

جامعة البليدة - 2
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون العام

محاضرات في النظرية العامة للالتزام

موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس جذع مشترك
المجموعة "ب"

من إعداد الدكتور:
العيشي عبد الرحمان

العام الجامعي: 2023/2022

مبحث تمهيدي

مفهوم الالتزام

تعتبر نظرية الالتزام من بين أهم النظريات القانونية على الإطلاق، وذلك لاعتبارات كثيرة من أهمها أنها تشكل أحد الموضوعات الأساسية في القانون المدني، وأن القانون المدني هو الشريعة العامة التي تفرعت عنها كل فروع القانون الخاصة والعامة، ولذلك فمن أراد أن يتمكن من دراسة القانون فعليه بالقانون المدني، ومن أراد أن يتمكن من القانون المدني فعليه بدراسة نظرية الالتزام، ومن هنا يظهر ما لهذه النظرية من أهمية في دراسة القانون بصفة عامة ودراسة القانون المدني بصفة خاصة.

وتقتضي منا دراسة نظرية الالتزام التطرق إلى المقصود بالالتزام في المطلب الأول، ثم مصادر الالتزام في مطلب ثان، كل ذلك فيما يلي:

المطلب الاول

المقصود بالالتزام

نتناول في هذا المطلب تعريف الالتزام، بعد ذلك نبين خصائصه وذلك فيما يلي:

الفرع الاول: تعريف الالتزام وخصائصه

نتناول في هذا الفرع تعريف الالتزام أولاً، ثم بيان خصائصه في نقطة ثانية وذلك فيما يلي:

أولاً: تعريف الالتزام

يعرف الالتزام بأنه: "واجب قانوني خاص يقع على عاتق شخص معين، يلزمه أن يقوم بأداء مالي لصالح شخص آخر معين او قابل للتعيين، يسمى الدائن"، وهو التعريف الذي نراه مناسباً للالتزام رغم وجود تعاريف أخرى إلا أن هذا التعريف المتقدم أدق وأشمل.

ثانياً: خصائص الالتزام

من التعريف السابق للالتزام يتبين أنه بالمعنى المقصود في القانون المدني يتميز بالخصائص الثلاثة الآتية:

1- واجب قانوني خاص: بمعنى أنه واجب قانوني هو أداء معين يفرضه القانون على الشخص ويجبره على تنفيذه بقوة السلطة العامة إذا امتنع عن القيام به، ومن ثم فإن الالتزام لا يمتد الى أي واجب آخر لا يكفل القانون احترامه مثل الواجبات الخلقية والاجتماعية، كواجب مساعدة المحتاج، وواجب مشاركة الأصدقاء في أفراحهم ومواساتهم في أحزانهم... الخ

والمقصود بأنه واجب خاص أنه عبء محدد يقع على عاتق الملتزم وحده، ولسبب خاص يقوم بالنسبة له دون غيره من الأشخاص الذين لا يتحملون الالتزامات، ومضمون هذا الواجب الخاص متغير مع تغير الغرض منه، وغالبا ما يكون القيام بعمل لصالح شخص آخر.

والالتزام بهذا المعنى، أي باعتباره واجبا قانونيا خاصا، يتميز عن الواجب القانوني العام الذي يقع على عاتق كل شخص في المجتمع بأن يحترم حقوق الغير سواء أكانت حقوقا مالية أو غير مالية، فهذا الواجب العام له مضمون سلبي لا يتغير من شخص لآخر، وهو الامتناع عن الاعتداء على الآخرين أو بمعنى آخر عدم الاضرار بالغير، ولا يحتاج إلى سبب خاص لنشوئه، ويحتمه بالضرورة مجرد كون الفرد عضوا في جماعة يحكمها القانون.

2- واجب ذو قيمة مالية

يجب أن يتعلق الالتزام بواجب ذي طابع مالي، أي له قيمة مالية اقتصادية، أو بمصلحة أدبية تكون قابلة للتقدير المادي، والحقيقة أن هذا أمر بديهي إذا اعتبرنا ان الالتزام هو عنصر من الذمة المالية سواء بالنسبة للدائن أو بالنسبة للمدين، وهو قد يكون عملا او امتناعا عن عمل أو إعطاء شيء.

