تتوافر فيه كذلك صلاحية اكتساب الحق الذي تم بطريق النيابة، وعلى ذلك لا يجوز لأعوان القضاء أن ينيب عن غيره في شراء حق متنازع فيه إذا كان النظر في النزاع من اختصاص المحكمة التي يباشر عمله في دائرتها لأنه هو نفسه لا يستطيع أن يشتري مباشرة هذا الحق . كذلك فإن تحديد صفة الالتزام الذي ينشأ عنه فيما إذا كان عملا مدنيا او تجاريا.

أما فيما يتعلق بتقدير سلامة الارادة من العيوب، يتم بالنظر إلى ارادة النائب إلا اذا كان النائب أو الوكيل الذي يتعاقد وفقا لتعليمات صادرة إليه من الموكل³، فهو مجرد رسول ناقل للإرادة، ولهذا فإن هذا التعاقد بين غائبين، وبالتالي فإن ارادة الموكل لا ارادة الرسول هي التي تكون محل نظر من أجل تقدير سلامة الرضا.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 146.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 28.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 51.

كذلك ينظر إلى حسن أو سوء النية في الأحوال التي يعتد القانون بها إلى نية النائب لا إلى نية الأصل كما لو كان النائب سيء النية وتواطأ مع مدين معسر، فلدائي هذا المدين دعوى عدم نفاذ التصرف ولو كان الأصل حسن النية.

• التزام النائب بحدود النيابة

يلتزم النائب بحدود النيابة من حيث الموضوع بأعمال الإدارة كالإيجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، إذا كانت النيابة واردة بألفاظ عامة أو بالتصرف المخول للنائب القيام به إذا كانت النيابة خاصة، ومن حيث الشكل كأن يشترط في التصرف الذي يجريه النائب مع الغير في محرر كتابي¹.

والأصل أن تصرف النائب غير ملزم للأصيل إلا إذا تم في حدود النيابة كما حددها القانون أو الإرادة، فإذا تم خارج هذه الحدود فلا أثر لها بالنسبة إلى الأصل وعلى ذلك مثلاً لا تنصرف إليه آثار ما يجريه النائب من تصرفات شفوية مع الغير إلا استثناء إلى:

- حالة التصرف بحسن النية كأن يجهل النائب والمتعاقد معه انقضاء النيابة وقت العقد² استناداً لفكرة النيابة الظاهرة حماية للغير بحسن النية، التي مجاها الطبيعي هو النيابة الإرادية، لأنه في النيابة القانونية يفترض في الغير العلم بحدود النائب القانوني³.
- تعذر اخطار الموكل سلفاً استناداً إلى فكرة الفضالة لكون التصرف الذي قام به النائب خارج حدود النيابة نافع للأصيل. م 575 مدي⁴.
- اقرار الأصل لتصرف النائب لا حاجة إليه إلا إذا تعذر إضافة التصرف إليه بسبب انتفاء فكرة الفضالة أو فكرة النيابة الظاهرة.

• العلم بالنيابة

يشترط لكي تضاف آثار التصرف الذي يعقده النائب إلى شخص الأصل، أن تتجه إرادتهما إلى ذلك، وهذا يفترض أن يكون العلم بوجود النيابة مشتركاً بينهما وقت انعقاد التصرف موضوعها، وعلى ذلك إذا لم يعلن النائب عن

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، 145.

³ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 35.

⁴ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 149.

صفته هذه وكان الغير معه يجهل وجود النيابة، فإن آثار التصرف لا تضاف مباشرة إلى الأصيل، بل يجب أن ينقلها إليه من تعامل بدلا عنه كما في حالة الاسم المستعار¹.

فهو لا يقوم في حق الأصيل، فالغير لم يقصد أن يتعاقد معه، وإنما مع النائب كما لا يقوم العقد في حق النائب لأنه لم يرد إبرام التصرف لحسابه، وإنما لحساب الأصيل².

ج: آثار النيابة

● آثار النيابة بالنسبة للأصيل:

هذه الآثار تضاف إليه مباشرة ودون حاجة إلى إجراء ما أو اقرار منه متى قبل مسبقا تعاقد النائب باسمه، بل إن آثار التصرف تضاف إليه في بعض الحالات ولو لم يقبل مقدما تعامل النائب باسمه، كما في حالة النيابة القانونية وفي النيابة الظاهرة وفي الفضالة عندما يكون التصرف نافعا له.

● آثار النيابة بالنسبة للنائب:

يعتبر النائب أجنباً عن التصرف موضوع النيابة بالرغم من أن هذا التصرف قد تم بإرادته. لأن ما يرتبه هذا التصرف من آثار يضاف مباشرة إلى شخص الأصيل، وعلى ذلك لا يجوز للنائب أن يرجع على المتعاقد معه يطالبه بالتنفيذ إلا إذا كانت قانونية، حيث يكون للنائب سلطة مباشرة تنفيذ التصرفات التي يعقدها نيابة عن الأصيل³.

● تعاقد النائب مع نفسه

القاعدة في القانون الجزائري عدم جواز تعاقد النائب مع نفسه في صورتيه أي سواء أجرى النائب التعاقد لحسابه الخاص أم أجره لحساب غيره م 77 مدني، وطبقت نفس هذه القاعدة في البيع م 410 مدني، و م 411 مدني.

وعلة تحريم تعاقد النائب مع نفسه يمكن ردها من الناحية القانونية إلى أن النائب يسعى إلى تحقيق مصلحة متعارضتين، بالإضافة إلى أن ذلك يعد تجاوزا للنائب حدود نيابته، ذلك أن النيابة إذا صدرت بصيغة عامة أي غير مقيدة من حيث شخص المتعاقد معه، إلا أنها تتضمن مع ذلك قيودا ضمنية فيما يتعلق بشخص النائب، وهو الشخص

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 36.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 54.

³ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 38.

الذي لا تتحقق بالتعاقد معه مصلحة الأصيل سواء عمل النائب كأصيل أو كنائب عن شخص المتعاقد الآخر كذلك، وهذا القيد الضمني يبنى على الإرادة المفترضة للأصيل¹.

استثناء: - جواز تعاقد النائب مع نفسه اذا رخص له الأصيل ذلك قبل التعاقد، أو أجاز له ذلك بعد العقد أو نص القانون على ذلك م 77 ، 412 مدني.

- جواز القانون تعاقد النائب مع نفسه، كتعاقد الأب مع نفسه باسم ابنه القاصر سواء أكان لحسابه هو أم لحساب شخص آخر.

- إذا قضت قواعد التجارة بغير ذلك، ومثاله جواز مباشرة الوكيل بالعمولة عقد بيع عن طرفيه².

ثالثا: القدرة على التعبير عن الارادة

الأصل أن كل شخص كامل الأهلية له القدرة على التعبير عن ارادته بنفسه مباشرة تصرف قانوني ما، ولكن قد يتعذر عن الشخص ذي العاهتين (أصم أبكم أصم أعمى أبكم أعمى) التعبير عن ارادته بنفسه، ولذلك قرر القانون إخضاعه لنظام المساعدة القضائية، حيث أجاز للمحكمة تعيين مساعد قضائي يحضر معه لمساعدته في مباشرة التصرفات القانونية التي تقتضيها مصلحته وإلا كان العقد قابلا للإبطال م 80 مدني.

رابعا: زمان ترتيب التعبير عن الارادة أثره القانوني

يكون للتعبير عن الارادة وجود فعلي من وقت الاعلان عنه، بينما لا يكون له وجود قانوني إلا من وقت العلم به ممن وجه له ويعتبر الوصول قرينة على العلم ما لم يثبت العكس.

والتعبير عن الارادة قد يكون ايجابا وقد يكون قبولا، فإذا كان ايجابا يكون له وجود فعلي من وقت الاعلان عنه ويكون له وجود قانوني من وقت علم الموجب له به، ويعتبر الوصول قرينة على العلم ما لم يثبت العكس. ويرتب أثره القانوني الذي يتمثل في بقاء الموجب ملزما على ايجابه مدة الايجاب.

أما إذا كان التعبير عن الارادة قبولا، فيكون له وجود فعلي من وقت الاعلان عنه للموجب ويرتب أثره القانوني من وقت العلم به من الموجب، والذي يتمثل في ابرام العقد م 61 مدني.

¹ أنور سلطان، نفس المرجع، ص 30.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 150، 151.

خامسا: أثر وفاة أو فقد الأهلية على التعبير عن الإرادة

تعني هذه المسألة التعبير عن الإرادة إذا كان قبولا، فالقاعدة أن وفاة القابل أو فقدانه للأهلية لا يؤثر على ترتيب القبول لأثره القانوني (ابرام العقد) اذا علم به الموجب، واستثناء لا يرتب هذا القبول أثره القانوني اذا تبين من طبيعة المعاملة عكس ذلك، كأن يكون القابل شخص محل اعتبار أو إذا كان التعبير يتضمن ما يخالف هذه القاعدة المكمل، كأن يحتاط القابل لنفسه، فيقيد ارادته ببقائه على قيد الحياة أو كامل الأهلية.

أما إذا كان التعبير عن الإرادة ايجابا، فيكون هذا الحكم عديم الجدوى، لأن وفاة الموجب أو فقدانه أهليته، سيمنع الموجب حتما من القبول من ترتيب أثره طالما لا يصل إلى علم الموجب¹.

الفرع الثاني: توافق الارادتين

معنى توافق الارادتين أن يقترن الايجاب بقبول مطابق له حتى ينعقد العقد، هذا الايجاب وذلك القبول قد يصدر من متعاقدين يجمعهما مجلس واحد هو مجلس العقد، وقد يصدر من متعاقدين لا يجمعهما هذا المجلس وهذا هو التعاقد بين غائبين.

أولا: عناصر تطابق الارادتين

وتتمثل في الايجاب والقبول

1- الايجاب

الايجاب هو تعبير لازم بات عن ارادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه رغبته في ابرام عقد معين بقصد الحصول على قبول هذا الأخير، فإذا حصل على هذا القبول انعقد العقد.

وطالما كان الايجاب هو تعبير عن الإرادة، فيجب أن يتوافر فيه الشروط السابق دراستها في التعبير عن الإرادة، كما يلزم في هذا التعبير حتى يعتبر ايجابا أن يتضمن العناصر الأساسية للعقد، فإذا كان العقد المراد ابرامه بيعا، فإنه يلزم في الايجاب أن يتضمن تحديد المبيع وثمنه، وليس هناك ما يمنع من أن يتضمن التعبير شروطا أخرى يرى المتعاقد أنها لازمة لكي يتم التعاقد على أساسها.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 117.

وإذا لم يشتمل العرض على العناصر الجوهرية للعقد، فلا يعد إيجاباً وإنما دعوة إلى التعاقد، ولذلك فالإرادة التي تقبل الدعوة إلى التعاقد تكون هي الإيجاب الذي يحتاج بعد ذلك إلى قبول من الداعي حتى ينعقد العقد ومن أمثلة ذلك اعلان شخص بيع سيارة دون أن يذكر الثمن الذي يريده، فهذا ليس إيجاباً وإنما دعوة إلى التعاقد¹.

وباستثناء العقود التي يكون فيها الشخص محل اعتبار مما يقضي حتماً تحفظاً ضمناً ينال من قطعية الإيجاب².

أ: الطبيعة القانونية للإيجاب: تختلف طبيعة الإيجاب بحسب ما إذا كان غير ملزم أو كان ملزماً.

• الطبيعة القانونية للإيجاب الملزم:

الذي لا يكون مقترناً بأجل للقبول، فإنه مجرد واقعة قانونية، مجرد تعبير عن إرادة من جانب واحد، ولكنه ليس تصرفاً قانونياً، ولذلك يمنع من ذلك أن يكون عنصراً في تصرف قانوني.

• الطبيعة القانونية للإيجاب غير الملزم:

وذلك حين يكون مقترناً بميعاد للقبول، فإنه يعد تصرفاً قانونياً يتسم بسمة خاصة وهو أنه وهو تصرف قانوني في ذاته يعد في الوقت نفسه جزءاً من تصرف قانوني آخر هو العقد المراد إبرامه. فالإيجاب بوصفه تصرفاً قانونياً في ذاته إنما يعتد به وحده في شأن احترام الالتزام بالإبقاء على الإيجاب طوال المدة المتفق عليها. أما إذا كان المراد هو إثبات مضمون الإيجاب، فإنه ينظر عندئذ فقط إلى السمة الثانية للإيجاب الملزم، وهي أنه عنصر في تصرف قانوني آخر هو العقد المراد إبرامه³.

ب: القيمة القانونية للإيجاب

نعني بالقيمة القانونية للإيجاب قوته الإلزامية، فهل يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه مدة من الزمن ليتمكن الموجب له من القبول أم لا؟ يرجع أساس طرح هذه المشكلة بالنسبة للقانون القديم إلى عدم وجود أساس قانوني لالتزام الموجب خاصة وأن الإرادة المنفردة لا يكن يعتد بها كمصدر للالتزام، فكان الموجب غير ملزم ولا يسأل ما لم يثبت خطأ من جانبه طبقاً للمسؤولية التقصيرية، غير أن القضاء لم يبق سجين مبدأ سلطان الإرادة، فقرر بعد تردد في بداية الأمر أن الإيجاب المقترن للقبول يكون ملزماً لصاحبه، ويتعين على الموجب البقاء على إيجابه حتى انقضاء الأجل أو رفض الموجب له.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 68.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 212.

³ عبد المحي حجازي، المرجع السابق، ص ص 622، 623.

لقد ميّز المشرع في معالجته لهذا الموضوع بين الإيجاب المقترن بأجل والإيجاب الصادر في مجلس العقد.

• الإيجاب المقترن بأجل

يقضي المشرع في المادة 63 مدني أن الإيجاب الذي يتضمن أجلا للقبول يكون ملزما، ولا يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه ما لم ينقض الأجل المحدد، أو يعلن الموجب له عن رفضه للإيجاب، ويترتب على التزام الموجب بالبقاء على إيجابه انعقاد العقد إذا صدر القبول فب الموعد المحدد¹.

وقد يكون أجل القبول ضمنيا، فيستخلص من ظروف الحال أو أن طبيعة المعاملة كما أشارت إلى ذلك المادة/2 مدني، وفي الحقيقة فإن الأجل الضمني تفرضه ظروف الحال كان يصدر الإيجاب في قسنطينة والموجب له في وهران. ويقضي هذا الإيجاب حتما باعفاء الموجب على إيجابه إلى حين وصول الإيجاب إلى الموجب له على الأقل. وكذلك الأمر إذا كانت طبيعة المعاملة تتطلب أجلا، كأن يعرض شخص عقار للبيع، فهذا يتطلب حتما أجلا للاطلاع وزيارة العقار المعروض للبيع. ويخضع الأجل عموما لرقابة القاضي، إذ يجب أن تكون مدته معقولة فيحمي الموجب له من تعسف الموجب.

• الإيجاب الصادر في مجلس العقد

تلحق هذه الحالة بما يسمى بالتعاقد بين حاضرين، حيث يكون المتعاقدين في نفس المكان سواء كان ذلك حقيقة أو حكما، كما هو الحال بالنسبة للتعاقد بواسطة الهاتف مع العلم أن الإيجاب في هذه الحالة لا يتضمن أجلا للقبول ولا يكون هذا الإيجاب ملزما ما لم يحصل القبول فورا وللموجب الحق في العدول عنه. ويجب التمييز في هذا الشأن بين حالتين:

- إذا عدل الموجب عن إيجابه سقط الإيجاب، وإذا صدر قبول من الموجب له رغم عدول الموجب له عن إيجابه، فلا يعتد بهذا القبول، وإنما يعتبر إيجابا جديدا².
- أما إذا لم يعدل الإيجاب عن إيجابه، فإن الإيجاب لا يسقط ولكنه يصبح غير ملزم، وهذا ما يسمى بالإيجاب القائم وغير الملزم، وفي هذه الحالة فإنه يترتب على صدور القبول قبل انقضاء مجلس العقد انعقاد العقد.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 122 وما بعدها.

² نفس المرجع ص. 123، 124.

● سقوط الايجاب

يسقط الايجاب ويتحلل الموجب من التزامه وفق الصورتين التاليتين:

● الايجاب المقترن بأجل

- انقضاء الأجل المحدد للقبول دون رد الموجب له، ونذكر في هذا الشأن أن الموجب له غير ملزم قانونا بالرد على الايجاب فيدعه يسقط.

- رفض الموجب له للإيجاب، وفي جميع الحالات ليس من فائدة من هذا الرفض للإيجاب إلا إذا حصل قبل نهاية الأجل المحدد للقبول¹.

* سقوط الايجاب الصادر في مجلس العقد

يسقط الايجاب الصادر في مجلس العقد لسببين:

- انقضاء مجلس العقد دون صدور القبول من الموجب له، وينقضي مجلس العقد بانشغال المعنيين بأمر آخر عن عملية التعاقد ولو بقي في نفس المكان وفي نفس الموضع، وقد ينفذ مجلس العقد أيضا بإرادة الموجب له بتغيير الوضع الذي كان عليه وقت انعقاد العقد كأن يقوم إذا كان جالسا أو يمشي إذا كان واقفا.

- عدول الموجب عن ايجابه قبل أن ينفذ مجلس العقد

2- القبول

القبول هو الرد الايجابي من طرف الموجب له، ولكي يعتد به لابد من توفر بعض الشروط

أ: شروط القبول

مادام القبول تعبير عن إرادة، فإنه يخضع للأحكام العامة التي تحكم الإرادة وكيفية إظهارها ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك. وما لم يصدر الموجب له قبوله أو عن طريق وكيله، فلا يتحقق تطابق الارادتين².

والقبول هو العنصر الثاني في العقد لكونه يعبر عن قبول الايجاب الذي صدر في وقت سابق، فيجب أن يكون مطابقا تماما للإيجاب، وأن يصدر قبل سقوط الايجاب.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 126.

² نفس المرجع ، ص 127.

- مطابقة القبول للإيجاب

الأصل أن يكون القبول مطابقا كليا للإيجاب واستثناء يكفي أن يكون مطابقا جزئيا له لانعقاد العقد.

• المبدأ: التطابق الكلي

يعبر الموجب له عن ارادته في ابرام العقد وفق الشروط التي تضمنها الايجاب دون زيادة أو نقصان أو تغيير أو تعديل، ومن الثابت قانونا أنه يكفي الموافقة فقط على الايجاب سواء أكان ذلك بكلمة واحدة مثل " نعم " أو بعبارات مغايرة عن العبارات الواردة في الايجاب شريطة أن تعبر عن الموافقة الكلية عما ورد في الايجاب.

وأما إذا تضمن رد الموجب له إضافة أو حذف أو تغيير شرط ولو بسيط فيعد رفضا للإيجاب الذي تلقاه، ويعتبر في نفس الوقت إيجابا جديدا يكون محلا للقبول، وقد يلي الايجاب ايجابا جديدا وهكذا إلى أن يكون الرد قبولاً مطابقاً تماماً للإيجاب إذا علم به الموجب تم العقد.

• الاستثناء الاتفاق الجزئي

نص المشرع على هذا الاستثناء في المادة 65 ق م " إذا اتفقا المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف والعدالة ". إن لهذا الحكم الذي أستخدمه المشرع أهمية بالغة من الناحية العملية خاصة بالنسبة للصفقات الكبرى التي يستغرق إنجازها مدة طويلة ومراحل متتالية، ومن دون هذا الحكم الاستثنائي يصعب ابرام مثل هذه العقود في الوقت المناسب¹.

ويكون الاتفاق الجزئي منشئا للعقد إذا توفرت فيه الشروط الآتية:

- اتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية
- اثاره مسائل تفصيلية دون الاتفاق عليها
- اتفاق المتعاقدين على أن يتفقا على المسائل التفصيلية لاحقا.
- عدم اشتراطهما أن عدم الاتفاق على المسائل الجوهرية لاحقا يمنع ابرام العقد.

وإذا قام خلاف على المسائل التفصيلية التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 129.

- وقت صدور القبول:

لا بد من صدور القبول وقت قيام الايجاب، وعلى ذلك يجب صدور القبول قبل سقوط الايجاب المقترن بأجل، وقبل عدول الموجب عن ايجابه أو انفضاض مجلس العقد إذا كان الايجاب صادر في مجلس العقد.

وإذا صدر القبول بعد سقوط الايجاب يعتبر ايجاباً جديداً يستدعي قبوله من الموجب الأول حتى ينشأ العقد¹.

ب: صور خاصة في القبول

تناول المشرع حالتين خاصتين بالقبول وهما: القبول في عقد الاذعان والقبول في البيع بالمزاد العلني.

- القبول في عقد الاذعان

يحصل القبول في عقد الاذعان، بموجب المادة 70 مدني "..... بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، فهو مجرد تعبير عن الارادة يتمثل في الرد الايجابي الصادر عن الموجب له إلا أن خصوصيته تبدو في كونه قبول نسبي بالنظر إلى محدودية حرية اختيار الموجب باعتبار أن الوضع الذي يوجد فيه "موقف الضعف" يدفعه إلى قبول اضطراري للشروط المفروضة عليه.

- القبول في البيع بالمزاد العلني

يتحقق في البيع بالمزاد العلني بموجب المادة 69 مدني: "يرسو المزاد" مع العلم أنه: "يرسو المزاد على الشيء المباع لمن تقدم بأعلى عرض بعد المناداة ثلاث مرات متتالية يفصل بين كل منها مدة دقيقة على الأقل...". والملاحظ في هذا الشأن أن القبول لا يصدر من الشخص الذي يقدم المزاد، ولكن من المحضر القضائي أو محافظ البيع وفق الاجراءات المشار إليها.

ثانياً: زمان ومكان تطابق الارادتين

يتضح مما سبق أن عملية التعاقد تتم في مجلس واحد يجمع كل من الموجب والموجب له مكان واحد وزمان واحد أي لا يوجد فاصل زمني بين زمان التعبير عن الارادة والعلم به من الموجب له، وقد تتم عملية التعاقد بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد إذ يتواجدان في أماكن مختلفة. وهذا التعاقد بين غائبين يثير مشكلة تحديد مكان وزمان تطابق الارادتين: فهل ينعقد العقد في مكان تواجد الموجب أم في مكان تواجد الموجب له؟ كما تطرح نفس المشكلة إذا كان

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 134.

هناك فاصل زمني بين صدور القبول ووقت العلم به من قبل الموجب ؟ وسنتناول فيما يلي أهمية تحديد زمان ومكان تطابق الارادتين ثم سنعرض النظريات التي وردت في هذا الشأن، ونهني بتحديد موقف المشرع من هذه المسألة.

أ: أهمية تحديد زمان ومكان تطابق الارادتين

- أهمية تحديد المكان

يعتد المشرع بمكان ابرام العقد لتعيين المحكمة المختصة اقليميا، كما هو الحال بالنسبة للنزاعات التي تقوم بين أصحاب العمل والأجير (المادة 8/40 اجراءات مدنية وإدارية)، وكذلك في مواد المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية أو الصناعية المادة 3/39 من نفس القانون.

ويعتد المشرع بمكان ابرام العقد الدولي كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق المادة 3/18 مدني.

كما يخضع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد ابرام العقد المادة 19 مدني.

- أهمية تحديد الزمان

- سقوط الايجاب في بعض الحالات بالوفاة أو فقدان الأهلية، فإذا توفي المتعاقد أو فقد أهليته قبل انعقاد العقد يسقط الايجاب أما إذا تم العقد قبل ذلك فإنه ينعقد صحيحا.
- سريان المواعيد من وقت ابرام العقد بالنسبة لدعوى الاستغلال م 90 مدني، ولدعوى ابطال العقد لعيوب الارادة الأخرى.
- استحقاق المشتري الانتفاع بالشيء المبيع وايراده، وكذا تحمل تكاليفه من يوم ابرام العقد م 389 مدني

يتبين أن زمان ابرام العقد أمر هام، ولتحديده اقترح الفقه عدة نظريات:

النظريات المقترحة:

- نظرية الاعلان عن القبول:

يرى أنصار هذه النظرية أن زمان ومكان ابرام العقد هو زمان ومكان اعلان الموجب له عن قبوله، أي في زمان ومكان توقيع الموجب له عن النموذج العقدي، أو زمان ومكان ابلاغ الرسول بالقبول.

ومن محاسن هذه النظرية أنها تتفق مع ما تتطلبه التجارة من سرعة في التعامل. وأما عيوبها فتتمثل في صعوبة الإثبات، لكون الموجب لا يعلم بزمان إبرام العقد، وبالتالي قد يتراجع الموجب له عن قبوله دون أن يعلم الموجب بذلك. ومثل هذا السلوك يضر حتما بمصالح الموجب دون علم منه.

- نظرية تصدير القبول

يرى أنصار هذه النظرية أن زمان ومكان إبرام العقد هو زمان ومكان تصدير القبول إلى الموجب. سواء تم ذلك عن طريق رسالة أو إيفاد رسول.

ومن محاسن هذه النظرية أن الموجب له لا يستطيع الرجوع عن قبوله¹.

والحقيقة أن هذا غير صحيح، لأن الموجب له يستطيع التراجع عن قبوله، فيكفيه - مثلاً - أن يرسل رفضه إلى الموجب عن طريق برقية عاجلة قبل وصول القبول الذي أرسله عن طريق رسالة أو رسول. كما أن تصدير القبول وهو واقعة مادية لا يمكنه أن يزيد في القبول أية قيمة لم تكن له من قبل حتى يمكن أن يكون لتصدير القبول أثراً أكبر من اعلانه².

ويعاب على هذه النظرية أن عدم علم الموجب بزمان إبرام العقد لجهله وقت تصدير القبول.

- نظرية تسلم القبول:

إن زمان ومكان إبرام العقد هو زمان ومكان وصول القبول إلى الموجب، وبهذا لا يستطيع الموجب التراجع عن إيجابه ولا الموجب له عن قبوله.

وتحقق هذه النظرية التوزيع العادل لمخاطر الطريق بين الموجب والموجب له، بمعنى أن هذا الأخير يتحمل تبعه الأخطار من وقت تصدير القبول إلى وقت وصوله إلى الموجب، بينما يتحمل الموجب الأخطار المحتملة من وقت وصوله إلى وقت العلم به.

ويعاب على هذه النظرية جهل المتعاقدين لزمان إبرام العقد، إضافة إلى أنها الأقل حماية للموجب له في حالة ضياع أو عدم تسليم القبول، وقد يظلم الموجب الذي لم يرتكب خطأ عند عدم اطلاعه على القبول³.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 141.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 87.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 142.

- نظرية العلم بالقبول:

أن زمان ومكان إبرام العقد وفقا لهذه النظرية هو زمان ومكان علم الموجب بالقبول، وهذا لن يتم إلا باطلاع هذا الأخير على الرسالة المتضمنة للقبول. ويعتمد أصحاب هذه النظرية على توافق الارادتين الذي يقتضي حتما أن يكون كل متعاقد على علم بإرادة المتعاقد الآخر.

تحقق هذه النظرية استقرار المعاملات على حساب ترتيب القبول لآثاره، مما يعطي للموجب فرصا اضافية للتراجع عن قبوله.

ويعاب على هذه النظرية كذلك صعوبة اثبات وقت العلم بالقبول، فيتحمل الموجب له تعسفات الموجب¹.

ذلك أن علم الموجب بالقبول يعد امرا شخصيا يتم بدون تدخل القابل، وحيث لا يستطيع الأخير اثباته في بعض الحالات، بينما يستطيع الموجب أن ينكر تسلمه للقبول، ولذلك ذهب أيضا هذا الرأي إلى الاكتفاء بالعلم الافتراضي دون العلم الحقيقي، ولذلك يعد وصول القبول قرينة على علم الموجب له، غير أن هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس كما لو أثبت الموجب عدم علمه بالقبول رغم وصوله بسبب وجوده خارج البلاد أو مقيم في المستشفى².

موقف المشرع

تناول المشرع هذه المسألة في المادة 67 مدني التي تنص: " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان، وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك... ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول " نستنتج من نص هذه المادة أن المشرع أخذ بنظرية العلم بالقبول، غير أنه افترض أن العلم بالقبول يحصل وقت وصوله، على أن هذا الافتراض هو قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس كأن يثبت الموجب أنه كان مسافر وقت وصول القبول.

وما يلاحظ أن هذا المادة عبارة عن قاعدة مكملة يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها، فيمكن لهما الاتفاق على أن العقد يتم وقت صدور القبول أو وقت تصديره..... إلخ³.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 143.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 88.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 143.

الفرع الثالث: الوعد بالتعاقد والتعاقد بالعربون

وتسمى بالمراحل التمهيديّة أو السابقة على إبرام العقد النهائي، وتتمثل في:

أولاً: الوعد بالتعاقد

قد تنتهي المفاوضات إلى إبرام العقد النهائي، كما قد تحول بعض العوامل المادية أو غيرها من تمكين المعنيين من إبرام العقد، كأن يرغب شخص في شراء البيت الذي يستأجر إلا أنه لا يملك ثمنه في الوقت، فيتفق الطرفان على التعاقد مستقبلاً ويلتزم أحدهما أو كلاهما بذلك، وليد عالج المشرع هذا الوضع في المادتين 71 و 72 مدني، وبعد استعراض مفهوم الوعد بالتعاقد وشروطه نتناول آثاره.

1/ مفهوم الوعد بالتعاقد

أ: تعريف الوعد

تنص المادة 71 مدني: "الاتفاق الذي يعد له إلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها . . " يتبين من هذا النص أن الوعد بالتعاقد هو عقد بآتم معنى الكلمة، ينعقد مثله مثل العقد النهائي تماماً، ينشأ عنه حقوقاً وواجبات على المتعاقدين، إلا أنه يتميز عن العقد النهائي من حيث محله المتمثل في التزام أحد المتعاقدين أو كليهما بإبرام عقد نهائي في المستقبل، ويمثل الوعد بالتعاقد حينئذ مرحلة سابقة على العقد.

وقد يكون الوعد بالتعاقد ملزماً لجانب واحد إذا التزم أحد المتعاقدين، ويسمى الواعد تجاه المتعاقد الآخر المتعاقد الآخر المسمى الموعد له، بإبرام العقد إذا أظهر الأخير رغبته في التعاقد خلال الفترة المتفق عليها. وقد يكون الوعد بالتعاقد ملزماً للجانبين أو التبادلي، إذا التزم كل من المتعاقدين بإبرام عقد معين في الأجل المتفق عليه¹. ففي التعاقد الملزم للجانبين لا يتمتع بحق الخيار بين قبول الوعد أو رفضه، ففي عقد الوعد بالبيع مثلاً يتعهد الواعد بالبيع والموعد له بالشراء بصفة قطعية بحلول الأجل المحدد².

ب: شروط الوعد بالتعاقد

زيادة على الشروط التي يقضيها العقد بصفة عامة لا بد من توافر شروط خاصة بالوعد بالتعاقد.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 153.

² غنيمة لحو خيار، المرجع السابق، ص 58.

- الشروط اللازمة في العقد

بما أن الوعد بالتعاقد عقد يجب أن تتوافر في عقد الوعد جميع أركان العقد المراد إبرام كالبيع مثلا، عد قبول الموعود له الشراء. الموعود له يقتصر في عقد الوعد على قبول الوعد، أما قبول العقد موضوع الوعد لمرحلة تالية الوعد، إذا تحققت وجد العقد النهائي، ولما كان الأمر كذلك ويشترط في الواعد أهلية التصرف وسلامة إرادته من العيوب وقت صدور الوعد لأنه الوقت الذي يلتزم فيه نهائيا، ولا يصدر منه تعبير آخر عن الإرادة وقت إبرام العقد النهائي.

أما الموعود له يكفي أن يكون مميزا لأنه لا يلتزم بشيء وقت على أنه يجب أن تتوافر أهلية التعاقد وقت الوعد لأن الوعد عقد كامل، أما وإرادته فيجب أن تكون سليمة من العيوب في وقت الوعد ووقت العقد النهائي منها لأنه يصدر منه رضا في كل من هذين الوقتين¹.

- الشروط الخاصة بالوعد

حسب المادة 71 مدني الوعد بالتعاقد شروط موضوعية وأخرى شكلية.

• الشروط الموضوعية

الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد: وتعرف بالمسائل الرئيسية التي تميز العقد الموعود به عن غيره من العقود الأخرى و هو ما يمكن استخلاصها من تعريف العقد المراد إبرامه، فاعتبر الشيء المبيع والتمن شروطا جوهرية لعقد البيع، وكذلك شروطا جوهرية يجب توافرها في الوعد بالمبيع المراد إبرامه وإلا كان الوعد باطلا.

الاتفاق على المدة: هذا شرط بديهي وضروري في نفس الوقت، إذ ليس هناك ما يلزم الطرفين على إبرام العقد إذا كانت مدة إبرامه غير محددة.

• الشروط الشكلية

الأصل هو الرضائية في إبرام العقود غير أنه يشترط القانون استثناء استيفاء شكل معين لإبرام العقد النهائي، يجب استفتاءه في عقد الوعد وإلا كان باطلا، فمثلا يشترط القانون الشكلية الرسمية لإبرام عقد بيع وارد على عقار 324 مكرر، كذلك يجب استفتاء الشكلية الرسمية لإبرام الوعد بالمبيع².

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 78.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 155.

2/ آثار الوعد بالتعاقد

لتحديد آثار الوعد بالتعاقد، ينبغي التمييز بين حالتين:

أ: آثار الوعد قبل إبداء الموعود له الرغبة لإبرام العقد النهائي

- يرتب الوعد التزامات شخصية تتمثل في التزام الواعد بإبرام العقد النهائي في المستقبل.
- حق الواعد في ثمار الشيء ونمائه في فترة الوعد.
- يجوز للواعد التصرف في الشيء الموعود به إلى شخص غير الموعود له باعتباره مالكا له.
- يجوز التنازل عن الحق الشخصي للغير وفقا لإجراءات حوالة الحق ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك.
- يسقط الوعد بالتعاقد برفض الموعود له للوعد أو بانقضاء مدة الوعد دون إبداء أي رغبة.
- يتحمل الواعد تبعه هلاك الشيء الموعود به بقوة قاهرة ويؤدي ذلك الى سقوط الوعد.

ب: آثار الوعد بعد ابداء الموعود له لرغبته في إبرام العقد النهائي

- إبرام العقد النهائي من تاريخ إبداء الموعود له رغبته في إبرام في إبرام العقد النهائي خلال مدة الوعد دون حاجة الى رضا جديد من الواعد.
- التزام الوعد بأن يبر بوعده فيبرم العقد النهائي.
- يتم العقد النهائي إذا حل أجل الوعد الملزم لجانبين.
- يجوز لي الموعود له رفع دعوى صحه التعاقد إذا امتنع الوعد عن إتمام إجراءات العقد النهائي والحكم الصادر في هذه الدعوى يقوم مقام العقد المادة 72 مكرر.

ثانيا: التعاقد بالعربون

تعددت التعاريف وتنوعت بين تشريعية وفقهية لكنها تصب في معنى واحد على أن العربون مبلغ نقدي أو منقول يقدمه أحد المتعاقدين إلى المتعاقد معه وقت إبرامها للعقد بغرض احتفاظ كل منهما بحق العدول عن العقد أو لتأكيد انعقاده بصفة نهائية، وذلك تبعا لما انصرفت إليه ارادتهما في العربون حينئذ المال منقول وهو طريق من الطرق التعاقد وله أكثر من دلالة¹.

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 82.

1/ العربون مال منقول

العربون مبلغ نقدي قابل للتضيق يتحدد على ضوء المعاملة التي يتعلق بها، ففي عقد البيع مثلاً لا يكون إلا مبلغ نقدي، ولذلك لا يكون العربون في هذا العقد إلا مبلغ النقدي إذا كان الدلالة تأكيد العقد، أما إذا كان الغرض من العربون هو الضمان يصح أن يكون شيء مثلي أو قيمي ولو تعلق الأمر بعقد البيع أو كان التعامل هو مقايضة بين أشياء مختلفة.

ويتم دفع العربون عموماً وقت إبرام العقد، كما يصح لدى بعض الفقه دفعه قبل أو بعد العقد إذا كان الدلالة الضمان، وفي كل الأحوال قبل ميعاد الاستحقاق¹.

2/ العربون طريقه للتعاقد

العربون هو طريقة للتعاقد وباعتباره وارد في النظرية العامة للعقد قابل للتعامل به في العقود عموماً باستثناء العقود الملزمة لجانب واحد كالوعد ملزم لجانب واحد، فلا معنى للعدول ما دام الموعد له لم يلتزم ابتداءً².

ويشبهه التعاقد بالعربون مع الوعد بالتعاقد من حيث وجود اتفاق على عناصر العقد الذي يسري في المستقبل إن رغب الطرفان في ذلك والطابع التمهيدي لهما، إلا أن التمييز بينهما يبقى قائماً من حيث اعتبار الوعد بالتعاقد أو العقد التمهيدي يقتضي وجود عقدين، وهم عقد الوعد التمهيدي من جهة، والعقد النهائي من جهة ثانية، أما التعاقد بالعربون، فهو عقد واحد ونهائي³.

3/ دلالة العربون:

يتبين من تعريف العربون دلالتين: دلالة العدول، حيث يكون لكل متعاقد الحق في نقض العقد⁴، ودلالة التأكيد، والتي تعني أن دفع العربون دليل أكيد على نية المتعاقد في تنفيذ العقد⁵.

ويرجع إلى إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية تحديد دلالة العربون¹، وللقاضي الكشف عن نيتهم من ظروف العقد، فمن خلال اتفاق الأطراف مثلاً على ضخامة مبلغ العربون، يكتشف القاضي أن دلالة العربون تأكيد العقد².

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 161.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 83.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 162.

⁴ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 82.

⁵ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 100.

فإذا لم يوجد اتفاق الأطراف على دلالة للعربون، فإن دلالة العربون في القانون الجزائري هي العدول عن العقد ما دام لم يستبعدها الأطراف وقت إبرام العقد نظرا لأن المادة 72 مدني الواردة فيها هذه الدلالة ذات طبيعة مكمل³.

4/ أحكام العربون

تحدد الأحكام التي تسري على العربون بناء على دلالة كحق للعدول أو وسيلة تأكيد.

أ: أحكام العربون باعتباره حق عدول

العدول هو حق يتمتع به كلا المتعاقدين التراجع عن العقد الذي أبرمه خلال أجل معين في مقابل ثمن معين سلفا وتحديد أجل العدول قد يكون صراحة أو ضمنا كاستخلاصه من ظروف معينة، ويبقى حق العدول قائما إلى أن يسقط بانقضاء الأجل المتفق عليه أو الشروع في تنفيذ العقد.

وفي حال تمسك المتعاقد بالحق في العدول عن العقد في الأجل المحدد، فليس للمتعاقد الآخر طلب تنفيذ العقد أو فسخه، ويقتصر حقه فقط في الاحتفاظ بالعربون إن كان هو الذي قبضه أو طلب رده ومثله إن كان هو الذي دفعه ولو لم يتضرر من نقض العقد.

وان يترتب على تمسك أحد المتعاقدين بحقه في العدول سقوط العقد، فيعتبر كأنه لم يكن وأما إذا انقضى الأجل بدون التمسك بالحق في العدول يصبح العقد باتا، ويعتبر العربون جزءا من الثمن اذا كانت الطبيعة تسمح بذلك كما إذا كان مبلغا من النقود وتعلق بعقد البيع أو الإيجار، أما اذا كان غير ذلك كأن يكون منقولا دون علاقة بيع أو إيجار فيجب رده⁴.

ب: العربون تأكيد للعقد

إذا كانت دلالة العربون هي تأكيد للعقد في العقد النهائي وبات وليس لأي من المتعاقدين العدول عنه إلا بالاتفاق على نقضه، ويكون العربون قسما معجلا من الثمن بمثابة شروع في التنفيذ في شكل وفاء جزئي يتم خصمه من الثمن الاجمالي للمبيع أو بدل الإيجار أو غيره.

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 82

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 101

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 163.

⁴ نفس المرجع، ص 165.

وعلى ضوء دلالة العيوب هذه فلا يحق للمتعاقد الذي دفعه أن يتمتع من تنفيذ العقد تاركاً العيوب، كما لا يمكن للمتعاقد الذي قبضه أن يتخلص من العقد برده ومثله، وللدائن إذا امتنع المدين عن تنفيذ العقد طلب التنفيذ العيني أو فسخ العقد مع التعويض¹.

وفي حالة زوال العقد لبطلان أو ابطال أو انحلال لفسخ أو انفساخ، يسترد من دفع العيوب مبلغ العيوب دون أن يكون مضاعفاً تطبيقاً لقاعدة زوال العقد بأثر رجعي وإعادة المتعاقدين إلى الحالة السابقة على التعاقد.

5/ طبيعة العيوب

حالة قانونية قائمة بذاتها تخضع لقواعد خاصة².

المطلب الثاني: شروط صحة التراضي

تتمثل شروط صحة التراضي في إبرام عقد من شخص له أهلية تعاقد (الفرع الأول)، وإرادته خالية من عيوب الإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أهلية التعاقد

تطلق الأهلية ويراد بها أحد المعنيين أهلية الوجوب، وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. وأهلية الأداء صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية بنفسه يترتب عليه أثارها القانونية.

فأهلية الأداء تتوافر للإنسان بعد أن توافرت له أهلية الوجوب، ولذلك ليس بالازم لكل شخص تتوافر فيه أهلية الوجوب أن تتوافر له أيضاً أهلية الأداء³.

مناطق أهلية الأداء الإدراك والتمييز، وذكر المشرع في المواد من 42 إلى 44 مدني القواعد العامة التي تحكم الأهلية وتضمنت المادة 78 المبدأ وهو أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون.

ويكون الشخص عديم الأهلية إذا انعدمت لديه الإرادة المدركة، كالصغير المميز والمجنون أو المعتوه ومثل هؤلاء تنعدم لديهم إرادته واعية يعتد بها القانون، ولذلك فحكم تصرفاتهم باطل ولو كانت نافعة لهم.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 166.

² نفس المرجع، ص 168.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 105.

وأما ناقصي الأهلية كالشخص ذو الغفلة أو السفه أو الصبي المميز فأهليتهم ناقصة فقط، لأن العقل غير معدوم لديهم، ولكن ضعيف بسبب مرض أو أنه غير مكتمل بالقدر الكافي الذي يجعله مدركا تماما لما يقوم به من تصرفات¹.

إلى جانب هذه العوارض للأهلية هناك ظروف قانونية أو مادية أو جسمانية تمنع الشخص من مباشرة التصرفات القانونية، ورغم تمتعه بكامل القوى العقلية وسلامة تدبيره، فالمادة السادسة من قانون العقوبات تقضي بالحجر القانوني على المحكوم عليه جنائيا، ومعنى ذلك حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية عليه من مباشرة حقوقه المالية، وتكون إدارة أمواله هي طبقا للأوضاع المقررة في حالة الحجر القضائي.

وموانع الأهلية بسبب ظرف مادي هي حالة المفقود والغائب اللتان تناولهما المشرع في المادتين 109 و 110 أسرة.

وأما موانع الأهلية بسبب ظرف جسماني، تتعلق بذوي العاهتين المادة 80 مدني، حيث يصبح الشخص غير قادر على إصدار إرادة قانونية إذا اجتمعت لديه عاهة رغم أنه راشد ويتمتع بكامل قواه العقلية.

أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية، فهي كيان معنوي ليس لها عندئذ تمييز ولا إرادة، ومن ثم فالمادة 50 مدني يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا مكان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك بالحدود التي يقرها القانون يكون له خصوصا نائبا يعبر عن إرادته، وعليه فإن الشخص الاعتباري يباشر التصرفات القانونية بواسطة نائبه ويقوم هذا الأخير مقام الشخص الاعتباري، فيبرم العقود باسم الحساب الشخصي الاعتباري، ويعين النائب على العموم بموجب بند من بنود القانون الأساسي الذي ينشئ بموجبه الشخص الاعتباري².

عموما، أهلية الأداء غير لازمة إلا في خصوص الأعمال والتصرفات القانونية التي تتطلب التعبير عن إرادة يعتد بها القانون، ولذلك لا تظهر في الأعمال المادية التي تترتب آثارها دون الاعتداد بإرادة الشخص.

وأحكام الأهلية التي قررها المشرع تعد متعلقة بالنظام العام، فليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها³.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 100.

² نفس المرجع، ص ص 101، 102.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 105.

أحكام الأهلية إن كان الغرض منها حماية مصالح خاصة للأفراد، إلا أنها تمس الأفراد في مجموعهم، ولذا تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام، وعلى هذا لا يجوز التعديل فيها أو لاتفاق على مخالفتها أما ادعاء الشخص أهلية ليست له فلا أثر له إلا في حالة الغش أي باستعمال طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته كتقديم شهادات ميلاد مزورة تدل على بلوغه سن الرشد إذ يكون للمتعاقد الآخر الرجوع عليه بالتعويض¹.

أما حكم تصرفات السفهية وذي الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر، فالأصل أن تكون صحيحة إلا كانت نتيجة الاستغلال أو التواطؤ².

الفرع الثاني: سلامة الإرادة من العيوب

أي أن إرادة المتعاقد لا يشوبها عيب من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط، التدليس، الإكراه، والاستغلال.

أولاً: الغلط الجوهرية

الغلط هو وهم يقوم في ذهن الشخص يجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها، فهو تصور خاطئ الأمور والأشياء، حيث يتبين للشخص أن الشيء للشيء مواصفات معينة إلا أن الحقيقة غير ذلك.

والغلط أنواع متفاوتة منها ما يؤثر على سلامة الرضا، ومنها ما هو دون ذلك، ويميز الفقه بالنسبة للغلط الذي يتأثر به رضا المتعاقد بين الغرض المانع و الغلط المعيب للرضا.

فالغلط المانع كما يدل عليه اسمه يحول دون تحقيق تطابق الإيجاب والقبول فيمنع قيام العقد، وقد يقع هذا الغرض في ماهية أو طبيعة العقد كأن يعطي المتعاقد نقوداً على سبيل القرض في حين يعتقد المتعاقد الثاني أنها هبة³.

وقد يتعلق بمحل العقد كأن يبيع الشخص سيارة معينة، بينما يعتقد المشتري أنه اشترى سيارة أخرى، وقد يتصل هذا النوع من الغلط بسبب العقد كالوارث الذي يتفق مع الموصى له على قسمة شائعة بينهما ثم يتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة.

ويترتب على هذه الصور الثلاثة التي تمثل الغلط المانع بطلان العقد، فهو منعدم الوجود إذا لم يتحقق تطابق الإيجاب والقبول.

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 46.

² نفس المرجع، ص 49.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 174.

كما يخرج عن نطاق الغلط الذي يعيب الارادة الغلط المادي الذي لم يكن له دور في تكوين الارادة، بل طرأ بعد تكوينها، ومثاله الغلط في الحساب وغلطات القلم ويجب تصحيح الغلط م 84 مدني.

وأما الغلط المعيب، فهو أقل درجة من الغلط المانع، حيث يكون القبول مطابقا للإيجاب إلا أن رضا المتعاقد غير صحيح، لأن المتعاقد لم يكن على بينة من أمره وأنه له لولا الاعتقال الخاطئ الذي وقع فيه لما أبرم العقد ويترتب على هذا النوع من الغلط البطلان النسبي أي يكون العقد باطلا قابلا للأبطال.

لم يعتد المشرع بهذا التقسيم الفقهي واكتفى في المواد من 81 الى 85 مدني بمعالجة الغلط الجوهرى المعيب للرضا فقط، وبعد تحديد مفهوم الغلط الجوهرى، نبحث في شروط التمسك به.

اكتفى المشرع بذكر مواصفات الغلط من جهة، وتخصيص بالذكر لبعض صوره من جهة أخرى.

1- مواصفات الغلط الجوهرى

يستخلص من ما ورد في الأحكام القانونية أن الغرض الجوهرى غلط جسيم من جهة، ومؤثر من جهة أخرى.

أ: الغلط الجوهرى غلط جسيم

يظهر من أحكام المادة 82 المدنى التي تنص يكون الغرض جوهرى إذا بلغ حدا من الجسامه، بحيث يمتنى معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط أن المشرع أخذ بمعيار ذاتي، فالعبرة في تقدير جسامه الغلط هي بنفسية المتعاقد والنتائج المترتبة على هذا الاعتقاد الخاطئ ولعل الاعتداد بالتقدير المجرد يكون أفضل لا من حيث تفادي الصعوبات التي قد تواجه القاضي في البحث في نفسية المتعاقد، فحسب بل لوضع حد الأنانية الشخصية فقد تتعسف الضحية في استعمال حقها¹.

ب: الغلط الجوهرى غلط مؤثر

لقد أشار المشرع بوضوح إلى هذا الشرط في الفقرة الثالثة من نفس المادة إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو الصفة السبب الرئيسى في التعاقد، ومعنى ذلك أن يكون الغلط هو الدافع إلى إبرام العقد، وأنه كان وراء تصميم وعزم المتعاقد على إبرام العقد، فالعبرة بسلامة الرضا، وبالتالي يجب أن يكون الغلط الجوهرى هو السبب الرئيسى الوحيد الذي دفع المتعاقد على إبرام العقد².

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 176.

² نفس المرجع، ص 177.

2/ صور الغلط الجوهري

تتمثل في:

أ: الغلط في صفة الشيء

هناك معيارين لتحديد صفة الشيء أحدهما شخصي أو ذاتي والآخر موضوعي أو مادي، إن الصفة الجوهرية للشيء في ضوء المعيار الشخصي هي تلك التي يعتقدتها الشخص بناء على رغباته ونفسيته التي حملته على إبرام العقد، وهذه الصفة الجوهرية قد تتعلق بمادة الشيء كأن يقدم شخص على شراء طاولة باعتبار أنها من خشب أو أنها من حديد، وقد لا يهتم بتاتا بمادة الشيء كأن يشتري الشخص نفس الطاولة، ولكن باعتبارها صالحة لغرض معين أو لأنها تنسب لشخصية معروفة أو إلى حضارة معينة أو لقيمتها التاريخية.

وأما المقصود بالصفة الجوهرية في ضوء المعيار الموضوعي، فهي تلك التي تتعلق بذات الشيء بغض النظر عن الاختيارات والدوافع الشخصية التي دفعت المتعاقد على إبرام العقد، وحدد المشرع في المادة 82 الفقرة الثانية مدني الصفة الجوهرية للشيء وفقا للمعيار الشخصي، والمعيار الموضوعي.

- المعيار الشخصي

تحدد بمقتضى أحكام المادة 82 مدني سالف الذكر الصفة الجوهرية بالمعيار الشخصي عن طريق النظرة المشتركة للمتعاقدين، وذلك بالرجوع الى إرادة ورغبة المتعاقدين معا دون ارادة أو نفسية المتعاقد الذي وقع في الغلط فقط، وتختلف هذه العوامل والاعتبارات الشخصية باختلاف أطراف العقد، فتترتب عليها تقديرات مختلفة للصفة الجوهرية للشيء ما هو جوهري بالنسبة للمتعاقدين قد يكون ثانويا بالنسبة لغيرهما، فإذا طلب المشتري مثلاً قماشاً للتفصيل، فإن الصفة الجوهرية للشيء بالنسبة للمتعاقدين هي صلاحية القماش لهذا الغرض الذي تم الإفصاح عنه، ويضمن تحديد الصفة الجوهرية بالنظرة مشترك للمتعاقدين استقرار المعاملات، ويمنع التعسف من طرف المتعاقد الذي وقع فيه الغلط¹.

وإذا استحال الوصول أو التعرف على النظرة المشتركة للمتعاقدين لتحديد الصفة الجوهرية للشيء، يلجأ القاضي إلى تطبيق المعيار الموضوعي باعتباره حل احتياطي لتقدير الصفة الجوهرية في ظل العوامل الموضوعية الخالية من كل اعتبار شخصي.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 178، 179.

- المعيار الموضوعي:

يتمثل في شروط العقد وحسن النية، وهي الظروف المحيطة به التي تم في ظلها إبرامه كما من شأنها أن تدلنا على ارادة المتعاقدين، فإذا تقدم شخص لبائع الآثار، فهذا يدل أنه يريد شراء شيء أثري، كما يدل أن الأشياء المعروضة في محل بيع الآثار هي أشياء أثرية، ونستخلص الصفة الجوهرية لشيء ما من الظروف التي تم فيها عقد البيع، وكذلك الوضع لو اشترى شخص لوحة من معرض فنان، فإننا نستخلص من الظروف التي تمت فيها العملية أن الصفة الجوهرية للوحة ينسبها إلى ذلك الفنان وليس الصورة في حد ذاتها، فالظروف التي يتم فيها العقد هي التي تحدد أو تدلنا على ما يجب اعتباره صفة جوهرية معتمدين في ذلك على النية الحسنة للمتعاقدين أي خلو سلوكهما من الغش والخداع أو التدليس، فعندما يتقدم الشخص إلى بائع الآثار، فإن حسن النية يقتضي أنه كان يريد شيئاً أثرياً¹.

ب: الغلط في ذات أو صفات المتعاقد

يكون الغلط جوهرياً بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 82 مدني اذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد يشترط في الغلط الجوهري إذا وقع في ذات المتعاقد أن يكون هو الدافع للتعاقد ولا يتحقق هذا الشرط إلا بالنسبة للعقود التي يكون فيها المتعاقد شخص محل اعتبار في العقد، كما هو الحال بالنسبة للوكيل في عقد الوكالة والموهاب له في عقد الهبة والعامل في عقد العمل والشريك في شركة الأشخاص، وكذلك لاعب كرة القدم المحترف، والغلط في الشخص يعرض العقد للإبطال، فالعبرة ليست بمحل العقد فقط، بل بشخص المتعاقد، لأنه لولا شخص معين بالذات لما قام الواهب الهبة والوكيل بالوكالة².

ج: الغلط في الباعث

يعد الغلط في الباعث جوهرياً اذا كان هو الدافع الى التعاقد ومثاله أن يبيع الشخص شيئاً يملكه وهو مريض معتقداً أنه في مرض الموت ثم يشفى من المرض، فيستطيع أن يطعم في البيع على أساس الغلط³.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 180.

² نفس المرجع، ص ص 180، 181.

³ رمضان أبو سعود، المرجع السابق، ص 116.

الغلط في القانون

إن الغلط في القانون مثله مثل الغلط في الواقع ينشأ عنه الحق في إبطال العقد، كقاعدة عامة إذا استوفى شروط الغلط الجوهري، ومثاله أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي معتقدا أنه ملزم بالوفاء بهذا الدين، فهذا غلط في الصفة الجوهرية في الشيء مصدره الجهل بالقانون¹.

ولا يعد أعمال غلط في القانون منافيا لقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، فالقاعدة القانونية تنطبق في حق المتعاقدين سواء علم بها أو لم يعلم، ولكن إذا أقدم شخص على أن على إبرام عقد معين وهو يتجاهل القواعد القانون بشأن أمر من أمور التعاقد، فلا يمكن اعتبار رضاه سليما، ولا يمكن الاحتجاج بأن الشخص لا يعذر بجهله بأحكام القانون، فالمتعاقدا لا يطالب باستبعاد حكم القانون عند مطالبته بإبطال العقد للغلط في القانون، وإنما يطالب بتطبيق حكم القانون عليه، حيث يطالب بإبطال التعهد لأن رضاه لم يكن سليما بسبب جهله لحكم القانون².

إن الهدف من وراء التمسك بالغلط في القانون هو الوصول إلى ابطال العقد الذي أعملت فيه الأحكام المخالفة للقانون، وتطبيق الأحكام القانونية الصحيحة عليه³.

استثناء لا يعتد بالغلط في القانون في الحالتين الآتيتين:

- إذا يتعلق الأمر بنقطة قانونية تكون محل اختلاف في مفهومها.
- إذا كان القانون يمنع ذلك كما هو الحال بالنسبة للمادة 465 مدني التي تنص لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون⁴.

3/ شروط الغلط الجوهري

للتمسك بالغلط ينبغي التمسك بالشروط التالية:

أ: أن يتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر

يقضي مبدأ سلطان الارادة أن المتعاقد الذي أبرم العقد تحت تأثير الغلط الفردي وجب حمايته عن طريق الحق في ابطال العقد حتى لو لم يقع المتعاقد الآخر في الغلط.

¹ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 1031.

² رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 116.

³ نظرية عيوب الارادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين دار هومة ط، 2006، ص 32.

⁴ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 182.

بينما يرى بعض الفقهاء أنه لا بد للمطالبة بإبطال العقد من اشتراك المتعاقدين في الغلط حفاظا على استقرار المعاملات والحد من التعسف في استعمال الحق في ابطال عقد من طرف المتعاقد الذي وقع في الغلط، كما تقتضي العدالة أن يكون الغلط المبطل للعقد مشتركا بين المتعاقدين وإلا كيف نبرر حماية المتعاقد الذي وقع في الغلط على حساب المتعاقد الثاني الذي لا يد له فيما وقع واطمأن للعقد، وربما يكون قد تحمل بعض الالتزامات نحو الغير تنفيذا لهذا العقد.

وظهر إلى جانب هذين الرأيين رأي ثالث أخذ به المشرع يحاول من خلال التوفيق بين ضمان استقرار المعاملات الذي هو من الانشغالات الرئيسية بالنسبة للرأي الأول وحماية المتعاقد الذي وقع في غلط، وهي الفكرة الرئيسية التي تبلغها الرأي الثاني¹.

مفاده أنه يكفي الغلط الفردي اذا كان: المتعاقد الثاني يعلم به وعلى ذلك يكون من حق المشتري طلب ابطال البيع الخاص بالتحفة الأثرية إذا كان المتعاقد الآخر التاجر يعلم بأنها ليست كذلك، ومع هذا لم ينه المشتري إلى ذلك وتركه يبرم العقد، فهو سيء النية، ولا يجوز له أن يشكو بعد ذلك من ابطال العقد²، فيكون العلم به والسكوت عنه موازيا لصدوره منه، كما أن من كتم الغلط لن يفاجأ بطلب بطلان العقد عند اطلاع المتعاقد معه على حقيقة الأمر³.

-إذا كان من السهل على المتعاقد الآخر أن يتبين الغلط الذي وقع فيه المتعاقد الأول، فالبائع الذي يتعامل مع أحد هواة شراء التحف الأثرية وهو يعلم ذلك يكون مقصرا اذا لم يتبين حقيقة هذه الصفة وأن عميله انما يريد تحفة أثرية لا تحفة عادية، وأن هذه الصفة جوهرية في نظره.

ب: أن يكون المتعاقد حسن النية

يخضع الحق في طلب ابطال العقد لمبدأ عام يقضي بعدم جواز التعسف استعمال الحق ويعد المتعاقد متعسفا واستعمال الحق ابطال إذا عرض المتعاقد الآخر عليه تصحيح هذا الغلط، فيعتبر تمسكه بالإبطال رغم ذلك متعارضا مع

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 187.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 118.

³ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 349.

حسن النية¹ فإذا اشترى شخص أرضاً، وهو يعتقد أن لها منفذاً إلى الطريق العام ثم اتضح أنها محصورة، فيعرض عليه البائع النفقات التي يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام، وعلى ذلك يتمسك بالإبطال البيع 85 ق م²

ثانياً: التدليس

ويسمى أيضاً بالغلط المستثار هو استعمال الحيلة والخداع بقصد إيهام الشخص بغير الحقيقة وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد

يمكن التمييز بين التدليس والغلط من حيث أن الغلط تلقائي والتدليس مستثار، كما أن التدليس سهل الإثبات من الغلط باعتباره تم عن طريق طرق احتيالية أو وسائل مادية لتوقيع التعاقد في الغلط، ومن السهل إثباته أما الغلط، فمن الصعب إثباته بالنظر إلى أنه أمر نفسي، وكذلك فالجزاء المقرر على توافر التدليس هو إبطال العقد مع التعويض لأن التدليس عمل غير مشروع، بينما أثر الغلط بإبطال العقد أو تصحيحه مادة 85 ق م³.

يضاف إلى ذلك أنه يشترط في الخداع حصول ضرر تجاه ضحية الخداع، كما يحق للضحية الإبقاء على العقد مع المطالبة بالتعويض عن الضرر، بينما في العقد الحاصل نتيجة للغلط، فإن مجرد التعاقد الحاصل نتيجة للغلط يشكل ضرراً بمحد ذاته لأنه جاء مخالفة لإرادة المتعاقد ومفسداً لها⁴.

1/ عناصر التدليس

من خلال تعريف التدليس يتبين أنه يتكون من عنصرين عنصر موضوعي: يتمثل في استعمال طرق احتيالية وعنصر نفسي هو: أن تكون هذه الوسائل والطرق هي التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد.

أ: العنصر الموضوعي استعمال الطرق الاحتيالية

لابد لتوافر التدليس من التجاء الشخص إلى الاحتيال والتزليل، ويتحلل هذا الاحتيال إلى شقين شق مادي وهو الطرق المادية التي لجأ إليها المدلس لإيقاع المتعاقد في الغلط، وشق معنوي هو أن يتواصل لدى المدلس نية التضليل بقصد إيقاع المتعاقد في الغلط.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 119.

² مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 375.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 121.

⁴ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 398.

• الشق المادي:

استعمال الطرق الاحتيالية والكذب المعادل لها يفترض عادة سلوكا ايجابيا، أي قيام المخادع بأعمال أو أقوال تفضي الى ايجاد الغلط في ذهن المخدوع، فيقدم على التعاقد نتيجة لهذا الخداع¹ أما مجرد السكوت أو كتمان بيانات جوهرية لو علمها المتعاقد الآخر لما أبرم العقد هو سلوك سلي.

- الحيل:

هي شتى الأعمال والأفعال والطرق المختلفة التي يستعين بها المدلس لإخفاء الحقيقة عن المدلس عليه وإيقاعه في غلط يحمل على إبرام العقد² منها مثلا استماع المدلس لمستندات أو محررات مزورة أو انتحال شخصية أو صفة رجل آخر أو الظهور بمظهر اليسار أو تقديم كشف حساب مزورة من البنوك³.

- الكذب:

قد يلجأ المتعاقد إلى التدليس عن طريق الكذب لإخفاء الحقيقة إذا تجاوز الكذب الحد المألوف، كما إذا انصب الكذب على بيانات محددة علق عليها المتعاقد أهمية، فإن ذلك يعتبر تدليس كإعطاء البائع بيانات كاذبة عن بلد الصنع أو درجة الجودة أو عن طريقه الاستعمال أو قيام المتعاقد بإعطاء معلومات غير صحيحة بيع أو بيانات كاذبة عن الوظائف السابقة التي شغلها، أما إذا انصب الكذب على بيانات محددة، أما مجرد مدح البضاعة المباعة بما لا يخرج عن حدود المألوف فلا يعتبر تدليس⁴، ويتولى القاضي تقدير خطورة الكذب، فيراعي في تقديره هذه الظروف التي تم فيها العقد وصفه المتعاقد الذي صدر منه الكذب المتعاقد معه، والعلاقات المختلفة الموجودة بينهما عائليه صداقه زمالة مهنية⁵.

- الكتمان

ويقصد به سكوت المتعاقد عمدا عن واقعة أو ملابسة مؤثرة على علم بها ما دام المتعاقد الآخر ليس له معرفة حقيقة الواقعة من طريق آخر⁶ بموجب واجب الإفشاء بها نزولا على حكم القانون، فالمؤمن له في عقد التأمين يجب عليه أن يقدم للمؤمن جميع البيانات اللازمة لتقدير الخطر المؤمن منه، وقد تفرض هذا الواجب الظروف والملابسات المحيطة

¹ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 384.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 192.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 122.

⁴ نفس المرجع، ص 122.

⁵ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 194.

⁶ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 102.

بالعقد التي توجب على المتعاقد الكشف عن أمر يدرك أن له خطره لدى المتعاقد الآخر، كالكتمان التدليسي لبائع المنزل الذي قد يشرع في نزع ملكيته للمنفعة العامة¹.

ويرى الأستاذ السنهاوري أن مواصفات الكتمان هي:

- علم المدلس بالحقيقة وتعمد السكوت عليها.
- ارتباط السكوت الواقعة ملابسة مؤثرة، لو علم بها المدلس عليه لما أبرم العقد.
- جهل المدلس عليه بالواقعة أو الملابسة وعدم قدرته العلم بها إلا عن طريق الافضاء من طرف المتعاقد المدلس².

● الشق المعنوي:

الشق المعنوي في استعمال الطرق الاحتمالية، فهو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع، فإذا لم تتوفر هذه النية لم يكن هناك تدليس، فالتاجر الذي يمدح بضاعته في إطار المألوف في التعامل لا يعد مدلساً، لأنه لم يقصد تضليل الطرف الآخر، وإنما تحسين بضاعته في نظر مشتريها.

ب: العنصر النفسي أن يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد: تحقق نية التضليل

يشترط لإبطال العقد للتدليس أن تكون الحيل التي يلجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائبه من الجسامة، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، فإذا لم تبلغ من الجسامة إلى حد تضليل المتعاقد أو بلغت الحيل إلى درجة من الجسامة، ولكن كانت الطرف المدلس عليه يرتضي العقد وبنفس الشروط حتى ولو لم يكن ضحية لهذا التدليس فلا أثر لها على صحته العقد، حيث أن جسامة الحيل معيار شخصي أو ذاتي، ويتولى قاضي الموضوع تقدير مدى جسامة الطرق الاحتمالية على المتعاقد، ويسترشد في ذلك بما جرى عليه التعامل، كما يسترشد بحالة المتعاقد الشخصية وبخاصة سنه وجنسه وخبرته وذكائه ودرجه تعلمه³.

ومعيار التقدير ذاتي لا مادي، بمعنى أن القاضي لا ينظر إلى الحيل من حيث هي، بل ينظر إلى تأثيرها في المتعاقد ذاته، مسترشداً في ذلك بما جرى عليه الناس في تعاملهم وبحالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب.

¹ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 51.

² غنيمه لولو خبار، المرجع السابق، ص 64.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 123، 124.

عبء الإثبات، ولأن التدليس هو الدافع إلى التعاقد، فمسألة تقع على عاتق من يدعيه، وهذا طبقاً للقواعد العامة في الإثبات التي تقضي بأن البينة على من ادعى¹.

2/ مصدر التدليس

الأصل أن تصدر الطرق الاحتيالية من أحد المتعاقدين على أنه ليس هناك ما يمنع من صدورهما من أجنبي، وفي كلا الحالتين يؤدي التدليس إلى تعيب الإرادة غاية الأمر أنه إذا كان التدليس صادراً من غير المتعاقدين، فإنه يلزم لكي يعطي للعقد الحق في طلب الإبطال أن يكون الطرف الآخر عالماً بهذا التدليس أو من المفروض عليه حتماً أن يعلم به².

3/ الأثر المترتب على التدليس

للمتعاقدين ضحية التدليس الحق بين ثلاث خيارات:

*إبطال العقد

*طلب التعويض دون الأبطال

*الجمع بين طلب الإبطال والتعويض متى ثبت أن الضرر لا يمكن رفعه بمجرد إبطال العقد.

وحين يكون التدليس صادراً من النائب، ترفع دعوى الإبطال على الأصيل لأنه طرف في العقد، وترفع دعوى التعويض على النائب لأنه المدلس. ويسري هذا الحكم في حالة ما إذا كان التدليس حاصلًا من الغير الذي لم يكن نائباً³.

ثالثاً: الإكراه

الإكراه هو ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص، فيولد لديه رهبة أو خوف يحمله على التعاقد.

1/ شروط الإكراه

تتمثل في:

أ: استعمال وسيلة للإكراه للوصول إلى غرض غير مشروع

للإكراه عنصران: عنصر مادي وعنصر نفسي أو معنوي.

¹ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 53.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 125.

³ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 1053.

- العنصر المادي

يقصد بهذا العنصر استعمال وسيلة الإكراه الحسي أو النفسي أو النفوذ الأدبي على المتعاقد ضحية الإكراه.

• الإكراه الحسي والإكراه النفسي

يكون الإكراه حسيا اذا انصب على جسم المكره بالضرب والجرح والتعذيب بصفة عامة.

ويكون نفسيا اذا اتخذ شكل التهديد بالحق الأذى بالمكره أو غيره بالنفس بالقتل مثلا أو بالجسم بالضرب أو التعذيب أو بالمال بالإتلاف أو الحرق...أو بالسمعة بالتشهير¹. وهذا النوع الأخير هو الأكثر شيوعا في الوقت الحاضر.

يمكن أن يستهدف التهديد أحد أقارب المتعاقد مع المكره ولكن ما المقصود بالقرب ؟

القربة تعني الانتماء إلى أسرة واحدة، سواء قرابة مباشرة أو قرابة الحواشي، أو قرابة المصاهرة دون اشخاص آخرين كالأصدقاء، يرى البعض أن يكون الشخص المهتد من نفس الأسرة دون أشخاص آخرين.

ويلاحظ أن مصطلح " القريب " في نص المادة 88 مدني يقابله مصطلح " proche " في نفس النص المحرر باللغة الفرنسية. هذا ما يؤدي بنا إلى القول أنه بمقتضى المنطق وأحكام العدالة، يثبت الإكراه كلما تعاقد شخص على أساس التهديد المستهدف شخص قريب له، بالمعنى الواسع لهذه الكلمة أي شخص من أسرته أو من أصدقائه².

ولا يصح لهذا الأخير التذرع بإكراه مارسه على شخص آخر في عقد مستقل عن عقده طلبا لإبطاله، وذلك بالنظر إلى نسبية العقود واقتصار مفعولها على أطرافها على ما سبق بيانه³.

ويشترط في الإكراه أن يولد خطرا جسيما يبعث الرهبة والخوف، يعتمد القاضي في تقدير جسامته على حالة من وقع ضحية الإكراه⁴.

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 108.

² غنيمه لولو خبار، المرجع السابق، ص 68.

³ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 410.

⁴ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 128.

كما يشترط في الاكراه أن يكون محققاً أي وشيك الوقوع ليس في استطاعة المكره توقيه، وإلا فلن يقبل منه الادعاء بفساد الرضا¹.

• الشوكة والنفوذ الأدبي

الأصل أن مجرد الشوكة والنفوذ الأدبي الذي يمارسه شخص على آخر والنفوذ الذي للأب على ولده أو رجل الدين على أتباعه أو للرئيس على مرؤوسيه غير كاف كوسيلة الإكراه إلا إذا بلغ الحد الذي بعث الرهبة في نفس المتعاقد تدفعه إلى إبرام العقد، كما يجب أن يستخدم صاحب النفوذ هذه الرهبة المتولدة عن نفوذه للتوصل إلى غرض غير مشروع.

- العنصر المعنوي

لا يعتبر الإكراه عيباً في الرضا إلا إذا كان غير مشروع لا يستند على حق سواء تعلق الأمر بوسائل الإكراه أو الغرض منه، فيتحقق الإكراه إذا كانت الوسائل غير مشروعة أي لا تستند على حق ولو كان الغرض مشروعاً، فتهديد الدائن مدينه بالقتل إذا لم يقرر له رهناً يضمن سداده الدين يجعل هذا الرهن قابلاً للإبطال رغم مشروعية الغرض.

وكذلك يكون الإكراه غير مشروع متى كان الغرض غير مشروع لا يستند على حق ولو كانت الوسيلة مشروعة، كما لو هدد دائن مدينه بشهر افلاسه إذا لم يعطيه زيادة على حقه، وبالأولى إذا كانت وسيلة الإكراه غير مشروعة وهو الغالب، كمن يهدد آخر بالتشهير به إذا لم يدفع له مبلغاً من المال².

أما إذا كانت الوسائل المشروعة والغرض مشروعاً ولم ينحرف المكره بالحق المقرر له وعن هدفه الصحيح كان الاكراه مستنداً الى حق، وبالتالي مشروعاً، ومثاله المدين الذي يكتب سنداً بالدين أو يقبل أن يبيع بعض أمواله أو يرهن أحد عقاراته تفادياً للدعوى التي يرفعها عليه دائنه والأب الذي يكفل دين ولده تفادياً للحجز على مال هذا الولد³.

ب: أن يتولد عن الاكراه رهبة في نفس المتعاقد تحمله على التعاقد

لا يكفي أن يلجأ الشخص إلى وسائل غير مشروعة حتى يتحقق الإكراه، بل لا بد أن يتولد عن هذه الوسائل رهبة في نفس المتعاقد تدفعه إلى التعاقد، أما إذا كان سبب العقد ولو وقع عليه الإكراه كأن تكون له مصلحة فيه، فلا يحق له إبطال العقد.

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 110.

² نفس المرجع، ص 112.

³ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 1059، 1060.

وتقدير الرهبة يكون بناء على معيار ذاتي بالنظر إلى مختلف ظروف المتعاقد ضحية الإكراه والظرف الخاص بالجنس والسن والحالة الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر يؤثر في جسامته الإكراه

ج: أن يصدر الإكراه من المتعاقد الآخر أو علمه به أو إمكان علمه به.

الأصل أن يصدر الإكراه عن أحد المتعاقدين، أما إذا صدر من الغير، وجب أن يكون المتعاقد الآخر على علم به أو كان في إمكانه العلم به، وذلك حتى يمكن تصور استغلال هذا المتعاقد لهذا الظرف لحمل المتعاقد معه على التعاقد¹.

غالباً ما يحدث الإكراه بناء على طلب من المتعاقد الآخر أو متواطئاً معه أو تحريضاً منه في كل الأحوال يجب أن يكون هذا المتعاقد على علم بهذا الإكراه فاستفاد منه في إبرام العقد².

أما إذا كان الإكراه صادراً من الغير، وكان المتعاقد الآخر حسن النية لا يعلم به ولم يكن في إمكانه العلم به، فليس له إلا الرجوع على الغير بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية³، ومن ذلك مثلاً ربان السفينة الذي يستغل حادثة تعرض باخرة أخرى للغرق ليحصل على تعهد من قبطانها بدفع مبلغ كبير من المال لانقاذها يكون قد مارس عليه إكراهاً عليه مبطلاً للتعهد⁴.

رابعاً: الاستغلال⁵

الاستغلال هو أن يقدم المتعاقد على استغلال ما في المتعاقد الآخر من طيش بئ أو هوى جامح لدفعه إلى إبرام تصرف ينطوي على غبن فادح لهذا المتعاقد، وذلك بالحصول على مزايا دون مقابل أو على مزايا لا تتناسب إطلاقاً مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر⁶.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 134.

² مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 410.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 134.

⁴ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 411.

⁵ ترى الأستاذة لولو خبار غنيمه أن التسمية الملائمة هي الغبن الناتج عن الاستغلال طبقاً لنص المادة 90 مدني التي تشترط توافر بالترتيب الغبن والاستغلال ص 75.

⁶ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 135.

1/ الاستغلال والغبن

الأصل أن الغبن لا يكفي بذاته للطعن في العقد بالإبطال، ذلك أن السماح به يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات والاخلال بالحد الأدنى للعدل الذي يجب أن يسود التعامل، ولأن الغبن عيب في العقد ذاته، فهو لا يرتب عليه أثراً إلا في العقود التي خصها المشرع بذلك بالشروط المقررة في شأن كل منها وقد نص المادة 91 مدني على أنه: " يجب أن يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود ".

وعلى عكس الغبن، فإن الاستغلال عيب من عيوب الإرادة، لذا فقد أمكن وضع قاعدة عامة بشأنه في جميع التصرفات كما هو الأمر بالنسبة إلى سائر عيوب الإرادة الأخرى.

- الغبن عيب في العقد وليس عيباً في إرادة المتعاقد، فهو يتحقق بمجرد التفاوت المادي بقطع النظر عما إذا كانت إرادة المغبون معيبة بأحد عيوب الإرادة، أما في الاستغلال، فإن عدم التعادل بين الالتزامات لا ينظر إليه في ذاته، بل باعتباره عيباً في الإرادة، لأنه زيادة على عدم التعادل هذا لا بد أن يستغل أحد الطرفين حالة ضعف يوجد فيها الطرف الآخر، بحيث تفسد إرادته، فيندفع إلى التعاقد تحت تأثير هذا الاستغلال¹.

2/ شروط الاستغلال

من خلال التعريف السابق يتضح أن للاستغلال عنصريين هما:

أ: عنصر المادي

هو التفاوت بين ما يحصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد وبين ما يتحمله من التزامات²، عبر عليه المشرع بالتفاوت كثير النسبة، معياره مادي غير محدد برقم ثابت، يختلف بحسب ظروف كل حالة يقدره القاضي بالنظر إلى ظروف المتعاقدين وملازمات العقد. ويقع على الطرف الذي وقع ضحية استغلال عبء إثبات هذا التفاوت³.

وعدم التفاوت يتحقق عادة في المعاوضة والعقود المحددة، فليس هناك ما يمنع من تحقق الاستغلال في عقود التبرعات ولو بشكل صعب. في هذا الصدد يرى البعض أن المشرع استهدف عقود التبرع واستخلص ذلك من باب المخالفة من م 2/90 مدني التي جاء فيها: " ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن ".

¹ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 93.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 117.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 138.

فحسب أنصار هذا الرأي: يتمثل العنصر المادي في عقد التبرع في التفاوت بين التزامات المتبرع والغاية الأدبية التي يرغب في تحقيقها. ولكن على ضوء هذا التفكير يطرح التساؤل الآتي: كيف يمكن للقاضي أن يقدر هذا التفاوت، على أي أساس وما هو المعيار الذي يعتمد عليه؟.

اختلف الفقه حول هذه المسألة، فحسب الرأي الأول، عقود التبرع هي عقود مشوبة أصلاً بغبن.

أما الرأي الثاني يرى أنه يتحقق العنصر المادي إذا كان هناك تفاوت بين التزامات المدين والغاية التي يسعى إلى تحقيقها، يتمثل في المقدار غير المألوف للمال المتبرع به من جهة، و ثروة المتبرع من جهة أخرى¹. ومثال ذلك أن يهب شخص كل أمواله لزوجته الشابة وأولادها، فيدل ذلك أن هذا التبرع نتيجة لاستغلال الزوجة لضعف زوجها أو لهواها الجامح نحوها².

كما ليس هناك ما يمنع من تحقق الاستغلال في العقود الاحتمالية إذا كان احتمال الخسارة في جانب أحد المتعاقدين يفوق كثيراً احتمال الربح المتعاقد الآخر³، كما إذا باع شخص كبير في السن عقار مقابل إيراد مرتب لمدى حياته غير متناسب مع غلة المبيع⁴.

إن العبرة في تقدير عدم التناسب الفادح بين الأخذ والعطاء الذي يقيم الاستغلال هي بالرجوع إلى وقت إبرام التصرف ولا عبرة بما يطرأ من تغير على قيمة الأداءات بعد ذلك وإن كان التغير في قيمة الأداءات بعد إبرام التصرف قد يثير تطبيق نظرية الظروف الطارئة⁵.

ب: العنصر النفسي

يتحقق هذا العنصر باستغلال أحد المتعاقدين ما في المتعاقد الآخر من ضعف نفسي يدفعه إلى إبرام عقد برغم ما به اختلال في الالتزامات.

إذن، يفترض أولاً وجود الضعف النفسي في أحد المتعاقدين الذي حصره المشرع في الطيش البين والهوى الجامح

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 222.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 139.

³ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 119.

⁴ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 139.

⁵ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 102.

يمكن القول أن الطيش البين هو الخفة الزائدة التي تؤدي إلى التسرع وسوء التقدير، وعدم الاكتراث بالعواقب والوقوف عند النزوة العاجلة والعابرة، ويكفي أن يكون هذا الطيش البين بصدد حالة معينة، فلا يلزم أن يكون الطيش البين هو السلوك العادي للفرد متى ظهر بمناسبة التصرف الذي يلحق به.

و الطيش البين هو حالة نفسية تعترى الشخص فتجعله يتخذ قرارات إبرام تصرفات بسرعة وبدون تبصر أو تفكير كاف، والمثال على ذلك الشاب الصغير الذي ورث مبلغا كبيرا من المال، فيندفع في تصرفاته دون تفكير بعواقبها.

وتشبه حالة الطيش البين إلى حد كبير حالة السفه، إذ تتميز أيضا بتبذير المال واتلافه على خلاف ما يقتضيه العقل والشرع . واعتبر القضاء المقارن أن تبذير الأموال قرينة على حالة الغبن التي يسببها الطيش البين. وتمثل الفرق بين الحالتين¹ من حيث أن الطيش البين أمر طارئ يوجه إلى تصرف دون تصرف آخر، أما السفه فهو حالة مستمرة تعترى الإنسان، فتجعله لا يحسن التدبير في تصرفاته، لذلك أوجب المشرع الحجر عليه، أما من اتصف بالطيش البين فلا يحجر عليه لأن الأمر يقتصر على عيب طارئ في الإرادة كما هو الشأن سائر عيوب الإرادة الأخرى². وكذلك من حيث نقص أهلية السفه على عكس الشخص الذي يعتريه طيش والذي يتمتع بأهلية كاملة وإذا كان السفه لا يستفيد - إلى غاية صدور الحكم بالحجر عليه من الحماية لكونه كامل الأهلية، فتكون تصرفاته صحيحة فلا يوجد ما يمنعه من التمسك - عند الحاجة - بأحكام المادة 90 مدني مدعي الطيش البين، وهذه الحماية إضافية للشخص الذي لم يحجر عليه بعد. غير أنه ضمانا لاستقرار المعاملات، يشترط في حالة الطيش البين أن يكون بينا أي معروفا لدى الجميع³.

والهوى الجامح فهو الميل الشديد تجاه شخص أو شيء يؤدي إلى فقدان الشخص ملكة التدبر أو سلامة الحكم على ما يتصل بموضوع ميله أو تعلقه⁴.

يجب أن يفوق هذا الميل الحد المعقول، بحيث لا يستطيع المغبون دفعه أو تحمله، وتتطلب هذه الحالة النفسية التي تنال من ادراك وتمييز المتعاقد حماية قانونية، وهذا ما يبرر إلحاق الاستغلال بعيوب الرضا⁵.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 222، 223.

² محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 95.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 22.

⁴ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 140.

⁵ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 224.

والغالب أن يكون الهوى الجامح تجاه شخص، ومثاله التقليدي حالة زواج رجل مسن من امرأة شابة إذ كثيرا ما تستغل هذه الأخيرة ما تلقاه عند زوجها من هوى، وتبرم معه تصرفات تستغل فيها هذا الهوى الجامح، ونحو شيء مثاله أن يعجب أحد هواة جمع التحف بقطعة فنية إلى حد أن تأسر منه عقله وتفكيره.

وقد اشترط المشرع في الطش أن يكون بينا، وفي الهوى أن يكون جامحا، بحيث يكون في امكان الطرف الآخر تبينه وتقدير ما إذا كان الطيش بينا، والهوى الجامح مسألة موضوعية تترك لتقدير القاضي، وهو في ذلك ينظر إلى تصرفات الشخص والأحوال والظروف المحيطة بالتصرف.

إن كلا من الطيش البين والهوى الجامح يجعل الشخص سهل الانقياد سريع التأثر لا يتبصر فيما يقدم عليه من تصرفات تبصرها كافيا ولا يتدبر عواقب تصرفه، وبالتالي يستطيع الطرف الآخر الذي يستغل هذه الحالة أن يملئ عليه ما يشاء من تصرفات قانونية¹.

ويشترط أن يستغل أحد المتعاقدين ما في المتعاقد لآخر من طيش بين أو هوى جامح حتى يتحقق الاستغلال، أما مجرد أن الضعف النفسي يعتري المتعاقد الآخر لا يكفي لتحقيق الاستغلال، كما إذا عرض شابا ثريا على آخر أن يبيعه ماله بثمن بخس، فقبل المتعاقد الآخر، فلا يتحقق الاستغلال إذا كان الطرف الآخر لم يستغل فيه هذا الطيش البين².

3/ جزاء الاستغلال

استنادا إلى نص المادة 90 مدني يتبين اختلاف جزاء الغبن الناتج عن الاستغلال عن الآثار المترتبة عن عيوب الرضا الأخرى، ويتمثل في دعويين ابطال ودعوى انقاص من جانب، وأحقية المتعاقد المغبون حصرا في رفع دعوى الابطال في أجل سنة من يوم ابرام العقد³.

إذا توافرت شروط الاستغلال جاز للمتعاقد ضحية الاستغلال الخيار بين رفع دعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص فإذا اختار المتعاقد المغبون رفع دعوى الإبطال، جاز للقاضي الحكم بإبطال العقد أو انقاص التزاماته إلى حد رفع الغبن، ولا يعد ذلك مخالفا لقاعدة عدم جواز الحكم بأكثر مما طلبه الخصوم، لأن انقاص الالتزامات أقل وليس أكثر مما يطلبه الخصوم.

¹ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 96، 97.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 140.

³ غنيمة لولو خيار، المرجع السابق، ص 74.

وللمتعاقدين المستغل توقي دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي مناسباً لرفع الغبن، تتميز هذه القاعدة بطبيعتها الخاص، بحيث تسمح للطرف المستغل بتصحيح العقد، في حين أنه هو الذي كان سبباً في قابلية العقد للإبطال بخطئه المتمثل في استغلال ضعف المتعاقد معه مؤدياً إلى انشاء احتلال فادح في العقد¹.

فيجعل القاضي يميل إلى قبول العرض ورد دعوى البطلان، لأن الإصرار على التمسك بها بالرغم من إعادة التوازن للعقد يمكن أن يشكل تعسفا لاستعمال الحق، ولكن لا يحق للقاضي إحلال إرادته محل إرادة أحد المتعاقدين وفرض حل لا يرضى به².

وقد يختار المتعاقد المغبون رفع دعوى انقاص الالتزامات، وفي هذه الحالة على القاضي الحكم بهذا الطلب، فلا يجوز له الحكم بالإبطال من تلقاء نفسه، لأنه يعتبر حكماً بأكثر مما طلبه المدعي، كما أن الإبطال لا يحكم به القاضي إلا بناء على طلب من تقرر الإبطال لمصلحته³.

والفكرة الأساسية الكامنة وراء الإبطال ليست فقط بأن الرضا مصاب بعيب من العيوب التي نص عنها القانون كسبب لإفساده، بل أيضاً وجوب قيام التعامل بين الناس على أسس أخلاقية تضمن الاستقامة وعدم استغلال القوي للضعيف، فالقانون يتدخل لحماية الضعيف⁴.