فإذا لم يكن المطلوب من المدين أداء يمكن تقويمه بالنقود لما كنا بصدد التزام بالمعنى المقصود في القانون المدني بل مجرد واجب أخلاقي، مثل الواجبات الأسرية، كواجب الزوجة في طاعة زوجها، وواجب الأب في رعاية وتربية أولاده، فهذه لا تخضع لقواعد الالتزامات التي نعرض لها، بل تخضع لقواعد الأحوال الشخصية.

3- رابطة شخصية

ومعنى ذلك انه يقع على عاتق شخص هو المدين لصالح شخص آخر هو الدائن، ولا يتصور وجود الالتزام دون المدين وقت نشوئه، وبالعكس يمكن أن نتصور التزام قائم ليس له دائن معين، ويكفي أن يكون قابلا للتعيين في المستقبل، فمن وعد بجائزة لمن يبتكر دواء لمرض ما، ينشأ التزامه قبل ان يتعين الدائن.

ولقد غلب بعض الفقه الرابطة الشخصية على المحل، في حين غلب البعض الآخر المحل على الرابطة الشخصية، لذلك يوجد مذهبين شخصي ومادي في الالتزام نعروضهما على النحو الآتي:

أ/ المذهب الشخصي

يرى أنصار هذا المذهب أن العنصر الأساسي في الالتزام هو الرابطة الشخصية التي تربط الدائن بالمدين، وبناء عليه لا يتصور وجود التزام إلا إذا كان هناك مدين معين ودائن معين وقت نشوء الالتزام، وأن أي تغيير في أحد طرفيه يؤدي إلى انقضاء الالتزام، ونشوء التزام جديد بدلا منه.

لا يمكن إغفال الرابطة الشخصية في الالتزام، حيث أن الدائن لا يصل إلى محل الالتزام إلا عن طريق شخص المدين، وهذا هو الفارق الجوهرى ما بين الحق الشخصي والحق العيني، ثم ان نية الطرفين تؤثر تأثيرا كبيرا في وجود الالتزام صحيحا وفي تنفيذه على الوجه المطلوب، والنية هي السبيل الذي تتسرب منه قواعد الخلقية إلى القواعد القانونية. غير أن تطور الحياة الاقتصادية أدى إلى ظهور أوضاع جديدة لا تتفق مع منطوق هذا المذهب كحوالة الدين واشتراط لمصلحة الغير، ومن هنا ظهر المذهب المادي في الالتزام.

ب/ المذهب المادي

إن هذا المذهب يعطي الأولوية للعنصر المالى لان العلاقة القانونية هي علاقة بين ذمتين مالىتين قبل أن تكون علاقة بين شخصين، فالالتزام يمثل حقا في ذمة الدائن ودينا في ذمة المدين فهو علاقة مالية مستقلة عن طرفيها فالعنصر الأساسي في الالتزام هو محله فهو عنصر مالى اكثر منه شخصي، وله نتائج هي:

- أنه يمكن تغيير طرفي الالتزام دون أن يؤدي ذلك الى تغيير فيه، ويتم ذلك بتغيير الدائن عن طريق حوالة الحق، وبتغيير المدين عن طريق حوالة الدين، وهو ما اخذ به القانون المدني الجزائري.

- أنه من الممكن وجود الالتزام دون دائن وقت نشوئه، ويكفي وجوده عند تنفيذه، ومن ذلك التزام المدين بإرادته المنفردة لغير دائن معين، كالوعد بالجائزة الموجه للجمهور، وكذلك الاشتراط لمصلحة الغير.

وهذا المذهب يتماشى مع النظم الاقتصادية القائمة في الوقت الحاضر ومع سرعة تداول وتسيير سبل المعاملات.

موقف المشرع الجزائري

القانون المدني الجزائري جاء جامعا بين المذهبين، فأخذ من كل منهما بقسط، وإن كان يغلب عليه المذهب الشخصي، ونجد من أبرز مظاهر المذهب المادي في إمكان حوالة الحق دون حاجة إلى رضاء المدين في المادة 239 مدني، وإمكان حوالة الدين المادة 252 مدني، وكذلك

إمكان قيام الالتزام قبل أن يوجد الدائن طالما أنه سيوجد عند تنفيذ الالتزام، مثل الاشتراط لمصلحة من سيوجد في المستقبل، وكذلك الحال في الوعد بالجائزة.