يجب رفع دعوى إبطال العقد أو انقاص التزامات المغبون خلال سنة واحدة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة يستخلص من هذا الحكم أن هذا الأجل يجعل أحكام المادة 90 مدني صعب التطبيق خاصة إذا تعلق الأمر بعقد أبرم تحت تأثير طيش بين الذي يعد حالة نفسية راسخة في شخصية الإنسان ولا تزول في ظرف سنة واحدة، أما الهوى الجامح يمكن أن يكون مؤقت، ورغم ذلك من المحتمل أن يتوقف في أجل قصير.

يلاحظ كذلك أن سقوط الدعوى خلال سنة يتنافى مع الغرض الذي سطره المشرع لعيوب الرضا ألا وهو حماية المتعاقد الذي أبرم العقد ورضاه غير سليم من جهة، ولا يحقق العدالة بين ضحية الغلط أو التدليس أو الإكراه وضحية الغبن الناتج عن الاستغلال، بحيث يسقط حق التمسك بإبطال العقد لغلط أو تدليس أو إكراه إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات ابتداء من اكتشاف الغلط والتدليس ومن انقطاع الإكراه، ولا يجوز التمسك بحق الإبطال بعد انقضاء مدة عشر سنوات من يوم إبرام العقد المادة 101 مدني.

¹ غنيمة لخلو خيار، المرجع السابق، ص 135.

² مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 433.

³ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 130.

⁴ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 428.

وأخيراً، كما هو منصوص عليه في المادة 90 مدني يراعى في تطبيق المادة 90 مدني عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في عقد بيع العقار م 358 مدني، عقد المقايضة 415 مدني، وعقد القسمة م 732 مدني¹.

المبحث الثاني: المحل

أشار المشرع في الأحكام المتعلقة بمحل العقد باعتبارها الركن الثاني في العقد إلى محل الالتزام، حيث تنص المادة 92 مدني " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون.

المطلب الأول: تعريف المحل

لقد أشارت هذه المادة فقرة أولى إلى محل الالتزام أي ما يتعهد به المدين، بينما أشار في الفقرة الثانية إلى العملية القانونية، وهي التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، وهذا ما يسمى بمحل العقد، وتكون العبرة بمحل الالتزام، لأن العقد ليس له في الحقيقة محل، بل يترتب آثار أن تتمثل في انشاء التزامات، وهذه الأخيرة أي الالتزامات هي التي لها محل، فلفظ محل العقد غير صحيح، وإنما استعمل من باب الإيجاز الحذف فقط، لأن المقصود بتلك العبارة في الواقع محل الالتزام الناشئ عن العقد الذي يجب أن يكون موجوداً وممكناً ومعيناً².

المطلب الثاني: شروط المحل

تختلف شروط المحل باختلاف طبيعته

الفرع الأول: شروط المحل " نقل حق عيني "

يستخلص من المواد 92 إلى 94 مدني أن شروط المحل هي:

أولاً: وجود المحل

إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني واتفقا المتعاقدان على وجوده فعلاً ، فيلزم أن يكون موجوداً وقت إبرام العقد وإلا كان العقد باطلاً ولو كان قابلاً للوجود مستقبلاً أو كان الشيء موجوداً ثم هلك قبل العقد كان العقد باطلاً ولو لم يعلم الطرفان بذلك سواء كان الهلاك مادياً، كاحتراق القمح محل البيع في مخزنه أو كان الهلاك قانونياً، كما إذا انصب

¹ غنيمة لخلو خيار ، المرجع السابق، ص 75.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 239.

التعاقد على حوالة حق قد انقضى، أما إذا وجد الشيء وقت الإبرام، وهلك قبل تنفيذه، فالعقد ينشأ صحيحاً، وينفسخ لاستحالة التنفيذ¹.

ويجوز من حيث الأصل أن يتفق المتعاقدان على أن يكون محل العقد شيئاً قابل للوجود مستقبلاً م 2/92 ق م ومحققاً أي يخضع لإرادة المدين ولا يتوقف على أي عامل من شأنه أن يحول دون وجود الشيء تجنباً للغرر الذي يلحق المعاملات، ك شراء سيارة لم تصنع بعد أو شقة لم يتم بناؤها، على خلاف ذلك مثلاً شراء ثمار قبل ظهورها والتي يتوقف وجودها كما وكيفاً على عوامل أخرى لا يتحكم فيها المتعاقدان مما يعني أنه يقوم على غرر.

ولقد أظهر المشرع بعض الليونة بخصوص احتمال وجود الشيء في المستقبل، كجواز كفالة الدين المستقبل وفقاً لشروط محددة قانوناً م 650 مدني، وجواز الرهن ضماناً للدين المعلق على شرط أو المستقبلي أو الاحتمالي م 891 مدني.

وخلاصة القول: فإن المقصود بالأشياء المستقبلية كمحل للالتزام هي تلك التي ستوجد في المستقبل أي بعد انعقاد العقد سواء كان وجودها في المستقبل أمراً محققاً أو محتملاً².

واستثناء قرر المشرع عدم جواز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان برضاه سواء بالبيع أو الإيجار أو الهبة فيما عدا الوصية م 775 مدني، و 184 أسرة، أو الوقف م 213 أسرة، لما في ذلك من مضاربة على حياة المورث ويعوق حرية الايضاء، وبمس بأحكام الموارث، ولذلك يعتبر مخالفة للنظام العام والآداب العامة³.

ثانياً: التعيين أو قابلية المحل للتعيين

يختلف تعيين الشيء باختلاف ما إذا كان من الأشياء القيمة أم من الأشياء، فإذا كان الشيء من الأشياء القيمة أو المعينة بالذات، فيجب تعيينه تعيناً يميزه عن غيره بشرط أن يكون هذا التعيين واضحاً نافياً للجهالة، واستعمال طريقة للتعيين ملائمة لطبيعة الشيء، فالأرض مثلاً تعين بذكر موقعها وحدودها ومساحتها⁴.

وإذا كان الشيء سيارة وجب ذكر أوصافها الأساسية بذكر علامتها وسنة صنعها وقوة محركها وسعة هذا المحرك⁵

¹ العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، ط2، 2015، دار هومة، ص 497.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص ص 240، 241.

³ العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 502.

⁴ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 130.

⁵ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 148

أما إذا كان الشيء محل الالتزام بنقل حق عيني معيناً بالنوع، فإنه يلزم أن يعين هذا الشيء بجنسه ونوعه ومقداره ودرجة جودته، فمثلاً قنطار من القمح المكسيكي الجيد والقمح هو جنس، أما المكسيكي فهو النوع.

وإذا لم يعين مقدار الشيء في العقد وجب أن يكون قابلاً للتعين، كما لو باع شخص لآخر السماد اللازم لتسميد أرض معينة بمقدار المبيع، وإن لم يكن محددًا في العقد، فهو قابل للتحديد.

وكذلك إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة جودة الشيء ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط م 94 مدني¹.

ثالثاً: مشروعية المحل وجواز التعامل فيه

إذا كان محل العقد شيئاً، فيجب أن يكون الشيء جائز التعامل فيه.

ويكون كذلك إذا كان لا يخرج عن دائرة التعامل فيه سواء بطبيعته كالأشياء مستحيلة الحيازة م 682 أعضاء جسم الإنسان أو قانوناً كالأشياء الممنوعة من التداول، كالمخدرات والمواد السامة أو الأسلحة أو خارج التعامل بحكم غرضه كالمال العام م 688 و م 689 مدني².

الفرع الثاني: شروط المحل " القيام بعمل أو الامتناع عن عمل "

يستخلص من المواد 92 إلى 94 مدني أن شروط المحل تتمثل في:

أولاً: امكان المحل

يشترط في محل الالتزام إذا كان القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أن يكون ممكناً، وهذا أمر بديهي، لأنه لا التزام بمستحيل، أما إذا كان الالتزام مستحيلاً في ذاته أي مستحيلاً استحالة مطلقة بالنسبة للمدين وغيره، وقد تكون هذه الاستحالة طبيعية، كأن يلتزم شخص بإحياء ميت أو استحالة قانونية، كأن يتعهد محامي برفع استئناف بعد انقضاء الميعاد³.

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 130.

² حمزة قتال، مصادر الالتزام، العقد، دار هومة، الجزائر، ص 126.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 146.

أما إذا كانت الاستحالة نسبية، وهي التي يكون محل الالتزام مستحيلا على المدين وممكنا لغيره، فينشأ العقد صحيحا وللدائن الحق في التنفيذ العيني على نفقة المدين أو التنفيذ بمقابل أو الفسخ¹.

ثانيا: تعيين المحل أو قابلية المحل للتعيين

إذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وجب أن يكون هذا المحل معينا أو قابلا للتعيين وفقا لظروف العقد، وإذا كان التعيين غير كافى يمنع بالتراضي على محل الالتزام، كما قد ينازع في حق الدائن نظرا الغموض الذي يمتناه²، فاذا تعهد مقاوم ببناء منزل وجبه تحديد البناء وذكر مواصفاته أو على الأقل أن يكون تحديد هذا البناء ممكنا بالنظر إلى ملابسات العقد، كما لو كان سيشيد في المدينة أو القرية للسكن أو للاستغلال.

ثالثا: مشروعية المحل

ويختلف معنى المشروعية باختلاف طبيعة محل العقد:

فإذا كان محل العقد عملا أو امتناعا عن عمل: فيشترط ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة م 93 مدني. ويكون كذلك، كما إذا كان العمل هو التزام بارتكاب جريمة والامتناع عن مزاوله مهنة معينة امتناعا مطلقا³.

الفرع الثالث: المحل ثمن نقدي

الثمن هو محل التزام المشتري، وبذلك يعتبر من المسائل الجوهرية لعقد البيع التي يجب الاتفاق عليها أو الاتفاق على أساس لتقديره⁴ وإلا كان العقد باطلا، كأن يكون السعر المتداول في التجارة، أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما م 357 مدني أو اسناد ذلك إلى الغير - دون أن يكون القاضي في اطار الاتفاق الجزئي الذي أشارت إليه المادة 65 مدني - الذي يقدره بناء على عوامل موضوعية⁵.

وتطبيقا لمبدأ القيمة الاسمية للنقود المنصوص عليه في المادة 95 مدني إذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي تأثير، وما يلاحظ أنه وإن كان هذا المبدأ يؤثر سلبا على مبدأ العدالة العقدية بالنظر إلى الضرر الذي يسببه انخفاض قيمة النقد للدائن إلا أنه لا

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 138.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 247.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 150.

⁴ م 356

⁵ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 251.

يجوز الاتفاق على تغيير مقدار الالتزام على أساس تغير قيمة النقد أو ادراج شرط يقضي بالتوفيق بين قيمة النقد وقيمة السلعة أو الخدمة لتعلق أحكام المادة 95 بالنظام العام¹.

المبحث الثالث: السبب

يلزم لنشأة الالتزام وجود سبب، ويقصد بالسبب الغرض أو الغاية التي يقصد الملتزم الوصول إليها من وراء تحمله بهذا الالتزام، والسبب باعتباره الغرض الذي من أجله يلتزم الشخص لا يمكن أن يتصور إلا في الالتزامات التي تنشأ عن الإرادة ومنها الالتزام العقدي، أما الالتزامات الأخرى الناشئة عن القانون مباشرة أو عن بعض الأفعال فلا مجال للبحث عن قصد المدين من التزامات، طالما أنه يلتزم لا بإرادته، وإنما بحكم القانون.

فالسبب مرتبط بالالتزام العقدي، فهو الغرض المباشر الذي تتجه إليه الإرادة، حيث لا يتصور أن تتحرك الإرادة دون أن تتجه إلى سبب معين، ولذلك يعد السبب ركنا في العقد².

المطلب الأول: النظرية التقليدية للسبب

يعرف السبب في هذه النظرية الذي وضعها الفقيه الفرنسي "دوما" بسبب الالتزام الذي هو جواب من يسأل لماذا التزم المدين أي: لماذا التزم البائع بتسليم المبيع؟ ولماذا التزم المشتري بدفع الثمن؟، ولماذا التزم المقترض برد مبلغ القرض؟.

وتبعاً لذلك بحث "دوما" السبب في ثلاثة أنواع من العقود هي: العقود التبادلية، والعقود العينية والعقود الملزمة لجانب واحد، وعقود التبرع.

ففي العقود التبادلية سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر، وبالتالي سبب التزام البائع تسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بتسليم المبيع³.

وفي العقود العينية الملزمة لجانب واحد، يعتبر سبب التزام المتعاقد هو تسلم الشيء من المتعاقد الآخر بتسليم الشيء محل العقد، حيث أن سبب التزام المفروض بالرد بسبب التزام المقترض أو المودع لديه هو تسلمه المبلغ القرض أو الوديعة.

¹ غنيمة لحلو خيار، المرجع السابق، ص 99.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 153.

³ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 149.

وفي عقود التبرع، فإن سبب التزام المتبرع هو نية التبرع¹.

الفرع الأول: خصائص السبب

يتميز السبب بخصائص معينة وهي:

- السبب بحسب هذه النظرية هو سبب الالتزام وليس سبب العقد.
- السبب أمر داخلي في العقد، ويعتبر عنصر من عناصره، فلا يمكن البيع مثلا بدون التزام بتسليم المبيع أو التزام بدفع الثمن، أو الهبة بدون نية التبرع².
- وحدة السبب في كل نوع من أنواع العقود، ففي كل بيع سبب التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن والعكس صحيح.
- السبب أمر موضوعي، يتحدد بعيدا عن نوايا المتعاقدين، وبذلك هو معلوم سلفا ولا يتوقف على تصريح أي متعاقد.

الفرع الثاني: شروط السبب الالتزام

أولا: وجود السبب: وهو وجود نية التبرع في عقود التبرع أو التسليم في العقود العينية أو التزام كل طرف في العقود الملزمة للجانبين، فإذا لم يوجد أي منها في هذه العقود بهذا المعنى بطل العقد.

ثانيا: صحة السبب

ويكون السبب غير صحيح إذا كان السبب مغلوطا أو صوريا

والسبب المغلوط هو سبب لا وجود له في الواقع كالوارث الذي يتخرج مع شخص يعتقد أنه وارث معه ثم يتضح أنه ليس بوارث.

أما السبب الصوري، فهو إخفاء المتعاقدان السبب الحقيقي تحت ستار سبب آخر كإخفاء الهبة تحت البيع³.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 155.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 261.

³ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 152.

ثالثا: مشروعية السبب

إذا لم يكن مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وإلا كان العقد باطلا، فإذا تعهد أحد المتعاقدين للآخر بدفع مبلغ من النقود في مقابل ارتكاب جريمة كان سبب التزام الشخص بدفع مبلغ من النقود، وهو التزام الشخص الآخر بارتكاب جريمة غير مشروع¹.

تعرضت هذه النظرية للنقد من فريق فقهي يعرف باللاسبيين وعلى رأسهم الفرنسي "مارسيل بلانيول" من جانبين يتعلق الأول بعدم صحة هذه النظرية، بينما يتعلق الثاني بعدم فائدتها.

فأما عدم صحتها يتجلى في تقسيمات العقود التي تناولتها هذه النظرية.

فوجود فكرة السبب في العقود الملزمة للجانبين، يعني أن أحد الالتزامات سببا للآخر وأحدهما هو السبب الذي يجب أن يسبق الآخر وهو المسبب، وهذا لا ينطبق على العقود الملزمة للجانبين، لأن الالتزامين يوجدان في وقت واحد².

وأیضا في العقود العينية، ليس صحيحا ما تذهب إليه النظرية التقليدية من أن استلام محل العقد هو سبب الالتزام، فالاستلام ليس إلا واقعة لازمة لإبرام العقد وليس سببا قصديا.

وفي التبرعات ليس صحيحا ما تذهب إليه هذه النظرية من أن نية التبرع هي سبب الالتزام، وذلك لأن نية التبرع عنصر في الرضا المكون للعقد، مما يؤدي إلى الخلط بين السبب والرضا وبين القصد والارادة الناشئة للعقد³.

كما أن هذه النظرية غير مفيدة

يمكن الاستغناء على هذه النظرية في بطلان العقود التي تستهدف بطلانها.

ففي العقود الملزمة للجانبين، يكون العقد باطلا لهلاك محله أو استحالة أو عدم مشروعيته دون إرجاع ذلك إلى السبب.

رابعا: عدم وجود السبب

وتقع العقود العينية باطلة لتخلف التسليم باعتباره واقعة قانونية لازمة لقيام العقد، وليس سببا للالتزام.

وتبطل عقود التبرع إذا انعدمت نية التبرع باعتبارها عنصرا في الرضا وليس سببا للالتزام⁴.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 157.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 153.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 158.

⁴ نفس المرجع، ص 159.

الفرع الثاني: النظرية الحديثة للسبب

ويعرف السبب في هذه النظرية بسبب العقد، وهو الباعث الدافع إلى إبرام العقد.

وسبب العقد في العقود الملزمة للجانبين، كعقد البيع هو الدافع الباعث للبائع والمشتري من وراء التعاقد، فيكون صحيحا إذا كان باعث البائع من البيع هو الوفاء بدين، وباعث المشتري من شراء السيارة هو الاستعمال العائلي، ويكون سبب العقد غير مشروع إذا كان باعث البائع من البيع هو ممارسة القمار، وباعث المشتري من الشراء هو استعمال السيارة لتهريب الممنوعات.

أولاً: خصائص الباعث

1/ الباعث أمر شخصي ونفسي: يتعلق الباعث بنوايا المتعاقدين، مما يجعل إثباته أمر صعب.

2/ الباعث أمر خارج عن العقد: لأنه يتعلق المتعاقدين وليس بالعقد

3/ الباعث أمر متغير: أي غير ثابت، وهذا لا يعني أن يكون لكل متعاقد باعث خاص به، ولكن يمكن أن يشترك عدد من المتعاقدين في نفس الباعث، إلا أنه لا يمكن أن يكون موحدًا بين جميع المتعاقدين¹.

ثانياً: شروط الباعث

يشترط المشرع في الباعث أن يكون مشروعاً، وذلك لإخضاع العقود لفكرة النظام العام والآداب العامة. وفي المعاوضات يشترط لإبطال العقد أن يكون المتعاقد الآخر عالماً بعدم المشروعية نظراً لمبدأ استقرار المعاملات، بينما لا يشترط ذلك في التبرع².

الفرع الثالث: موقف المشرع

لقد أخذ المشرع بازدواجية السبب أي بالنظرية التقليدية التي تعنى بسبب الالتزام والنظرية الحديثة التي تعنى بسبب العقد، فالمشرع أخذ بالنظرية الحديثة، وما يدل على ذلك ما ورد صراحة في المادة 97 ق م، بينما لم ينص صراحة على أخذه بالنظرية التقليدية، ولكن يمكن استخلاص ذلك من العبارة " سبب الالتزام " الواردة في المادة 97 و 98 ق م، كما أن سبب الالتزام هو السبب الوحيد الذي يبرر بعض الأحكام والدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة³.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 270.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 167.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 272، 273.

الفرع الرابع: اثبات السبب

يتبين من نص المادة 98 ق م أن المشرع بشأن هذه المسألة بين حالة ذكر السبب في العقد، وحالة عدم ذكره.

إذا ذكر السبب في العقد بأن ذكر مثلاً في عقد القرض أن المقرض تسلم من الدائن مبلغ من القرض، افترض أن هذا السبب هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، ويعد هذا الافتراض قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، فللمتعاقد دائناً أو مدیناً إثبات أن هذا السبب صوري وليس حقيقي، كما يثبت مشروعية هذا الباعث أو عدم مشروعيتها.

أما إذا لم يذكر السبب في العقد، بأن يذكر مثلاً أن المدين يلتزم بدفع مبلغ من النقود الدائن، وذلك دون ذكر سبب هذا الالتزام، افترض القانون أن لهذا الالتزام سبباً مشروعاً أن هذه قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، فللمدين إثبات أن لهذا الالتزام سبباً غير أنه غير مشروع وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها البيئة والقرائن¹.

المبحث الرابع: الشكلية

الأصل الرضائية في العقود م 59 مدني، والاستثناء هو الشكلية، ويعد التخلي عن الشكلية في العقود أحد المظاهر البارزة التي تميز القوانين الحديثة، ومن ذلك اعتبارات حضارية واقتصادية واجتماعية.

حضارياً يقول الفقيه الفرنسي لويزل " تربط الشيران من قرونها والرجال من أقوالها" ومن ثم الرضا هو الملزم للمتعاقد وليس الشكل، أما اقتصادياً فإن تزايد المعاملات يقتضي البساطة والسرعة وقلة التكاليف في إبرام العقود، مما يستدعي استبعاد الشكلية. وتعتبر الشكلية التقليدية، بالنسبة للجانب الاجتماعي، خطر على الفرد، إذ ترتب أحياناً التزاماً لم يقصده المتعاقد وتفادياً لمثل هذا الوضع، يجب أن يكون المتعاقد عالماً كل العلم بمهية الشكلية حتى يحسن استعمالها.

إن انتشار مبدأ الرضائية الذي يترجم حرية المتعاقدين بخصوص كيفية إبرامهما للعقد لم يدم طويلاً، وقد بدأ يتراجع مع مطلع القرن الماضي لأسباب عدة، منها ما يخص المصالح الفردية، ومنها ما يتعلق بالمصلحة العامة.

فبالنسبة للمصالح الخاصة، فإن للرضائية مساوئ، فقد يتضرر بسببها المتعاقد والغير، فهي تزيد من تسرع المتعاقد في إبرام العقد قبل أن يقدر المتعاقد حق قدرها، وقد يغفل مسائل هامة، وقد لا يحتاط لنفسه من سوء نية المتعاقد معه، كما تسهل الرضائية تضليل المتعاقد وتساعد على نشوء الخلافات والنزاعات حول مضمون العقد وحتى بالنسبة لوجوده أحياناً، ويقول الفقيه الألماني هرينج في هذا الشأن أن " الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة".

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 165.

وتكون الشكلية كفيلة بحماية ارادة المتعاقد وسلامة رضاه خاصة اذا تمثلت في كتابة رسمية حيث يلزم الموثق بإرشاد وتصح المتعاقد بينة من أمره، كما تشجع الكتابة على الائتمان، إذ تجنب المتعاقد احتمال انكار أو نسيان العقد من قبل المتعاقد معه، أما الغير فتعتبر الشكلية أفضل وسيلة لإعلامه.

وقد تستدعي المصلحة العامة أيضا الشكلية في العقود، حيث أن تسيير وتوجيه الدولة لمنظومة الاقتصادية والاجتماعية يكون من خلال ادراج المعاملات يكون من خلال ادراج المعاملات التي يقوم بها المتعاملون الاقتصاديون العموميون والخواص وحتى المواطنون ضمن السياسة الوطنية التي تنتهجها البلاد، فهناك عمليات تحظى بتشجيع الدولة بشتى الوسائل وأخرى تمنعها منعاً باتاً لتعارضها مع الاتجاهات العامة للسياسة الاقتصادية أو الاجتماعية.

وتدعم الشكلية الخزينة العامة بإيرادات عن طريق الضرائب المفروضة عند نقل الثروات وفي عمليات التسجيل. كما تستدعي التجارة الداخلية والخارجية كذلك بعض الضمانات بخصوص الوفاء بالديون¹.

لقد كانت هذه الانشغالات الجديدة وراء تراجع الرضائية، وظهور صور جديدة ومختلفة للشكلية، قد يكون الغرض منها افرغ العقد في شكل معين رسمي أو عرفي.

المطلب الأول: الكتابة الرسمية

عرف المشرع العقد الرسمي في المادة 324 مدني على أنه " ...عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

ويتضح من هذه المادة أن للعقد الرسمي ثلاثة شروط يتعلق الشرط الأول بمحرر العقد المالي والشرط الثاني بالاختصاص والشرط الثالث بالأشكال القانونية الواجب اتباعها.

الفرع الأول: محرر العقد (الموثق)

الموثق هو ضابط العمومي هو الشخص الذي يخول له القانون سلطة تصديق واعطاء الصيغة الرسمية للعقود

الفرع الثاني: الاختصاص

يتقيد الموثق بحدود اختصاصه الاقليمي والنوعي

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 302.

وفي هذا السياق نذكر على سبيل المثال المادة الثالثة من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2066 المتضمن مهنة التوثيق والتي تنص " الموثق هو الضابط العمومي المفوض من قبل السلطة العمومية لتحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأطراف اعطائها الصبغة الرسمية".

وتناولت المادة الثانية من هذا القانون الاختصاص الاقليمي للموثق، حيث تنص: " تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق... ويمتد اختصاصها الاقليمي إلى كامل التراب الوطني..."

واضافة إلى قواعد الاختصاص هذه، هناك اعتبارات شخصية تحد من اختصاص الموثق، فالمادة 19 من القانون المذكور اعلاه تقضي - مثلا - لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد الذي...1- يكون طرفا معنيا وممثلا أو مرخصا بأية صفة كانت...2- يتضمن تدابير لفائدته.3- يعين أو يكون فيه وكيلًا أو متصرفًا أو أية صفة أخرى كانت...." إلخ.

الفرع الثالث: الأشكال القانونية

تشترط المادة 324 مدني أن تحرير العقود الرسمية وفق الأشكال القانونية ويوجد في القانون 06-02 نماذج حيث تنص المادة 26 منه تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد وواضح تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص... وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف وتكتب التواريخ الخرى بالأرقام ويصادق على الاحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات. وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالحرف الأولى من قبل الموثق والأطراف وعند الاقتضاء الشهود والمترجم. وتنص المادة 29 منه دون الاخلال بالبيانات التي يستلزمها بعض النصوص الخاصة، يجب أن يتضمن العقد الذي يجره الموثق البيانات الآتية اسم ولقب الموثق ومقر مكتبه اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسيته اسم ولقب وموطن وتاريخ ومكان ولادة الشهود عند الاقتضاء اسم ولقب وموطن المترجم عند الاقتضاء تحديد موضوعه المكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه وكالات الأطراف النصوص الجبائية والتشريع الخاص المعمول به، توقيع الأطراف والشهود والموثق والمترجم عند الاقتضاء.

وتسمى العقود التي يتلقاها الموثق بمحضر شاهدين بالعقود الاحتفائية طبقا للمادة 326 مكرر2 مدني، ولا يعد عقد البيع من العقود الاحتفائية، بل هو عقد رسمي فقط لا يشترط لصحته حضور شهود وأما حضور وتوقيع الشهود من الناحية العملية فقد يكون لغرض آخر كإثبات الهوية.

ومن التصرفات القانونية الواجب افراغها في الشكلية الرسمية تحت طائلة البطلان نذكر المادة 324 مدني مكرر1: " العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من

عناصرها أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو تنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية ... " كما تنص المادة 883 مدني: " لا ينعقد الرهن الرسمي ... "

إن الاغفال الكلي لهذه الشكلية التي تعد ركنا في العقد تمنع قيامه، فيكون العقد منعما، بينما اغفال بعض الأشكال والشروط يفقد العقد صبغته الرسمية طبقا للمادة مكرر2 التي تنص: " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف ".

المطلب الثاني: الكتابة العرفية

تتميز الأحكام القانونية التي يخضع لها العقد العرفي بعدم الوضوح، فيجب محاولة رفع اللبس المتعلق بمفهوم العقد العرفي وتحديد تاريخه.

الفرع الأول: شروط الكتابة العرفية

العقد العرفي هو عقد يحرر إما من طرف المتعاقدين أو من طرف شخص آخر لا بصفة ضابط عمومي، ويتم الامضاء عليه من طرف المتعاقدين في حين المادة 327 مدني بعد تعديلها في 2005 تنص على أنه: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن حرره أو وقعه أو وضع عليه بصمة ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه أما ورثة أو خلفه، فلا يطلب منهم الإنكار، ويكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الامضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 أعلاه".

يستخلص من هذا النص أن العقد العرفي يقتضي احدى الشروط التالية، إما تحريره من قبل المتعاقدين أو التوقيع عليه أو وضع البصمة عليه، غير أن النص القديم أوجب التحرير والامضاء معا¹.

وبلاحظ أن المشرع في التعديل الجديد أراد تجاوز شرط وجوب تحرير العقد من المتعاقدين نظرا للإشكالات التي يطرحها فيما يتعلق بالعقود التبادلية لعدم امكانية تحرير العقد من المتعاقدين في نسختين أصليتين، أو عدم امكانية المتعاقد إذا كان أميا، أو في حالة مباشرة العقد من الوكيل. التوقيع على بياض².

¹ غنيمة لحلو خيار ، المرجع السابق، ص 108.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 314.

ولكن في التعديل الجديد اكتفى المشرع لوجود العقد العرفي بأن يكون محررا من المتعاقدين، وهذا أيضا يطرح اشكال حول تحرير العقد التبادلي، كما أن ذلك أيضا يتنافى مع صحة العقد العرفي الموقع من الأطراف م 327 مدني¹.

الفرع الثاني: تحديد تاريخ العقد العرفي

يحدد تاريخ العقد العرفي بين المتعاقدين من يوم ابرامه، أما بالنسبة للغير فلا يحتج به على الغير إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويحدد التاريخ ثابتا ابتداء:

- من يوم تسجيله.
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عمومي مختص.
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وامضاء المادة 328 مدني.

وتشترط الكتابة العرفية لصحة عدة عقود، كعقد الايجار، وعقد المرتب مدى الحياة، وعقد الايجار الفلاحي، ويلاحظ أنه بالنسبة لبعض العقود تفرض الكتابة العرفية لإثباتها كعقد الكفالة، كما تستلزم لنفاذ العقد في حق الغير، كرهن المنقول².

المبحث الرابع: نظرية البطلان

لقد تناول المشرع نظرية البطلان في النقطة الثالثة من القسم الثاني " شروط العقد"، من الفصل الثاني " العقد " في المواد من 99 إلى 105 من القانون المدني.

وبعد تحديد مفهوم البطلان، نستعرض الآثار المترتبة عليه.

المطلب الأول: مفهوم البطلان

يجب تعريف البطلان، ثم عرض تمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة له، ثم عرض كيفية تقريره.

الفرع الأول: تعريف البطلان

يميز الفقه عادة فيما يتعلق بالعقد بين ثلاث حالات هي الصحة والبطلان المطلق والبطلان النسبي، فالصحة اذا استوفى العقد جميع أركانه من تراضي، محل، سبب، وشكلية في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية وشروط صحته وهي أهلية التعاقد وسلامة الرضا من عيوب الارادة.

¹ غنيمه لخلو خيار، المرجع السابق، ص 109، علي فيلاي، المرجع السابق، 109.

² غنيمه لخلو خيار، المرجع السابق، ص 110.

البطلان المطلق هو الجزء المدني المترتب على العقد الذي تخلف ركن أو أكثر من أركانه كالتراضي أو المحل أو السبب أو الشكلية في العقود الشكلية أو التسليم في العقود العينية أو عدم توفر شرط من شروطهما كأن يكون المحل موجود ولكنه غير مشروع، وكذلك يترتب البطلان المطلقة إذا نص القانون على ذلك.

والحالة الثالثة: تتعلق بالبطلان النسبي، وهو الجزء المدني الذي يترتب على تخلف شرط من شروط صحة العقد وهي أهلية التعاقد و سلامة الرضا من عيوب الإرادة، وكذلك هو الجزء الذي يترتب بنص قانوني م 362 مدني، 397 مدني.

غير أن التدقيق في هذا التقسيم، يمكن حصره في حالتين هما: حالة الصحة وحالة البطلان المطلق، ذلك أن العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح، يرب كامل آثاره القانونية حتى يتمسك من تقرر هذا البطلان لمصلحته بهذا الحق، فإذا حكم القاضي ببطلانه زالت آثاره بأثر رجعي.

غير أن حصر حالات البطلان في حالة واحدة، وهي حالة البطلان المطلق، وإن كان يتفق مع المنطق القانوني إلا أنه لا يطاوع الصياغة الفنية التي تستدعي التفرقة بين نوعي البطلان بالنظر إلى الفروق الجوهرية بينهما¹.

وبعد ضبط البطلان بنوعيه نميز بينه وبين الأنظمة التي تشبه به كعدم النفاذ والفسخ.

الفرع الثاني: تمييز البطلان عن الأنظمة المشابهة له

يتميز البطلان عن عدم النفاذ (أولا) وعن الفسخ (ثانيا)، وعن الإبطال (ثالثا).

أولاً: البطلان وعدم النفاذ

البطلان هو الجزء الذي يترتب على عدم توفر ركن من أركان العقد الذي لا يرب أي أثر قانوني، أما عدم النفاذ، فهو أن العقد يكون صحيحاً يرب آثاره بين طرفيه، بينما لا يجوز الاحتجاج به في مواجهه الغير، كبيع ملك الغير، فهو عقد صحيح يرب آثاره بين طرفيه البائع والمشتري، غير أنه لا يسري في حق الغير المالك الحقيقي.

ثانياً: البطلان والفسخ

البطلان هو جزء يرد على عقد باطل ملزم لجانبين أو لجانب واحد لتخلف ركن من أركانه. أما الفسخ: هو جزء يرد على عقد صحيح ملزم لجانبين لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه².

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 172، 173.

² العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 611.

ثالثا: بطلان العقد وابطاله

الأصل أن العقد الباطل عقد معدوم، ولذا لا حاجة لاستصدار حكم قضائي لبطلانه، إلا أن الاعتبارات العملية كثيرا ما تدعو إلى الالتجاء إلى القضاء، سواء في تم ذلك في صورة دفع وهو الغالب أم في صورة دعوى، فمثلا إذا كان عقد البيع باطلا وطالب المشتري البائع بتسليم المبيع كان للبيع دفع دعواه ببطلان البيع، أما إذا كان قد سلم المبيع ، فليس له استرداده إلا عن طريق رفع دعوى البطلان، والحكم الصادر في هذه الدعوى لا ينشئ البطلان، بل يقتصر على الكشف عنه.

أما العقد القابل للإبطال لا يتقرر ابطاله إلا لنقص أهلية أو عيب في رضا أحد المتعاقدين، ولذا يكون لهذا المتعاقد وحده دون المتعاقد الآخر أو القاضي طلب ابطال العقد، وإذا توفي هذا المتعاقد قبل مباشرة حقه في طلب البطلان انتقل هذا الحق إلى ورثته.

كما يجوز لهذا المتعاقد أو خلفه الخاص طلب ابطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة¹.

المطلب الثاني: تقرير البطلان

يطرح هذا العنصر ثلاث مسائل، تتعلق الأولى بأصحاب الحق في التمسك بالبطلان (الفرع الأول)، الثانية بكيفية تقرير البطلان (الفرع الثاني)، والثالثة بسقوط انقضاء البطلان والابطال (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أصحاب الحق في التمسك بالبطلان

يجوز لكلا طرفي العقد التمسك بالبطلان، ما دام علة البطلان ترجع إلى انعدام العقد قانونا، كما يجوز للقاضي إثارة البطلان من تلقاء نفسه، لأن البطلان يتعلق بالنظام العام، كما يجوز لكل ذي مصلحة²، وقد يكون الدائن، الخلف العام، الخلف الخاص التمسك به، فالدائن له مصلحة في التمسك ببطلان التصرف الصادر من مدينه، لأن مثل هذا التصرف سيؤدي إلى الانتقاص من الضمان العام.

والخلف العام كالوارث له مصلحة في التمسك ببطلان التصرف الصادر من المورث لرد العين المتصرف فيها إلى التركة.

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 176، 177.

² هو شخص أجنبي عن العقد وله مصلحة فيه، حيث يستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو بطلانه محمد حبار، نظرية البطلان في القانون الوضعي والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1986، ص 174.

والخلف الخاص كالمشتري له مصلحة في التمسك ببطالان التصرف الصادر من البائع في شأن العين المباعة حتى تبقى خالصة له¹.

وبالنسبة للاستغلال المتعاقد المغبون هو الوحيد صاحب الحق في ابطال العقد دون غيره م 90 مدني

الفرع الثاني: كيفية تقرير البطلان

يتدخل القاضي لتقرير البطلان عن طريق دعوى البطلان (أولا) أو عن طريق الدفع بالبطلان (ثانيا) .

أولاً: دعوى البطلان أو الابطال

يتقرر البطلان عن طريق دعوى الطعن في صحة العقد، يرفعها المدعي أمام المحكمة وفقاً للمادة 14/03 قانون اجراءات مدنية وإدارية²، تهدف إلى تقرير وضع قائم، وهو أن هذا العقد لا وجود له، فيقرر القاضي البطلان بحكم كاشف البطلان كان موجوداً قبل الحكم، بينما يهدف من تقرير الابطال لمصلحته إلى ابطال العقد، فيقرر القاضي البطلان بحكم منشئ، لأن العقد كان صحيحاً قبل الحكم بإبطاله ولا يكون كذلك إلا بحكم³.

ثانياً: الدفع بالبطلان أو الابطال

قد يبادر المدعي إلى رفع دعوى التنفيذ العيني، بينما يدفع المدعي عليه ببطلان أو ابطال العقد، وإذا تبين للقاضي أن العقد باطل أو قابل للإبطال، فإنه سيقضي بذلك ويرفض دعوى المدعي⁴.

الفرع الثالث: سقوط دعوى البطلان والحق في الابطال

يزول بطلان العقد بسقوط دعوى البطلان (أولا)، بينما يزول الابطال بسقوط الحق في الابطال (ثانيا) .

أولاً: سقوط دعوى البطلان

يجوز لصاحب الحق في طلب البطلان بصفته مدعي رفع دعوى البطلان، بينما للمتعاقد المدعي عليه الدفع ببطلان العقد مقابل طلب المدعي التنفيذ.

ولما يتعلق الأمر بتقادم الدعوى لا يحق لصاحب الحق رفع دعوى البطلان بعد مضي 15 سنة من إبرام العقد م 102 مدني، بينما يجوز للمتعاقد المدعي عليه الدفع ببطلان العقد مقابل طلب التنفيذ⁵.

وتجد قاعدة الدفع الأبدي هذه أصلها في القانون الروماني الذي تصدى لسوء نية المتعاقد العالم ببطلان العقد، فينتظر انقضاء أجل القانوني لرفع دعوى البطلان للمطالبة بتنفيذ العقد، دون أن يتمكن المتعاقد الثاني من الدفع بالبطلان، ومما لا شك فيه أن تطبيق هذه القاعدة أمراً نادراً لحصره في حالة عدم تنفيذ العقد الذي لا ينتظر المتعاقدين عادة مدة طويلة لتنفيذه دون أي نزاع، بينما يرى الفقه والقضاء جواز الدفع بالبطلان في أي وقت.

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 176، 177.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 383.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 174.

⁴ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 339.

⁵ غنيمية لولو خبار، المرجع السابق، ص 127.

وقد خفف القضاء الفرنسي من صرامة قاعدة " الدفع الأبدى ببطالان العقد " حيث أجاز التمسك بهذه القاعدة قبل تنفيذ العقد، وعلى العكس يسقط هذا الدفع بالشروع في التنفيذ.

وفي الحقيقة هذا الحل قابل للتطبيق في الجزائر طالما لا يتناقض مع نص المادة 102 ق م، كما أنه يكرس مبدأ استقرار المعاملات¹.

ثانيا: سقوط حق ابطال العقد

يسقط الحق في الابطال بالإجازة، أو التقادم.

1/ الاجازة:

تعد الاجازة تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد يقصد بها التنازل عن الحق في ابطال العقد، والاجازة بمذا المعنى الغرض منها تصحيح عقد قائم، ولهذا لا ترد على عقد باطل ليس له وجود قانوني، بينما ترد على العقد القابل للإبطال، فهو عقد قائم ويرتب جميع آثاره، ولذلك يكون من حق من تقرر الابطال لمصلحته بدلا من التمسك بالإبطال أن يتنازل عن هذا الحق فيستقر العقد وتستقر آثاره.

وتختلف الاجازة عن الإقرار الذي يعد هو الآخر عملا قانونيا صادرا من الغير أي شخص أجنبي عن العقد وله مصلحة فيه. كإقرار المالك الحقيقي للبيع الصادر عن الغير محله شيء معين بالذات مملوك له وإقرار الأصيل للعقد الذي يبرمه النائب خارج حدود نيابته².

ويشترط في الاجازة

- صدور الاجازة من متعاقد بعد بلوغه سن الرشد أو علمه بالعيب الذي يشوب ارادته حتى يمكن اتجاه ارادته إلى تصحيح العقد.

- عدم اضرار الاجازة بحقوق الغير الذي تلقى حقه من المتعاقد الذي تقرر الابطال لمصلحته³. فلو أن قاصرا باع عينا وبعد بلوغه سن الرشد وقبل اجازته للبيع رهن العين، فإن اجازته للبيع بعد ذلك لا تضر الدائن المرتهن، وتنتقل العين إلى المشتري مثقلة بحق الرهن.

ويبرر بعض الفقه هذا الرأي بأن الغير قد تصرف إليه القاصر بعقد الرهن، فانتقل إليه تبعا لذلك الحق في ابطال العقد الأول واجازته معا، فإذا ما صدرت الاجازة من القاصر بعد ذلك، فإنها تكون قد صدرت من غير مالكةا، فلا تسري في حق الدائن المرتهن، فينتقل الشيء إلى المشتري مثقلا بالرهن⁴. وللإجازة أثر رجعي مؤكدا للعقد المهدد بالإبطال، تجعله صحيحا من يوم ابرامه لا من وقت صدورها⁵.

¹ غنيمة لحلو خيار ، المرجع السابق، ص 130.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 174.

³ نفس المرجع، ص 176.

⁴ حمزة قتال، المرجع السابق، ص 163.

⁵ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 176.

2/ التقادم

يتبين من صريح المادة 101 مدني، يسقط حق التمسك به، ولذلك لا يمكن للمتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته أن يطالب به لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع بانقضاء أقل المدتين خمس سنوات من تاريخ زوال سبب نقص الأهلية، اكتشاف العيب بالنسبة للغلط والتدليس و انقطاعه بالنسبة للاكراه أو عشر سنوات من يوم إبرام العقد. وبالتالي، إذا أبرم عقد بيع في 28 مارس 2004 وقع المشتري في تدليس اكتشفه سنة بعد إبرام العقد أي في 3 أبريل 2005، يسقط حق المشتري في طلب إبطال العقد خمس سنوات من تاريخ اكتشاف التدليس، وهو تاريخ 3 أبريل 2010، أما إذا ظهر التدليس سبع سنوات بعد إبرام العقد يعني في 2011، فيسقط حق المشتري في التمسك بالإبطال في 28 مارس 2014 بأقل المدتين، أي ثلاث سنوات بعد اكتشاف العيب وعشر سنوات من يوم إبرام العقد. أما إذا كان العقد معيبا بعيب الغبن الناتج عن استغلال، فالمدة المسموح فيها بالتمسك بإبطاله هي سنة فقط من يوم إبرام العقد.

ومن البديهي أن بعد مضي مدة التقادم لا يقبل طلب الإبطال ويبقى العقد قائم ويرتب آثاره القانونية، ولن يهدد بالطعن في صحته، وتستقر الآثار بصفة نهائية.

ولذلك تعتبر المدة المقررة للتقادم في حالة وقوع أحد المتعاقدين في غلط تدليس أو اكراه مدة معقولة تراعي مبدأ استقرار المعاملات¹.

يجوز لمن تقرر الإبطال لمصلحته رفع دعوى الإبطال، كما يجوز له الدفع بالإبطال مقابل رفع المتعاقد الآخر لدعوى التنفيذ². وهذا الدفع في حقيقة الأمر هو دعوى فرعية، يرفعها المدعى عليه الذي تقرر الإبطال لمصلحته هذا الحق التمسك بالإبطال وفقا للإجراءات المعمول بها قانونا³.

ولأن الأمر يتعلق بسقوط الحق، فبعد انقضاء الأجل القانوني للإبطال لا يجوز لمن تقرر الإبطال لمصلحته أن يتمسك بذلك الحق لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع⁴.

المطلب الثاني: آثار البطلان

يترتب على تقرير بطلان العقد أو إبطاله زوال العقد بأثر رجعي ما لم يتطلب الصالح العام الإبقاء على بعضها على أن يصبح العقد الباطل مجرد واقعة قانونية.

الفرع الأول: زوال العقد بأثر رجعي

القاعدة زوال العقد بأثر رجعي، فيعتبر كأنه لم يكن، أي انكار وجود العقود في أي مرحلة من مراحلها بالنسبة للماضي والحاضر والمستقبل ويترتب على هذه القاعدة:

¹ غنيمه لخلو خيار، المرجع السابق، ص 128.

² نفس المرجع، ص 127.

³ حمزة قتال، المرجع السابق، ص 167.

⁴ غنيمه لخلو خيار، المرجع السابق، ص 127.

أولاً: إعادة المتعاقدين إلى الحالة السابقة على التعاقد هذه القاعدة تخص حالة تنفيذ العقد، فيجب رد المتعاقدين إلى الحالة السابقة على إبرام العقد. ولذلك، فالحكم بالبطالان يلزم كل متعاقد برد ما تسلمه بموجب العقد الباطل، فإذا كان العقد بيعاً مثلاً رد المشتري المبيع مع ثماره من وقت رفع الدعوى إذا كان حسن النية، ورد البائع الثمن الذي قبضه، كل هذا مع جواز المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية. أما في حالة عدم تنفيذ المتعاقدين للعقد، اعتبر الوضع السابق على التعاقد قائماً بينهما، فلا دائن ولا مدین هناك¹.

الاستثناءات

1 / الحكم بتعويض عادل: يسري هذا الحكم في صورتين، تتمثل الأولى في استحالة الرد لسبب العقود الزمنية، كعقد العمل لاستحالة رد رب العمل للعمل الذي أداه العامل، وكذلك في عقد الإيجار لاستحالة رد المستأجر المنفعة من العين المؤجرة إلى المؤجر².

أما الصورة الثانية، تتعلق بمخاطر الشيء محل العقد إذا كان شيئاً معيناً بالذات، فقد نظم المشرع مسألة تبعة هلاك المبيع، فاعتبرت المادة 369 مدني أن تبعة الهلاك تكون على البائع قبل التسليم وعلى المشتري بعد التسليم، وبالتالي بمجرد التسليم يتحمل المشتري تبعة الهلاك، ولكن في حالة البطلان أو البطلان، وبالنظر إلى الأثر الرجعي للبطلان أو الإبطال، يعتبر البائع كأنه لم يسلم الشيء، وبالتالي يتحمل المخاطر ما لم تكن نتيجة لخطأ المشتري عندها يتحمل هذا الأخير تبعة الهلاك فيلزم بالتعويض العادل³.

2/ الحد من الأثر الرجعي في حالات الحيابة

إذا ترتب على تنفيذ العقد الباطل أو الذي تقرر إبطاله انتقال حيابة شيء من أحد أطراف العقد للآخر، وكان الحائز حسن النية، فله الحق في الاحتفاظ بالثمار خلافاً لما تقضي به قاعدة الأثر الرجعي من وجوب ردها م 147 مدني.

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 179.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 184.

³ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 501.

3/ الحرمان الجزئي والكلي من الاسترداد

-الحرمان الجزئي من الاسترداد

نص المشرع على هذا الحكم الخاص بتقرير ابطال العقد لسبب نقص أهلية المتعاقد في المادة 2/103 التي لا تلزمه إلا برد ما عاد عليه من منفعة، ففي عقد البيع إذا أبطل البيع لنقص أهلية البائع، التزم المشتري برد المبيع، أما البائع ناقص الأهلية، فلا يلتزم إلا برد ما عاد عليه من منفعة، كما لو أنفقه على تعليمه أو علاجه، أما إذ كان بدده في القمار، فلا يلزم برده تفاديا لصورية الحماية نتيجة لعجزه عن طلب الابطال¹.

-الحرمان الكلي من الاسترداد

يعد هذا الحكم تطبيقا للقاعدة المعروفة في القانون الروماني " لا يعتد المرء بغشه " التي تبناها المشرع لأول مرة عند مراجعته للقانون المدني بموجب القانون 05-10 الذي أضاف له المادة 3/103 التي تحرم المتعاقد الذي كان سببا في عدم المشروعية مخالفة للآداب العامة أو كان عالما بها من الاسترداد.

ولا شك أن الغرض من الحرمان هو تجاهل القانون للوضع المترتب على بطلان العقد بسبب عدم مشروعية سلوك المتعاقد، وحرمانه من استرداد ما أداه كلما كان ذلك بمثابة عقاب له². إلا أنه نكون أما عقد باطل يترتب آثاره كأنه صحيحا³ مما يؤدي إلى تشجيع المتعاقد على ابرام العقود المخالفة للآداب⁴ مطمئنا لعدم رد ما أخذه بموجب هذا العقد الباطل⁵.

وكان الأجدر من المشرع في هذه الحالة مصادرة محل العقد لفائدة الخزينة العمومية لتحقيق فعالية البطلان كجزاء مدني يلحق العقد والمتعاقد معا.

ثانيا: سقوط حقوق الغير

إن أثر البطلان لا يقتصر فحسب على المتعاقدين، وإنما يمتد هذا الأثر إلى الغير⁶ كذلك. غير أن اعمال هذه القاعدة قد تؤدي إلى الإضرار بحقوق الغير حسن النية وإلى عدم استقرار المعاملات، مما يؤدي إلى المساس بالثقة

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 180.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 362.

³ غنيمة لخلو خيار ، المرجع السابق، ص 138.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 271، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 195.

⁵ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 185.

⁶ بالغير هو كل من تتأثر حقوقه بصحة أو بطلان عقد لم يكن طرفا فيه، فالغير بالنسبة لهذه المسألة ليس الغير الأجنبي عن العقد، وإنما الخلف الخاص الذي يخلف المتعاقدين في عين معينة بالذات أو في حق عيني علي فيلاي الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر الجزائر 2008 ص 349

والائتمان. ولذلك ترد على هذه القاعدة بعض الاستثناءات تهدف إلى حماية الغير. وفي هذا الشأن نفرق بين ما إذا كان العقد الصادر من المتصرف إليه بعقد باطل من أعمال الإدارة أو من أعمال التصرف:
فإذا صدرت من المتصرف إليه بعقد باطل عقود إدارة كعقد الإيجار، فإن هذه العقود تبقى برغم بطلان سند من صدرت عنه ما لم تكن انطوت على غش.

أما إذا صدر من المتصرف إليه بعقد باطل تصرف، فنفرق بين ما إذا كان محل العقد منقولاً أم عقاراً
فإذا كان موضوع التصرف منقولاً وتسلمه الغير بالسند الصحيح وحسن نية بأن كان يجهل سبب البطلان لسند سلفه، عندئذ يستطيع أن يمتلك هذا المنقول طبقاً لقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية م 835 مدني¹، فإذا باع عمر عملاً بهذه المادة منقولاً لزيد، فباعه لعلبي واستلمه هذا الأخير وهو يجهل تماماً بطلان العقد، فيثبت هذا المنقول في ذمة علي، وليس لعمر عند تقرير بطلان العقد استرداده من علي تطبيقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية².
أما إذا كان التصرف الباطل أو القابل للإبطال منصباً على عقار، يجوز للمشتري الثاني أن يكتسب ملكية العقار بالتقادم، كما تقضي به المادة 828 مدني في نصها: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في نفس الوقت إلى سند صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق" تعرف نفس المادة السند الصحيح على أن "هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق المراد كسبه بالتقادم ويجب اشهار السند"³.
فإن أثر البطلان أو الإبطال لا يمتد إلى هذا الغير الذي كسب حقاً على الشيء المتصرف فيه بحسن نية وقام بشهر عقده بتاريخ سابق على شهر دعوى البطلان أو الإبطال حسب المادة 19 و 519 من قانون الإجراءات المدنية والادارية الجديد⁴.

أما إذا كان الغير قد اكتسب العقار في تاريخ لاحق على شهر دعوى البطلان أو الإبطال، كما تنص عليه المادة 19 و 519 من قانون الإجراءات المدنية والادارية الجديد، فهو سيء النية لافتراض علمه بدعوى البطلان أو الإبطال، وبالتالي يتحمل نتائج البطلان⁵.

- بقاء الرهن الرسمي الصادر من المالك الذي زالت ملكيته بسبب الحكم بالبطلان

ونصت كذلك المادة 885 مدني "يقتضى صحيحاً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأي سبب آخر إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن".

طبقاً لهذه المادة، فإن بطلان العقد لا يسري في حق الغير المستفيد من الرهن طالما كان حسن النية⁶.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 193.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 350.

³ غنيمة لحلو خيار، المرجع السابق، ص 142.

⁴ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 194.

⁵ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 533.

⁶ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 350.

الفرع الثاني: المسؤولية عن البطلان

بما أن العيب ينشأ من أفعال سابقة أو مصاحبة لنشأة العقد، فإن المسؤولية عن الأضرار التي تحدثها هذه الأفعال تبقى خارج الإطار العقدي، فتجد مبنها في المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ¹.

كما أن العقد ببطلانه أو ابطاله يزول بأثر رجعي، ويعتبر وكأنه لم يكن فلا يصلح أساسا للتعويض، وإنما يكون التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

الفرع الثالث: الآثار العرضية المترتبة عن البطلان

قد يترتب على العقد الباطل أو القابل للإبطال آثار عرضية لا بوصفه عقدا، لأن العقد قد تقرر ببطلانه بأثر رجعي وأصبح لا وجود له قانونا، وإنما باعتباره عمل مادي، وهذه الآثار تضمنتها نظريتين وهما:

أولا: نظرية انتقاص العقد

إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال في شق منه، وصحيحا في شق آخر، فإن الشق الباطل هو فقط الذي يبطل، ويبقى الشق الصحيح قائما ومنتجا لآثاره.

استثناء: إذا تبين أن العقد لم يكن ليبرم دون شقه الباطل، فإن هذا العقد يبطل بأكمله.

ويشترط لتطبيق هذه النظرية وفقا للمادة 104 ق م الشروط الآتية:

- **بطلان أو قابلية الإبطال الجزئي للعقد:** تطبق هذه النظرية إذا كان العقد باطلا في بند من بنوده، كما إذا تضمن شرطا أو بعض الشروط المخالفة للقانون، كالشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في التصريح بالحادث المؤمن عليه (المادة 622 مدني) أو الشرط الذي يسقط أو ينقص من الضمان عندما يعتمد البائع إخفاء عيب في المبيع غشا منه (المادة 384 مدني).

- **قابلية العقد الباطل أو القابل للإبطال للتجزئة:** أما إذا كان الانتقاص ينال من تكييف العقد، فلا يغير من طبيعته القانونية، فيكون غير قابل للانقسام، فشرط اعفاء أحد الشركاء من الاسهام في أرباح الشركة ولا في خسائرها، ينال من طبيعة عقد الشركة، وبالتالي يبطل الشرط والعقد معا. 426 مدني، كما أن بطلان جزء من الصلح يقتضي بطلان العقد كله م 466 مدني.

- **الشق الباطل أو القابل للإبطال غير مؤثر:** فإذا كان هذا الجزء هو الدافع أو حمل المتعاقد على إبرامه، فلا ينقص الجزء الباطل من العقد دون الجزء الآخر، فإذا كان شرط ما رئيسيا لولاه لما أبرم العقد فلا يجوز انتقاصه. ويقدر القاضي درجة تأثير الشق الباطل بتطبيق معيار الرجل العادي، لأن الغرض من هذه النظرية ضمان استقرار المعاملات على حسب أمانة المتعاقدين، وفي هذا السياق يقتضي المشرع في بعض الأحيان بإنقاص العقد بقوة القانون دون مراعاة الشروط السالفة الذكر مثلما نص عليه في المادة 13 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش من بطلان شرط عدم الضمان في عقد الاستهلاك².

¹ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 547.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 368.

ثانيا: نظرية تحول العقد

إذا كان العقد باطلا أو قابلا لإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد. يشترط حسب المادة 105 ق م لتحول العقد الشروط الآتية:

- أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال.
- توافر كل عناصر العقد الجديد بالعقد الأصلي الباطل أو القابل للإبطال.
- اتجاه الإرادة المحتملة للمتعاقدين إلى إبرام العقد الجديد لو تبين بطلان العقد الأصلي.

وفي بعض الحالات يتدخل المشرع ليقضي بتحويل العقد بقوة القانون، مثل الهبة والتصرف في مرض الموت يتحولان إلى وصية طبقا لنص المادة 402 و 776 مديني جزائري.

الفصل الثالث: آثار العقد

إذا انعقد العقد صحيحا بأن توافرت فيه كل أركانه وشروط انعقاده، فقد أصبحت له قوته الملزمة، ويتحقق هذا الالتزام من ناحيتين، فهو الزام من حيث الموضوع، حيث يجب على المتعاقدين تنفيذ مضمون العقد أي تنفيذ الالتزامات التي ولدها، وهو الزام من حيث الأشخاص، بمعنى أن الالتزامات التي ولدها العقد لا تسري إلا في حق طرفي العقد، ومن يخلفهم في حقوقهم، ولا تمتد إلى الغير، وهذا ما يعرف بمبدأ نسبية العقد، ولذلك فإن دراسة آثار العقد تقتضي أن نعرض في مبحثين للمسائل الآتية:

المبحث الأول: مبدأ الأثر النسبي للعقد

يرتب العقد آثار فيما بين المتعاقدين ولا تمتد إلى الغير إلا استثناء، وهذا ما يعرف بمبدأ نسبية العقد الذي اعتمده المشرع في المادة 108 التي تنص ينصرف العقد إلى المتعاقدين... " والمادة 113 مديني التي تنص لا يربط العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا "مما يعني جواز تعاقد الشخص باسمه لمصلحة الغير.

ويبقى الغير في ظل هذا المبدأ معني بالعقد أو الأوضاع القانونية من حيث كونه واقعة مادية له الاحتجاج¹ بها لمصلحته أو ضده. وهذا ما يعرف بمبدأ نفاذ العقد الذي يسري في مواجهة كافة الناس وأخيرا لمبدأ نسبية أثر العقد حدودا تتمثل في الاستثناءات التي فرضتها الحياة الاجتماعية.

¹ يجوز للغير الاحتجاج برابطة عقدية لم يكن طرفا فيها، وذلك كما في حالة المضرور الذي يرجع بالمسؤولية العقدية على الما قول مستندا إلى عقد الما قوله بين الما قول والمالك، وكذلك إذا انتقلت حراسة الشيء إلى غير مالكة كمستأجر مثلا كان لمن أصابه ضرر بسبب هذا الشيء أن يرجع على المستأجر محتجا بالعقد الذي نقل إليه مسؤولية الحراسة وتبعاتها رمضان أبو السعود ، المرجع السابق، ص 20.

الأصل أن آثار العقد لا تتعدى إلى الغير، فإنها لا تقتصر على المتعاقدين الأصليين فحسب، بل تنصرف إلى الخلف العام، وفي بعض الأحيان إلى الخلف الخاص.

المطلب الأول: انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين وخلفهما العام والخاص

الفرع الأول: أثر العقد بالنسبة للمتعاقدین

تنصرف آثار العقد بمجرد إبرامه إلى المتعاقدين، فيصبح كل منهما دائنا بما له ومدينا بما عليه. والأصل أن لا تنصرف آثار العقد إلى غير عاقيه، ومع ذلك يقرر القانون انصراف آثار العقد إلى خلف المتعاقدين وإلى الدائنين¹.

الفرع الثاني: انصراف آثار العقد إلى الخلف

الخلف هو كل من تلقى حقا عن غيره، وهو نوعان خلف عام وخلف خاص.

الخلف العام هو من يخلف الشخص في كل حقوقه أو في جزء منها، وقد يكون هذا الخلف العام وارث أو موصى له بجزء من التركة.

أما الخلف الخاص، فهو من تلقى عن سلفه ملكية شيء معين أو حق عيني آخر على الشيء، كما يعتبر خلفا خاصا كذلك كل من ينتقل إليه حق شخصي كان سلفه دائما به من قبل، فمن يشتري منزلا أو أرضا يعتبر خلفا خاصا للبائع، بالنسبة لهذا الشيء الذي اشتراه منه، وكذلك من يتقرر له حق انتفاعه أو ارتفاق يعتبر خلفا خاصا لمالك الشيء، كما يعتبر خلفا خاصا المحال إليه، فهو يتلقى حقا من السلف وإن كان هذا الحق شخصيا، فالمتنازل له من الإيجار يعد خلفا خاصا للمستأجر الأصلي المتنازل، حيث تلقى منه حقا شخصيا، وهو الحق في الإيجار².

والقاعدة أن العقد تنصرف آثاره إلى الخلف العام وإلى الخلف الخاص على التفصيل الآتي:

أولا: انصراف آثار العقد إلى الخلف العام

القاعدة هي أن ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 246.

² نفس المرجع، ص 247.

القاعدة أنه بموت المتعاقد تنتقل حقوق العقد الذي أبرمه إلى ورثته وإلى الموصى له بحصة في التركة، فإذا كان السلف لم يستوفي حقوق العقد كان الخلف العام الحق في استيفائها، وإن كان السلف قد سبق أن استوفاه ونشأ له بالتالي حقا عينيا انتقل هذا الحق إلى الخلف.

فإذا مات البائع خلفه وارثه في الحقوق التي نشأت من عقد البيع وبخاصة حقه في اقتضاء الثمن من المشتري، وإذا مات المشتري ولم يكن قد تسلم المبيع كان لخلفه العام الحق في المطالبة بتسليم هذا المبيع، أما إذا كان السلف قد تسلم هذا المبيع وانتقلت ملكيته إليه فإن هذه الملكية تنتقل إلى الخلف العام.

أما بالنسبة للالتزامات التي يولدها عقد السلف فإنها لا تنتقل إلى الخلف العام، فالوارث غير ملزم بديون المورث، بل تؤخذ من التركة بعد تسديد مصاريف التجهيز والدفن وقبل تنفيذ الوصية م 180 أسرة، تطبيقا للقاعدة الفقهية " لا تركة إلا بعد سداد الديون "، وإنما ينتقل إلى الورثة ما تبقى من حقوق التركة بعد سداد الديون، فينتقل الحق إلى الخلف العام خاليا من الالتزامات¹.

ويلاحظ أن الخلف العام وإن كانت لا تنتقل إليه التزامات السلف إلا أنه يتأثر في واقع الأمر بهذه الالتزامات الناشئة عن عقود سلفه، فمثل هذه الالتزامات ستؤثر في مقدار الحقوق التي تنتقل إلى الخلف، حيث سيقبل مقدارها، فهو لن يصيبه من أموال التركة إلا تلك الأموال بعد استنزال الديون منها.

وإذا كانت القاعدة هي انصراف آثار العقد الذي أبرمه والسلف إلى الخلف العام إلا أنها ليست بقاعدة مطلقة حيث يرد عليها بعض الاستثناءات:

- لا تنصرف آثار العقد إلى الخلف العام إذا تبين من هذا العقد أن المتعاقدين قد اتفقا على عدم انصرافه إلى خلفهم العام، ومثال ذلك الاتفاق على عدم انتقال أجل الوفاء إلى الخلف العام للمدين بعد وفاته.
- إذا كانت طبيعة العقد لا تتفق وانتقال الآثار التي يربتها إلى الخلف العام، كما هي الحال في الإيراد المرتب مدى الحياة، إذ طبيعة العقد تقتضي انتهائه بموت صاحبه، وكما هو الأمر في العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي كالوكالة والشركة²، تنتهي حيث لا يمكن أن تنتج أثرا في المستقبل³.
- لا تنصرف آثار العقد إلى الخلف العام إذا نص القانون على ذلك، حيث يهدف القانون من هذا المنع حماية الورثة من بعض تصرفات مورثهم، فالقانون يسمح للشخص أن يتصرف في كل أمواله م 205 أسرة، فتكون تصرفاته في

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 249.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 201.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 249.

هذه الصدد نافذة في حق الوارث، ومع ذلك يقيد القانون حق المورث في التصرف في أمواله إذا كان تصرفه مضافا إلى ما بعد الموت، وذلك كالوصية، فيقرر القانون أن الوصية التي يرميها المورث لا تنصرف آثارها إلى ورثته إلا بحدود ثلث التركة، وذلك حماية للورثة من تصرفات مورثهم المضارة بهم، بل إن القانون قد قرر هذا الحكم كذلك في خصوص كل تصرف يصدر من المورث ويجري في مرض الموت على سبيل التبرع، حيث يأخذ هذا التصرف حكم الوصية أيا كانت التسمية التي يطلقها المورث والمتعاقد معه على التصرف الذي تم بينهما، فيقرر القانون أن كل تصرف يصدر من المورث في مرض موته يعتبر أنه قد أجري على سبيل التبرع ما لم يثبت عكس ذلك م 776¹، والعلة في ذلك أن حق الوارث يتعلق بمال المورث بمجرد حصول مرض الموت، فلا يملك المورث كامل التصرف في ماله الذي يعتبر في حكم المملوك لورثته، ولذا أعطى القانون التصرف الصادر من المورث في مرض الموت حكم الوصية واعتبر الورثة بالنسبة لهذه التصرفات بمثابة الغير².

ثانيا: انصراف آثار العقد الى الخلف الخاص

الخلف الخاص هو كل من يتلقى عن سلفه ملكية شيء معين أو حق عيني آخر على هذا الشيء، كما يعد خلفا خاصا كذلك كل من تلقى حقا شخصيا عن سلفه، فالمشتري يعد خلفا للبائع في الشيء والمحال له يعد خلفا للمحيل في الحق المحال به

ويراعى أن من يتلقى حقا شخصيا من الغير لا يعد خلفا خاصا إلا اذا كان هذا الحق موجودا من قبل في ذمة السلف، فالمحال له بالحق الشخصي كما رأينا يعد خلفا خاصا للمحيل، وذلك لأن الحق كان موجودا في ذمة الدائن المحيل، وأيضا فإن المتنازل له عن الايجار يعد خلفا خاصا للمستأجر المتنازل لأنه تلقى حقا كان موجودا في ذمة من تلقى منه³.

أما انشاء حق شخصي ابتداء، فلا يعتبر خلفا وانما يخلق علاقة دائنية بين الدائن والمدين، فمن ترتب له حقا شخصيا في ذمة آخر لا يعد خلفا خاصا له، وانما يعد دائنا للمستأجر يعد دائنا للمؤجر وليس خلفا خاصا له.

وبلاحظ أن من يعود إليه الحق نتيجة فسخ أو ابطال أو الغاء لا يكون خلفا خاصا للطرف الثاني، فالبائع الذي تعود إليه الملكية بمقتضى الحكم بالفسخ أو الابطال لا يعد خلفا خاصا للمشتري، وذلك لأن من مقتضى الأثر الرجعي للفسخ أو البطلان أن الملكية تعتبر كأنها لم تنتقل أصلا إلى المشتري، وانما لم تخرج أبدا من ذمة البائع.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص ص 432، 433.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 205.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 252.

والقاعدة في شأن انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص أنه إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتمثل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه، فإذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه، فإذا أبرم ملك العقار عقد تأمين ضد خطر الحريق الذي يمكن أن يتعرض له العقار، ثم قام المالك ببيع العقار إلى آخر، فإن الحقوق والالتزامات الخاصة بعقد التأمين الذي أبرمها السلف البائع لا تنصرف إلى الخلف المشتري إلا بتوافر شروط معينة:

يجب أن يكون العقد الذي أنشأ الحقوق والالتزامات التي يريد انتقالها إلى الخلف قد أبرمه السلف قبل انتقال الشيء من السلف إلى الخلف، ففي المثال السابق تنتقل حقوق والتزامات عقد التأمين من البائع إلى المشتري¹ م 24 من الأمر 07/95 بصفة استثنائية تقضي بعض النصوص بانتقال العقود المبرمة من طرف السلف إلى الخلف الخاص، مثل عقد الإيجار المبرم من طرف بائع العين المؤجرة الذي ينتقل إلى المشتري م 469 مدني².

أما إذا كان العقد الذي أبرمه السلف بخصوص الشيء قد تم بعد انتقال الشيء إلى الخلف، فلا ينصرف أثره إلى الخلف.

- يجب أن يكون العقد الصادر من السالف قد أبرم بخصوص الشيء الذي انتقل إلى الخلف، في المثال المتقدم إذا كان بائع العقار قد تبقى له أن أبرم قرض، فإن أثر هذا العقد لا ينصرف إلى المشتري، حيث لا يتعلق العقد بالشيء الذي انتقل إليه.

يجب أن تكون الحقوق والالتزامات التي يراد انتقالها إلى الخلف من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه، وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكملّة لهذا الشيء، كما تعد الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت محدده له.

فيعتبر الحق مكملًا للشيء الذي انتقل إلى الخلف إذا كان هذا الحق:

- ترتب لمصلحه الشيء ذاته، كحق ارتفاق تقرر لفائدة العقار المبيع.
- إذا كان هذا الحق تأميناً للشيء، فالحق الشخصي ينتقل إلى المحال له مع التأمينات التي تضمن هذا الحق.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 253.

² غنيمة حللو خيار، المرجع السابق، ص 186.

- إذا كان الغرض منه درء ضرر عن الشيء، بحيث يبقى عليه ويحفظه، ولذلك تنتقل آثار عقد التأمين الذي عقده البائع بخصوص الشيء إلى المشتري.

وتعتبر الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة لهذا الشيء من ذلك مثلاً انتقال الالتزام بعدم المنافسة إلى مشتري المحل التجاري، كما ينتقل إلى مشتري العقار الارتفاقات العينية الواردة على العقار¹.

ويشترط أخيراً لانتقال الحقوق والالتزامات التي تعتبر من مستلزمات الشيء إلى الخلف الخاص أن يكون هذا الخلف عالماً عند انتقال الشيء إليه بهذه الحقوق والالتزامات، فانتقال الحق الشخصي أو الالتزام من شخص إلى آخر لا بد فيه من وجود إرادة بقبوله ممن ينتقل إليه هذا الالتزام أو العلم بها على الأقل حتى يمكن افتراض قبوله له والعلم الذي يتطلبه القانون هنا هو العلم الحقيقي لا العلم المفترض أو القدرة على العلم، ويغني عن العلم الشهر العقاري بالنسبة للحقوق العينية².

أما انتقال الحقوق إلى الخلف، فإنه من الممكن للحلف المطالبة بهذه الحقوق حتى ولو لم يعلم بها علماً يقينياً، حيث تعتبر هذه الحقوق من ملحقات وتوابع الشيء الذي انتقل إليه.

المطلب الثاني: أثر العقد بالنسبة للغير

القاعدة لا تنصرف آثار العقد إلى الغير سواء كانت حقوق أو التزامات، وقد أكد المشرع على ذلك من خلال النص التعهد عن الغير كتطبيق أو صورة م 113 مدني لهذه القاعدة. واستثناء يجوز للغير اكتساب حق ترتب عن عقد لم يكن طرفاً فيه، ويتعلق الأمر بالاشتراط لمصلحة الغير م 113 مدني.

الفرع الأول: التعهد عن الغير

تناول المشرع موضوع التعهد عن الغير دون تعريفه في المادة 114 ق م، بينما أجمع الفقهاء على تعريف التعهد عن الغير بأنه: "التزام أو تعهد المتعاقد بأن يحمل الغير على الالتزام بأمر معين نحو المتعاقد الآخر"³. ويبدو للوهلة الأولى أن التعهد عن الغير هو استثناء من مبدأ نسبية أثر العقد، ولكن عند النظر في شروط قيام التعهد عن الغير، والآثار التي يترتبها، يتضح لنا أن هذا الوضع القانوني هو تطبيق لمبدأ الأثر النسبي للعقد⁴.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 255.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ص 255، 256.

³ فريدة زواوي المرجع السابق، ص 163.

⁴ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 443.

أولاً: شروط التعهد عن الغير

يقوم التعهد عن الغير بتوافر ثلاث شروط تتعلق على التوالي بالمتعهد 1 وبالغرض من التعهد 2 وبموضوع التعهد 3

1/ المتعهد

يقتضي التعهد عن الغير أن يتعهد المتعهد باسمه ولحسابه الخاص، وليس باسم أو لحساب الغير، وهذا ما يميز المتعهد عن الغير عن الوكيل والفضولي، حيث يتعاقد كل منها باسم ولحساب الموكل ورب العمل على التوالي.

2/ محل التعهد عن الغير:

الغرض من التعهد هو أن يلزم المتعهد نفسه لا أن يلزم الغير من دون إرادته، فطبقاً للمادة 113 مدني يعد باطلاً كل اتفاق يرمي إلى إلزام الغير.

3/ موضوع التعهد عن الغير

يتمثل محل التزام المتعهد في القيام بعمل معين هو حمل الغير على قبول الالتزام اتجاه المتعهد له دون تنفيذه، والالتزام المتعد هو التزام بتحقيق نتيجة، تقوم مسؤوليته إذا رفض الغير التعهد.

ثانياً: آثار التعهد

إذا توافرت الشروط السابقة نشأ التعهد صحيحاً، باعتباره عقداً ملزماً لجانِب واحد، فلا يمكن نقضه أو تعديله بإرادة أحد الطرفين، ويكون المتعهد ملزماً بتنفيذ ما ورد فيه وبحسن نية، فإذا قام بذلك انقضى التعهد، وإذا حصل العكس، فيكون مسؤولاً ما لم يثبت أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي طبقاً للمادة 307 مدني.

1/ آثار التعهد عن الغير بالنسبة للغير

أن التعهد عن الغير يلزم المتعهد لا الغير، وبالتالي فهذا الأخير له حرية قبول موضوع التعهد أول رفضه دون أن يكون مسؤولاً.

وقد يكون قبول الغير صريحاً أو ضمناً أما بالنسبة للأثر المترتب على القبول بالنسبة للغير، فإنه يجب التفرقة بين فرضين:

- **التعهد الواقع على أمر في المستقبل:** كما لو تعهد شخص إزاء آخر بجعل ثالث يقبل راضٍ التعهد له، ففي مثل هذه الحالة يكون التعهد عن الغير مستقلاً وقائماً بذاته، وفي حالة صدور قبول من الغير يعني إبرام العقد بينه وبين المتعهد له من ذلك التاريخ، فلا يكون لهذا العقد أثراً إلا بالنسبة للمستقبل ومن يوم إبرامه.
- **موضوع التعهد أمر ماضي:** إذا كان موضوع التعهد تابعا لعقد آخر، كعقد قسمة أو شركة أو وكالة، فإن للإقرار أثر رجعي، لأن هذا الذي يتفق مع قصد ذوي الشأن.

2/ رفض المتعهد للتعهد

للغير حرية رفض موضوع التعهد، فتقوم مسؤولية المتعهد ولا تنتفي إلا بإثبات السبب الأجنبي أو حلوله محل الغير في تنفيذ التزامه في حالة قبوله للتعهد ما لم يكن هذا التنفيذ متصلاً بشخص الغير، حيث يعتبر هذا التنفيذ التزام بدلي لالتزامه الأصلي بالتعويض¹.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 263.

الفرع الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد بين شخصين يرمي إلى انشاء حقوق لفائدة شخص أجنبي عن العقد، يشترط في هذا التصرف القانوني أحد المتعاقدين يدعى المشتراط - على المتعاقد معه يدعى المتعهد- أن يقوم بأداء معين لفائدة شخص ثالث أجنبي عن العقد - يدعى المستفيد أو المنتفع- استثناء على مبدأ نسبية العقد، يكتسب الغير حقوقا من عقد لم يكن طرفا فيه. ومن بين عقود الاشتراط الأكثر تداولاً بين الناس عقد التأمين، عرفه المشرع في المادة 1/2 من الأمر رقم 07/95 المعدل والمتمم كما يلي: " إن التأمين في مفهوم المادة 619 مدني، عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو ايراد أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد، وذلك مقابل أقساط أو أي دفعات مالية أخرى".

لقد عرفت هذه الحالة الاستثنائية - التي أخذ بها المشرع- تطورا تاريخيا، حيث كان القانون الروماني لا يعتبر بالاشتراط لمصلحة الغير إلا في بعض الحالات الاستثنائية، ومنها الهبة المشروطة، ثم حاول القانون القديم التوسيع في هذه الحالات الاستثنائية، إلا أن قانون نابوليون لسنة 1804 أخذ بتصور ضيق فوضع من خلال المادة 1121 مدني فرنسي شروط مقيدة لصحة الاشتراط لمصلحة الغير، لكن تحت ضغط الحاجات العملية، مثل التأمين على الحياة، وعقد نقل البضائع، تخلى الاجتهاد الفرنسي على هذه الشروط، فتوسع مجال الاشتراط لمصلحة الغير. ولقد أخذت جل القوانين الحديثة بالاشتراط لمصلحة الغير.

تناول المشرع هذه المسألة في المواد من 116 إلى 118 مدني، فعين شروطها وآثارها.

الفرع الأول: شروط الاشتراط لمصلحة الغير

إضافة إلى الشروط العامة الواجب توفرها في كل العقود من تراضي ومحل وسبب تتطلب صحة الاشتراط لمصلحة الغير بعض الشروط الخاصة، منها ما يتعلق بالمشتراط ومنها ما يتعلق بالمنتفع ومنها ما يتعلق بالمتعاقدين.

أولاً: الشروط المتعلقة بالمشتراط

زيادة على الشروط المتعلقة بالأهلية وسلامة الرضا، تشرط المادة 116 مدني أن يتعاقد المشتراط باسمه وأن تكون له مصلحة في الاشتراط.

- تعاقد المشتراط باسمه

يجب على المشتراط بموجب المادة المذكورة أعلاه أن يتعاقد باسمه ولحسابه وليس باسم المستفيد لكي يبقى أجنبيا على العقد، وأما إذا تعاقد باسم المستفيد، فنكون بصدد نيابة، وبالتالي يصبح المستفيد طرفا في العقد، وتستبعد عملية الاشتراط لمصلحة الغير¹.

- مصلحة المشتراط

يجب أن تكون للمشتراط مصلحة مشروعة في تنفيذ الالتزامات المشروطة على المتعهد، ويستوي أن تكون هذه المصلحة مادية أو أدبية حيث تنص المادة 116 مدني " يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة للغير، إذا كان له في الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية...." وقد تتمثل المصلحة المادية في قضاء دين،

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 447.

كأن يشترط البائع على المشتري أن يدفع الثمن إلى دائئه، وقد تكون المصلحة أدبية في عقد التأمين إذا اشترط المؤمن له على شركة التأمين أداء مبلغ معين عند وفاته لأبنائه.

ولا يشترط لصحة الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المشتراط دائئا للمتعهد، بل يكفي أن تكون له مصلحة في تنفيذ الالتزامات المشروعة.

- تعيين المنتفع

يتمثل الشرط المتعلق بالمنتفع في تعيينه، ويجوز بمقتضى أحكام المادة 118 مدني: "... أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا كما يجوز أن يكون شخصا لم يعين من قبل".

- المنتفع شخص مستقبلي

يجوز أن يكون المنتفع شخص مستقبلي غير موجود وقت إبرام عقد الاشتراط، بل يكفي موجودا وقت تنفيذه

- المنتفع قابل للتعيين

يجوز أن يكون المنتفع غير معين وقت الاشتراط لمصلحة الغير شريطة أن يكون تعيينه قابل للتعيين مستقبلا، كأن يقوم رب العمل بالتأمين لمصلحة عماله دون تحديد لذواتهم، فالعبرة هي بوجود وامكانية تعيين المنتفع وقت ترتيب العقد لآثاره، ويجوز للمشتراط ترك تعيين المستفيد إلى وقت لاحق الذي يجوز بعد تعيينه دائئا للمتعهد بأثر رجعي، أي من يوم قيام الاشتراط لمصلحة الغير للمشتراط أيضا بموجب أحكام المادة 117 مدني الحق في استبدال المنتفع بشخص آخر وله أن يحل محل المنتفع¹.

لا يشترط موافقة المنتفع لصحة عقد الاشتراط، ولكن عند اعلان المنتفع للمشتراط أو للمتعهد رغبته في الاستفادة من الاشتراط، تصبح هذه الأخيرة غير قابلة للنقض م 117 مدني.

- انصراف ارادة المتعاقدين إلى انشاء حق مباشر للمنتفع

الاشتراط لمصلحة الغير يرمي إلى انشاء حق مباشر لفائدة شخص أجنبي عنه، ومن ثم لا بد أن تنصرف ارادة المشتراط والمتعهد معا إلى انشاء حق مباشر للمستفيد، ولا بد من الإشارة إلى تشابه هذه الحالة مع بعض الأوضاع المقاربة لها، مثل الولاية والوكالة. ولا يمكن للولي أو الوكيل انشاء حقا مباشرا للمنتفع إذا قام بالاشتراط لمصلحة موكله، أو القاصر الذي يمثله، وذلك لأن القاصر أو الموكل هو الذي يتعاقد من خلال شخص الولي أو الوكيل، فالعبرة هي انشاء حق يلحق بذمة المستفيد دون أن يمر بذمة المشتراط، بحيث يكون للمستفيد الحق في مطالبة المتعهد مباشرة بتنفيذ ما تعهد به.

ثانيا: آثار الاشتراط لمصلحة الغير

تظهر الآثار التي يربتها الاشتراط لمصلحة الغير في العلاقات الثلاث الآتية:

- علاقة المشتراط بالمتعهد

علاقه المشتراط بالمتعهد تحدد العلاقة طبقا للعقد الذي يبرمه الطرفان، وعلى كل واحد منهما أن يتحمل، وينفذ ملتزم به طبقا للقواعد العامة، يلتزم كل من المتعهد والمشتراط بتنفيذ التزاماتهما وفقا للعقد، وإذا امتنع أحدهما على تنفيذ

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 449.

العقد يكون للطرف الآخر الحق في الدفع بعدم التنفيذ أو طلب الفسخ، وللمشتري حق في مراقبه تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع طبقا للمادة 116 مدني، فله أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك، غير أنه في حالة امتناع المتعهد عن تنفيذ التزاماته يكون للمشتري وحده الحق في المطالبة بفسخ العقد.

- علاقته المشتري بالمنتفع

تحدد هذه العلاقة في ضوء ما قصده المشتري، فقد يقصد من خلال اشتراطه على المتعهد مثلا تبرعا لفائدة المنتفع، وقد يقصد معاوضة كأن يكون مدينا للمنتفع، فيؤدي ما عليه من خلال الاشتراط لمصلحة دائنه المنتفع وتجدر الإشارة إلى أن المادة 117 مدني تسمح للمشتري دون غيره من ورثته أو دائنيه نقض المشاركة ما لم يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد.

إلا أنه في عقد التأمين على الحياة، يمتد حق المؤمن له في نقض الاشتراط إلى ورثته بشرط أن يمارس هذا النقض في أجل ستة أشهر على الأقل من انذار المستفيد لقبول الاستفادة من التأمين، كما يجوز للمؤمن نقض الاشتراط وفق نفس الشروط بشرط أن لا يقبل مستفيد آخر غير ورثة المشتري.

لا يترتب على نقض الاشتراط ابراء ذمة المتعهد تجاه المشتري، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك، للمشتري احوال منتفع آخر محل المنتفع الأصلي، كما يمكن له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من الاشتراط م 2/117 مدني¹.

- علاقته المتعهد بالمنتفع

يصبح للمنتفع أي المستفيد بعد قبوله للاشتراط حقا مباشرا اتجاه المتعهد، ومن ثم فله الحق في مطالبة المتعهد بالوفاء، وله أن يجبره على ذلك إذا اقتضى الأمر وأما عن طبيعة حق المنتفع، فهو حق شخصي ومباشر لا يمر بذمة المشتري ولا شأن عندئذ لدائن المشتري بهذا الحق، وأما دائي المتعهد فإنهم يتزاحمون مع المنتفع للتنفيذ على أموال المتعهد، وينشأ حق المنتفع من وقت إبرام العقد ولو صدر القبول في وقت لاحق، ويكون العقد هو مصدر هذا الحق، وعليه فإن كل ما يتأثر به العقد يتأثر به هذا الحق، فيجوز للمتعهد أن يتمسك بالدفع الشخصية والخاصة به في مواجهة المنتفع كالدفع بنقص أهليته أو الدفع بعيب من عيوب الرضا ولو أن يتمسك أيضا بكل الدفع التي يستطيع أن يدفع بها في مواجهه المشتري ما لم تتعلق هذه الدفع بشخص المشتري، كالدفع ببطالان أو ابطال العقد أو الفسخ م 2/116 مدني².

¹ غنيمة لحو خيار، المرجع السابق، ص 190، 191.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 450.

المبحث الثاني: أثر العقد من حيث الموضوع

إذا نشأ العقد صحيحاً، تولد عنه التزامات على كلا طرفيه، فيصبح كل منهما مسؤولاً عن تنفيذ ما التزم به، وهذه هي المسؤولية العقدية التي تعد بمثابة الجزاء للقوة الملزمة للعقد، غير أن تحديد أثر القوة الملزمة للعقد يقتضي أن نحدد أولاً موضوع أو مضمون التعاقد، فنعرض في مطلب أول لمضمون العقد، وفي مطلب ثاني للمسؤولية العقدية.

المطلب الأول: تحديد مضمون التعاقد

ينشأ عن العقد الصحيح التزامات، يلتزم المتعاقدان بتنفيذها، والمتعاقد لا يلتزم إلا بما ورد في العقد، وقد يحتاج العقد إلى تفسير عباراته الغامضة، فإذا تم تفسير عبارة العقد أمكن تحديد نطاقه، والتزم المتعاقدان بتنفيذه دون نقص أو زيادة، وذلك تطبيقاً للقاعدة الشهيرة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين.

الفرع الأول: تأويل العقد

لا تثار مشكلة التفسير إلا عند حصول نزاع بين أطراف العقد حول تنفيذ عبارات العقد التي تعبر عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وعبارات العقد قد تكون عبارة واضحة في الدلالة على هذه الإرادة المشتركة، وقد تكون عبارة غامضة تحتاج إلى تفسير، وقد يثور الشك في تبين هذه الإرادة إذا كانت العبارة تحتمل أكثر من معنى، فنعرض لحالات التفسير الثلاث:

أولاً: فإذا كانت عبارة العقد واضحة، فالأصل لا تحتاج إلى تفسير، ولا يجوز للقاضي الانحراف عن المعنى الحرفي للألفاظ، وهي واجبة التطبيق عملاً بمبدأ القوة الملزمة للعقد¹.