الفرع الثاني: أنواع الالتزام

نتطرق في هذا الفرع أنواع الالتزام وسنوردها في النقاط الآتية:

أولاً: الالتزام الإرادي والالتزام غير الإرادي

الالتزام الإرادي هو الذي تكون للإرادة فيه دور في إنشائه وفي تحديد آثاره، بمعنى أنه لا يوجد إلا إذا اتجهت الإرادة إليه، وبالرجوع إليها تتحدد الآثار الناجمة عنه، ويكون ذلك في الالتزامات التي تنشأ عن العقود عموماً، أو عن الإرادة المنفردة في الحالات التي يقر فيها القانون بقدرتها على إنشاء الالتزام، مثل الوعد بالجائزة الموجه للجمهور.

أما الالتزام غير الإرادي فهو الذي لا يكون للإرادة دور في وجوده أو في تحديد آثاره، فهو ينشأ وتتحدد آثاره بغض النظر عن اتجاه الإرادة إليه من عدمه، ويكون ذلك في الالتزامات التي تنشأ عن العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون.

ثانياً: الالتزام المدني والالتزام الطبيعي

- **الالتزام المدني** هو الذي يمكن إجبار المدين على الوفاء به، إذا لم يؤديه برغبته واختياره، ومعظم الالتزامات من هذا النوع، مثل التزام البائع بتسليم المبيع في ميعاده، والتزام المؤجر بصيانة العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار... الخ

- أما **الالتزام الطبيعي** فهو الذي لا يمكن إجبار المدين على الوفاء به، ولكن إذا وفاه عن بينة واختيار فان وفاءه يكون صحيحاً ولا يستطيع ان يسترد ما وفاه، ومثاله الدين الذي سقط بالتقادم، والتزام الأب بتجهيز ابنته عند الزواج.. الخ، نصت على ذلك المواد من 160 إلى 163 مدني.

ثالثاً: الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية

- **الالتزام بتحقيق نتيجة** هو الذي يفرض على المدين تحقيق نتيجة قانونية محددة، وهي الغاية التي يهدف الدائن إلى تحقيقها، فإذا عجز المدين عن ادراك هذه النتيجة فإنه يكون قد أخل بالتزامه، ومثاله التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري، والتزام ناقل البضائع بتوصيلها الى مكان معين.

- أما **الالتزام ببذل عناية** فهو الذي لا يفرض على المدين سوى أن يبذل العناية التي يبذلها الرجل العادي في مثل ظروفه للوصول الى الغاية التي يقصد الدائن تحقيقها، ويكون المدين قد

أدى التزامه ولو لم تتحقق النتيجة او الغاية المقصودة طالما بذل في سبيل تحقيقها القدر المطلوب من العناية، مثاله التزام الطبيب بعلاج المريض، والتزام المحامي بالدفاع عن موكله.

رابعاً: الالتزام بإعطاء شيء والالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل

الالتزام بإعطاء شيء هو الالتزام بنقل أو إنشاء حق عيني أصلي أو تبعي، ومثاله التزام البائع بنقل الملكية والتزام مالك بإنشاء ارتفاع على عقاره لصالح عقار مجاور.

أما الالتزام بعمل فهو القيام بعمل ايجابي لا يكون نقل حق عيني أو إنشاءه، ومثاله التزام مقاول بإقامة مبنى والتزام فنان برسم صورة، او التزام مطرب بالغناء.

الالتزام بامتناع عن عمل هو عدم القيام بعمل معين كان يمكن القيام به لولا هذا الالتزام، ومثاله الالتزام بعدم البناء على مسافة معينة من ملك الجار، والالتزام بعدم فتح محل تجاري مجاور لمحل آخر منعا للمنافسة غير المشروعة.