ثانياً: أما إذا كانت عبارات العقد غامضة، كأن تكون تحتمل أكثر من معنى، أو كانت متداولة عرفاً، ولكن لا معنى قانوني محدد لها، وقد يحصل الغموض عند تعرض بنود العقد مع بعضها أو مع بنود مستند آخر له علاقة بالموضوع ذاته²، فإن الأمر يحتاج بالضرورة إلى تفسير، وفي هذا الصدد يقضي المشرع وجوب التفسير للتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

1/ عبارات غامضة تتضمن الإرادة المشتركة للمتعاقدين: وهي تحتمل أكثر من معنى، ويمكن للقاضي ترجيح معنى عن آخر، وبالتالي التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين. وذلك باستعمال عدة عوامل أوردها المشرع في المادة 111 مدني

¹ غنيمة لخلو خيار، المرجع السابق، ص 165.

² مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص ص 706، 708.

● **طبيعة التعامل:** فعند احتمال عبارة العقد أكثر من معنى، فعلى القاضي أن يحمل العبارة المعنى الذي يعد متفقا مع طبيعة العقد وموضوعه، كاشتراط المعير في عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشيء أو مثله، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادا عارية استهلاك، بل قصد المعير أن يلزم المستعير في حالة هلاك الشيء برد مثله لا بأن يدفع تعويضا.

● **العرف الجاري في المعاملات:** العرف هو سنة مستقرة غير مخالفة للنظام العام يعمل بها الناس في حالة انعدام نص قانوني، عند غموض عبارات العقد يلجأ القاضي للعرف، فيأخذ بالمعنى الذي استقر عليه¹.

ومن هذه العوامل كذلك ما ينبغي أن يتوافر في التعامل من أمانه وثقة، فتقتضي الأمانة أن على من وجه إليه الإيجاب أن يفهم عباراته بما يفرض التعامل من أمانه إذا تبين له أن هناك خطأ في التعبير، فإن الأمانة تقتضي منه ألا يستغل هذا الخطأ، بل يجب عليه أن يأخذ بالمعنى الحقيقي المراد من التعبير طالما أن الطرف الآخر أمكنه أن يدركه أو كان في إمكانه ذلك.

أما **الثقة** تقتضي أن من يتلقى تعبيرا عن الإرادة، فإن من حقه أن يفهمه على معناه الظاهر طالما لم يكن في إمكانه ادراك حقيقته معناه.

ومن العوامل التي يسترشد بها القاضي في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ولم يذكرها المشرع قاعدة **اعمال الكلام خير من اهماله** إذا كانت عبارة العقد تحتمل أكثر من معنى، فإنه يجب أن تحمل على المعنى الذي يجعل لهذه العبارة أثرا قانونيا منتجا متفقا مع روح العقد والمقصود منه، فمثلا إذا ورد في عقد بيع المنزل أن هذا البيع يشمل المنزل وما به من منقولات، فإن لفظ المنقولات لا يجوز حملها على ما في المنزل من قيم منقولة كالأثاث والمستندات، وإنما يحمل على أثاث المنزل فقط، وإلا حملنا اللفظ ما لا يستقيم مع طبيعة العقد وقصد المتعاقدين.

وكذلك تخصيص حالة على سبيل الذكر لا يعني انفرادها بالحكم كأن يبيع شخص محلا تجاريا، فيذكر العقد على وجه الخصوص العتاد الموجود فيه كالثلاجة مثلا، فهذا لا يعني أن عملية البيع تقتصر على الثلاجة، بل تشمل كل العتاد الموجود في المحل².

ومن هذه العوامل كذلك **المفاوضات السابقة على التعاقد**، فهي تعين في الكشف عن اتجاه اراده المتعاقدين إلى غايه معينة، يجب أن تفهم على أساسها عبارات العقد، وكذلك فإن طريقة تنفيذ العقد تفيد في الكشف عن مضمون عبارة العقد الحقيقية إذا كان قد بدأ بتنفيذ هذا العقد.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 415.

² نفس المرجع، ص 414.

ويراعى أخيراً أن القاضي في استغلاله للإرادة المشتركة للمتعاقدين بالاستعانة بالعوامل السابقة، إنما يقضي في مسألة واقع لا قانون، ولذلك لا يخضع لرقابة محكمة النقض، أما تكييفه لما استخلصه من قصد المتعاقدين، فهو يخضع لتلك الرقابة¹.

2/ عبارات غامضة تتضمن حالة الشك

هي عبارات تحتمل أكثر من معنى، ولا يمكن للقاضي ترجيح معنى عن آخر باستعمال وسائل التفسير للكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فنكون أمام حالة الشك، وكحل لهذه المسألة قرر المشرع بأن يفسر الشك لمصلحة المدين م 112 مدني.

وقاعده وجوب تفسير الشك لمصلحة المدين هي قاعدة تستند إلى الاعتبارات الآتية:

الأصل طبقاً للمبادئ العامة في الإثبات براءة الذمة، والاستثناء هو الالتزام، ومن المعلوم أن الاستثناء لا يجب أن يتوسع في تفسيره، كما أن نية الملتزم هي في أن يلتزم في أضيق نطاق ممكن أن تتحمله عبارة العقد والبحث في النطاق الضيق هو الذي يوجد التوافق بين الإرادتين.

كما أن الدائن هو المكلف أصلاً بإثبات الالتزام، فإذا كانت عبارة كالعقد تحتمل مدى أوسع للالتزام، وعجز الدائن عن إثبات هذا المدى، فلا مناص عندئذ من الأخذ بالمدى الضيق للالتزام، والذي تمسك به المدين، فهذا المدى هو الذي قام عليه الدليل.

ويلاحظ أن لفظ المدين الوارد في النص، والذي تم تفسير الشك لمصلحته ليس المقصود به المدين الذي يقع عليه عبء الالتزام، وإنما المتعاقد الذي يقع عليه عبء الشرط محل التفسير.

فإذا كان الشرط الغامض محل التفسير يفرض التزاماً على أحد المتعاقدين أو يشدد من المسؤولية عن عدم التنفيذ بما يجاوز ما تفرضه القواعد العامة²، فإن الشك في مدلول هذا الشرط يجب أن يفسر لمصلحة هذا المتعاقد، فهو الطرف المدين بالالتزام، وهو الذي يقع عليه عبء تنفيذ الشرط الغامض.

أما إذا كان الشرط الغامض يعني أحد المتعاقدين من التزام تفرضه القواعد العامة أو يخفف من المسؤولية في تنفيذ هذا الالتزام، فإن الشك في مدلول هذا الشرط يجب أن يفسر لمصلحة المتعاقد الذي يضار من هذا الشرط، وهو الدائن بالالتزام، إلا أنه هو المدين في الشرط محل التفسير، مثال ذلك أن يرد في عقد الإيجار شرط يخفف من مسؤولية

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 208.

² نفس المرجع، ص 210.

المؤجر عن ضمان التعرض، فالشرط هنا يقع عبئه على المستأجر، فهو المدين في الشرط الغامض، بالرغم أنه هو الدائن أصلا في الالتزام بالضمان، فيجب أن يفسر الشك لمصلحته، أما إذا ورد في العقد شرطا يشدد من مسؤولية المؤجر في هذا الضمان، فالمؤجر هنا هو المدين في الشرط الغامض، وهو المدين في الشرط محل الالتزام أيضا، فيجب أن يفسر الشك لمصلحته.

ويلاحظ أخيرا أن وجوب تفسير الشك لمصلحة المدين يرد عليها استثناء معين هو ما جاء في المادة 112/ 2 مدني، ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى ولو كان دائنا¹.

الفرع الثاني: تحديد نطاق العقد

المقصود بتحديد نطاق العقد بيان الالتزامات التي تنشأ عنه وتقع على عاتق المتعاقدين، وفي هذا الصدد تقضي المادة 107 مدني لا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

فتحديد نطاق العقد لا يقتصر فحسب على ما ورد في العقد من أحكام، وإنما يجب أن يضاف إليه ما يعتبر من مستلزماته فضلا عن الأحكام التي تفرضها القواعد القانونية السارية على العقد حتى ولو لم تذكر فيه صراحة.

يتحدد نطاق العقد أولا بالأحكام أو الالتزامات التي وردت فيه صراحة أو ضمنا مثال ذلك أن يذكر في عقد الايجار الأجرة المتفق عليها التي يلتزم بها المستأجر والمدة التي يلتزم فيها المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع ومتى تبدأ هذه المدة وكيفية دفع الأجر، فكل هذه أحكام نص عليها العقد صراحة، فيجب العمل بها ويضاف إلى هذه الأحكام والالتزامات التي يمكن أن تكون ارادة المتعاقدين قد اتجهت إليها ضمنا.

كما يتحدد نطاق العقد بالأحكام والالتزامات التي تفرضها القواعد القانونية التي تسري على العقد، فإذا كان العقد ايجارا، فسوف ينطبق عليه حكم القواعد القانونية التي أوردها في خصوص عقد الايجار، وهذه القواعد قد تكون أمرة، تنطبق على العقد بغض النظر عن ارادة المتعاقدين، حيث لا تملك ارادة استبعاده.

كما يتحدد نطاق العقد أخيرا بما يعتبر من مستلزماته، وتحدد هذه المستلزمات بعدة اعتبارات أورد المشرع بعضها في نص المادة 107/ 2 مدني وهي القانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 211.

لقد سبق لنا من قبل تحديد ما يعتبر مستلزمات العقد وفقا للقانون ورأينا أن القواعد القانونية الآمرة والمكاملة التي لم تستبعد ارادة المتعاقدين تسري على العقد حتى ولو لم تذكر صراحة فيه.

كما يساعد العرف في تحديد ما يعد من مستلزمات العقد، فقد يجري العرف على فرض الشروط في بعض أنواع العقود، فيلتزم بها أطراف العقد حتى ولو لم تذكر تلك الشروط صراحة في العقد، ومن أمثله ذلك مجال على العرف من اضافة نسبة مئوية الى الحساب الذي يستحق على العامل عند اقامة في فندق من الفنادق، وكما جرى العرف في جهة ما أن يكون ثمن المياه المستهلكة على المؤجر أو العكس.

وتساهم العدالة هي الأخرى في تحديد ما يعد من مستلزمات العقد، فمن يبيع محله التجاري، يلتزم بأن لا يقوم بما هو من شأنه أن يؤثر في حجم المعاملات الخاصة بهذا المحل، وذلك عن طريق انتزاع العملاء مثلاً، وكذلك فإن العميل يلتزم بعدم افشاء أسرار المصنع الذي حصل عليه بعد بحكم عمله، كما يلتزم المؤمن له عند وقوع الحادث بأن يقوم بكل ما هو من شأنه أن يحد من نتائج الحادث، وهكذا تقع هذه الالتزامات حتى ولو لم يتفق عليها في العقد، فهي التزامات تفرضها العدالة، وتعد من مستلزمات العقد.

ويستعين القاضي أخيراً في تحديد مضمون العقد بطبيعة الالتزام، فمن يبيع سيارته مثلاً يفترض أنه قد باع معها ما يعد من أدواتها الضرورية التي لا تسير السيارة بدونها، وكذلك فمن يبيع محله التجاري، يفترض أنه باعه بكل دفاتره وسجلاته التي تبين مركز المحل وبيان عملائه.

ويلاحظ أخيراً أن القاضي لا يكمل العقد على ضوء ما تقدم إلا حيث يبدو أن الارادة قاصرة عن تنظيم مسألة معينة، فالقاضي يبدأ بالكشف عن الارادة بطرق التفسير المختلفة، فإن عجز عن التعرف عليه كان له عندئذ أن يكمل مضمون العقد بالاتجاه إلى الوسائل التي ذكرناها، فمضمون العقد ونطاقه، أولاً وقبل كل شيء بإرادة طرفيه، ويراعى أن تحديد مستلزمات العقد، والتي تدخل في نطاقه، إنما يعد من مسائل القانون، وتخضع بالتالي لرقابة محكمة العليا.

الفرع الثالث: القوة الملزمة للعقد

تقضي المادة 106 " أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ".

فالأصل أن العقد يلزم أطرافه بكل ما ورد فيه، فله القوة الملزمة التي تحتم على أطرافه تنفيذ كل ما اشتمل عليه، فهو شريعتهم التي لا يستطيع أحدهما بحسب الأصل أن يغير فيها لا بالنقض ولا بالتهديد، فالعقد يعد بمثابة القانون الذي يطبق في علاقه أطرافه، وإذا كان أساس هذه القوة الملزمة للعقد نتج في البداية من سلطان الإرادة إلا أنه يعتبر مع ذلك مبدأ تفرضه مصلحة المجتمع الذي تفرض وجوب احترام للعقود حتى يستقيم نظام المجتمع فلن يتحقق الاستقرار والطمأنينة في التعامل إذا سمح للمدين أن ينقض ما تعهد به وعدم تنفيذ ما التزم به بمقتضى العقد.

هذه القوة الملزمة للعقد لها وجهان ويرد عليها استثناء، أما وجه هذه القوة الملزمة، فإنه يجب من الناحية الأولى التقيد بأحكام العقد، فلا أحد أطرافه أن يستقل بنقضه أو تعديله، وأما الوجه الثاني، فهو وجود تنفيذ العقد بحسن نية، وأما الاستثناء الذي يرد على هذه القاعدة أو يتعلق بالحق في طلب تعديل العقد إذا حدث ظرف طارئ.

أولاً: عدم جواز نقض العقد أو تعديله

1/ القاعدة: عدم جواز نقض العقد

العقد شريعة المتعاقدين، مقتضى ذلك أنه ليس للقاضي أو أحد المتعاقدين نقضه.

الاستثناء:

- النقص الاتفاقي: ويسمى أيضاً لدى الفقه بالتقابل، حيث يجوز للمتعاقدین الاتفاق على نقض العقد في وقت لاحق على إبرامه 2/107 .

- النقص التشريعي: لقد أجاز القانون لأحد المتعاقدين نقض العقد بإرادته المنفردة، كإنهاء رب العامل لعلاقة العمل إذا توفرت شروط معينة طبقاً للمادة 69 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل، كما أنه للعامل إنهاء علاقة العمل وفقاً لشروط معينة طبقاً للمادة 68 من قانون 11 / 90 المتعلق بعلاقات العمل، وأيضاً يجوز للموكل إنهاء الوكالة في أي وقت وفقاً للمادة 587 مدني.

2/عدم جواز تعديل العقد

فإذا كان العقد شريعة المتعاقدين، فإن مقتضى ذلك أنه لا يجوز للقاضي أو أحد أطراف العقد أن يستقل بإجراء تعديل في أحكامه.

الاستثناء:

-التعديل الاتفاقي: يجوز للمتعاقدین تعديل الاتفاق الأصلي باتفاق جديد يستوفي كل الشروط القانونية لصحة العقد، وكذا الشكل المطلوب لصحة العقد الشكلي، فتعديل عقد الشركة يكون في شكل رسمي كالعقد الأصلي.

-التعديل القضائي: يجوز للقاضي تعديل العقد وفقاً للأسباب التي يقررها القانون في الحالات الآتية:

* تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء المدين من تنفيذها م 110 مدني.

* تعديل الالتزامات لرفع الغبن الاستغلالي م 90 مدني.

* تعديل الشرط الجزائي م 184 مدني.

* منح المدين حسن النية أجل قضائي لتنفيذ التزامه.

* تكملة الثمن لرفع الغبن إلى 5/4 ثمن المبيع وقت البيع.

ثانيا: وجوب تنفيذ العقد بحسن نية

تقضي المادة 1/107 مدني يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وحسن النية والمعنى الذي يسود تنفيذ العقود جميعا ولم يعد القانون الحديث يميز كما فعل القانون الروماني بين العقود الحرفية التنفيذ وبين عقود حسن النية، ومن نتائج مبدأ وجوب تنفيذ العقد بحسن نية أنه إذا تعددت وسائل تنفيذ الالتزام، فإنه يجب على المدين أن يختار الوسيلة التي تتفق مع الأمانة والنزاهة أي تتفق مع حسن النية.

وحسن النية في تنفيذ العقد يعد مبدأ لا يقتصر مراعاتها على المدين وحده، بل يجب على الدائن أيضا أن يكون حسن النية في استعمال حقه غير متعسف فيه، فالمؤمن له من الواجب عليه أن يبذل ما في وسعه لعدم تفاقم نتائج الحريق.

كما يقتضي حسن النية وجوب التعاون بين طرفي العقد على تنفيذه خاصة في العقود المستمرة التنفيذ، فمثلا يلتزم المستأجر بإخطار التاجر بكل ما يلزم تدخله لإجراء اصلاحات ضرورية بالعين المؤجرة م 497 مدني، وفي عقد الوكالة يجب على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة م 577 مدني.

أي أنه لا يلحق هذا التنفيذ أضرارا بأحد المتعاقدين، حيث يمكن القول أن حسن النية يعكس مفهوما اجتماعيا للعقد، فيعتبر كشركة صغيرة أين يشتغل كل طرف فيها من أجل هدف مشترك، وهو في نفس الوقت مجموعة الأغراض الفردية¹.

ويعتد القانون بحسن النية في تقريره لبعض الأحكام القانونية من ذلك مثلا منح المدين نظرة الميسرة أي مهلة أو أجلا للوفاء بالدين إذا كان في عدم تنفيذه الالتزام حسن النية، وبالعكس يسأل المدين عن تعويض الدائن عن الأضرار التي تصيبه إذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى سوء نية المدين، بل إن القانون يتشدد في تقدير هذا التعويض بجعله يشمل الأضرار غير المتوقعة إذا كان المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما².

¹ غنيمة لخلو خيار، المرجع السابق، ص 151.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 218.

وحسن النية مفترض في العقد، وعلى المتعاقد الذي يدعي سوء نية المتعاقد معه أن يثبتته ولا يجوز للقاضي اثارته من تلقاء نفسه¹.

ثالثا: نظرية الظروف الطارئة

يجوز للقاضي التدخل لتعديل العقد لإعادة التوازن العقدي بموجب أحكام نظرية الظروف الطارئة م 3/107 مدني.

1/ شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

أ: وجود عقد متراخي التنفيذ: كالعقود الزمنية والعقود المحددة التي يرجأ تنفيذها ما لم يكن ذلك راجع إلى خطأ المدين كعدم تسلمه للمبيع بالرغم من اعذاره.

ب: وقوع حادث استثنائي عام بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه: فهو حادث غير متوقع حسب ما هو مألوف في الحياة كزلزال أو اعصار.

ومعنى أن يكون عاما أن يكون الحادث الاستثنائي شاملا للمدين وغيره من الناس كطائفة التجار المستوردين لسلعة معينة أو بالنسبة لمكان معين كحدوث حريق في قرية. عموما أن لا يكون هذا الحادث خاصا بالمدين كمرض يصيبه أو حريق يلتهم محصوله أو تسمم مواشيه².

ج: أن يجعل الظرف الطارئ التزام المدين مرهقا

وتقدير جسامة الخسارة الحاصلة للمدين، يكون عن طريق تطبيق المعيار الموضوعي بالنظر إلى المدين العادي، ولذلك إذا كان من شأن تنفيذ الالتزام الأصلي يؤدي إلى حدوث خسارة فادحة للمدين، فمن الواجب تطبيق هذه النظرية حتى لو كان هذا المدين في واقع الأمر واسع الثراء، كما لو كان المدين هو الدولة أو كان قد التزم بتوريد سلعة معينة ارتفع سعرها بشكل فادح، كان قد احتفظ بها في مخزنه فلن يتأثر بسعرها.

أما إذا كان من شأن الحادث الاستثنائي جعل التزام المدين مستحيلا لا مرهقا نطبق نظرية القوة القاهرة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ ولا نطبق نظرية الظروف الطارئة التي تؤدي إلى رد الالتزام المهرق إلى الحد المعقول³.

¹ غنيمة لحلو خيار ، المرجع السابق، ص 153.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 227.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 223.

2/ أثر الظروف الطارئة:

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد التوازن بين مصلحة الطرفين رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وفقا للآليات الآتية:

- **انقاص التزامات المدين:** فإذا التزم مصنع بتوريد سلعة معينة، ثم حدث ظرف طارئ أدى إلى نص في الانتاج، فأصبح من العسير عليه توريد ما التزم به، عندئذ يجوز للقاضي انقاص الكميات المطلوب توريدها إلى القدر الذي يراه كافيا لرد التزام المصنع إلى الحد المعقول.
 - **زيادة التزام الدائن:** كما إذا التزم تاجر بتوريد سلعة ما ارتفع سعرها في السوق، فإنه يجوز للقاضي الزيادة في التزام الدائن (الثمن الذي يدفعه المشتري) إلى الحد المعقول الذي لا يزيل كل الخسارة التي يتحملها البائع، وإنما يرفعه إلى الحد المعقول، بحيث يبقى جزء من الخسارة من الممكن أن يتحملها التاجر.
 - وفي هذه الحالة لا يجوز اجبار المشتري على الشراء بهذا الثمن، فيكون له الحق في طلب الفسخ¹. دون تعويض، وفي ذلك اعفاء للمدين من تنفيذ الالتزام المرهق.
 - **وقف تنفيذ العقد:** كلما كان من الممكن زوال هذا الحادث، ما لم يؤدي إلى الاضرار بمصلحة الدائن.
 - **الأجل القضائي:** يجوز للقاضي منح المدين أجل لتنفيذ التزامه بالصورة التي يضع اطارها لتحقيق التوازن.
- وأحكام نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وكل اتفاق على ذلك فهو باطل.

المطلب الثاني: المسؤولية العقدية

تنص المادة 307 مدني " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه" رأينا أن للعقد قوة ملزمة تفرض على عاتق أطرافه تنفيذ ما اشتمل عليه هذا العقد، فإذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه، وكان التنفيذ العيني بواسطة المدين ممكنا وطلبه الدائن، فإن القاضي يجبر المدين على القيام به، أما إذا لم يكن التنفيذ العيني ممكنا أو كان ممكنا ولم يطلبه الدائن ولم يقيم المدين بإظهار استعدادده للقيام به، عندئذ يحكم القاضي بالتعويض للدائن إذا توافرت الشروط التي ينص عليها القانون، وهذه هي المسؤولية العقدية.

ولكي تتحقق المسؤولية العقدية لا بد من توافر أركانها وأركان المسؤولية هي: الخطأ العقدي والضرر والعلاقة السببية بينهما.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ص 229 وما بعدها.

الفرع الأول: الخطأ العقدي

يتمثل في اخلال المدين بالتزامه التعاقدي، يكون في صورة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه.

الفرع الثاني: ركن الضرر

هو الذي يصيب الدائن في حق مالي أو مصلحة مالية مشروعة ويكون مادي أو معنوي.

ولا يشمل التعويض إلا الضرر الحال والمباشر والمتوقع وقت إبرام العقد والشخصي والذي لم يسبق تعويضه، كما يشمل التعويض عن تفويت الفرصة وفقا للمادة 182 مدني.

الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

يشترط أن يكون الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر، وإلا انعدمت المسؤولية، ويمكن نفي العلاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

تعديل أحكام المسؤولية العقدية:

يجوز للمتعاقدین طبقاً للمادة 178 مدني، الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية إما بـ:

- الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية: كما لو اتفق المتعاقدان على قيام مسؤولية المدين رغم السبب الأجنبي.
- الاتفاق على التخفيف المسؤولية العقدية أو الاعفاء منها، بشرط ألا يكون عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي راجعاً لارتكابه غشاً أو خطأً جسيماً، غير أنه يجوز للمدين أن يتفق على اعفائه من المسؤولية الناتجة عن الغش أو الخطأ الجسيم المرتكب من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامهم.

الفصل الرابع: انحلال العقد وزواله

زوال العقد يتم بطريق الانقضاء أو الانحلال أو الإبطال

انقضاء العقد يكون بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه عن طريق الوفاء. وإذا انقضى العقد عن طريق الوفاء، وإذا انقضى العقد عن طريق الوفاء، فليس معنى ذلك ازالة للعقد الذي نفذ من أساسه وإنما يبقى هذا العقد سنداً لما تترتب عليه من التزامات واضحة وفاء ما تم تنفيذه منها.

وفي خصوص انقضاء العقد بالتنفيذ نفرق بين العقد الفوري والعقد الزمن، فالعقد الفوري ينقضي بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، أما العقد الزمني فلا ينقضي إلا بانقضاء مدته.

وقد يزول العقد عن طريق الانحلال، ويحدث ذلك قبل البدء في تنفيذ العقد غالباً، باتفاق الطرفين كالفسخ الاتفاقي الذي نعرضه لاحقاً، أو عن طريق التقايل باعتباره اتفاق الأطراف على انتهاء العقد¹.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 274.

المبحث الأول: فسخ العقد

تنص المادة 119 مدني: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك ". والفسخ هو حق المتعاقد في العقد الملزم للجانبين، في حل الرابطة التعاقدية نتيجة عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه.

المطلب الأول: شروط الفسخ

1/ أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين

أشارت المادة 119 مدني إلى هذا الشرط صراحة، فالفسخ يقوم على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة. وهذا التقابل لا يكون إلا في العقد الملزم للجانبين. فالقصد من الفسخ هو أن يتحلل المتعاقد من التزامه بسبب عدم قيام المتعاقد بوفاء ما التزم به، أما العقود الملزمة لجانب واحد كالهبة فإذا لم يوف المدين بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الثاني أن يطلب الفسخ حتى يتحلل من التزامه، فهو لم يلتزم بشيء، ولذلك فمن مصلحة الأخير ليس طلب الفسخ، وإنما طلب تنفيذ العقد¹.

2/ اخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

لقد أشارت المادة 119 مدني صراحة إلى هذا الشرط، حيث ورد في نص المادة "... إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه..." لقد سبق القول أن الفسخ هو جزاء امتناع المدين عن تنفيذ التزامه، وبالتالي لا يحق للدائن المطالبة بفسخ العقد إلا إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى خطأ المدين وإخلاله بالتزامه التعاقدي، ويقصد بعدم التنفيذ الانعدام الكلي لتنفيذ الالتزام، وكذلك التنفيذ الجزئي أو التأخر في التنفيذ، أو التنفيذ المعيب، ويكون المتعاقد أيضا قد أحل بالتزامه حتى ولو تعلق الأمر بالتزامات ثانوية أو تبعية.

ويلاحظ بأنه لا محل للقضاء بالفسخ إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي وإن كان هناك محلا للقضاء بالانفساخ أي دون حاجة إلى دعوى قضائية وبدون تعويض².

كما لا يكون محل للقضاء بالفسخ إذا كان عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه إنما يرجع إلى خطأ المتعاقد الآخر، لذلك إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه، فامتنع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه المقابل مستندا في ذلك إلى حقه في الدفع بعدم التنفيذ، فلا يجوز للطرف الأول أن يطالب بالفسخ، إلا إذا كان مستعدا لتنفيذ التزامه وأصر المتعاقد الآخر على عدم تنفيذ التزامه المقابل³.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 281.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 459.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 284.

3/ تنفيذ الدائن لالتزامه التعاقدى

هذا الشرط وإن لم يرد في المادة 119 مدني، إلا أنه يفرضه المنطق، ذلك أنه من غير المعقول أن يتمسك المتعاقد الدائن بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه إذا لم يوف بالتزامه التعاقدى أو على الأقل يكون مستعدا للوفاء به. أما وأنه في غير ذلك يكون في وضع لا يستحق حماية مصلحته هم طريق الحق في فسخ العقد - على حساب مصلحة المتعاقد الثاني¹.

المطلب الثاني: تقرير الفسخ

من حيث المبدأ إن الفسخ يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وهذا ما يعرف بالفسخ القضائي م 119 ق م، إلا أن هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام، ولذلك أجاز المشرع الفسخ الاتفاقي، كما قرر بموجب نصوص خاصة فسخ العقد قانونا، وهو ما يعرف بالفسخ القانوني.

الفرع الأول: الفسخ القضائي

يعد الفسخ من حيث طلبه والقضاء به أمرا اختياريا:

فهو اختياري بالنسبة للدائن، فيستطيع أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ العيني أو التنفيذ عن طريق التعويض، وبالعكس يستطيع الدائن إذا ما طالب مدينه قضائيا بالتنفيذ أن يعدل إلى طلب الفسخ. ولكن لا يجوز للدائن أن يجمع بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ في دعوى واحدة.

وللمدين وقبل صدور الحكم بالفسخ توقي فسخ العقد بأن يوفي بالتزامه أو على الأقل أن يعرض تنفيذ التزامه، فإذا تم ذلك فلا يبقى أمام القاضي إلا تقدير أحقية الدائن في التعويض بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

كما أن الفسخ جوازي للقاضي، حيث لا يكون ملزما بالحكم بالفسخ، فهو يتمتع بسلطة تقديرية في هذا الصدد، فقد يرى من الظروف وجوب الحكم بالفسخ، كما إذا لم ينفذ المدين التزامه جملة وتفصيلا، وكذلك إذا كان محل التزام المدين لا يقبل التجزئة، أو كان يقبلها ولكن الجزء الباقي بدون تنفيذ هو الجزء الأساسي في الالتزام.

وقد يرى العكس، حيث يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته.

وقد يرى القاضي من ظروف الدعوى منح المدين أجل قضائي ولو سبق اعذاره من الدائن قبل رفع الدعوى، إذا كان للمدين عذرا في عدم التنفيذ، أو أن الضرر حصل بفعل الدائن، أو أن الضرر الحاصل قليل الأهمية.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 460.

ويترتب على عدم التنفيذ المدين في الأجل القضائي اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه حتى ولو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك¹.

الفرع الثاني: الفسخ الاتفاقي

قد يتضمن العقد المراد فسخه طبقا للمادة 120 شرطا يقضي بالفسخ التلقائي للعقد بسبب عدم التنفيذ، وعلى العموم يتفق المتعاقدان على الشرط الفاسخ الصريح الذي يتحقق معه فسخ العقد دون حاجة إلى حكم قضائي. وأن تمتع الأطراف بحرية تامة في صياغة الشرط الفاسخ لا يعني تكرار أو التذكير بالقاعدة العامة التي تضمنها المادة 119 مدني أي بفسخ العقد عند عدم تنفيذ أحدهما لالتزاماته، وإنما يجب الاتفاق أيضا على استبعاد السلطة التقديرية للقاضي الذي يقتصر دوره على التحقق من توافر الشرط الفاسخ، هذا وما يجعل الحكم الصادر بشأن الفسخ الاتفاقي حكما كاشفا².

الفرع الثالث: الفسخ القانوني

يعتبر المشرع في بعض الحالات العقد مفسوخا بحكم القانون، وهذا ما ورد - على سبيل المثال - في المادة 392 مدني التي تنص: في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا عين أجل لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا وجوبا في صالح البائع ودون سابق انذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل وهذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

المطلب الثالث: آثار الفسخ

لقد أشار المشرع إلى آثار العقد في المادة 122 مدني التي تنص: إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض" ويلاحظ من هذا النص أن المشرع وحد آثار الفسخ الذي تنطبق على جميع صوره المختلفة الذي يترتب أثارا على المتعاقدين تتمثل في إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وقد تمتد هذه الآثار إلى الغير الذي يكون قد تلقى حقا من أحد المتعاقدين.

الفرع الأول: زوال العقد بأثر رجعي

إن مقتضى الفسخ هو زوال العقد وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد وبأثر رجعي، وبذلك يكون كل متعاقد ملزم برد ما تسلمه عينا، وإذا استحال الرد العيني، يتم الرد عن طريق التعويض الذي يتولى القاضي تحديده³.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 288 وما بعدها.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 461.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 463، 464.

إلا أنه في العقود الزمنية، يقتصر الفسخ على انهاء العلاقة العقدية بالنسبة للمستقبل فقط¹.

وللدائن طالب الفسخ، بالإضافة إلى حقه في استرداد ما دفعه، أن يطالب المدين بالتعويض إذا كان قد لحقه ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

الفرع الثاني: أثر العقد بالنسبة للغير

يمتد أثر الفسخ كقاعدة عامة إلى الغير، حيث تسقط كل الحقوق التي اكتسبها من أحد طرفي العقد الذي يعتبر بعد الفسخ وبسبب أثره الرجعي - كأنه لم يكن مالكا للمبيع. وترفع على الغير بصفته أجنبي عن العقد المفسوخ دعوى الاسترداد، فيلزم برد الشيء خاليا من الحقوق المترتبة بموجب العقد المبرم بينه وبين المدين.

إلا أن هذه القاعدة ترد عليها عدة استثناءات تستند إلى اعتبارات منها استقرار المعاملات وحسن النية، نذكر هذه الاستثناءات فيما يلي:

- الغير الذي كسب حقا بموجب عقد من عقود الادارة الحسنة كالإيجار الذي لا تزيد مدته عن ثلاث سنوات.
- الغير الذي اكتسب حقا عينيا على منقول بحسن النية طبقا للمادة 835 مدني.
- الغير الذي تقرر له حق على عقار وأشهره طبقا للمادتين 15 و 16 من الأمر 74 / 75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.
- الغير الذي ترتب لصالحه رهن رسمي.
- الغير الذي تملك بالتقادم طبقا للمادتين 827 و 828 مدني².

المبحث الثاني: انفساخ العقد وتحمل التبعة

ينفسخ العقد بقوة القانون لسبب أجنبي، ويتحدد من يتحمل تبعة الهلاك مدينا أو دائنا بناء على طبيعة العقد وما إذا كان عقد ملزم لجانبين أو ملزم لجانب واحد.

المطلب الأول: انفساخ العقد

تقضي المادة 121 مدني بأن: " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بحكم القانون "

¹ العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 316.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 465.

كما تنص المادة 307 مدني: " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا لسبب أجنبي عن ارادته ".

وانطلاقا من هذه النصوص، يمكن تعريف الانفساخ على أنه: انحلال العقد التبادلي بقوة القانون تبعا لانقضاء الالتزام لسبب أجنبي¹.

الفرع الأول: شروط الانفساخ

يلزم لانفساخ العقد توافر الشروط الآتية:

- يجب أن تكون استحالة التنفيذ ناشئة في تاريخ لاحق لقيام العقد، أما إذا كانت الاستحالة قائمة عند إبرام العقد، فإن العقد لا ينعقد أصلا، إذ أنه يقع باطلا لاستحالة محله.
- يجب أن الاستحالة في تنفيذ العقد كاملة، أما إذا كانت جزئية فلا يقع الانفساخ، فللدائن الخيار بين طلب الفسخ أو التنفيذ العيني لما بقي ممكنا من محل الالتزام.
- يجب أن تكون استحالة التنفيذ راجعة لسبب أجنبي عن المدين أي لا بد له فيه، فإذا كانت الاستحالة راجعة بسبب المدين فالعقد لا يفسخ، ويظل التزامه قائما، وأن تحول إلى تعويض لتعذر التنفيذ العيني².

الفرع الثاني: أثر الانفساخ

يترتب على الانفساخ زوال العقد من تلقاء نفسه، ولا حاجة هنا إلى الاعذار، لأن الاعذار لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ ممكنا، كما لا توجد هناك حاجة لصدور حكم قضائي بالفسخ، فالعقد يفسخ بقوة القانون، وإذا اقتضى الأمر الالتجاء إلى القضاء للتأكد من استحالة التنفيذ لسبب أجنبي، فإن الحكم الصادر بالفسخ هنا يعد موقرا لا منشئا للفسخ³.

لا مجال للتعويض، لأن عدم وفاء المدين بالتزامه يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

أما باقي الآثار، فيسري على الانفساخ ما يسري على الفسخ من انعدام الأثر بالنسبة للعقود الزمنية، وانحلال العقد بأثر رجعي، والأثر فيما بين المتعاقدان وبالنسبة للغير⁴.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 466.

² محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص 361.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 301.

⁴ محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص 362.

المطلب الثاني: تحمل التبعة

يجب أولاً أن نفرق بين تبعة الشيء وتبعة العقد، فالمقصود بتبعة الشيء، الخسارة التي تتمثل في ضياع قيمة الشيء بهلاكه بقوة قاهرة. أما تبعة العقد، فيقصد بها الخسارة التي تتمثل في انقضاء الالتزام العقدي باستحالة التنفيذ.

أما تبعة الشيء، فإنها تقع على مالكه ويطلق عليها أيضاً تبعة الملك. فإذا هلك الشيء بقوة قاهرة تحمل المالك الخسارة التي تتمثل في ضياع قيمة الشيء بهذا الهلاك.

أما تبعة العقد، فالأمر فيها يختلف بحسب ما إذا كان العقد من العقود الملزمة للجانبين أو الملزمة لجانب واحد. وهذا ما أخذ به المشرع استناداً إلى نص المادة 369 مدني: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن..."

وبناء على ذلك، فإذا كان العقد ملزم للجانبين، فإنه إذا انفسخ العقد بحكم القانون، كانت التبعة في انقضاء الالتزام الذي استحال تنفيذه واقعا على عاتق المدين بهذا الالتزام. وإذا كان الدائن قد وفى بالتزامه في وقت سابق، فله أن يسترد ما وفاه عينا أو بمقابل تطبيقاً لقاعدة إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد.

أما إذا كان العقد من العقود الملزمة لجانب واحد كعقد الهبة، فإن الذي يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين¹.

المبحث الثالث: الدفع بعدم التنفيذ

تقضي المادة 123 مدني بأنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما إلتزم به".

يتبين من هذا النص أن الدفع بعدم التنفيذ هو أن المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم بتنفيذ التزامه، فبدلاً من أن يطلب المتعاقد الآخر فسخ العقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا طالبه المتعاقد الأول بالتنفيذ.

والدفع بعدم التنفيذ في حقيقة الأمر هو تطبيق من تطبيقات الحق في الحبس.

المطلب الثاني: شروط الدفع بعدم التنفيذ

1- يجب أن يكون الدفع بعدم التنفيذ من العقود الملزمة لجانبين: والدفع بعدم التنفيذ من هذا الجانب

الذي يعد مجاله أضيق من الحق في الحبس الذي يمتد مجاله إلى العقود الملزمة لجانب واحد.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 302.

2- أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء: فلا يجوز الدفع بعدم التزام غير حال، وبناء على ذلك لا يستطيع البائع أن يمتنع عن تسليم المبيع إذا كان الثمن مؤجلاً. على أن الجدل القضائي لا يحول دون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

وإذا كانت طبيعة العقد تفرض على أحد المتعاقدين أن يكون هو البادئ بالتنفيذ، فلا يستطيع هذا المتعاقد أن يتمسك بعدم التنفيذ، كما هو الحال بالنسبة للعامل الذي يجب عليه أن يقوم بعمله أولاً، ولذلك لا يجوز له أن يدفع بعدم التنفيذ التزامه على أساس أن صاحب العمل لم ينفذ التزامه بعد بدفع الأجرة.

وإذا حدث وتمسك كل متعاقد من طرفي العقد بالدفع وامتنع عن تنفيذ التزامهما حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ ابتداء من ناحيته، عندئذ يجب اللجوء إلى إجراءات العرض الحقيقي والایداع، فيتم تنفيذ الالتزامين في آن واحد.

3- عدم التعسف في استعمال الدفع بعدم التنفيذ: وذلك بالتطبيق للمبدأ العام الذي يقضي بوجود مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد، وبناء على ذلك إذا كان الجزء الباقي بدون تنفيذ قليل الأهمية مقارنة بالالتزام في مجمله، فلا يجوز للدائن بهذا الالتزام أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه.

المطلب الثاني: كيفية استعمال الدفع بعدم التنفيذ

لا يعد الاعذار شرطاً للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ. كما ليست هناك حاجة إلى الالتجاء للقضاء للتمسك بالدفع، وإذا كان لابد من ذلك فقط إذا عارض أحد المتعاقدين في حق المتعاقد الآخر في التمسك بالدفع، كأن يدعي أنه قد نفذ التزامه أو الجانب الأكبر منه، عندئذ على القاضي أن يقدر أحقية التمسك بالدفع في هذا التمسك.

المطلب الثالث: الأثر المترتب على الدفع بعدم التنفيذ

إن التمسك بعدم التنفيذ هو وقف الالتزام الذي يقصد به الضغط على إرادة الطرف الآخر حتى يبادر إلى تنفيذ التزامه.

والأصل بعد التمسك بالدفع أن يبقى الالتزام بمقداره وحدوده الأصلية بغير نقص أو تغيير، باستثناء العقود الزمنية، حيث يترتب على وقفها نقص جزئي في تنفيذ الالتزام بقدر المدة التي يقف فيها هذا التنفيذ.

وأخيراً، فإن الدفع بعدم التنفيذ هو وقف تنفيذ الالتزام فحسب، ولذلك لا يسأل التمسك بالدفع عن الأضرار التي تصيب الطرف الآخر من جراء امتناعه عن التنفيذ.

الباب الثاني: الإرادة المنفردة

إذا كان العقد كمصدر للالتزام صادر عن توافق إرادتين فأكثر يمكن أن ينشئ التزامات أو يعدلها أو ينقلها أو يزيلها، فإنه تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بحرية الشخص في أن يلزم نفسه، بإرادته طالما كان ذلك في حدود القانون، يمكن للإرادة المنفردة أن تنشأ للالتزام، مما يعني أن المصدر المنشئ للالتزام قد يكون الإرادة المنفردة للملزم.

الفصل الأول: مفهوم الإرادة المنفردة

يقصد بالإرادة المنفردة إرادة شخص واحد، وهي تختلف عن العقد الذي يقوم على تطابق إرادتين لشخصين أو أكثر.

فالإرادة المنفردة هي تصرف قانوني صادر من جانب واحد، وهي قادرة على إحداث آثار قانونية متعددة.

المبحث الأول: التطبيقات التشريعية للالتزام بالإرادة المنفردة

لقد أقر المشرع قدرة الإرادة المنفردة على انشاء الالتزام في أحوال استثنائية تقررهما النصوص. ومن هذا نص القانون الجزائري على عدة حالات يكون فيها التصرف بالإرادة المنفردة مصدرا للالتزام، كالوعد بالجائزة الموجه للجمهور (م 115 ق م) والايجاب الملزم (م 63 ق م) والوعد من جانب واحد بالبيع أو بالشراء قبل إعلان الطرف الآخر رغبته (م 71 ق م)، والاشتراط لمصلحة الغير (م 116 ق م) وتطهير العقد المرهون (م 915 و 916 ق م) وصاحب السند يلتزم تجاه حامله بإرادة منفردة، وإدارة العقد القابل للإبطال (م 100 ق م) والاقرار الوارد في المواد 114 و 152 و 398 وفي المادة 83 من قانون الأسرة، إبراء الدائن المدين بإرادة منفردة (م 305 ق م)، كما أن المشرع نص في قانون الأسرة على الوصية (م 184 ق أ) والوقف (م 213 ق أ).

هذا، وبما أن الوعد بالجائزة الموجه إلى الجمهور هو التطبيق النموذجي للالتزام الذي مصدره الإرادة المنفردة، والذي يسلم به الجميع تقريبا، فإننا ستقف عنده بشكل عام ونخصص له دراسة مستقلة.

المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري من الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام

لقد كان المشرع الجزائري يأخذ بالإرادة المنفردة - بموجب نصوص متفرقة في القانون - كمصدر استثنائي في الحالات أعلاه، إلا أنه بمقتضى القانون 05 / 10 المشار إليه سابقا المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، اعترف صراحة بالإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام مستقل عن مصادر الالتزام الخرى إلى جانب العقد بوصفها تصرف قانوني صادر عن إرادة منفردة، حيث خصص لها الفصل الثاني مكرر بموجب المادة 123 مكرر مدني.

المبحث الثالث: أركان التصرف بالإرادة المنفردة

تعتبر الإرادة المنفردة مصدرا منشئا للالتزام في ظل القانوني المدني الذي اعترف بقدرة الإرادة لوحدها على احداث آثار قانونية، وطالما أن التصرف بالإرادة المنفردة يظل في جوهره تصرفا قانونيا اراديا، فهو يخضع للقواعد التي تحكم التصرفات التي تحكم تكوين العقد باستثناء تلك التي تتعلق بالقبول أي بتطابق الارادتين، وذلك طبقا لمضمون المادة 123 مكرر/2 مدني.

بناء على ذلك، يتطلب تكوين التصرف بالإرادة المنفردة، توافر الرضا في التصرف بإرادته المنفردة دون رضا المتصرف إليه، وقيام هذا الركن يستلزم أن يكون الرضا موجود وصحيح.

يكون ركن الرضا موجود في التصرف بالإرادة المنفردة بوجود ارادة المتصرف التي تعد عنصرا جوهريا فيه، ويتعين أن تتجه ارادته المنفردة إلى ترتيب آثار قانونية يعتد بها القانون بمعنى أن يتوافر في التعبير عن ارادته جميع شروط الايجاب طبقا لأحكام المواد 60 إلى 62 مدني، أما المواد 64 إلى 70 مدني، فتستبعد لأنها تتعلق بأحكام القبول وتوافق الارادتين.

كما يجب أن تكون هذه الإرادة التي تنشئ الالتزام بمفردها صحيحة أي صادرة من أشخاص ذو أهلية وخالية من عيوب الإرادة (الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال) ويطبق على هذه العيوب جميع الشروط اللازم توافرها للتمسك بها في مجال العقد، ما عدا شرط وجوب صدور العيب من المتعاقد الآخر، لأنه في مجال التصرف بالإرادة المنفردة لا يوجد متعاقد آخر.

بالنسبة لحل الالتزام الناشئ عن التصرف بالإرادة المنفردة، فيجب أن تتوافر فيه شروط الامكان (أي امكانية وجوده أو القيام به) والتعيين والمشروعية، وأيضا يجب أن يكون السبب الدافع للإرادة إلى انشاء الالتزام موجود وحقيقي ومشروع.

الفصل الثاني: الوعد بالجائزة الموجه للجمهور

وهي الحالة التي نص عليها المشرع صراحة في نص المادة 123 مكرر 1 مدني باعتبارها حالة من حالات نشأة الالتزام بالإرادة المنفردة.

وعرفه الأستاذ محمد صبري السعدي على أنه: " تصرف قانوني بإرادة منفردة هي إرادة الواعد الذي يعلن للجمهور عن جائزة لأي شخص يقوم بعمل معين"¹.

المبحث الأول: شروط الوعد بالجائزة

أشارت المادة 123 مكرر 1 إلى شروط لصحة الوعد بالجائزة

- وجود إرادة تقصد الالتزام، فطالما أن الوعد بالجائزة هو تصرف قانوني، لذلك يلزم أن تصدر الإرادة ممن هو أهلا لها وتكون خالية من العيوب.

- توجيه التعبير عن الإرادة إلى الجمهور لا إلى شخص معين بالذات وإلا اعتبر إيجابا إذا اقترن به القبول اعتبر عقدا.

- تسري على محل الوعد الشروط العامة في محل الالتزام العقدي من حيث التعيين والامكان والمشروعية.

- سبب التزام الواعد، فهو العمل الذي رصدت له الجائزة، كالعثور على شيء ضائع أو التوصل إلى اختراع معين. وللواعد الحق في اشتراط ما يشاء لاستحقاق الجائزة، كأن تكون مقابل عمل يتم في المستقبل، أو عمل قد تم في المستقبل.

المبحث الثاني: أحكام الوعد بالجائزة

تختلف أحكام الوعد بالجائزة باختلاف الوعد وما إذا كان محدد المدة أو غير محدد المدة

المطلب الأول: الوعد المحدد المدة

إذا حدد الواعد مدة لإتمام العمل المطلوب، فلا يجوز له الرجوع عن الوعد قبل انقضاء هذه المدة، وبانقضائها يسقط التزام الواعد.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 371.

المطلب الثاني: الوعد غير محدد المدة

إذا لم يكن الوعد مقترن بمدة لإتمام العمل المطلوب، فإن الواعد يظل مع ذلك ملزماً بالوعد، ولا يجوز له الرجوع عنه إلا إذا أعلن الرجوع إلى الجمهور بذات طريقة الاعلان عن الجائزة¹.

وإذا لم يرجع الواعد عن الوعد غير المحدد المدة، فالتزامه يكون لمدة معقولة لا يستحق الجائزة من قام بالعمل المطلوب إلا في خلال تلك².

وباستعمال الواعد لحقه في الرجوع، فإنه يتحلل من التزامه قبل أي شخص يتم العمل بعد اعلان الرجوع، ولكن إذا كان هناك من بدأ العمل قبل اعلان الرجوع ولم يتمه إلا بعد الاعلان عن الرجوع، يستحق تعويض عادل على أساس المسؤولية التقصيرية، وذلك على ما أصابه من ضرر نتيجة ما أنفقه بشرط ألا يزيد هذا التعويض عن مقدار الجائزة³.

وأخيراً، فإن حق المطالبة بالجائزة لمن أتم العمل قبل الرجوع عن الوعد، يسقط بانقضاء أجل ستة أشهر من تاريخ اعلان الرجوع للجمهور م 123 مكرر¹.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ص 308، 309، 310.

² نفس المرجع، ص 310.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 377.

القسم الثاني: المصادر اللاإرادية للالتزام

وهي مصادر لوقائع مادية، يترتب عليها التزام لا ارادي، يقوم على أساس القانون، تنقسم الى:

- الفعل المستحق التعويض.

- الاثراء بلا سبب.

- القانون.

الباب الأول: المسؤولية المدنية

هي مصدر لا ارادي لواقعة مادية، يترتب عليها التزام يقزم على أساس القانون

الفصل الأول: مدخل لدراسة المسؤولية

نركز للتمهيد لدراسة المسؤولية على تعريفها، التمييز بين أنواعها، بداية نشأتها، وتطورها.

المبحث الأول: تعريف المسؤولية

المسؤولية المدنية هي التزام شخص بتعويض الضرر الذي سببه لشخص آخر نتيجة اخلاله بالتزام يقع عليه. فإذا كان هذا الالتزام مصدره العقد كانت المسؤولية عقدية. وإذا كان مصدره العمل غير المشروع كانت المسؤولية تقصيرية¹.

المبحث الثاني: التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية

تنقسم المسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية. فالمسؤولية العقدية تقوم على أساس الاخلال بالتزام عقدي، أما المسؤولية التقصيرية، فتقوم على أساس الاخلال بالالتزام القانوني العام الذي يفرض عدم الاضرار بالغير.

المطلب الأول: ازدواج المسؤولية أو وحدتها

لقد كان الفقه الذي ينادي بازدواج المسؤولية حتى أواخر القرن الماضي يرى أن المسؤوليتين العقدية والتقصيرية تتميزان عن بعضهما بشكل كامل سواء من حيث الأساس أو من حيث الأحكام .
غير أنه منذ أواخر هذا القرن ظهر مذهب وحدة المسؤولية الذي ينادي بوحدة سبب المسؤولية الذي لا يخرج عن كونه اخلال بالتزام سابق، كما ينادي بوحدة أثرها المتمثل في التعويض.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 311.

هذا وقد انتهى هذا الخلاف إلى موقف وسط، يقف بوحدة المسؤولية المدنية عند حد تبدأ بعده فروق فرعية بين صورتها العقدية وصورتها التقصيرية.

المطلب الثاني: الفروق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية

تتميز المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية من حيث النقاط التالية:

الفرع الأول: من حيث نطاق الضرر القابل للتعويض

في المسؤولية العقدية لا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر المتوقع¹ وقت إبرام العقد، أما في المسؤولية العقدية، فيشمل التعويض أي ضرر مباشر سواء أكان متوقعا أم غير متوقع.

الفرع الثاني: من حيث التضامن

لا تضامن في المسؤولية العقدية إلا باتفاق، بينما هو مفترض في المسؤولية التقصيرية وبحكم القانون.

الفرع الثالث: من حيث الاعفاء من المسؤولية

يجوز الاعفاء من المسؤولية العقدية تطبيقا للمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، بينما لا يجوز الاعفاء من المسؤولية التقصيرية، لأنها من النظام العام م 178 مدني².

المطلب الثاني: الجمع بين المسؤوليةين

قد يحدث أن يتوافر في العمل الواحد شروط المسؤوليةين معا، كأن يخطئ المستأجر، فيؤدي إلى تلف العين المؤجرة أو احتراقها. والسؤال الذي يطرح هل يجوز للدائن الذي أصابه الضرر بسبب هذا العمل أن يجمع بين المسؤوليةين في الرجوع على المدين؟.

لا خلاف بين الفقهاء على عدم جواز الجمع بين المسؤوليةين بأي شكل كان وبناء على ذلك:

- لا يجوز للدائن أن يجمع بين المسؤوليةين، بمعنى أن يطالب بتعويضين، تعويض على أساس المسؤولية العقدية وآخر على أساس المسؤولية التقصيرية عن ضرر واحد.

¹ ومن أمثلة ذلك ضياع حقائق أو طرود فيها أشياء ثمينة مشحونة عن طريق السكة الحديدية، فالضرر المتوقع هو الضياع، أما في الطرد من أشياء ثمينة غير متوقع لأن العميل لم يكشف للسكة الحديدية عن محتوى الطرد، وعلى ذلك لا يرجع عليها إلا بالقيمة المعقولة للطرد العادي أنور سلطان، المرجع السابق، ص 263.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 312.

- كما لا يجوز للدائن أن يجمع بين مزايا المسؤوليتين، فيأخذ منها كل ما يتفق ومصلحته في الدعوى.

- كما لا يجوز للدائن الجمع بين المسؤوليتين، كما لو رفع احدى الدعويين فخرسها، يستطيع أن يرفع الدعوى الأخرى، فهذا الأمر لا يجوز لمعارضته لمبدأ قوة الأمر المقضي فيه¹.

المطلب الثالث: الخيرة بين المسؤوليتين

قد يحدث أن يتوافر في العمل الواحد شروط المسؤوليتين معا، فهل يجوز للدائن أن يختار من بينهما تلك التي تكون أكثر اتفاقا مع مصلحته دون أن يكون له الحق في أن يلجأ إلى الأخرى حتى ولو خسر الدعوى التي اختارها من قبل ؟.

ذهب اتجاه أول إلى جواز الخيرة بين المسؤوليتين على أساس توافر شروط كل من الدعويين، كما أن المسؤولية التقصيرية من النظام العام، فهي تقوم دائما إلى جانب المسؤولية العقدية.

ويذهب اتجاه آخر إلى عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين على أساس أن المسؤوليتين تتعارضان في الأساس، حيث أن المسؤولية العقدية تقوم بين متعاقدين يربطهما عقد، بينما تقوم المسؤولية التقصيرية بين أجنبين، ولا يمكن أن يجمع بين وصف المتعاقد ووصف الغير في وقت واحد².

المبحث الثالث: تطور المسؤولية التقصيرية

المطلب الأول: نشأة المسؤولية التقصيرية

من الثابت أنه في الجماعات البدائية الأولى اختلطت فكره المسؤولية الجنائية بفكرة المسؤولية التقصيرية، فكان للمضروب أن يثار بنفسه، وكان الثأر، يمثل فكرة العقاب والتعويض، غير أنه فيما بعد أصبح محدود من حيث أهميته ونطاقه وحل محله شراء الجريمة بالمال أو ما تسمى أيضا بالدية التي كانت اختياريه في أول الأمر، ثم أصبحت اجبارية، محددة عن طريق الاتفاق بين المضروب مع المخطئ، ثم تدخلت الدولة بعد أن قوي سلطانها، فحددت مقدار الدية، وتولت بذاتها توقيع العقاب على بعض الجرائم من ناحية أخرى، وبالتالي ظهرت فكرة المسؤولية الجنائية ممثلة في العقاب وفكرة المسؤولية التقصيرية ممثلة في التعويض³.

¹ أنور سلطان ، المرجع السابق، ص 313.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 323.

³ نفس المرجع، ص ص 324 ، 325.

الفرع الأول: في القانون الروماني

وجد في هذا القانون نصوص قانونية تحدد أعمال معينة يترتب عنها العقوبة الجنائية إلى جانب فكرة التعويض المدني كأثر من التعويض كأثر من الماضي، ولم تظهر فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية إلا تدريجياً، فلم يكن الخطأ في بادئ الأمر شرطاً، بل كان الضرر هو الشرط المطلوب ثم أخذت فكرة الخطأ تظهر تدريجياً وبالذات في الأعمال التدليسية حتى استغرقت فكرة الضرر.

الفرع الثاني: في القانون الفرنسي القديم

تم في هذا القانون الفصل بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية، كما تميزت المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية العقدية، فوضع الفقيه دوم في كتابه القوانين المدنية القاعدة العامة في شأن المسؤولية التقصيرية والتي تقضي بأن كل فعل خاطئ يوجب تعويض الضرر الذي نشأ عنه وأصبح الجزاء تعويضاً مدنياً لا يختلط بفكرة العقوبة، وبالتالي ظهرت فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية.

الفرع الثالث: في التقنين المدني الفرنسي

تبنى التقنين المدني الفرنسي التطور الملحوظ في القانون الفرنسي القديم، وانتهى واضعي هذا التقنين من وضع المبدأ العام في المسؤولية التقصيرية المنصوص عليه صراحة في المادة 1382 والتي تقضي بأن كل عمل أيا كان يقع ضرراً بالغير، يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه، وأصبح قيام المسؤولية على أساس فكرة الخطأ، كما تناولت المادة 1383 الخطأ غير العمدى أي الذي يقع بأعمال أو عدم تبصر، كما تناولوا في المواد من 1384 إلى 1386 عدة تطبيقات خاصة للمسؤولية التقصيرية تتعلق بالمسؤولية عن الأولاد والتلاميذ وصبيان الحرفة ومسؤولية المتبوع عن التابع ومسؤولية الحارس الحيوان ومسؤولية حارس البناء، وبذلك أصبحت التفرقة مستقرة بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية¹.

المطلب الثاني: تطور نظرية المسؤولية التقصيرية

ابتداءً من عام 1884، ذهب فريق من الفقه ومنهم سالي وجوسران تحت تأثير التطور الاقتصادي والاجتماعي، إلى وجوب قيام المسؤولية التقصيرية على فكرة الضرر لا على فكرة الخطأ قد يقع بلا خطأ من أحد ولا يعقل أن يتحملة المضرور، فهو لا يد له في وقوعه، ولذلك يكون من الطبيعي أن يتحملة محدث الضرر أي الذي أنشأ وضعاً خطيراً يترتب

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 325، 326.

عليه هذا الضرر، فهو الذي استفاد من هذا الوضع وحصل على مغامته فلا أقل من أن يتحمل مغارمه نزولاً على قاعدة الغنم بالغرم، وبالتالي ظهرت نظريته تحمل التبعة أو نظرية تحمل التابعات المستحدثة أو النظرية الموضوعية.

هذا وقد أفلح أنصار النظرية الموضوعية من حمل المشرع الفرنسي على تبني مذهبهم في بعض التشريعات الخاصة كقانون إصابات العمل الصادر في 9 أبريل 1898 وذلك مع عجز أنصار هذه النظرية عن فرضها على الفقه الذي ظل الأمين المستمر في تأييد النظرية الشخصية.

أما القضاء الفرنسي طبق النظرية الموضوعية في حدود ما نص عليه التشريع الخاص بإصابات العمل، أما باقي الحوادث التي لم تنظم بتشريع خاص، لم يلجأ القضاء الفرنسي في تحقيقها إلى النظرية الموضوعية فكره تحمل التبعة، بل لجأ إلى نصوص التقنين المدني، وبالأخص نص الفقرة الأولى من المادة 1384 التي تقرر مسؤولية الشخص لا عن أفعاله وحدها، بل كذلك عن أفعال الأشخاص المسؤول عنهم والأشياء التي في حراستهم¹.

الفصل الثاني: المسؤولية عن الفعل الشخصي

يقصد بالمسؤولية عن الفعل الشخصي، مسؤولية الشخص عن العمل الذي يصدر منه، وهذه هي القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية.

ونعرض هنا لأركان المسؤولية، ثم نعرض بعد ذلك لآثارها.

المبحث الأول: أركان المسؤولية

تنص المادة 124 ق م بأن "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه ارتكبه بالتعويض".

ويتبين من هذا النص أن أركان المسؤولية ثلاثة: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

المطلب الأول: الخطأ

اختلفت الآراء في تحديد معنى الخطأ، غير أن الذي استقر عليه الفقه في تعريف الخطأ هو أنه انحراف الشخص عن سلوك الشخص العادي مع ادراكه لهذا الانحراف².

ومن هذا يتبين أن عناصر الخطأ اثنين، ركن التعدي، وركن الادراك.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 326، 327.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 323.

الفرع الأول: عناصر الخطأ

لا يتحقق الخطأ إلا بوافر العنصر المادي المتمثل في التعدي، والعنصر المعنوي المتمثل في التمييز.

أولاً: العنصر المادي: التعدي

يتحقق التعدي بالإخلال بالالتزام القانوني، أي اتيان الفعل الذي أمرر القانون بالامتناع عنه، أو الامتناع عن اتيان الفعل الذي أمر به القانون

ثانياً: العنصر المعنوي: الادراك

الادراك هو التمييز ويقصد به أن يكون الشخص قادراً على التمييز بين الخير والشر ومدركاً أنه بتعديه يصيب الغير بضرر.

فطبقاً للمادة 125 ق م تقوم المسؤولية بتحقيق التمييز، وتتخلف إذا فقد هذا التمييز.

حالات لا يكون التعدي فيها خطأ

هناك حالات معينة يتوافر فيها عنصر الخطأ، ومع ذلك لا يعتبر التعدي فيها خطأ، نظراً لما يحيط بالتعدي من ظروف تجعله عملاً مشروعاً.

- حالة الدفاع الشرعي

طبقاً لنص المادة 128 الدفاع الشرعي عن النفس أو عن المال يبيح التعدي ويجعله مشروعاً. فلا تترتب عليه مسؤولية.

شروطه:

- وجود خطر حال لا سبيل إلى دفعه إلا بإلحاق الأذى بالمعتدي.
- أن يكون الخطر عملاً غير مشروع.
- أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم لدفع الخطر.

- حالة تنفيذ الموظف العام لأمر رئاسي.

طبقا لنص المادة 129 ق م فإن تنفيذ أمر صادر من الرئيس يجعل التعدي عملا مشروعاً لا يوجب مسؤولية الموظف، وإن كان يوجب مسؤولية الرئيس.

شروطه:

- يجب أن يكون من صدر منه العمل موظفاً عاماً.
- يجب أن يكون قد صدر لهذا الموظف أمراً بتنفيذ هذا العمل من رئيس تجب طاعته.
- يجب أن يثبت الموظف أنه كان يعتقد مشروعية الأمر الذي صدر إليه.

- حالة الضرورة

طبقاً لنص المادة 130 فإن حالة الضرورة هي ظروف قهرية تدفع الشخص إلى القيام بعمل يترتب عليه ضرر للغير، وذلك ليتفادى ضرراً أكبر منه.

ويشترط لقيام حالة الضرورة ما يلي:

- وجود خطر حال.
- أن يكون مصدر الخطر أجنبياً.
- أن يكون الضرر المراد تفاديه أكبر من الضرر الذي وقع.

المطلب الثاني: الضرر

هو الركن الثاني من أركان المسؤولية التقصيرية، ولا بد أن يترتب عن الخطأ ضرر حتى تقوم مصلحة المدعي في رفع دعوى المسؤولية، والذي قد يكون مادياً وقد يكون أدبياً.

الفرع الأول: أنواع الضرر

أولاً: الضرر المادي

الضرر المادي هو الاختلال بحق أو بمصلحة للمضروب ذات قيمة مالية، ويشترط في هذا الضرر شروط:

ومن صور هذا الضرر الاعتداء على حياة الشخص وعلى سلامة جسمه عموماً، وقد يكون الاعتداء على مال الشخص كحرق منزله، كما يرد الاعتداء على حق الشخص في الانتفاع بشيء أو حقه فيما قام به من إنتاج علمي أو فني.

وقد يكون الضرر إخلالاً بمصلحة مالية للمضروب، كأن يكون الشخص المقتول عائلاً لقريب له لا تجب عليه نفقته أصلاً، فيضار القريب من قتله الذي يكون له مصلحة مشروعة في المطالبة بالتعويض، وهذا على خلاف العشيقة¹.

ثانياً: الضرر الأدبي

هو ذلك الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله وإنما يمس مصلحة غير مالية للإنسان.

فهناك الضرر الأدبي الذي يصيب الجسم من جراء جرح يسبب الألم ويشوه الجسم كله أو بعضه، وقد يصيب الضرر الأدبي الشرف والاعتبار والعرض، فالقذف والسب.... إلخ كل تلك أمور تضر بسمعة المصاب وتؤدي شرفه واعتباره بين الناس. وهناك الضرر الأدبي الذي يصيب العاطفة والشعور والحنان، كما يحدث في حالة الخطف لابن أو الاعتداء على الأم أو الزوجة، وقد يتمثل الضرر الأدبي في مجرد الاعتداء على حق ثابت للإنسان كما لو اقتحم شخص ملك غيره غصباً.

الفرع الثاني: شروط الضرر

تتمثل هذه الشروط في:

1/ أن يكون الضرر محققاً

ويكون الضرر محققاً إذا كان حالاً أي وقع فعلاً، كأن يكون المضروب قد قتل فعلاً أو تلف ماله.

كما يكون الضرر محققاً إذا كان محقق الوقوع في المستقبل، ويكون كذلك تحققت أسبابه في الحال وتراخت آثاره إلى المستقبل، ومثاله أن يصاب عامل فيعجز عن العمل، فيتم تعويضه عن الضرر الذي وقع نتيجة العجز، بالإضافة إلى الضرر الذي سيقع حتماً من جراء عجزه عن العمل في المستقبل.

ويكون الضرر المستقبلي محققاً كلما كان واضح المعالم سهل التقدير على القاضي تقديره، ومن حق المضروب المطالبة بإعادة النظر في تقدير التعويض خلال مدة معينة م 131 مدني.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 361.

أما الضرر المحتمل، فهو غير محقق الوقوع فقد يقع وقد لا يقع، وعلى ذلك لا يصح التعويض عنه إلا إذا وقع فعلاً¹.

وعلى العكس، يستوجب تفويت الفرصة التعويض، لأنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً، فإن تفويتها يعد أمراً محققاً، فإذا صدر من شخص خطأ فوت على المضرور فرصة دخول الامتحان، فإن نجاحه في الامتحان أمراً محتملاً لا يعوض عنه، أما تفويت فرصة دخوله الامتحان فهو أمر محقق يجب التعويض عنه.

2/ أن يكون الضرر مباشراً: وهو الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ، ويكون كذلك إذا لم يستطيع المسؤول أن يتوقاه ببذل جهد معقول م 182 مدني.

3/ أن لا يكون قد سبق تعويضه

إذا استفاد المضرور من التعويض عن الضرر الذي لحقه من قبل شخص آخر، كأن تدفع شركة التأمين التعويضات المستحقة للمضرور كونه مؤمن عن المال محل الضرر، ومن ثم لا يجوز له أن يرفع دعوى على المسؤول بغية الاستفادة من تعويض آخر، وإلا كنا أما حالة الاثراء بلا سبب، لكن إذا كان مقدار التعويض التي دفعته شركة التأمين للمضرور لا يغطي كل الأضرار، فيكون لهذا الأخير الحق في الرجوع على المسؤول ويطالبه بالتعويض عن الضرر الباقي بدون تعويض من شركة التأمين².

4/ أن يكون الضرر شخصياً:

يبرز هذا الشرط الطابع الشخصي للخسارة المالية أو المعنوية التي لحقت بالمضرور، وأن يكون هذا الضرر شخصياً وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، والحقيقة أن هذا الشرط يثار في حالة الضرر المرتد، والمساس بالمصالح الجماعية.

أ: الضرر المرتد

وهو الضرر الذي يصيب شخصاً آخر نتيجة لإصابة المضرور، فالقتل ضرر يلحق بالضحية في حياته، ثم يصيب ذويه الذين يعولهم فعلاً³.

¹ علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق التعويض، موفم للنشر ط 3، 2015، الجزائر، ص 291.

² نفس المرجع، ص 302.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 362.

ب: المصالح الجماعية

يتمثل الضرر الجماعي في التعدي الذي يمس حقوق فئة معينة من الناس، كالأضرار المادية التي تؤدي إلى المساس بحقوق العمال أو المستهلكين، وقد انشغل المشرع بحماية هذه الحقوق أو المصالح الجماعية باستحداثه في بعض الحالات لأشخاص معنوية تتولى الدفاع عن هذه الحقوق، كما هو الأمر مثلاً بالنسبة لجماعة الدائنين في حالة الإفلاس م 247 تجاري، نقابات العمال م 16 من قانون 14/90 المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، وجمعيات حماية المستهلك م 23 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش¹.

المطلب الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر

علاقة السببية هي تلك العلاقة المباشرة التي تقوم بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول وبين الضرر الذي أصاب المضرور، وهي الركن الثالث من أركان المسؤولية، فقد يقع الخطأ والضرر ولا توجد بينهما رابطة سببية، فلا تقوم المسؤولية. وقد تنعدم السببية أيضاً حتى ولو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن هو السبب المنتج ولم يكن هو السبب المباشر.

وعلى ذلك نعرض:

- لانعدام السببية لقيام السبب الأجنبي.

- ثم لانعدامها لأن السبب غير منتج أو غير مباشر.

الفرع الأول: انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي

طبقاً لنص المادة 127 ق م تنعدم علاقة السببية بين فعل الشخص وضرر الضحية إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ الغير.

والسبب الأجنبي هو كل أمر لا يد للمدعى عليه فيه، ويكون هو السبب في احداث الضرر، فيترتب عليه انتفاء مسؤولية المدعى عليه كلها أو بعضها. وذلك لأن قيام سبب أجنبي للضرر مقتضاه إما انعدام رابطة السببية بين خطأ

¹ علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 299، 300.

المدعى عليه والضرر الذي وقع، أو أن خطأ المدعى عليه ليس هو السبب الوحيد للضرر، ففي الحالة الأولى تنتفي مسؤولية المدعى عليه، وفي الحالة الثانية تكون مسؤولية المدعى عليه مسؤولية جزئية¹.

والقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ هي حادث غير متوقع لا يد له فيه ولا يستطيع دفعه، أو تفاديه، ويترتب عليه أن يصبح التزام المدين مستحيلا، ومن أمثلة القوة القاهرة وقوع زلزال، ثورة بركان، هبوب عاصفة، انفجار اطار سيارة.

الفرع الثاني: انعدام السببية لأن السبب غير منتج أو غير مباشر

قد تعدد أسباب الضرر ويكون خطأ المدعى عليه أحد هذه الأسباب، ولكن يؤدي انقطاع الصلة ما بين الخطأ والضرر، فتتعدم علاقة السببية. وقد يكون الضرر ذاته هو الذي تعدد حيث تتعاقب الأضرار فانقطع الصلة ما بين بعضها وبين خطأ المدعى عليه من جراء تسلسل النتائج، فتتعدم علاقة السببية فيما انقطعت فيه الصلة. نتطرق فيما يلي لتعدد الأسباب ثم لتسلسل النتائج.

أولاً: تعدد الأسباب

تحديد العلاقة السببية في حالة تعدد الأسباب اقترح الفقه نظريتين رئيسيتين هما نظرية تكافؤ الأسباب و نظرية السبب المنتج.

1/ نظرية تكافؤ الأسباب

وهي نظرية قال بها الفقيه الألماني " فون بيرري " أنه يجب الاعتداد بكل سبب اشترك في احداث الضرر ولو كان سببا بعيدا²، وتعتبر الأسباب التي تدخلت في احداث الضرر متكافئة وكل منها يعتبر سببا في احداثه، ويكون السبب دخلا في إحداث الضرر إذا كان لولاه لما وقع هذا الضرر.

فلو أن شخصا كان يقود سيارته بسرعة أكثر من الحد القانوني، فدهس شخصا سكرانا كان يسير في عرض الطريق، فإن خطأ كل من هذين الشخصين يعتبر سببا للضرر الذي وقع³.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ص 267، 268.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 351.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 383.

2/ نظرية السبب المنتج

نادى بهذه النظرية الفقيه الألماني " فون كريس " ومؤدى هذه النظرية أنه إذا تداخلت عدة أسباب في احداث الضرر، لا بد التمييز بين تلك التي تعتبر منتجة للضرر، وتلك التي تعتبر عرضية فقط، وتعتبر الأسباب المنتجة هي وحدها أسباب الضرر.

ويقصد بالسبب المنتج السبب المألوف الذي يحدث الضرر عادة، وأما السبب العرضي، فهو ذلك الذي لا ينتج الضرر ولو ساهم في حدوثه عرضاً¹.

ولذلك إذا أهمل صاحب السيارة في المحافظة عليها حتى سرقها أحد الأشخاص الذي قادها بسرعة كبيرة وبدون رخصة، فدهس أحد المارة، نجد أن السبب المنتج في احداث الضرر هو خطأ السارق الذي قاد السيارة بسرعة وبدون رخصة، فهو المألوف الذي يحدث الضرر عادة بحيث يكون وجوده وحده كافياً لذلك².

ويرى الفقه أن المشرع أخذ بنظرية السبب المنتج على أساس المادة 182 مدني من خلال الاعتداد بالضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام³.

ثانياً: تسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار

في حالة تسلسل النتائج فالسبب واحد لم يتعدد والأضرار هي التي تعاقبت عن هذا السبب الواحد فصارت أضراراً متعددة ، فيطرح الاشكال حول الأضرار القابلة للتعويض.

ومن الأمثلة على هذه الحالة أن تاجر مواشي يبيع بقرة موبوءة، فتعدي مواشي المشتري وتموت ويموت معها سائر المواشي، فلا يتمكن المشتري من زراعة أرضه، فيعوزه المال، فلا يستطيع الوفاء بديونه، فيحجز الدائنون على أرضه ويبيعونها عليه.

فمن جملة هذه الأضرار لا يتم التعويض إلا عن الضرر المباشر طبقاً لنص المادة 182 ق م وهو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه المسؤول، وهو يعتبر كذلك إذا لم يكن في استطاعة المدين أن يتوقاه ببذل جهد معقول. وهو في هذا المثال الضرر الناجم عن موت البقرة الموبوءة وعدوى المواشي وموتها، أما الأضرار الأخرى فهي أضرار غير مباشرة غير قابلة للتعويض.

¹ علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 314.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 384.

³ علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 316.

الفرع الثالث: اثبات العلاقة السببية

يقع على المدعي المضرور في المسؤولية عن العمل الشخصي عبء إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، كما أثبت من قبل ركن الخطأ والضرر، ولكن هذه السببية يفترض توافرها إذا قام المدعي اثبات وجود الخطأ والضرر، وليس معنى ذلك أن المدعي يعفى من إثبات المسؤولية.

المبحث الثاني: آثار المسؤولية التقصيرية

إذا ما توافرت أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، تحققت المسؤولية ووجب على المسؤول تعويض المضرور.

وعلى ذلك نبحت في آثار المسؤولية النقاط التالية:

المطلب الأول: دعوى التعويض

و التي تسقط بانقضاء 15 سنة من يوم وقع الفعل الضار م 133 مدني.

المطلب الثاني: التعويض

يترتب على الفعل المستحق للتعويض نشوء الحق في التعويض للمضرور، وعلى القاضي أن يعين طريقة التعويض ومقداره (م 132 ق م) ويراعي ما هناك من ضرر وقت صدور الحكم (م 131 ق م)، كما أنه لا يجوز للمضرور أن يجمع بين تعويضين.

المطلب الثالث: الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية

تنص المادة 178 مدني يقع باطلا كل اتفاق يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع لتعلقها بالنظام العام، بينما الاتفاق على تشديد أحكام المسؤولية التقصيرية جائر قانونا لعدم مخالفته للنظام العام، ومثال ذلك أن يتفق الطرفان على أن يكون الخطأ مفترضا في جانب المسؤول في حالة لا ينص فيها القانون على ذلك، أو الاتفاق على تقدير الضرر بأكثر من قيمة الضرر¹.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 401.

بينما الحق في التعويض يجوز التنازل عنه كله أو بعضه بعد ثبوته على أنه لا يجوز له المطالبة بالتعويض بعد ذلك، ومن باب أولى يجوز المصالحة على هذا الحق، فإذا كان المضرور يطالب بمبلغ معين وكان المسؤول ينازع في مسؤوليته أو ينازع في المبلغ الواجب لجبر الضرر، فيمكن للطرفين الاتفاق على مبلغ وسط¹.

الفصل الثاني: المسؤولية عن فعل الغير

يكون الشخص مسؤولاً عن عمل الغير في حالتين، الولي حالة من تجب عليه رقابة شخص في حاجة إلى رقابة، والثانية في حالة المتبوع، ويكون مسؤولاً عن أعمال تابعه.

المبحث الأول: مسؤولية متولي الرقابة

تناول المشرع هذه المسؤولية من خلال المادة 134 مدني التي تقوم بتوافر شروط معينة، وعلى أساس معين، وقابلة للنفي بطرق معينة.

المطلب الأول: شروط مسؤولية متولي الرقابة

يتبين من نص المادة 134 ق م أن مسؤولية متولي الرقابة تتحقق بتوافر شرطين:

الفرع الأول: تولى شخص الرقابة على آخر

إن هذا النوع من المسؤولية يتطلب وجود شخص ملزم برقابة شخص آخر في حاجة إلى رقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسدية.

أولاً: الالتزام بالرقابة

لا يكفي لتحقيق المسؤولية أن يتولى شخص بالفعل رقابة شخص آخر، بل لا يجب بذلك أن يكون هناك التزام بالرقابة.

1/ مصدر الالتزام بالرقابة

ومصدر هذا الالتزام إما أن يكون القانون، فالأب مثلاً يتولى رقابة ابنه القاصر، وقيامه بهذه الرقابة واجب قانوني يقع عليه بنص القانون.

¹ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية)، المرجع السابق، ص 276.

كما يمكن أن يكون مصدر الرقابة الاتفاق، فمدير المستشفى الأمراض العقلية يتولى رقابة مرضاه، وقيامه بهذه الرقابة واجب عليه يقع بمقتضى الاتفاق.

والملاحظ أن علة هذا الالتزام هو حاجة الشخص الخاضع لرقابة غيره إلى هذه الرقابة، إما بسبب قصره، وإما بسبب حالته العقلية، وإما بسبب حالته الجسمية، فالأعمى والمشلول في حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم الجسمية. ووفقا للمشرع الجزائري، يمكن حصر مصدر الرقابة (القانون، الاتفاق) ، كما يمكن حصر الصفة التي يرتبط بها هذا الالتزام مع مراعاة أن الالتزام يرتبط تلقائيا بهذه الصفة في بعض الحالات (كحالة القصر، أو حالة الشخص العقلية أو الجسمية)، وذلك دون حصر متولي الرقابة أو الخاضعين للرقابة¹.

2/ المقصود بالرقابة

لقد اختلف الفقه حول المقصود بالرقابة، حيث عرفها البعض على أنها " الاشراف على شخص، وتوجيهه وحسن تربيته، ومنعه من الاضرار بالناس باتخاذ الاحتياطات اللازمة في سبيل ذلك"²، وهناك من يميز بين واجب الرقابة، وواجب التربية غير أن متولي الرقابة يسأل على أساس المادة 134 مدني، إذا ما تحمل على عاتقه واجب التربية إلى جانب واجب الرقابة. ومن الفقهاء من يرى أن واجب الرقابة لا يتضمن واجب التربية اعتبارا لوضوح النص أو للصعوبات العملية، أما الاجتهاد القضائي فقد أخذ بالمفهوم الواسع لواجب الرقابة باعتباره يشمل واجب التربية³.

ثانيا: صدور فعل ضار من الخاضع للرقابة يصيب الغير بضرر

يتضح من هذا الشرط أن المشرع لا يشترط خطأ الخاضع للرقابة، بل يكفي صدور فعل ضار من الخاضع للرقابة مما يعني يشترط في هذا الفعل فقط التعدي دون التمييز، وفي هذا توسيع لنطاق مسؤولية متولي الرقابة.

كما يجب أن يصدر عن الخاضع للرقابة فعل ضار يصيب به الغير بضرر، أما إذا كان الفعل الضار قد صدر عن الغير، فأصاب به الخاضع للرقابة بضرر، أو صدر من هذا الأخير فألحق ضررا بنفسه، فلا تتحقق مسؤولية المكلف بالرقابة.

¹ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية)، المرجع السابق، ص 287.

² محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 163 .

³ علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 104، 105.

المطلب الثاني: الأساس القانوني

إن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، والخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة هو الاخلال بما عليه من واجب الرقابة، بما ينبغي من عناية وحرص.

والخطأ المفترض لا يقوم إلا في العلاقة بين متولي الرقابة والمضروب، فهو افتراض قرره القانون لصالح المضروب في مواجهة متولي الرقابة، وعلى ذلك لا يجوز للمضروب ولا لمتولي الرقابة أن يحتج به قبل الشخص الخاضع للرقابة، بل يجب على هذا اثبات الخطأ في جانبه.

المطلب الثالث: نفي المسؤولية

تنتفي مسؤولية المكلف بالرقابة إذا استطاع نفي الخطأ عن نفسه بإثبات أنه قام بواجب الرقابة بعناية وحرص واتخذ الاحتياطات المعقولة ليحول دون الأضرار بالغير، وإذا كان أبا أو أما فعليه أيضا أن يثبت أن أحسن تربية ولده كما هو مقرر قضاء.

كما يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية بنفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبه والعمل الذي وقع ممن يخضع لرقابته " أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية ". كأن يثبت بأن الفعل الضار الصادر من الخاضع للرقابة كان مفاجئا لم يكن في الوسع توقعه أو تلافيه، فيعتبر بذلك سببا أجنبيا تنتفي به مسؤولية المكلف بالرقابة¹.

المبحث الثاني: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه

نظم المشرع هذه المسؤولية في المادة 136 مدني التي تقوم بشروط معينة وعلى أساس معين، وقابلة للنفي بطرق قانونية.

المطلب الأول: شروط قيام مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه

تتحقق مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في ضوء نص المادة 136 م ج إذا توفرت ثلاثة شروط، أولهما قيام رابطة تبعية بين المتبوع والتابع، وثانيهما ارتكاب التابع فعلا ضارا يلحق ضررا بالغير، وثالثهما حدوث الفعل الضار أثناء العمل أو بسببه أو بمناسبة.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 410.

الفرع الأول: قيام علاقة التبعية

لم يعرف المشرع رابطة التبعية، واكتفى فقط بأن رابطة التبعية تقوم ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع.

وبذلك، تقوم علاقة التبعية إذا كان هناك شخص يقوم بعمل لمصلحة الغير مهما كانت طبيعة العمل المؤدى، سواء كان جهدا عضليا أو عملا فكريا، وتقوم هذه العلاقة على عقد حتى ولو كان باطلا أو بحكم القانون. كما لا يشترط لوجود هذه العلاقة تلقي التابع مقابلا للعمل الذي يقوم به لصالح المتبوع، بل تقوم حتى لو قام بذلك مجانا، كما لا يشترط ديمومة هذه العلاقة، بل تقوم ولو كانت مؤقتة.

ومضمون هذا المعيار أن عمل التابع هو امتداد لنشاط المتبوع، فالتابع يقوم بعمل تنصرف ثمرته إلى المتبوع لا إلى التابع.

وبذلك يختلف التابع عن الشخص الخاضع للرقابة، الذي لا يقوم بأي عمل لحساب المكلف برقابته، كما أن رقبته انما تقع على شخص الخاضع للرقابة ذاته، أما رقابة المتبوع فتزد على عمل التابع لا على شخصه، وكذلك يجب أن يكون هناك تكليف للتابع بعمل معين يؤديه لحساب المتبوع، على ذلك فالتلميذ في المدرسة لا يعتبر تابعا لصاحب المدرسة لأنه لا يقوم بعمل لحسابه، والمستأجر لا يعتبر تابعا للتاجر لأنه لا يقوم بعمل لحسابه¹.

وكما أن علاقة التبعية تقوم ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه مما يؤكد على استبعاد فكرة التبعية القانونية، ومن ثم ضرورة وجود عقد عمل، بل يكفي لقيام رابطة التبعية أن يباشر المتبوع سلطة الرقابة والتوجيه على تابعه².

والأصل أن يباشر المتبوع السلطة الفعلية عن طريق اصدار أوامر وتوجيهات للتابع الذي يكون في حالة خضوع بخصوص تأدية عمله وله أن يراقبه في تنفيذ هذا العمل، إلا أن هذه العلاقة تقوم حتى في الحالات التي لا يمارس المتبوع سلطة الرقابة الفعلية عن أعمال التابع، كما إذا كان من أعوان الإدارة والتسيير الذين يمارسون سلطة الرقابة والتوجيه اتجاه الأعوان الآخرين أو كان من التقنيين ذوي الكفاءات العالية التي تتمتع بمهارات وفنيات علمية وتقنية أو طبيا تقضي مدونة أخلاقيات الطب استقلاليته في ممارسة النشاط الطبي³.

¹ بلي بولنوار، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على ضوء تعديل القانون المدني الجزائري، 10/05، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 01، العدد 03، ديسمبر، ص 290.

² علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 135.

³ نفس المرجع، ص 137.

الفرع الثاني: صدور فعل ضار عن التابع يصيب الغير بضرر أثناء الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها

تنص المادة 1/136 م ج على أنه: " يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه " بمعنى يكفي لمساءلة المتبوع أن يصدر التعدي من التابع يصيب به الغير بضرر دون أن يشترط في التابع التمييز، وبهذا يكون المتبوع مسؤولاً عن الفعل الصادر من التابع الذي يصيب به الغير بضرر حتى ولو كان هذا الأخير غير مميز. وهذا ما يوسع من نطاق مسؤولية المتبوع ويزيد من فرص المضرور في الحصول على التعويض.

لا يسأل المتبوع عن الفعل الضار الصادر من التابع طبقاً للمادة 136 ق م، إلا إذا صدر منع وقت ممارسة الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها.