المطلب الثاني

مصادر الالتزام

لكي ينشأ الالتزام لا بد له من سبب وسمي هذا السبب بمصدر الالتزام، ومن هنا كانت دراستنا مخصصة لهذه المصادر وهي نفسها مصادر للحق كما سبق لنا دراستها في السنة الأولى. وقد قسم القانون المدني مصادر الالتزام إلى خمسة مصادر وهي:

1- القانون

2- العقد

3- الارادة المنفردة

4- العمل غير المشرع

5- الاثراء بلا سبب

وإذا أردنا أن نرد هذا التقسيم إلى أصله لوجدنا أن مصادر الالتزام تنقسم إلى مصادر إرادية وهي التصرفات القانونية فالإرادة تلعب دوراً هاماً في إحداث الاثر القانوني من خلال هذا التصرف ، ويدخل ضمن المصادر الارادية للالتزام مصدران هما: العقد ونظمه المشرع من المادة 54 إلى المادة 123 من القانون المدني، والإرادة المنفردة، ونظمها المشرع في المادتين 123 مكرر و123 مكرر 1.

وأما المصادر غير الإرادية فهي عندما تكون واقعة مادية هي سبب نشوء الالتزام على عاتق الشخص دون أن تتجه ارادته إلى نشوء هذا الالتزام، ويدخل ضمن المصادر غير الارادية مصدران هما:

- العمل غير المشروع (الفعل الضار أو العمل المستحق للتعويض كما سمّاه المشرع، أو المسؤولية التقصيرية كما يطلق عليها الفقهاء بصفة عامة) والتي نظم المشرع أحكامها من المادة 124 إلى المادة 140 مكرر 1 من القانون المدني.

- والفعل النافع وهو ثلاثة أنواع: الإثراء بلا سبب نظمه المشرع في المادة 141 من القانون المدني، ودفع غير المستحق ونظمه المشرع من المادة 142 إلى المادة 149 ثم الفضالة التي نظمها المشرع من المادة 150 إلى 159 من القانون المدني.

ويأتي أخيرا نص القانون ليكون مصدرا مباشرا لبعض أنواع الالتزام وذلك لاعتبارات اجتماعية واقتصادية تستلزم انشاء هذه الالتزامات.

وستتضمن الدراسة مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية، فندرس العقد والارادة المنفردة، ثم بعد ذلك نتناول العمل المستحق للتعويض ثم شبه العقود، وأخيرا القانون في الابواب الآتية:

المحور الاول المصادر الارادية

يقصد بالمصادر الإرادية تلك المصادر التي تتجه فيها الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، والأثر القانوني المقصود هو إما الالتزام أو الحق الذي ينشأ من التصرف القانوني، فعقد البيع مثلا هو تصرف إرادي لأن إرادة كل من البائع والمشتري تتجه لإحداث أثر قانوني، وهو الالتزام، فالبايع تتجه إرادته للالتزام بنقل ملكية الشيء الذي باعه للمشتري، والمشتري تتجه نيته لدفع الثمن، وهكذا بالنسبة لكل العقود، أما بالنسبة للنوع الثاني من المصادر الإرادية فهو الالتزام بالإرادة المنفردة وهو اتجاه إرادة أحد الأشخاص للالتزام في مواجهة شخص غير معروف في تلك اللحظة بإعطاء شيء ما في حالة قيام هذا الأخير بعمل ما، وهو ما يسمى بالوعد الموجه للجمهور، فإذا وعد شخص الجمهور بجائزة لمن قام بعمل لمصلحته فإنه يصبح ملتزما بتسليم هذه الجائزة لمن قام بهذا العمل.

وسنقوم بدراسة المصادر الإرادية للعقد بالتطرق للعقد في الباب الاول على أننا نتولى دراسة الإرادة المنفردة بعد ذلك على النحو التالي:

الباب الاول العقد

تمهيد:

لعلنا لا نكون مبالغين إذا قلنا أن العقد يعتبر المصدر الأهم من مصادر الالتزام سواء كانت إرادية أو غير إرادية، فالعقد هو الوسيلة القانونية التي يستطيع من خلالها الفرد أن يلبي كل حاجاته، ويشبع كل رغباته، ولذلك نلاحظ أن المشرع قد أولاه أهمية بالغة، ولا أدلّ على ذلك من الكم الهائل من النصوص القانونية التي كرّسها لتنظيمه في القواعد العامة بالمقارنة مع بقية المصادر الأخرى⁽¹⁾ كما يلاحظ القدر الهائل من العقود التي نظمها المشرع تنظيمًا خاصًا وأعطى لها أحكامًا خاصة، مثل عقد البيع، وعقد الإيجار، وعقد التأمين، عقد الوكالة، وعقد العارية، وعقود الرهون، وسنتولى دراسة العقد باعتباره مصدرًا إراديا للالتزام من خلال فصلين نتطرق في الأول منهما إلى أركانه ونتناول في ثانيهما آثاره، على أننا نمهد لهما بفصل نتناول فيه تعريف العقد وتمييزه عن الاتفاق ثم تبيان مبدأ سلطان الإرادة فيه، ثم التقسيمات المختلفة للعقد :