والفعل الضار الصادر عن التابع في حال تأدية الوظيفة هو الذي يقع حين قيامه بالعمل الداخل في أعمال وظيفته ويعتبر إخلالاً لواجب تفرضه الوظيفة. كما لو وقع الفعل الضار خارج مكان العمل وزمانه، ولا علاقة له بعمل التابع، فلا تقوم مسؤولية المتبوع، كما في الحال بالنسبة للضرر الذي يلحقه التابع بالغير أثناء عطلته مثلاً¹.

والفعل الضار الصادر بسبب الوظيفة هو الذي يقع من التابع وهو لا يؤدي عملاً من أعماله الوظيفية، ولكن تربطه مع ذلك بالوظيفة علاقة سببية وثيقة، بحيث لولا الوظيفة ما كان التابع يستطيع ارتكاب الفعل الضار، مما يجعل الوظيفة ضرورية لإمكان ارتكاب الفعل الضار. كساعي البريد الذي يسرق رسالة كان عليه بحكم وظيفته أن يسلمها إلى المرسل إليه.

والفعل الضار الصادر بمناسبة الوظيفة تقتصر هذه الأخيرة على تهيئة الفرصة لارتكابه ولكنها لم تكن ضرورية لإمكان وقوع الفعل الضار والمثال على ذلك كأن يضرر أحد السائقين الحقد لخصم له، فينتهز فرصة قيادته للسيارة ويتعقب خصمه ويدهسه.

وبذلك تتحقق مسؤولية المتبوع إذا صدر عن التابع فعل ضار سبب ضرراً للغير بسبب قيامه بعمل يدخل في وظيفته، ويستوي في ذلك أن تكون تلك الأعمال تنفيذاً لأوامر صادرة من المتبوع أو لا، بعلم المتبوع أو بدون علمه، بل ورغم معارضته.

¹ علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 144، 145.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه

بالرجوع إلى شروط تحقق مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه يتبين لنا أن هذه المسؤولية موضوعية لا تستند إلى الخطأ وإنما تقوم على الضرر. فإن معظم الحالات التي تتحقق فيها مسؤولية المتبوع فإن أساسها فكرة المخاطر أو تحمل التبعة في صورتها المخاطر مقابل الربح. فالمشرع الجزائري في تعديل 2005 ربط بين عمل التابع لحساب المتبوع بما يعني استفادة المتبوع من نشاط التابع المربح، مقابل أن يتحمل المتبوع تعويض الأضرار التي قد تنشأ عن نشاط التابع¹.

المطلب الثالث: نفي مسؤولية المتبوع

يستطيع المتبوع دفع مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي وفقا للمادة 127 مدني.

حق المتبوع في الرجوع على تابعه

إذا تحققت مسؤولية المتبوع ولم تستطع دفعها، فله الحق وفقا للمادة 137 مدني من الجوع على تابعه الذي ارتكب خطأ جسيما من أجل استرداد التعويض الذي دفعه للضحية.

الفصل الثالث: المسؤولية عن فعل الأشياء

نص المشرع على أنواع المسؤولية الناشئة عن الأشياء والتي تتمثل في:

- مسؤولية حارس الشيء م 138 مدني.
- مسؤولية حارس الحيوان م 139 مدني.
- المسؤولية عن تهدم البناء 2/140 و 3 مدني.
- المسؤولية عن فعل الحريق 2/140 مدني.

المبحث الأول: مسؤولية حارس الشيء

تناول المشرع هذه المسؤولية في المادة 138 مدني، تقوم بتوافر شروط معينة، وعلى أساس معين وقابلة للنفي.

المطلب الأول: شروط قيام مسؤولية حارس الشيء

وهي المنصوص عليها في المادة 138 من القانون المدني

¹ علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 164.

الفرع الأول: أن يكون الحارس هو المسؤول

الحارس هو من تكون له السيطرة الفعلية على الشيء قصدا واستقلالا، سواء استندت هذه السيطرة إلى حق مشروع أو لم تستند، ووفقا للمادة 138 ق مدني تتحقق السيطرة الفعلية بالعناصر الثلاثة الآتية: القدرة على الاستعمال ويقصد بها امكانية استخدام الشيء محل الحراسة.

أما التسيير، معناه أن الحارس هو الذي يقرر الغرض من استعمال الشيء وكذلك اصدار الأمر أو النهي بصدد الشيء.

أما الرقابة، فتعني سلطة الحارس في رقابة استعمال الشيء، وكذلك تعهد الشيء بالصيانة مثلا والاصلاح لئلا يضر بالغير¹.

والمفروض أن المالك هو المسؤول إلا إذا أثبت العكس عن طريق اثبات أن الحراسة لم تكن في يده كأن تكون انتقلت إلى الغير سواء بطريق ارادي كعقد ايجار الذي تنتقل فيه الحراسة من المالك المؤجر إلى شخص آخر الذي هو المستأجر، أو بطريق غير ارادي كالسرقة². أو بالاغتصاب ان كان عقارا.

ويقصد بالشيء محل الحراسة: كل شيء مادي غير حي³ باستثناء ما أخضعه المشرع لنظام قانوني خاص كتهدم البناء الذي تطبق عليه أحكام المادة 140 مدني جزائري، وعيب المنتج الذي يسبب ضررا للغير الذي تطبق عليه أحكام المدة 140 مكرر من القانون 05/10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 .

وما يلاحظ أن المشرع اعتمد مفهوم عام للشيء الذي ينطبق على كل عقار أو منقول، سائل أو جامد، وينطبق أيضا على الشيء الذي تتطلب حالته أو طبيعته أو الظروف التي وجد فيها عناية خاصة أو لا⁴.

ولكن هذا العموم للشيء مقيد بملكيته لشخص ما، وبالتالي لا يمكن مساءلة المالك السابق طالما أنه تخلص عن الشيء وفقا لما هو متعارف عليه دون اهمال في اتخاذ الاحتياطات اللازمة التي تحول دون حصول ضرر للغير، كالشخص الذي تخلص عن أثاث في أماكن معدة لذلك، فقد تخلص عن الحراسة فلا مجال لمساءلته⁵.

¹ علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 201، 202.

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، ج 2، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، 361، 362.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 442.

⁴ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، المرجع السابق، ص 369، 371.

⁵ مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، ج 2، ط 4، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، 516.

الفرع الثاني: وقوع الضرر بفعل الشيء

قد أشار المشرع إلى هذا الشرط في المادة 1/138 التي جاء فيها " ... يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء.."

ووقوع الضرر بفعل الشيء، فلا بد من تدخل إيجابي منسوب إلى الشيء.

ويقصد بالتدخل الإيجابي للشيء أن تقوم علاقة السببية بين الضرر وتدخل الشيء، ولا يطرح الاشكال حول التحقق من التدخل الإيجابي للشيء، حيث يكون الشيء متحركاً. فالتحرك يدل على التدخل الإيجابي للشيء خاصة إذا كان الشيء يخضع في تحركه لإرادة الإنسان.

لا تميز بين أن يكون الشيء الذي أحدث الضرر محركاً بيد الإنسان أم لا، لأنه يكفي أن يكون من الواجب وضع هذا الشيء تحت الحراسة بالنظر للأخطار التي يمكن أن يحدثها للغير¹.

ولا يرتبط الدور الإيجابي للشيء بحركته، فقد يكون في حالة السكون كالسيارة الواقفة في الطريق ليلاً وهي مطفأة الأنوار، فإن دورها يكون إيجابياً لأنها لم تكن في الوضع الطبيعي أو العادي².

المطلب الثاني: أساس مسؤولية حارس الشيء

بالرجوع إلى نص المادة 138 مدني مسؤولية حارس الشيء هي مسؤولية موضوعية، تقوم بمجرد أن يصيب الشيء الموجود في حراسته الغير بضرر.

أساس هذه المسؤولية هو تحمل التبعة، فالحارس إنما يتحمل تبعه ما يتسبب فيه الشيء من ضرر للغير، إما نظير النفع الذي يجنيه منه، أو لكونه يستحدث به خطراً في المجتمع، فيكون من العدل أن يتحمل تبعته.

المطلب الثالث: وسائل نفي المسؤولية الحارس

نص المشرع على وسائل نفي مسؤولية الحارس في المادة 2/138 من القانون المدني، ومنه نجد أن المشرع نص على حالات عامة (خطأ المضرور وخطأ الغير) نفسها التي أشار إليها في المادة 127 مدني، وحالات خاصة تتمثل في فعل الضحية وفعل الغير، مما يعني أن ركن التعدي كاف لنفي مسؤولية حارس الشيء على عكس " الخطأ " المنصوص عليه في نص المادة 127 الذي يشترط الركن المادي المتمثل في التعدي والركن المعنوي المتمثل في سن التمييز.

¹ مصطفى العوجي، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 522.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 443.

المبحث الثاني: مسؤولية حارس الحيوان

تقضي المادة 139 ق م " 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 بسبب لا ينسب إليه ".

المطلب الأول: شروط مسؤولية حارس الحيوان

يتبين من نص المادة 139 مدني لقيام مسؤولية حارس الحيوان تحقق شرطان:

الفرع الأول: حراسة الحيوان

أولاً: المقصود بالحيوان

لا يوجد فرق قانوني بين الشيء والحيوان، ذلك أن كليهما محلا للحق وقابلا للتملك والتداول ويخضعان لنفس الأحكام المتعلقة بالمسؤولية التي قد يتحملها الشخص بسبب الأضرار التي قد يتسبب فيها فعل الحيوان والشيء... غير أن التمييز بينهما يقتصر على تحديد مجال تطبيق كل من المادتين 138 / 139 ق م ، مما يقتضي تحديد المقصود من بالحيوان وفقا للمادة 139 ق م.

فالحيوان هو كل كائن حي من غير الانسان ويشمل كل أنواع الحيوانات، ويشترط في الحيوان محل الحراسة أن يكون حيا وفقا للمادة 139 ق م، ولا يصدق ذلك على الحيوان الذي نفق ذلك أنه أصبح شيئا غير حي وبالتالي تطبيق عليه أحكام المسؤولية على حارس الشيء 138 ق م¹. كما يشترط أن يكون الحيوان مملوكا من قبل شخص ما، أما الحيوانات غير المملوكة لشخص ما كتلك التي تعيش في الغابات تقوم المسؤولية عنها عن الفعل الشخصي وفقا للمادة 124 مدني.

أما الحيوانات المملوكة للدولة، فذهب القضاء الفرنسي أنها لا تطبق عليها أحكام المادة 1385 مدني فرنسي، بل تخضع للقواعد العامة المتعلقة بنظام الخطأ المرفقي².

ثانياً: مضمون حراسة الحيوان

المقصود بحراسة الحيوان هو السيطرة الفعلية على الحيوان ورقابته وتوجيهه وسواء كانت هذه السيطرة قانونية، أو فعلية.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 432.

² العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، المرجع السابق ص 402، 403.

فمن الناحية القانونية يفترض أن مالك الحيوان هو حارسه، وبالتالي يكون مسؤولاً عن الضرر، الذي يحدثه الحيوان محل حراسته على الغير.

ولكن إذا ما انتقلت حراسته من المالك إلى شخص آخر كالمستأجر أو المستعير... وكانت لهؤلاء السيطرة الفعلية على الحيوان، فإنهم يكونون مسؤولين عن الضرر الذي يحدثه الحيوان المنتفع به على الغير.

أما إذا لم يكن للشخص السيطرة الفعلية على الحيوان، فلا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الحيوان بالغير، فمثلاً لا يسأل الخادم الذي يقوم بالعناية بالحيوان لحساب متبوعه، وفي كل الأحوال فإنه يأخذ بالمسؤولية على حراسة الحيوان بمعيار السيطرة الفعلية¹.

الفرع الثاني: أحداث الحيوان للضرر

حارس الحيوان مسؤول عن الضرر الذي يحدثه الحيوان إن كان له عليه السيطرة الفعلية، ويشترط في ذلك:

- أن يكون تدخل الحيوان في أحداث الضرر تدخلاً إيجابياً كان يتلف الحيوان مالا للغير أو يعقر الكلب شخصاً، أو ينتقل مرض معد من حيوان إلى آخر مملوك للغير.

- أن يتم الفعل الضار من الحيوان على غير حارسه، أي يقع الضرر من الحيوان على الغير، لأن الغير هو وحده المستفيد من افتراض الخطأ.

أما إذا أوقع الحيوان الضرر بحارسه وكان الحارس له غير مالكة، فإن لهذا الحارس أن يرجع على المالك للحيوان على الحارس أن يثبت خطأ المالك للحيوان طبقاً للمادة 124 ق م.

أما إذا أحدث الحيوان ضرراً بالمالك وكان حارسه شخصاً آخر، فللمالك أن يرجع على الحارس على أساس الخطأ المفترض طبقاً للمادة 139 ق م.

كما أن التابع الذي لم يكن السيطرة الفعلية على الحيوان أن يرجع على المتبوع، ولصاحب الحيوان المضروب أن يرجع على صاحب الحيوان الذي تسبب في أحداث الضرر للحيوان الآخر 139.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 431، 432.

المطلب الثاني: أساس مسؤولية حارس الحيوان 139 ق م.

تقوم مسؤولية حارس الحيوان على أساس الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس، غير أن على المضرور أن يثبت في سبيل ذلك أمرين هما:

1/ أن هذا الشخص الذي يرفع ضده المضرور الدعوى هو الحارس الفعلي للحيوان إلا إذا استطاع هذا الأخير إثبات أن الحراسة قد انتقلت إلى شخص آخر.

2/ كما على المضرور أن يثبت بأن الضرر قد وقع له بفعل الحيوان، ومن هنا يفترض الخطأ في جانب الحارس¹.

المطلب الثالث: نفي المسؤولية

يكون بإثبات السبب الأجنبي وفقا للمادة 127 مدني

إثبات القوة القاهرة كان يخاف حصان من الرعد أو الحريق فيسبب ضررا للغير.

- إثبات خطأ المضرور كدخول شخص أحد منزل بدون مبرر فيعضه كلب الحراسة
- خطأ الغير: كأن يهيج أحد المارة كلبا فيقدم على عض المضرور ، يجب أن يكون الغير معروفا من قبل الحارس حتى يستطيع نفي مسؤوليته، فان لم يستطيع تعيين الغير يبقى الحارس هو المسؤول لعدم تمكنه من إثبات عكس قرينة السببية.

المبحث الثالث: مسؤولية الحائز عن الأضرار الناشئة عن الحريق

هذه المسؤولية منصوص عليها في المادة 140 / 1 ق م.

المطلب الأول: شروط قيام مسؤولية الحائز عن الأضرار الناشئة عن الحريق

تتمثل في وجود شرطين:

الفرع الأول: الحريق مصدر الضرر

ويجب التمييز بين الحريق le feu والنار l'incendie، فالحريق هو الذي تشتعل فيه النار وتنتقل من مكان إلى آخر، أما النار فهي التي تشتعل في مكان دون الانتقال إلى مكان لآخر.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص434.

يقصد بالحريق وفقاً لنص المادة 1/140 ق م ضرورة حدوث هذا الحريق في منقول أو عقار الحائز أو في جزء منهما، ومهما كانت طبيعة هذا الشيء الذي يحدث فيه هذا الحريق يتم تطبيق نص المادة 1/140 ق م.

أما مجرد تسرب شرارات النار من قطار أو محرك أو انفجار أو التماس كهربائي أدى إلى نشوب حريق في مال الغير لا يؤدي إلى قيام المسؤولية عن فعل الحريق.

كما يجب أن يكون للحريق أهمية من حيث حجمه، فلا يعتبر حريقاً النار التي تشتعل في ورقة كراس أو عود كبريت¹.

الفرع الثاني: خطأ الحائز

الحائز أو الحارس هو الشاغل للأماكن، فيمكن أن يكون المالك أو شخص آخر انتقلت إليه الحيازة بطريق شرعي كعقد الإيجار أو غير شرعي كالحيازة بسوء نية، وهذا الخطأ واجب الإثبات.

المطلب الثاني: أساس مسؤولية الحائز عن الأضرار الناشئة عن الحريق

أساس هذه المسؤولية هو الخطأ الواجب الإثبات، أي أنه يجب على المدعي أن يثبت بأن الحائز قد سبب له ضرر، وبالتالي لا يمكن اعتبار الحائز مسؤولاً إلا إذا أثبت المضرور خطأ الحائز أو خطأ من هو مسؤول عنهم، كالخاضع للرقابة أو التابع.

المطلب الثالث: وسائل نفي المسؤولية

وتتمثل وسائل نفي هذه المسؤولية عن طريق تدخل سبب أجنبي وذلك طبقاً لنص المادة 127 ق م.

المبحث الرابع: مسؤولية المالك عن تهدم البناء

نص عليها المشرع في المادة 2/140 ق م

المطلب الأول: شروط مسؤولية مالك البناء

وفقاً لنص المادة 2/140 ق م لتحقق هذه المسؤولية لابد من توافر شرطين:

¹ علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 224.

الفرع الأول: أن يكون الضرر ناتج عن تهدم البناء

البناء هو كل عمل صنعه الانسان بواسطة مجموعة من المواد المستعملة للبناء مهما كان نوعها، لتتصل بالأرض اتصال قرار، بحيث يعتبر عقار بطبيعته¹.

وتهدم البناء هو حدوث انفصال في أجزاء من البناء وسقوط هذه الأجزاء مثل سقوط جدار، سقف أو شرفة، ومنه لا بد أن يكون هذا الضرر ناتجا بصفة مباشرة عن تهدم البناء.

الفرع الثاني: أن يكون المسؤول مالكا للبناء

وهذا يعني ارتباط المسؤولية عن تهدم البناء بالملكية، أي أن المالك الذي له حق التصرف الاستعمال والاستغلال يعتبر مسؤولا، فمثلا إذا قام المستأجر باستئجار شقة يسقط سقفها على شخص ما، فالمستأجر لا يعتبر مسؤولا، فالمالك هو المسؤول أي المؤجر، لأنه هو الذي يقع على عاتقه الالتزام بصيانة البناء بحيث يجب عليه تفادي اتهدام البناء وتسبب بالضرر للغير، فمثلا إذا كان هناك عقار يشكل خطرا على شخص ما يطلب هذا الشخص من المالك اتخاذ التدابير اللازمة لتفادي الضرر، فإذا رفض هذا المالك يمكن لهذا الشخص الطلب من المحكمة لتمكنه من اتخاذ التدابير اللازمة.

المطلب الثاني: أساس مسؤولية المالك من تهدم البناء

هو مسؤولية ذاتية أساسها الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس وعلى المضرور أن يثبت بأن تهدم البناء هو الذي سبب له الضرر، وما على المدعى عليه إذا ما أراد نفي مسؤوليته إلا اتباع طريقين:

الأول: اثبات أن هذا الضرر لا يرجع إلى عدم الصيانة أو القدم في البناء أو عيب فيه.

ثانيا: اثبات السبب الأجنبي طبقا للمادة 127 ق م.

المبحث الخامس: مسؤولية المنتج

وقد نص عليها المشرع في المادة 140 مكرر ق م الذي يرجع مصدرها إلى المادة 1386 من القانون الفرنسي وهو قانون 1998/5/19 ولكن هذا القانون نقل تعليمة أوروبية صادرة في 1988/7/25، حيث هناك 18 مادة في القانون الفرنسي وذلك من المادة 1386 مكرر إلى المادة 1386 مكرر 18 وأخذ المشرع الجزائري مادة واحدة من هذه

¹ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية) المرجع السابق، ص 420.

المواد 18 و عي المادة 140 مكرر من القانون المدني وهذه المادة غامضة و أثارت عدة مشاكل ولأول مرة لم يميز المشرع الجزائري بين أحكام المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية، وذلك بنصه في المادة 140 مكرر 02 " ..ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية " .

ومنه فمسؤولية المنتج هي مسؤولية تقصيرية، وما دلالة مسؤولية المنتج حتى ولو لم تربطه بالمستهلك علاقة تعاقدية، أي ادراج المسؤولية التعاقدية. وإذا المعنى لا يستقيم إلا بافتراض أن العقد الذي أبرم بين المنتج والمستهلك وجود شرط يتضمن استبعاد مسؤولية المنتج، وقد سمح المشرع الجزائري في المادة 178 ق م للمدين بالاتفاق مع الدائن على استبعاد المسؤولية، فإذا تعاد المنتج مع المستهلك وفقا للقانون الفرنسي، وقد تضمن هذا العقد شروط الاستبعاد عن مسؤولية المنتج، ومنه في القانون الفرنسي يستبعد هذا الشرط.

المطلب الأول: شروط قيام مسؤولية المنتج

تقوم مسؤولية المنتج بتوافر الشروط الآتية:

الفرع الأول: المنتج هو المسؤول

يمكن تعريف المنتج انطلاقا من تعريف المنتج، أنه كل شخص طبيعي أو معنوي، يقوم في اطار نشاطه المعتاد، بانتاج مال منقول معد للتسويق، سواء في شكل منتج نهائي، أو مكونات، أو أي عمل آخر، وذلك عن طريق الصنع أو التركيب. وقد يكون المنتج- بالنظر إلى أنواع المنتجات التي أشارت إليها المادة 140 مكرر/ 2 مزارعا أو مربيا للمواشي، أو صناعيا، أو صيدليا ... إلخ¹.

الفرع الثاني: مصدر الضرر: عيب في المنتج

أولاً: المقصود بالمنتج: وفقا للقانون المدني، فهو كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار سواء كان ماديا أو معنويا، طبيعيا أو صناعيا. وحسب المادة 140 مكرر 1 من القانون المدني يعني المنتج: المنتج الطبيعي والذي يتمثل مثلا في المنتج الزراعي وفي الصيد البري والبحري والمنتج الصناعي وتربية الحيوانات والطاقة الكهربائية، فمثلا إذا قام شخص الذي هو المنتج باصطياد حيوان ووجد أن هذا الحيوان مريض.

أما المنتج وفقا للمادة 2 من المرسوم التنفيذي لقانون الاستهلاك رقم 90/266 يقتصر على المنقول المادي كما يشمل الخدمات.

¹ علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق،، ص 250.

كما يشترط في المنتج أن يكون قابلا للتداول ابتداء من مرحلة التسويق وبرضا المنتج¹.

ثانيا: عيب المنتج

يقصد به المخاطر التي يتضمنها المنتج والتي قد تلحق أضرارا جسمانية بالشخص، أيا كانت علاقته بالمنتج

أو بممتلكات هذا الأخير.

ومفهوم العيب في المنتج يثير مشكل، ففي القانون الفرنسي لا يتكلم عن العيب le vice وتكلم المشرع الجزائري عن العيب le vice بل يتكلم عن الخلل le défaut والعيب المنصوص عليه في المادة 140 مكرر 1 هو العيب الخفي والظاهر.

والعيب في المنتج هو الذي يعرض سلامة مستعمل المنتج للخطر، سواء ما تعلق بالسلامة الجسدية أو في مصالحه المالية، بمعنى لا يستجيب للسلامة المرغوب فيها، ومن ثم يتحمل المنتج ضمان سلامة منتوجه من أي خطر على صحة أو ممتلكات الغير، وخطورة المنتج قد ترجع إلى عيب في تصنيعه، وقد يكون المنتج خطيرا بطبيعته كأدوية أو تيار كهربائي، أو عند استعماله، غير أن العبرة ليست بسبب العيب، وإنما بما يحدثه من ضرر الذي يعتبر قرينة على عيب في المنتج².

الفرع الثالث: الضرر

إن الضرر الذي يلتزم المنتج بتعويضه بسبب تعيب منتوجه، هي الأضرار الماسة بالسلامة الجسدية للشخص كالوفاة، الأمراض، والعجز الدائم عن العمل، وكذا الضرر الأدبي جراء الآلام التي أصابتها بسبب الجروح أو تلك التي أصابت ذويها في حالة وفاتها.

ويسأل المنتج عن الأضرار المادية التي تلحق بأموال الضحية، باستثناء الضرر الذي يصيب المنتج المعيب ذاته، لأن في هذه الحالة تكون مسؤولية المنتج غير محدودة، وهذا يعني تحميل المنتج ما لا يطيق.

الفرع الرابع: علاقة السببية بين الضرر ومصدره

إن الضحية يقع عليها إثبات أن الضرر الذي لحقها هو بفعل العيب في المنتج، وهذا لاشك في صعوبة خاصة بالنسبة للمنتوجات ذات التقنيات العالية، ومن أجل تخفيف العبء على الضحية فهناك قرينتين افتراضهما الفقه الفرنسي

¹ علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 243، 244.

² نفس المرجع، ص 247، 248.

بشأن علاقة السببية، تتعلق الأولى بافتراض وجود العيب بمجرد طرح المنتج للتداول، وتتعلق الثانية بافتراض إطلاق المنتج بإرادة المنتج¹.

المطلب الثاني: أساس مسؤولية المنتج

هي مسؤولية موضوعية تتحقق بوجود الضرر، أساسها نظرية الضمان، أي ضمان السلامة الجسدية للأشخاص، وكذلك ضمان سلامة أموال الأشخاص.

المطلب الثالث: أسباب الاعفاء من المسؤولية

إن المشرع عند تناوله لمسؤولية المنتج في مادة وحيدة لم ينص على كيفية الاعفاء من المسؤولية، ولذلك يمكن للمنتج أن يدفع المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي طبقاً لنص المادة 127 ق م.

كما يمكن للمنتج دفع المسؤولية وفقاً للأسباب الخاصة ومنها:

- عدم طرح المنتج للتداول.

- انعدام الطابع المعيب للمنتج وقت عرضه للتداول

المبحث السادس: تكفل الدولة بالتعويض

تتدخل الدولة بصفة احتياطية من أجل التعويض في حال انعدام المسؤول عن الضرر، بموجب المادة 140 مكرر

1 مدني يعتبر الشريعة العامة في التعويض عن الأضرار الجسمانية، وذلك بتوافر شروط نذكرها فيما يأتي:

المطلب الأول: انعدام المسؤول

وهذا مرده إلى العديد من الأسباب، فقد يصعب اثبات الخطأ في جانب المسؤول، وخاصة بعد ظهور الأخطار الاجتماعية ففي غالب الأحيان لا يوجد أي أثر للمسؤول عن الضرر لسبب أو لآخر كجهل المسؤول ومثال ذلك ما يتعرض له ضحايا حوادث المرور وضحايا المأساة الوطنية في حالة هروب المسؤول أو انعدام المسؤول كما هو الأمر بالنسبة لضحايا الكوارث الطبيعية.

وقد يثور السؤال في حالة ما إذا عرف المسؤول عن الضرر، ولكنه في حالة اعسار هل يمكن إسقاط عليه المادة

140 مكرر 1 أم لا؟

¹ على فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 258.

ويرى الأستاذ مراد قجالي، وذلك عندما أخضع حالة اعسار المسؤول لنفس حال عدم وجوده، لكون المشرع كان يهدف من انشاء النظام التعويضي الخاص هو اسعاف المضرور جسمانيا وتمكينه من التعويض بغض النظر عن الفاعل سواء أكان معروفاً أو مجهولاً.

المطلب الثاني: أن يصيب الشخص ضرر جسماني

يقصد بالضرر الجسماني ذلك الضرر المتعلق بجسم الانسان، مما يدل أن الأضرار القابلة للتعويض في اطار المادة 140 مكرر 1 الأضرار الجسمانية كالضرب والجرح والوفاة وكذا العجز المؤقت أو الدائم (الجزئي والكلي) والأضرار المدية المرتبطة بالضرر الجسماني كضياع الأجر ومصاريف العلاج وغيرها دون الأضرار المادية اللاحقة بالممتلكات من سيارات وكذلك الضرر المعنوي.

المطلب الثالث: أن لا يكون المضرور سببا في حدوث الضرر

وبالرجوع إلى الأمر 74 / 15 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض، وبالتحديد المادة 8 منه فإن الحق في التعويض يستفيد منه كل ضحية تعرضت لأضرار جسمانية جراء حادث المرور، حتى وإن كان المسؤول عن الحادث هو الضحية، كذلك الشأن بالنسبة لحوادث العمل والأمراض المهنية فعلى الرغم من وجود خطأ العامل المضرور فالتعويض مستحق ومضمون¹.

¹ محمد بن أودينة، زيري بن قويدر، تدخل الدولة في تعويض المضرور جسمانيا بين الأصل والاحتياط، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، أبريل 2019، ص ص 98، 99.

الباب الثاني الاثراء بلا سبب (الفعل النافع)

اعتبر المشرع الجزائري الاثراء بلا سبب واقعة قانونية تشكل مصدرا من مصادر الالتزام غير الارادية والنص عليه في المواد من 141 الى 159 من القانون المدني التي تناولت القاعدة العامة للإثراء بلا سبب وأهم تطبيقاته وهي الدفع غير المستحق والفضالة.

الفصل الأول: القاعدة العامة في الاثراء بلا سبب

يتحقق الاثراء بلا سبب عندما يتم افتقار شخص على حساب اثراء آخر دون سبب قانوني،

المبحث الأول: شروط الاثراء

يشترط لتحقيق الاثراء الآتي:

المطلب الأول: اثراء المدين

يعد الاثراء مصدر التزام المدين وعلى ذلك إذا وفي شخص دينا عن آخر، ثم تبين سبق الوفاء بهذا الدين أو أن هذا الدين غير موجود، فلا يتحقق هذا الاثراء في جانب الشخص الآخر ولا يرجع الشخص الآخر¹.

والأصل في الاثراء أن يكون ايجابيا يتم عن طريق اضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين، ويحدث هذا بأن يكسب المدين حقا عينيا أو شخصيا أو أن يزيد فيما يملك من ذلك ومثال ذلك حصول الشخص على مياه أو انارة بطريقة خفية.

وقد يحدث الاثراء عن طريق منفعة يجنيها المدين أو عمل يستثمره مثال ذلك انتفاع الشخص بمنزل للسكن دون عقد ايجار.

وقد يكون الاثراء سلبيا ويحدث ذلك عن طريق الانقاص من الجانب السلبي لذمة المدين مثال ذلك قيام المستأجر بالترميمات التي تجب على المؤجر.

والأصل في الاثراء أن يكون ماديا، كما هو الحال في الأمثلة السابقة، وقد يكون معنويا كالاثراء العقلي أو الأدبي أو العلمي، كما لو حصل المحامي على حكم بالبراءة لموكله².

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 44.

² العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام (الواقعة القانونية)، المرجع السابق، ص 454.

والأصل أن يكون الاثراء مباشرا، وذلك بأن ينتقل هذا الاثراء مباشرة من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى، ويتم ذلك إما بفعل المفتقر كقيام المستأجر بالإصلاحات الواجبة على المؤجر.

وقد يكون الاثراء غير مباشر ويحدث إذا تدخل أجنبي في نقله من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى، ويحدث إذا تدخل أجنبي في نقله من ذمة المفتقر إلى ذمة المثرى. وقد يحدث تدخل الأجنبي عن طريق عمل مادي كربان السفينة الذي يرمي بعض الحمولة من السفينة في سبيل انقاذ الباقي من الغرق. وقد يحدث التدخل بعمل قانوني ومثال ذلك شراء مستأجر أرض زراعية سمادا للأرض دون أن يدفع ثمنها فإذا حجز المالك على زراعة المستأجر جاز للتاجر وهو المفتقر أن يرجع على المالك وهو المثرى بقدر ما عاد به السماد على الزراعة من نفع في حدود الثمن، فالأجنبي الذي تدخل هنا المستأجر وحدث تدخله بعمل قانوني هو شراء السماد¹.

المطلب الثاني: افتقار الدائن

يجب لتطبيق قاعدة الاثراء بلا سبب أن يكون افتقار الدائن هو الذي أدى إلى اثراء المدين، فيكون هناك افتقار من جانب الدائن، وتكون هناك علاقة سببية بين افتقار الدائن واثراء المدين.

الفرع الأول: وجوب تحقق الافتقار

يجب أن يتحقق هذا الافتقار فإذا حصل اثراء من جانب شخص ولم يقابله افتقار من جانب شخص آخر، فلا تنطبق القاعدة كامتداح مفكر مشهور لمؤلف أدبي ترتب عليه اقبال الغير على اقتنائه، مما أدى إلى اثراء صاحبه فهذا الاثراء لم يقترب به افتقار المفكر.

والافتقار كالإثراء قد يكون ماديا أو معنويا كمن يقوم بإجراء ترميمات لمنزله لمنزل غيره أثناء غيابه فقيمة هذا العمل خرجت من الذمة المالية للقائم به مما أدى إلى افتقاره ماديا ومن صور الافتقار المعنوي الجهد الذي يبذله مدرب سابق في تقديم توجيهات وارشادات لرياضي مما أدى إلى نجاحه، فهذا الجهد أمر معنوي كان في امكاني المدرب أن يحصل على أجر في مقابله

وقد يكون الافتقار ايجابيا كقيام المثرى الحائز أو المشتري الحائز على العقار المرحوم بالوفاء بالدين المضمون بالرهن، كما قد يكون سلبيا كفوات منفعة على الدائن كعمل شخص لحساب آخر دون أن يكون مرتبطا معه بعقد عمل

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 448.

وقد يكون الافتقار مباشراً إذا تحقق افتقار الدائن واثراء المدين دون تدخل شخص آخر كالانتفاع بمنقول لفترة زمنية دون عقد ايجار كما قد يكون الافتقار غير مباشر اذا تدخل شخص آخر بعمل ترتب عليه افتقار الدائن واثراء المدين كقيام مقاوم بالبناء على أرض لحساب مشتريها، لكن قبل اتمام البناء تم فسخ عقد البيع، فعمل المقاتل ترتب عليه افتقار المشتري على حساب اثناء البائع¹.

الفرع الثاني: ارتباط الافتقار والاثراء بعلاقة السببية

يجب أن يكون الافتقار هو السبب المباشر في اثناء المدين، فقيام المستأجر بإجراء ترميمات واجبة على المؤجر تعد واقعة نشأ عنها اثناء المؤجر وافتقار المستأجر ومن ثم تقوم علاقة السببية بين الافتقار والاثراء.

وتقوم علاقة السببية بين الاثراء والافتقار كلما تم اثبات اثناء المدين لم يكن ليتحقق لولا افتقار الدائن، وتعد تلك من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع.

واذا تعددت الأسباب يمكن اعمال فكرة السبب المنتج، فتطبق القاعدة إذا ثبت أن الافتقار كان هو السبب المنتج للاثراء.

ويمكن الرجوع بدعوى الاثراء حتى لو ثبت أن الافتقار راجع إلى خطأ المفتقر وجب التعويض، لأن أحد الشخص اغتنى على حساب الآخر دون سبب مشروع، وما يؤيد ذلك أن التطبيقات التشريعية لمبدأ الاثراء بلا سبب لم يخل بعضها أن يكون المفتقر مهملاً بل سيء النية، فمن بنى أو غرس في أرض غيره ولو بسوء نية لم يحرم من التعويض².

المطلب الثالث: انعدام السبب

معنى ذلك أن لا يكون للاثراء الحادث أو الافتقار المترتب عليه سبب قانوني الذي يبرر للمثري الحق في الاحتفاظ بما أثري به³، فلا يجوز للواهب مثلاً أن يرجع على الموهوب له بدعوى الاثراء بلا سبب، لأن بين لمتعاقدين تصرفاً قانوني هو عقد التبرع يبرر افتقار أحدهما واثراء الآخر. كما لا يجوز للمفتقر الرجوع على المثري عن شخص آخر كما إذا أثري المثري على حساب المفتقر دون سبب ثم وهب ما أثري به إلى شخص آخر، فلا يحق للمفتقر الرجوع بدعوى الاثراء على الموهوب له، فإثراء الأخير كان سبباً قانونياً هو عقد الهبة.

¹ فضيلة سويلم، محاضرات في القانون المدني (مصادر الالتزام) جامعة سعيدي، 2018/2017، ص 122.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 453.

³ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام (الواقعة القانونية)، المرجع السابق، ص 459.

كما لا يجوز للمفتقر الرجوع على المثرى بحكم قانوني يعد سببا للاثراء، فمن استفاد من التعويض عن ضرر اصابه لا يجوز مطالبته برده، لأنه كسبه بسبب قانوني هو العمل غير المشروع، كذلك من يكسب حقا عينيا أو يسقط عنه التزام بالتقادم، فلا يجوز مطالبته برد ما أثري به.

المطلب الرابع: حسن نية المثرى

لقد اشترطت المادة 141 من قانون المدني حسن النية لدى لتطبيق قاعدة الاثراء بلا سبب، وبمفهوم المخالفة إذا كان المثرى سيء النية، فلا يعد ذلك اثراء بلا سبب، وإنما فعل مستوجب للتعويض تطبيقا لأحكام المسؤولية التقصيرية.

المبحث الثاني: آثار الاثراء بلا سبب

إذا توافرت شروط الاثراء بلا سبب وجود الاثراء والافتقار والصلة بينهما وانعدام السبب القانوني وحسن نية المثرى وجب على هذا الأخير تعويضا للمفتقر إما وديا أو قضائيا عن طريق دعوى الاثراء بلا سبب.

المطلب الأول: دعوى الاثراء بلا سبب

هي دعوى قضائية يرفعها المفتقر ضد المثرى، ولدراسة هذه الدعوى سيتم التعرض لأطرافها والأهلية المطلوب فيهم ثم لمسألتي اثبات أركان الاثراء بلا سبب، وتقادم هذه الدعوى (الفرع الأول) أطراف دعوى الاثراء بلا سبب.

يتمثل طرفي دعوى الاثراء بلا سبب في المدعي وهو المفتقر الذي يحق له المطالبة بالتعويض عن الاثراء بلا سبب ويقوم مقامه نائبه أو خلفه العام أو الخاص والمدعي عليه وهو المثرى أو نائبه أو خلفه العام.

الفرع الثاني أطراف دعوى الاثراء بلا سبب

لم يشترط المشرع الجزائري بمقتضى المادة 141 من القانون المدني أهلية معينة في طرف أي دعوى الاثراء بلا سبب، مما يعني أنه يجوز أن يكون كل من المثرى والمفتقر عديمي الأهلية أو أحدهما، وفي هذه الحالة يحل محل عدم التمييز في دعوى الاثراء بلا سبب من ينوب عنه.

الفرع الثالث: اثبات أركان الاثراء بلا سبب

يقع على عاتق المفتقر المدعي اثبات جميع أركان أو صورة الاثراء بلا سبب ويستطيع إثبات هذا الاثراء بكافة طرق الاثبات لأنه واقعة مادية.

الفرع الرابع: تقادم دعوى الاثراء بلا سبب

تسقط دعوى الاثراء بلا سبب حسب نص المادة 142 من قانون المدني بمضي عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المفتقر بافتقاره وبمن أثري على حسابه وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء 15 سنة من نشوء الحق في التعويض، ويتحدد ذلك من يوم حدوث واقعة الاثراء بلا سبب على حساب الغير ولو لم يكن المفتقر قد علم بافتقاره وبمن أثري على حسابه، وعليه تتقادم دعوى الاثراء بلا سبب بأقل المدتين.

المطلب الثاني: التعويض عن الاثراء بلا سبب

يتمثل الجزء المترتب على أن اثراء المثرى بلا سبب على حساب المفتقر في التعويض، وطالما أن التعويض هو الأثر المباشر لواقعة الاثراء بلا سبب، فمتى ينشأ الحق فيه؟ وكيف يتم تقديره؟ وما هو الوقت الذي يتم فيه التقدير؟.

الفرع الأول: وقت نشوء الحق في التعويض عن الاثراء بلا سبب

ينشأ هذا الحق من وقت الاثراء وليس من وقت الحكم الصادر في دعوى الاثراء بلا سبب، لذلك يعد هذا الحكم كاشفاً للحق في التعويض وليس منشئاً له، ويبقى التزام المثرى بدفع التعويض قائماً بعد تحقق الاثراء حتى ولو أزال الاثراء فيما بعد.

الفرع الثاني: كيفية تقدير التعويض

يكون تقدير التعويض بأقل قيمتي الافتقار والاثراء، فلا يجوز أن يزيد التعويض عن خسارة المفتقر حتى لو ثبت أن اثراء المثرى يزيد على مقدار الخسارة وإلا أصبح المفتقر بدوره مثرى على حساب المثرى بدون سبب، كما لا يجوز أن يزيد التعويض على اثراء المثرى بدوره مفتقراً لمصلحة المفتقر بدون سبب¹.

الفرع الثالث: وقت تقدير التعويض

يقدر القاضي قيمة الاثراء وقت وقوعه وليس وقت رفع الدعوى أو وقت صدور الحكم لذلك لا يفترض أن يكون الاثراء قائماً في وقت رفع الدعوى أو وقت صدور الحكم، فالعبرة بقيمته وقت وقوعه وتحقيق واقعه الاثراء ولو زال بعد ذلك، أما قيمة الافتقار فتقدر في وقت صدور الحكم على أساس أن الافتقار في دعوى الاثراء يقابل الضرر في دعوى التعويض عن المسؤولية التقصيرية، ولما كان الضرر يقدر في وقت صدور الحكم فكذلك الافتقار.

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 468 وما بعدها.

أولاً: تقدير الاثراء

إذا كان الاثراء عبارة عن ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى، فقد يكون نقداً كما إذا استولى المثرى على مبلغ من النقود مملوك للمفتقر، فإن قيمة الاثراء هي هذا المبلغ بقدره العددي تطبيقاً لمبدأ القيم الاسمية للنقود.

وقد يكون الاثراء عبارة عن تحسينات أجراها المفتقر في مال المثرى كترميمات أو بناء طبقات جديدة في العقار، فإن هذه التحسينات تقدر بما زاد من مال المثرى بسببها ولا تقدر بما أنفقه المفتقر الذي أجراها.

وان كان الاثراء منفعة حصل عليها المثرى، كسكنة منزلاً دون عقد وجب تقدير هذه المنفعة بأجرة المثل.

وإذا كان الاثراء خدمة أو عملاً قدمه المفتقر إلى المثرى، كعمل السمسار في تقريب وجهات النظر بين البائع والمشتري مثلاً، غير أن الصفقة لم تتم على يديه، فإنه يجب تقدير قيمة الفائدة التي عادت على المثرى من وراء هذه الخدمة أو العمل.

وإذا كان الالتزام سلبياً، ومثاله أن يدفع شخص ديناً على غيره أو قيامه بإتلاف متاعه لكي يطفئ حريقاً في منزل جاره، فإنه يجب تقدير قيمة ما نقص من ديون المثرى أو ما تجنبه من خسارة.

ثانياً: تقدير الافتقار

يقدر الافتقار بذات الطريقة التي رأيناها بالنسبة لتقدير الاثراء

فإذا كان الافتقار نقداً كان قدر الافتقار هو قدر الاثراء، لأن المقدار الذي دخل في ذمة المثرى هو بعينه المقدار الذي خرج من ذمة المفتقر، وإذا كان الافتقار تحسينات أجراها المفتقر، فإنه يقدر بقدر ما أنفقه المفتقر ويعطى أقل القيمتين ما أنفقه في استحداث تلك التحسينات، وهذا هو مقدار الافتقار وما زاد في مال المثرى بسبب هذه التحسينات، وهذا هو مقدار الاثراء، وإذا كان الافتقار هو منفعة حصل عليها المثرى كان قدر الافتقار هو قدر الاثراء، فيكون التعويض هو أجرة هذه المنفعة، وإذا كان الافتقار خدمة أو عمل أداة المفتقر للمثرى، فإن كان المفتقر محترفاً كالحامي والسمسار والمحاسب قدر الافتقار بالقيمة التجارية للخدمة أو العمل، أما إذا لم يكن محترفاً قدر افتقاره بمقدار ما تحمله من نفقات وما فاتته من ربح بسبب الخدمة أو العمل وما يبذله من جهد، ويكون التعويض هو الأقل من قيمتي الافتقار والاثراء¹.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 461.