(1) . يلاحظ أن العقد نظمته المشرع في أكثر من 70 مادة والإرادة المنفردة في مادتين، والفعل الضار في حوالي 18 مادة إلخ

الفصل الاول

تعريف العقد ومبدأ سلطان الإرادة فيه وتقسيمات العقود

لقد اختلف الفقهاء في تعريف العقد، كما اختلفوا في تبيان ما إذا كان العقد هو نفسه الاتفاق، أم أن كلا منهما مستقل عن الآخر، كما لوحظ أن حظ الإرادة في إنشاء العقد وفي تحديد آثاره قد اختلف في الأزمان والأمصار، ولوحظ إقدام بعض التشريعات ومنها القانون المدني الجزائري على تناول بعض أنواع التقسيمات من العقود دون التقسيمات الأخرى، ما قد يطرح التساؤل عن مدى جواز ذلك، ولماذا بعض أنواع التقسيمات دون الأنواع الأخرى؟ وهو ما نتناوله في هذا الفصل بالتطرق إلى تعريف العقد ومبدأ سلطان الإرادة فيه في المبحث الأول، ثم نتناول التقسيمات المختلفة للعقود في المبحث الثاني.

المبحث الأول

تعريف العقد ومبدأ سلطان الإرادة فيه

نتناول في هذا المبحث تعريف العقد وتمييزه عن الاتفاق في مطلب أول ثم نتطرق إلى مبدأ سلطان الإرادة في العقود في مطلب ثان وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

تعريف العقد وتمييزه عن الاتفاق

نتناول في هذا المطلب تعريف العقد في فرع أول، ثم تمييزه عن الاتفاق في فرع ثاني، وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف العقد

يذهب بعض الفقهاء في تعريف العقد إلى أنه "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه".

يستخلص من التعريف المتقدم للعقد، أنه لكي نكون بصدد عقد لا بد من توافر أمرين:

الأمر الأول: أن تكون هناك إرادتان أو أكثر: فإذا كان الالتزام ينشأ عن إرادة واحدة فإننا لا نكون بصدد عقد، بل تصرف بإرادة منفردة، كما في الوعد بالجائزة الموجه للجمهور يلزم الواعد فقط دون حاجة إلى اقتران إرادته بإرادة أخرى.

الأمر الثاني: أن الغرض من العقد هو إنشاء التزام: أي علاقة قانونية ملزمة وعلى ذلك لا يعتبر من قبيل العقد توافق الإرادتين على حضور وليمة عشاء مثلا.

أما المشرع الجزائري فقد عرف العقد في المادة 54 من القانون المدني على أنه "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

الفرع الثاني: تمييز العقد عن الاتفاق

ذهب بعض الفقهاء إلى التمييز بين العقد والاتفاق على أساس أن الاتفاق عندهم هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، فالاتفاق على إنشاء التزام مثل عقد البيع، والاتفاق على نقله مثل حوالة الدين، والاتفاق على تعديله مثل الاتفاق المتضمن إضافة أجل للالتزام أو تعليقه على شرط، والاتفاق المتضمن إنهاء الالتزام مثل الوفاء.

بينما العقد فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو الاتفاق على نقله فقط، وبذلك فإن الاتفاق أعم من العقد وأشمل منه، بحيث يمكن القول أن كل عقد هو اتفاق ولكن ليس كل اتفاق هو عقد. فالعقد بالنسبة للاتفاق هو بعض من كل أو نوع من جنس.

إلا أن الفقه يميل إلى عدم التفرقة بينهما على أساس عدم وجود الفائدة القانونية أو العملية لهذه التفرقة وهذا الاتجاه هو الذي أخذ به المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في المادة 122 منه حيث جاء فيها "العقد اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو إنهاؤها" وهو بذلك لا يميّز بين العقد والاتفاق ثم حذف هذا التعريف من المشروع النهائي وأغفل المشرع المصري تعريف العقد كما سبق تبيانه وللأسباب التي سبق عرضها.

المطلب الثاني

مبدأ سلطان الإرادة في العقد

سنتناول في هذا المطلب مفهوم مبدأ سلطان الإرادة أو مفهومه في فرع أول، ومن ثم تطوره التاريخي في الفرع الثاني، ثم موقف المشرع الجزائري منه في الفرع الثالث، كل ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة مدى قدرة الإرادة وحدها على إنشاء التصرف القانوني (العقد)، وتحديد آثاره، وهو مبدأ ذو جانبيين أو ذو شقين: جانب شكلي وجانب موضوعي

أولاً: الجانب الشكلي

فيقصد به قدرة الإرادة وحدها وبصفة مجردة عن أي شكلية أو نمط أو نموذج أو طقس بإنشاء التصرف القانوني، وهو ما يعبر عنه بمبدأ الرضائية في العقود ومعناه أن إرادة الأطراف كافية وحدها لإنشاء التصرف القانوني كأصل عام، فلا يشترط إلا أن تكون هناك إرادة تصدر من أحد الأطراف بأي شكل كان باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة... الخ، وتقابلها إرادة أخرى تصدر من طرف آخر ليقوم العقد دون حاجة إلى إفراغ هذه الإرادة في شكل معين وهذا ما عبرت عنه المادة 59 من القانون المدني.

ثانياً: الجانب الموضوعي

فيقصد به مدى سلطان الإرادة وقدرتها على تحديد آثار العقد حسب الاتفاق الذي يتم بين المتعاقدين دون أن تتدخل أي قوة خارجية لتفرض على المتعاقدين مالم يتفقوا عليه، إذا تستطيع

الإرادة أن تنشئ عقدا لا يعرفه القانون أو تتجه إلى الاتفاق على مخالفة أحكام القانون فيما نظمه من عقود وقد نصت على هذا المبدأ المادة 106 من القانون المدني.

الفرع الثاني: التطور التاريخي لمبدأ سلطان الإرادة

إن مبدأ سلطان الإرادة بالمعنى الذي سبق أن عرضناه لم يوجد هكذا دفعة واحدة، وإنما مرّ بمراحل تطور مختلفة، كان في كل مرحلة منها صدى يعكس ما هو سائد في المجتمع من تيارات فكرية وإيديولوجية وثقافية، أو أوضاع اقتصادية واجتماعية، ولقد مر مبدأ سلطان الإرادة بمراحل عديدة يمكن أن نجمل أهمها فيما يلي:

أولاً: مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني

لم يعرف القانون الروماني مبدأ سلطان الإرادة في أي مرحلة من مراحل تطوره، بل على العكس من ذلك فإن المبدأ الذي كان سائداً في هذا القانون هو الشكلية، لأن العقود التي كانت تتم في ذلك الوقت حتماً بأشكال معينة، وطقوس محددة، وحركات مبيّنة، بحيث إذا احترمت هذه الشكليات والطقوس كانت هذه العقود التي تمت من خلالها صحيحة بغض النظر عن إرادة صاحبها سواء كانت صحيحة أو معيبة، وبغض النظر عما إذا كان لالتزام سبب أو لم يكن له سبب، وإذا ثبت أن لالتزام سبب، فلم يكن يهم ما إذا كان هذا السبب مشروعاً أو غير مشروع مادام أن التصرف كان قد قام وفقاً للشكليات المحددة والطقوس المعهودة، فالعبرة كل العبرة في صحة أو عدم صحة العقد، هو البحث عما إذا كان قد تم وفق الطقوس المحددة أم لا، و لم يكن يعطى أي أهمية لإرادة الإنسان من ناحية ما إذا كانت سليمة أو معيبة، وما إذا كان هذا الإنسان راشداً أو قاصراً.

ولم يعترف القانون الروماني بقدرة الإرادة وحدها على إنشاء التصرف القانوني إلا في أواخر مراحل تطوره أين تحررت أربعة عقود من الشكلية وهي البيع والشركة والإيجار والوكالة.