الفصل الثاني: تطبيقات قاعدة الاثراء بلا سبب

للإثراء بلا سبب صورتان متميزتان عن سائر صوره هما دفع غير المستحق، والفضالة، فنعرض لهما بشيء من التفصيل.

المبحث الأول: الدفع غير المستحق

يعتبر الدفع غير المستحق أحد التطبيقات العام للإثراء بلا سبب ومضمون هذا التطبيق هو قيام شخص بالوفاء بدين غير مستحق عليه غير ملزم بالوفاء به لشخص آخر، فيترتب في ذمة من تلقى هذا الوفاء الموف له التزام برد ما أخذه دون حق الى من وفى به، لأن في الاحتفاظ به إثراء بلا سبب على حساب الموفي، وقد نظم المشرع الجزائري الدفع غير المستحق في المواد من 143 الى 149 من القانون المدني.

المطلب الأول: تعريفه وطبيعته

دفع غير المستحق هو الوفاء بدين غير واجب على الموفي دون أن تكون لديه نية الوفاء بدين عل غيره، ويترتب عليه التزام في ذمة الموفي له برد ما أخذه دون وجه حق إلى الموفي.

ويعد دفع غير المستحق صورة متميزة من صور الاثراء، لأن التزام من حصل له الوفاء بالرد لا يقوم على فعل صدر عنه، ولأنه باستبقائه ما ليس بحقه يكون قد أثري على حساب الموفي إثراء بلا سبب.

المطلب الثاني: أركان الدفع غير المستحق

بالاستناد على نص المادة 143 من القانون المدني تتمثل شروط الدفع غير المستحق في:

الفرع الأول: دين غير مستحق وقت الوفاء به

يجب أن يكون هناك وفاء، ويقصد بهذا الوفاء كل عمل من أعمال الوفاء يصدق عليه وصف التصرف القانوني وهذا الوفاء قد يكون وفاء عاديا تم بطريقة مباشرة وقد يكون عملا يعادل الوفاء كالوفاء بمقابل أو التجديد أو الانابة أو المقاصة. وقد يكون اقاررا جديدا بالدين أو ترتيبا لدين خاص يضمن الوفاء به إلى غير ذلك من أعمال الوفاء وطرقه¹.

هذا الوفاء يجب أن يكون لدين لم يكن مترتبا في ذمة الشخص وقت الوفاء ويرجع ذلك إلى الآتي:

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 465.

فقد يكون الدين لا وجود له أصلاً ومثاله قيام الوارث بدفع دين يظن أنه على التركة ثم يتضح أنه لا وجود لهذا الدين، وقد يكون الدين منعدماً بالنسبة إلى الدافع وذلك إذا كان له وجود ولكن في ذمة شخص آخر كمن يدفع دين غيره ظناً منه أنه دينه، وقد يكون الدين منعدماً بالنسبة إلى المدفوع لهو ذلك إذا كان الدين مترتباً في ذمة الدافع، ولكنه دفعه لغير الدائن، وقد يكون الدين منعدماً من الأصل إذا كان مصدره عقداً باطلاً أو ديناً طبيعياً لا إكراه في تنفيذه.

وقد يكون للدين وجود ويكون مؤجلاً الاستحقاق، ولكنه يستحق وتتصل هذه الصورة بدين محتمل الوجود ويؤمل استحقاقه ولكنه لم يستحق. كالدين المعلق على شرط واقف، فإذا حصل الوفاء بهذا الدين كان وفاء بغير مستحق يستوي أن يتم هذا الوفاء قبل تحقق الشرط أو بعد تحققه.

وإذا كان الدين مؤجلاً لم يجل أجله وقام الموفي بالوفاء به لجهله وجود هذا الأجل، فالأصل في هذا الوفاء أنه وفاء بالمستحق، ومع ذلك فقد اعتبر المشرع هذا الوفاء دفعاً لغير مستحق حتى لا يحرم الموفي من الانتفاع بالأجل.

وقد يكون الدين مترتباً في ذمة الموفي ترتيباً صحيحاً وواجب الأداء، ولكنه انقضى بسبب من أسباب انقضاء كأن يوفي الوارث بدين يعتقد أن مورثه كان مديناً به، ثم يعثر بعد ذلك على مخالصة تثبت أن المورث قام بالوفاء به قبل موته أو يكون الدين قد انقضى بالمقاصة أو التجديد أو الإبراء ثم يفي به المدين رغم ذلك¹.

الفرع الثاني: عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلاً للإبطال

فالثابت أن الشخص لا يدفع ديناً غير مستحق عليه إلا إذا كان قد اعتقد بأن هذا الدين مستحق عليه فقام بوفائه، فالغلط هنا مفروض لا يكلف الدافع إثباته.

ولكن تعد قرينة الغلط هذه قرينة بسيطة تقبل الإثبات العكسي، فيجوز للمدفع له أن يثبت أن الدافع كان يعلم وقت الدفع أنه لم يكن ملزماً بالدفع، وإنما دفع تبرعاً أو فضالة عن غيره أو وفى ديناً طبيعياً في ذمته.

ومعنى ذلك أن هناك قرينة قانونية ثانية تقوم لمصلحة المدفوع له، وهي أن علم الدافع بعدم لزوم الدفع يقف حائلاً دون الرد، وهي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس بأحد الأمرين:

- أن يثبت مثلاً أنه كان ناقص الأهلية وقت أن دفع، وعندئذ بإمكانه إبطال هذا الوفاء لنقص أهليته واسترداد.
- أن يثبت مثلاً أنه أكره على الوفاء، كأن يكون قد وفى الدين من قبل ولما طوّل به مرة ثانية لم يعثر على المخالصة فوفى به مرة ثانية خشية التنفيذ على أمواله ثم عثر بعد ذلك على هذه المخالصة، فله استرداد ما دفعه.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 467.

المطلب الثاني: أحكام الدفع غير المستحق

بالرجوع إلى الماد 147 مدني، يتعين التمييز بين أحكام الدفع غير المستحق بين ما إذا كان الموفى له حسن النية أو سيء النية، كما تتطلب البحث في هذه المسألة تحديد الحالات الاستثنائية التي يمنع فيها على الموفى المطالبة بحقه في الاسترداد أو يقيد فيها حقه، ثم تقادم دعوى استرداد الدفع غير المستحق.

الفرع الأول: المقدار الواجب رده

أولاً: حالة الموفى له حسن النية

يقصد بحسن النية اعتقاد الموفى له أنه تسلم ما هو مستحق له فعلاً، وحسن النية هنا مفترض، وعلى الدافع أن يثبت العكس أي يثبت سوء نية الموفى له، بأن يثبت مثلاً أن الأخير كان يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له منذ البداية أو أنه علم بذلك بعد الوفاء، ويتم هذا الإثبات العكسي بكافة الطرق¹.

فإذا كان الموفى له حسن النية يلتزم فقط برد مقدار ما تسلمه على سبيل الوفاء مما ليس حقاً له دون زيادة ولا نقصان سواء كان الشيء الموفى به نقداً أو عيناً، كما لا يلزم برد ما هلك أو تلف من الشيء الموفى به دون خطأ منه، أما الثمار المنتجة التي قبضها، فلا يلتزم بردها إلا من يوم رفع دعوى الاسترداد وإذا أنفق الموفى له حسن النية نفقته الضرورية في حفظ الشيء الموفى به جاز له المطالبة بها².

ثانياً: حالة الموفى له سيء النية

يقصد بسوء النية أن يعلم الموفى له أنه قد تسلم ما ليس له فيه حق، فإذا ثبت هذا العلم من وقت تسلم الشيء أو الدفع كان سيء النية منذ البداية. وإذا لم يتوفر له هذا العلم إلا في وقت لاحق اعتبر سيء النية من وقت علمه فقط. ويقع بإثبات هذا التحول في نية الموفى له على عاتق الموفى بكافة طرق الإثبات استناداً إلى نص المادة 147 من القانون المدني، يلزم الموفى له سيء النية برد الشيء الموفى به كما تسلم وكذا برد فوائد أو أرباحه التي جناها أو التي قصر في جنيها وذلك من يوم الوفاء أي من وقت تسلمه للشيء الموفى به أو من الوقت الذي أصبح فيه الموفى له سيء النية أي من تاريخ تحقق سوء نيته، كما يلزم برد ثمار الشيء الموفى به الذي انتجها أو رد قيمتها إذا كان قد استهلاكها من يوم رفع الدعوى للمطالبة بالاسترداد.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 469.

² فضيلة سويلم، المرجع السابق، ص 129.

ثالثا: الحالات الخاصة بمنع الموفي من المطالبة بحقه في الاسترداد أو تقييده

تقضي القاعدة العامة في الدفع غير المستحق بالتزام الموفي له برد ما تسلمه على سبيل الوفاء بغير حق إلى الموفي وبأن مقدار الرد يتأثر بحسن نية الموفي له وسوءها، غير أن المشرع الجزائري قد أورد على هذه القاعدة استثناءات تمنع الموفي من المطالبة بحقه في الاسترداد أو تقييده متى توافرت شروط هذا المنع أو التقييد وذلك في ثلاث حالات هي:

1/ الوفاء بدين مؤجل قبل حلول الأجل

استنادا إلى نص المادة 145 مدني لا يمكن للدائن أن يطالب بحق مؤجل قبل حلول أجله، أما إذا تم الوفاء معجلا، فلا استرداد ما دفع حتى ولو كان المدين يجهل الأجل، وفي هذه الحالة يجوز للمدين أن يطالب في حدود الضرر اللاحق به، برد مبلغ الاثراء الذي حصل عليه الدائن بسبب هذا الوفاء المعجل.

2/ الوفاء لناقص الأهلية

طبقا لنص المادة 148 مدني إذا كان الموفي له قد تلقى الوفاء وهو ناقص الأهلية، فلا يلزم برد إلا ما أثري به وعاد عليه بالمنفعة، يتمثل الخروج على القواعد العامة، هنا أن المشرى لا تشترط فيه أهلية ما، لأن التزامه واقعة مادية هي واقعة الاثراء غير أن المشرع خرج على هذا الأصل رعاية لناقص الأهلية وحماية لمصالحه، فهو لا يلتزم برد ما أخذ إلا في حدود ما انتفع به فعلا، فإذا تسلم عينا معينة بالذات وهلكت أو تلفت أو ضاعت تحت يده بغير خطأ منه لم يكن ملزما بشيء اتجاه الدافع ولو كان ناقص الأهلية سيء النية، لأن ما فقده دون أن ينتفع به لا يدخل في اثرائه، وكذلك الحكم لو تسلم نقودا أو أشياء مثلية، أما إذا كان الهلاك أو الضياع أو التلف بخطأ منه، فإنه يلتزم بالتعويض، لأن ناقص الأهلية يلتزم بالخطأ ويقع على الموفي عبء اثبات مدى المنفعة التي أصابها الموفي له، ويجوز له هذا الاثبات بكافة طرقه لأنه ينصب على واقعة مادية¹.

الفرع الثاني: سقوط دعوى استرداد غير المستحق

أولا: تجرد الموفي له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته أو تركه الدعوى تسقط بالتقادم

طبقا لنص المادة 146 مدني لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء لغير المدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين (باعدامه أو عدم المحافظة عليه) أو مما حصل عليه من التأمينات (التنازل عن

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 474.

الرهن أو لا يقوم بتحديد قيده أو يبرئ ذمة الكفيل) وترك دعواه تسقط بالتقادم قبل المدين الحقيقي ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء.

ثانيا: سقوط الدعوى بأقل المدتين

تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء عشر (10) سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد وتسقط الدعوى في كل الحوال بانقضاء (15) خمسة عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق م 149 مدني.

المبحث الثاني: الفضالة

نصت عليها المواد من 150 الى 159 مدني وهي تولي شخص عن قصد القيام بعمل عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك¹. وتعد الفضالة من تطبيقات الاثراء بلا سبب. فنعرض لأركان الفضالة ثم لأحكامها.

المطلب الأول: شروط الفضالة

يتبين من نص المادة 150 مدني أن الفضالة تتطلب توافر ثلاثة شروط هي:

الفرع الأول: قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل

هذا الشأن العاجل الذي يقوم به الفضولي قد يكون تصرفا قانونيا، وقد يكون عملا ماديا، وهو عمل عاجل في كل من الأمرين:

أولا: قيام الفضولي بتصرف قانوني أو عمل مادي

1/ التصرف القانوني

الوكيل الذي يتجاوز حدود الوكالة ولو كان عالما بهذا التجاوز يعد فضوليا فيما جاوز هذه الحدود، كما يعد فضوليا إذا استمر في عمله بعد انتهاء الوكالة ولو لم يكن عالما بذلك.

وقد يعمل الفضولي دون وكالة أصلا من غيره، فيبرم تصرفا قانونيا باسم غيره، بأن يقبل هبة عنه، أو يؤجر عينا شائعة بينهما، وهذا يتبين أن الفضولي قد يقوم بعمل من أعمال الإدارة أو بعمل من أعمال التصرف.

¹ العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، المرجع السابق، ص 492.

وإذا ما قام الفضولي بتصرف قانوني باسم رب العمل نفذ التصرف في حق الأخير وعد الفضولي، وكأنه وكيلًا عن رب العمل وهذه النيابة لا يستمدّها من الاتفاق لتخلفه، ولكن يستمدّها من القانون، فهي نيابة قانونية وعلى ذلك ينصرف أثر التصرف الذي يبرمه الفضولي إلى رب العمل مباشرة.

2/ العمل المادي

قد يقوم الفضولي بعمل مادي كأن يطفئ حريقًا نشب في منزل رب العمل أو يجني لرب العمل خشية أن يتلف إذا تأخر جنيته أو يقيد رهنًا أو يجدد قيده خشية سقوطه ويستطيع الفضولي اثبات هذه الأعمال المادية في مواجهة رب العمل بكافة طريق الإثبات.

وقد يتعاقد الفضولي باسمه الشخصي ولكن لحساب رب العمل، هنا لا يعد نائبًا عن الأخير، وبالنسبة لإثبات هذا التصرف في مواجهة رب العمل يعد عملاً ماديًا، يجوز اثباته بكافة الطرق.

ثانيًا: شأن عاجل لرب العمل

الحقيقة أن المشرع قد سكت عن هذا الشرط، فإنه يجب توافره، لأنه علة تقرير الفضالة، ويكون العمل مستعجل إذا كان يجب القيام به دون توان¹ وإلا تحل خسارة مادية أو معنوية كقيد رهن أو تحديد هذا القيد أو بيع محصولات لرب العمل يتهدهدها التلف، أو الوفاء بضريبة توقيا لحجز الإداري....

ويراعى أن العبرة في تقدير صفة الضرورة للعمل هي بالوقت الذي يقوم فيه الفضولي بهذا العمل، ولا يهم أن تزول الصفة بعد ذلك، فلو أن الفضولي أصلح منزلاً لرب العمل كان على وشك الانهيار، ثم انهار المنزل بعد ذلك، أو احترق يبقى للفضولي حق الرجوع على رب العمل بما أنفقه في هذه الإصلاحات.

الفرع الثاني: قصد الفضولي أن يعمل لمصلحة رب العمل

يجب لقيام الفضالة أن تنصرف نية الفضولي إلى أن يعمل لمصلحة رب العمل أي يعمل لمصلحة غيره، وهذا الذي يميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب.

أما إذا انصرفت نية المتدخل إلى العمل لمصلحة نفسه، فإنه لا يكون فضولياً حتى لو تحققت منفعة للغير من وراء هذا العمل، مثال ذلك أن يقوم المستأجر بإصلاحات ضرورية في العين المؤجرة كي يوفر لنفسه الانتفاع بها على نحو ملائم، فإنه لا يعد فضولياً، لأنه يعمل لمصلحة نفسه، وبالتالي لا يرجع على رب العمل إلا بدعوى الإثراء بلا سبب.

¹ العربي بلحاج، الواقعة القانونية، المرجع السابق، ص 501.

ولا يعد فضوليا من تنصرف نيته إلى العمل لمصلحة نفسه ثم يتبين بعد ذلك أنه كان يعمل لمصلحة غيره، مثال ذلك أن يكون المنزل في حياة شخص¹ واعتقد هذا أنه المالك، فأجرى بالمنزل اصلاحات ضرورية لمصلحته هو ثم تبين بعد ذلك أن المنزل ملك غيره، فلا يعد فضوليا بالنسبة إلى هذا الغير ولا يجوز له الرجوع إلا بدعوى الاثراء لا بدعوى الفضالة.

والخطأ في شخص رب العمل لا يحول دون قيام الفضالة، كما اذا اعتقد من يتولى شؤون غيره أنه يعمل لمصلحة شخص معين، ثم اتضح أنه كان يعمل لمصلحة شخص آخر، فإنه يعتبر مع ذلك فضوليا بانصراف نيته إلى العمل لمصلحة الغير أيا كان هذا الغير.

كما لا يحول دون قيام الفضالة أن تتجه نية الفضولي في العمل لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل في ذات الوقت لما بين المصلحتين من ارتباط، كما في قيام الشريك على الشيوع بتأجير العين الشائعة، فهو يستغلها لمصلحته هو ولمصلحة شريكه على الشيوع، فيعد فضوليا بالنسبة لشريكه.

الفرع الثالث: قيام الفضولي بعمل لم يكن ملزما بالقيام به ولا منهيا عنه

تتحقق الفضالة عندما يتولى شخص شأنا لغيره دون أن يكون ملزما بأن يقوم بهذا الشأن. وعلى ذلك لا يعد فضوليا من يتولى شأن غيره بمقتضى عقد الكوكل أو بمقتضى أمر قضائي كالحارس أو بمقتضى نص في القانون كالولي أو الوصي.

ويغلب في الفضالة أن لا يكون رب العمل على علم بأن الفضولي يقوم بعمل من شؤونه، ولكن قد يحدث أن يكون رب العمل على علم بقيام بقيام الغير بهذا الشأن، فاذا كان رب العمل هو الذي دعى الغير إلى القيام بالعمل كنا بصدد وكيل لا فضولي، وذلك إذا كان العمل تصرفا قانونيا، فيخضع الفضولي للأحكام الخاصة بالوكالة، فيما يتعلق بالأعمال التي كان حاصلا على وكالة خاصة بها، ويسري هذا الحكم أيضا عندما يكون هذا العمل لم يدع الغير إلى العمل القانوني، ولكنه أقره بعد ذلك على القيام به، فتسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي ويستوي لإعمال الحكم المتقدم ولو لم تتوافر هذه شروط الفضالة، ففي الحالتين يجعل من الاقرار من الغير وكيلا طالما كان العمل قانونيا².

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 480، 481.

² نفس المرجع، ص 482.

المطلب الثاني: أحكام الفضالة

تنشأ الفضالة بتحقيق شروطها، ويترتب عنها التزامات على الفضولي ورب العمل

الفرع الأول: التزامات الفضولي

أولاً: التزام الفضولي بالمضي في العمل

استناداً إلى المادة 153 مدني الشخص غير ملزم قانوناً بالتدخل في شؤون غيره مهما كانت الضرورة الداعية إلى ذلك، ولكن إذا تدخل يلتزم بالمضي فيه رعاية لمصلحة رب العمل، ولكنه لا يلتزم بإتمام هذا العمل إلا إذا لم يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، فإذا تمكن من مباشرة العمل الذي بدأه الفضولي سقط هذا الالتزام عن الفضولي.

ولكن يجوز للفضولي أن يتخلى عن العمل الذي بدأه إذا كان المضي فيه يعرضه لخطر جسيم، كما لو كان قائماً بإطفاء حريق في منزل جاره فأصيب بحروق له أن يتراجع أمام هذا الخطر، إذا كان رب العمل غائباً حق للفضولي أن يلجأ إلى المحكمة كي تقيم وكيلًا عن رب العمل يتولى إدارة أعماله، ولكن إذا كان العمل الذي بدأه الفضولي تصرفاً عقده باسمه الشخصي، فإنه عليه أن يستمر حتى يتم تنفيذه ولو أصبح رب العمل قادراً على مباشرة شؤونه بنفسه، وذلك لأن الفضولي هو المسؤول شخصياً عن هذا التصرف قبل الغير المتعاقد معه ولا يكون لرب العمل إلا محاسبته عن هذا التصرف وتعويضه عن الالتزامات التي تعهد بها¹.

ثانياً: اخطار الفضولي رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك

تنص المادة 153 مدني أنه يجب على الفضولي أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك، ولذا يعتبر هذا الالتزام متمماً للالتزام الأول، والغرض منه أن الشأن الذي يتولاه الفضولي لا يتعلق به بل برب العمل.

ومبرر الزام الفضولي بهذا الاخطار حتى يتدخل رب العمل بعد هذا الاخطار أن يباشر شأنه بنفسه².

ثالثاً: التزام الفضولي بذل عناية الشخص العادي في القيام بالعمل

وفقاً للمادة 154 مدني تقدير خطأ الفضولي يكون بالنظر على سلوك الرجل المعتاد، حيث يجب ألا ينحرف في القيام بعمله عن سلوك المؤلف للشخص العادي، وإلا كان مسؤولاً بموجب خطأ في الفضالة، ويتميز هذا الخطأ بأن المسؤولية عنه قد لا تكون كاملة، حيث يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب عليه استناداً إلى ظروف التخفيف من

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 484.

² العربي بلحاج، الواقعة القانونية، المرجع السابق، ص 510.

مسؤولية الفضولي، على أن الفضولي قد يرتكب خارج نطاق أعمال الفضالة خطأ تقصيرياً يضر برب العمل، وعلى ذلك تتحقق مسؤوليته عن هذا الخطأ وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية¹.

رابعاً: تقديم الفضولي حساب لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة

يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عم قاما به م 155

مدني

الفرع الثاني: التزامات رب العمل

طبقاً لنص المادة 157 ق م يلتزم رب العمل بتنفيذ التعهدات التي أبرمها الفضولي لنيابة عنه أي باسم رب العمل ولحسابه تعويض الفضولي عن التعهدات التي أبرمها باسمه الشخصي وحساب رب العمل.

أولاً: تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عن رب العمل

إذا أبرم الفضولي تصرفاً قانونياً باسم رب العمل، فإنه ينوب عن هذا الأخير نيابة قانونية ومن ثم ينصرف أثر التصرف مباشرة إلى رب العمل الذي يعتبر هو الدائن بهذه الحقوق والمدين بهذه الالتزامات.

ثانياً: تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها هذا باسمه شخصياً

يلاحظ أن الفضولي إذا تعاقد باسمه شخصياً لحساب رب العمل، فإنه لا يعتبر نائباً عن هذا الأخير، إذا أدى الفضولي الالتزامات المترتبة عن هذا العقد رجع بما أداه على رب العمل.

ثالثاً: رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر

يلتزم رب العمل بأن يرد إلى الفضولي كافة النفقات التي أنفقها الفضولي أثناء قيامه بالعمل لمصلحه رب العمل ودفع الأجر له، إذا كان هذا العمل من أعمال مهنته، وتعويض الفضولي عن الضرر الذي لحق به بسبب قيامه بالعمل لمصلحه رب العمل طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية.

أ: أهلية الفضولي ورب العمل

لا تشترط أي أهلية في رب العمل، وذلك لأن التزامات رب العمل قبل الفضولي مصدرها الاتراء بلا سبب، وقد قلنا من قبل أن المثرى يلتزم بالرد حتى ولو كان غير مميز م 158 مدني.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 485.

يكفي في الفضولي أن يكون مميزا سواء كان العمل الذي قام به عملا ماديا أو تصرفا قانونيا أجراه باسم رب العمل غير أنه إذا كان العمل الذي باشره باسمه الشخصي تصرفا قانونيا يجب أن تتوفر لديه الأهلية الكاملة، لهذا التصرف¹.

ب: أثر موت رب العمل أو موت الفضولي في التزامات رب العمل

إذا مات رب العمل بقيت التزاماته في تركته واجبة للفضولي، وحيث يلتزم الورثة بأدائها من التركة وإذا مات الفضولي بقي رب العمل ملتزما نحو ورثته، حيث تدخل الحقوق التي تترتب للفضولي في تركته وتنتقل إلى ورثته ويلتزم رب العمل بأدائها لهؤلاء الورثة.

ج: أثر موت الفضولي أو رب العمل على الفضالة

قياسا على الأحكام الخاصة بالوكالة لا سيما المادة 2/589 ق م إذا مات الفضولي انقضت الفضالة بموته والتزم الورثة إذا كانوا كاملي الأهلية وعلى علم بالفضالة بإخطار رب العمل بموت مورثهم وأن يتخذوا التدابير اللازمة للحفاظ على الأعمال التي أنجزها الفضولي إلى أن يتمكن رب العمل من التدخل لمباشرة العمل بنفسه، أما إذا مات رب العمل فلا يترتب عن ذلك انقضاء الفضالة، بل يظل الفضول ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم في حدود تركته، فالتزامات الفضولي لا تتأثر بموت رب العمل، ويجب عليه الوفاء بما لورثته تقادم دعوى الفضالة طبقا لنص المادة 159 ق م تسقط الدعوى الفضالة بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الفضولي أو رب العمل بحقه قبل الآخر، كما تسقط في جميع الأحوال بمضي 15 سنة من اليوم الذي ينشأ فيه الحق في مباشرة دعوى الفضالة في مواجهة الملتزم به بناء على ذلك تتقادم دعوى الفضالة بأقرب هاتين المدتين².

الباب الثالث: القانون

الفصل الأول: القانون كمصدر مباشر للقانون

نظم المشرع الجزائري القانون كمصدر للالتزام في المادة 53 مدني فقرر أنه " تسري على الالتزامات مباشرة عن القانون دون غيرها من النصوص القانونية التي قررتها" القانون هو مصدر غير مباشر لجميع الالتزامات، لأن كل مصادر الالتزام تستمد وجودها وقوتها من القانون، فالالتزامات الناشئة عن العقد أو الإرادة المنفردة أو عن العمل غير المشروع أو عن الاثراء بلا سبب مصدرها القانون، لأن القانون هو الذي جعلها تنشأ هذه المصادر سواء كانت تلك المصادر

¹ بلحاج العربي، الواقعة القانونية، المرجع السابق، ص 517.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 490، 491.

تصرفات قانونية أو وقائع قانونية. فالقانون يأتي كمصدر غير مباشر لها، لأنه هو الذي جعلها تنشأ مباشرة عن هذه المصادر¹.

إلا أن المشرع الجزائري وجد في بعض الحالات الخاصة أن هناك ثمة التزامات لا يمكن اسنادها إلى أي من هذه المصادر الأمر الذي حدا به إلى إيراد نص خاص بها، فاعتبر فيه هذا النص القانوني هو المصدر المباشر والوحيد لها م 53 مدني.

الفصل الثاني: القواعد التي تحكم الالتزام القانوني

ان الالتزام القانوني وفقا لنص المادة 53 مدني ينشأ بموجب النص القانون الذي ورد بشأنه، ويعتبر هذا النص مصدرا مباشرا له، وكذلك يحدد النص أركان هذا الالتزام وينظم أحكامه ولذا يتعين البحث في كل التزام قانوني بالمعنى الضيق في الموضوع الذي جاء فيه النص المنشئ له، فإذا لم يرد حكم خاص بهذا الالتزام في النص الذي أنشأه، فإنه يخضع للأحكام المقررة في نظرية الالتزام التي تسري على الالتزامات جميعا.

ويحدد القانون آثار هذا الالتزام التي لا تخرج على النظرية العامة في الالتزام.

ويمكن ان تقوم الالتزامات القانونية في نطاق القانون العام، كما يمكن أن تقوم في نطاق القانون الخاص.

الفصل الثالث: تطبيقات الالتزامات القانونية

توجد الالتزامات القانونية في نصوص متفرقة في القانون بمختلف فروعها.

- في القانون المدني: التزامات الجوار والحائط المشترك (م 704 ق م)، الالتزامات الناشئة عن الشيوع (م 713 ق م) التزامات الفضولي (م 150 ق م).
- في قانون الأسرة: الالتزام بالنفقة فيما بين الزوجين (م 74 ق أ) وفيما بين الأقارب (م 77 ق أ) .
- في قانون الإثبات: الزام الشخص تقديم ورقة تحت يده تكون منتجة في الدعوى).
- في قانون الضرائب: الالتزام بدفع الضرائب.
- في القانون التجاري: الالتزام الذي فرضه القانون على التاجر بوجوب تقديم دفاتره التجارية إلى المحكمة في الحالات التي يصح فيها ذلك (م 15 و 17 ق ت)².

¹ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام (الواقعة القانونية) المرجع السابق، ص 520.

² نفس المرجع، ص 520 وما يليها.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

1/ الكتب:

- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، ج 2، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
- بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، ط 2، دار هومة، 2015.
- حمزة قتال، مصادر الالتزام، العقد، دار هومة، الجزائر، 2018.
- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، الاسكندرية.
- عبد الحي حجازي النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، المجلد الثاني (دراسة مقارنة مطبوعات جامعة الكويت).
- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار موفم للنشر، ط 3، 2013.
- علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق التعويض، موفم للنشر ط 3، 2015، الجزائر.
- فضيلة سويلم، محاضرات في القانون المدني (مصادر الالتزام) جامعة سعيدة، 2018/2017.
- غنيمة لخلو خيار ، نظرية العقد، بيت الأفكار، ط 2018.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، 2011.
- محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية.
- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 4، 2007.
- مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، ج 2، ط 4، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.

2/ المقالات:

- بلي بولنوار، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على ضوء تعديل القانون المدني الجزائري، 10/05، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 01، العدد 03، ديسمبر، 2019.
- احمد بن أودينة، زيري بن قويدر، تدخل الدولة في تعويض المضرور جسمانيا بين الأصل والاحتياط، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، أفريل، 2019.

الفهرس

1	مقدمة
9	القسم الأول: المصادر الارادية
9	الباب الأول: العقد
9	الفصل الأول: مفهوم العقد وتقسيماته
9	المبحث الأول: مفهوم العقد
9	المطلب الأول: تعريف
9	الفرع الأول: لغة
9	الفرع الثاني: العقد اصطلاحا
10	المطلب الثاني: خصائص العقد
10	الفرع الأول: اتجاه الارادة إلى احداث آثار قانونية معينة
11	الفرع الثاني: نطاق العقد
11	المطلب الثالث: تطور العقد
11	الفرع الأول: النظرية التقليدية للعقد
12	الفرع الثاني: النظرية الحديثة للعقد (تراجع مبدأ سلطان الارادة)
12	المبحث الثاني: تقسيمات العقود
12	المطلب الأول: التقسيم التشريعي
12	الفرع الأول: العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد
15	الفرع الثالث: عقد المعاوضة وعقد التبرع
16	المطلب الثاني: التقسيم الفقهي
16	الفرع الأول: تقسيم العقود من حيث تكوينها
16	الفرع الثاني: تقسيم العقود من حيث تنفيذها
17	الفرع الثالث: تقسيم العقود من حيث مساواة المتعاقدين
19	الفرع الرابع: تقسيم العقود من حيث أحكامها
20	الفرع الخامس: تقسيم العقود من انصراف آثارها:
20	الفصل الثاني: أركان العقد
21	المبحث الأول: ركن التراضي

21	المطلب الأول: وجود التراضي
21	الفرع الأول: التعبير عن الإرادة
32	الفرع الثاني: توافق الإرادتين
41	الفرع الثالث: الوعد بالتعاقد والتعاقد بالعربون
46	الفرع الأول: أهلية التعاقد
48	الفرع الثاني: سلامة الإرادة من العيوب
66	المبحث الثاني: المحل
66	المطلب الأول: تعريف المحل
66	المطلب الثاني: شروط المحل
66	الفرع الأول: شروط المحل "نقل حق عيني"
68	الفرع الثاني: شروط المحل "القيام بعمل أو الامتناع عن عمل"
69	الفرع الثالث: المحل ثمن نقدي
70	المبحث الثالث: السبب
70	المطلب الأول: النظرية التقليدية للسبب
71	الفرع الأول: خصائص السبب
71	الفرع الثاني: شروط السبب الالتزام
73	الفرع الثاني: النظرية الحديثة للسبب
73	الفرع الثالث: موقف المشرع
74	الفرع الرابع: إقبات السبب
74	المبحث الرابع: الشكلية
75	المطلب الأول: الكتابة الرسمية
75	الفرع الأول: محرر العقد (الموثق)
76	الفرع الثاني: الاختصاص
76	الفرع الثالث: الأشكال القانونية
77	المطلب الثاني: الكتابة العرفية
77	الفرع الأول: شروط الكتابة العرفية
78	الفرع الثاني: تحديد تاريخ العقد العرفي
78	المبحث الرابع: نظرية البطلان
78	المطلب الأول: مفهوم البطلان
79	الفرع الأول: تعريف البطلان

79	الفرع الثاني: تمييز البطلان عن الأنظمة المشابهة له
80	المطلب الثاني: تقرير البطلان
80	الفرع الأول: أصحاب الحق في التمسك بالبطلان
81	الفرع الثاني: كيفية تقرير البطلان
81	الفرع الثالث: سقوط دعوى البطلان والحق في الإبطال
84	المطلب الثاني: آثار البطلان
84	الفرع الأول: زوال العقد بأثر رجعي
87	الفرع الثاني: المسؤولية عن البطلان
87	الفرع الثالث: الآثار العرضية المترتبة عن البطلان
88	الفصل الثالث: آثار العقد
89	المبحث الأول: مبدأ الأثر النسبي للعقد
89	المطلب الأول: انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين وخلفهما العام والخاص
89	الفرع الأول: أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين
89	الفرع الثاني: انصراف آثار العقد إلى الخلف
93	المطلب الثاني: أثر العقد بالنسبة للغير
94	الفرع الأول: التعهد عن الغير
95	الفرع الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير
98	المبحث الثاني: أثر العقد من حيث الموضوع
98	المطلب الأول: تحديد مضمون التعاقد
98	الفرع الأول: تأويل العقد
101	الفرع الثاني: تحديد نطاق العقد
103	الفرع الثالث: القوة الملزمة للعقد
107	المطلب الثاني: المسؤولية العقدية
107	الفرع الأول: الخطأ العقدي
107	الفرع الثاني: ركن الضرر
107	الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر
108	الفصل الرابع: انحلال العقد وزواله
108	المطلب الأول: شروط الفسخ
109	المطلب الثاني: تقرير الفسخ
110	الفرع الأول: الفسخ القضائي

110	الفرع الثاني: الفسخ الاتفاقي
111	الفرع الثالث: الفسخ القانوني
111	المطلب الثالث: آثار الفسخ
111	الفرع الثاني: أثر العقد بالنسبة للغير
112	المبحث الثاني: انفساخ العقد وتحمل التبعة
112	المطلب الأول: انفساخ العقد
112	الفرع الأول: شروط الانفساخ
113	الفرع الثاني: أثر الانفساخ
113	المطلب الثاني: تحمل التبعة
114	المبحث الثالث: الدفع بعدم التنفيذ
114	المطلب الثاني: شروط الدفع بعدم التنفيذ
115	المطلب الثاني: كيفية استعمال الدفع بعدم التنفيذ
115	المطلب الثالث: الأثر المترتب على الدفع بعدم التنفيذ
115	الباب الثاني: الارادة المنفردة
115	الفصل الأول: مفهوم الارادة المنفردة
116	المبحث الأول: التطبيقات التشريعية للارادة المنفردة
116	المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائي من الارادة المنفردة كمصدر للالتزام
116	المبحث الثالث: أركان التصرف بالارادة المنفردة
117	الفصل الثاني: الوعد بالجائزة الموجه للجمهور
118	المبحث الأول: شروط الوعد بالجائزة
118	المبحث الثاني: أحكام الوعد بالجائزة
118	المطلب الأول: الوعد المحدد المدة
118	المطلب الثاني: الوعد غير محدد المدة
119	القسم الثاني: المصادر اللاإرادية للالتزام
120	الباب الأول: المسؤولية المدنية
120	الفصل الأول: مدخل لدراسة المسؤولية
120	المبحث الأول: تعريف المسؤولية
120	المبحث الثاني: التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية
120	المطلب الأول: ازدواج المسؤولية أو وحدتها
120	المطلب الثاني: الفروق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية

120	الفرع الأول: من حيث نطاق الضرر القابل للتعويض
121	الفرع الثاني: من حيث التضامن
121	الفرع الثالث: من حيث الاعفاء من المسؤولية
121	المطلب الثاني: الجمع بين المسؤوليتين
121	المطلب الثالث: الخيرة بين المسؤوليتين
122	المبحث الثالث: تطور المسؤولية التقصيرية
122	المطلب الأول: نشأة المسؤولية التقصيرية
123	الفرع الثاني: في القانون الفرنسي القديم
123	الفرع الثالث: في التقنين المدني الفرنسي
123	المطلب الثاني: تطور نظرية المسؤولية التقصيرية
124	الفصل الثاني: المسؤولية عن الفعل الشخصي
124	المبحث الأول: أركان المسؤولية
124	المطلب الأول: الخطأ
124	الفرع الأول: عناصر الخطأ
126	المطلب الثاني: الضرر
126	الفرع الأول: أنواع الضرر
126	أولاً: الضرر المادي
127	ثانياً: الضرر الأدبي
127	الفرع الثاني: شروط الضرر
128	4/ أن يكون الضرر شخصياً:
128	أ: الضرر المرتد
128	ب: المصالح الجماعية
129	المطلب الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر
129	الفرع الأول: انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي
130	الفرع الثاني: انعدام السببية لأن السبب غير منتج أو غير مباشر
131	الفرع الثالث: اثبات العلاقة السببية
132	المبحث الثاني: آثار المسؤولية التقصيرية
132	المطلب الأول: دعوى التعويض
132	المطلب الثاني: التعويض
132	المطلب الثالث: الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية

132	الفصل الثاني: المسؤولية عن فعل الغير
133	المبحث الأول: مسؤولية متولي الرقابة
133	المطلب الأول: شروط مسؤولية متولي الرقابة
134	المطلب الثاني: الأساس القانوني
135	المطلب الثالث: نفي المسؤولية
135	المبحث الثاني: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه
135	المطلب الأول: شروط قيام مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه
135	الفرع الأول: قيام علاقة التبعية
137	المطلب الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه
138	المطلب الثالث: نفي مسؤولية المتبوع
138	الفصل الثالث: المسؤولية عن فعل الأشياء
138	المطلب الأول: شروط قيام مسؤولية حارس الشيء
138	الفرع الأول: أن يكون الحارس هو المسؤول
139	الفرع الثاني: وقوع الضرر بفعل الشيء
140	المطلب الثاني: أساس مسؤولية حارس الشيء
140	المطلب الثالث: وسائل نفي المسؤولية الحارس
140	المبحث الثاني: مسؤولية حارس الحيوان
141	المطلب الأول: شروط مسؤولية حارس الحيوان
141	الفرع الأول: حراسة الحيوان
142	الفرع الثاني: أحداث الحيوان للضرر
143	المطلب الثاني: أساس مسؤولية حارس الحيوان 139 ق م.
143	المطلب الثالث: نفي المسؤولية
143	المبحث الثالث: مسؤولية الحائز عن الأضرار الناشئة عن الحريق
143	المطلب الأول: شروط قيام مسؤولية الحائز عن الأضرار الناشئة عن الحريق
143	الفرع الأول: الحريق مصدر الضرر
144	الفرع الثاني: خطأ الحائز
144	المطلب الثاني: أساس مسؤولية الحائز عن الأضرار الناشئة عن الحريق
144	المطلب الثالث: وسائل نفي المسؤولية
144	المبحث الرابع: مسؤولية المالك عن تهدم البناء
144	المطلب الأول: شروط مسؤولية مالك البناء

145	الفرع الأول: أن يكون الضرر ناتج عن تهدم البناء
145	الفرع الثاني: أن يكون المسؤول مالكا للبناء
145	المطلب الثاني: أساس مسؤولية المالك من تهدم البناء
145	المبحث الخامس: مسؤولية المنتج
146	المطلب الأول: شروط قيام مسؤولية المنتج
146	الفرع الأول: المنتج هو المسؤول
146	الفرع الثاني: مصدر الضرر: عيب في المنتج
147	الفرع الثالث: الضرر
147	الفرع الرابع: علاقة السببية بين الضرر ومصدره
148	المطلب الثاني: أساس مسؤولية المنتج
148	المطلب الثالث: أسباب الاعفاء من المسؤولية
148	المبحث السادس: تكفل الدولة بالتعويض
148	المطلب الأول: انعدام المسؤول
149	المطلب الثاني: أن يصيب الشخص ضرر جسماني
149	المطلب الثالث: أن لا يكون المضرور سببا في حدوث الضرر
150	الباب الثاني الاثراء بلا سبب (الفعل النافع)
150	الفصل الأول: القاعدة العامة في الاثراء بلا سبب
150	المبحث الأول: شروط الاثراء
150	المطلب الأول: اثراء المدين
151	المطلب الثاني: افتقار الدائن
151	الفرع الأول: وجوب تحقق الافتقار
152	الفرع الثاني: ارتباط الافتقار والاثراء بعلاقة السببية
152	المطلب الثالث: انعدام السبب
153	المطلب الرابع: حسن نية المثرى
153	المبحث الثاني: آثار الاثراء بلا سبب
153	المطلب الأول: دعوى الاثراء بلا سبب
153	الفرع الثاني أطراف دعوى الاثراء بلا سبب
153	الفرع الثالث: اثبات أركان الاثراء بلا سبب
154	الفرع الرابع: تقادم دعوى الاثراء بلا سبب
154	المطلب الثاني: التعويض عن الاثراء بلا سبب

154	الفرع الأول: وقت نشوء الحق في التعويض عن الاثراء بلا سبب
154	الفرع الثاني: كيفية تقدير التعويض
154	الفرع الثالث: وقت تقدير التعويض
156	الفصل الثاني: تطبيقات قاعدة الاثراء بلا سبب
156	المطلب الأول: تعريفه وطبيعته
156	المطلب الثاني: أركان الدفع غير المستحق
156	الفرع الأول: دين غير مستحق وقت الوفاء به
157	الفرع الثاني: عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلاً للإبطال
158	المطلب الثاني: أحكام الدفع غير المستحق
158	الفرع الأول: المقدار الواجب رده
159	الفرع الثاني: سقوط دعوى استرداد غير المستحق
160	المبحث الثاني: الفضالة
160	المطلب الأول: شروط الفضالة
160	الفرع الأول: قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل
161	الفرع الثاني: قصد الفضولي أن يعمل لمصلحة رب العمل
162	الفرع الثالث: قيام الفضولي بعمل لم يكن ملزماً بالقيام به ولا منهياً عنه
163	المطلب الثاني: أحكام الفضالة
163	الفرع الأول: التزامات الفضولي
164	الفرع الثاني: التزامات رب العمل