ثانياً: مبدأ سلطان الإرادة في فقه الشريعة الإسلامية

لقد عرفت الشريعة الإسلامية هذا المبدأ منذ أول ظهور لها ويرجع ذلك إلى كون العقد يستمد قوته الملزمة بضرورة الوفاء بالعقد الذي أوجبه القرآن الكريم قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود". (آية 1 من سورة المائدة)، وقال " وافوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً ". (آية 34 من سورة الاسراء)، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا أمان لمن لا أمانة له ولا دين لمن لا عهد له" وبذلك فإن العقد أصبح يستمد قوته ليس من مظهره، ولا من شكله، ولكن من إرادة من أبرمه، وتحت تأثير

فقه الشريعة الإسلامية تم تحرير كثير من العقود والتصرفات القانونية من الشكليات التي كانت تحيط بها.

ثالثا: مبدأ سلطان الإرادة في القرون الوسطى

بدأ هذا المبدأ في الظهور والانتشار تدريجيا خلال القرون الوسطى وهذا نظرا لتأثير أفكار ومبادئ الكنسية التي تقوم على مبادئ المسيحية باعتبارها دين من الأديان السماوية، فهي تحت على الوفاء بالعقود والعهود وتعتبر النكول بها خطيئة دينية يعاقب عليها الرب، ثم تحولت هذه الخطيئة من خطيئة دينية إلى إخلال بالتزام قانوني يعطي لصاحبه الحق في رفع دعوى قضائية أمام المحاكم الكنسية لتنفيذ هذا الوعد، وبذلك عرف مبدأ سلطان الإرادة في هذه المرحلة بعض الازدهار والانتشار.

رابعا: مبدأ سلطان الإرادة في القرنين 18 و 19

لم يعرف مبدأ سلطان الإرادة ازدهارا وتطورا مثل الذي عرفه في هذين القرنين خاصة في فرنسا، وذلك نتيجة انتشار الأفكار الفردية والتي كانت تقدر الفرد وحرية في كل المجالات: الاقتصادية، السياسية، الدينية، الاجتماعية والقانونية. ففي المجال القانوني شاع مبدأ سلطان الإرادة بحيث تحررت العقود من كل القيود الشكلية وأصبحت الإرادة لديها القدرة على إبرام التصرفات القانونية دون طقوس معينة، وأشكال محددة، وهذا ما جسده المصدر الذي جاءت منه المادة 59 " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية " وكذلك المادة 1134 من قانون نابليون التي تنص على أنه "الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها ".

خامسا: مبدأ سلطان الإرادة في القرن 20

عرف مبدأ سلطان الإرادة في هذا القرن بعض التراجع خاصة عند الدول التي نهجت النهج الاشتراكي، أين تم انتكاس هذا المبدأ وتراجعته في كافة المجالات، الاقتصادية والسياسية والدينية والاجتماعية. وعرف تدخل الدولة الواسع في تنظيم جل مناحي الحياة بواسطة قواعد قانونية في الغالب أمرة، لا تسمح للأفراد الاتفاق على مخالفتها، وتكرس تدخل الدولة في الاقتصاد والتجارة، ما ترتب على ذلك انكماش دور الإرادة، وتقلص نطاق مبدأ سلطان الإرادة بشكل واضح، ولكنه بالمقابل زاد تطورا وازدهارا في الدول التي نهجت النظام الرأسمالي أين عرف انسحاب الدولة تاركة المجال للأفراد تنظيم معاملاتهم بكل حرية.

الفرع الثالث: مبدأ سلطان الإرادة في القانون الجزائري

مرّ مبدأ سلطان الإرادة في الجزائر بمرحلتين وهما: مرحلة ما قبل 1989 ومرحلة ما بعد ذلك:

- **المرحلة الأولى:** وكما هو معلوم فإنّ الجزائر كانت تنتهج النظام الاشتراكي والذي كان من نتائجه التضيق على حرية الفرد وإرادته ولم يكن مسموحا بالحرية الاقتصادية، لأنّ شعار الذي كان سائدا آنذاك هو الملكية المشتركة لوسائل الإنتاج، ولا بالحرية التجارية لأنّ الدولة كانت تحتكر التجارة الخارجية، كما كانت تعتمد على سياسة التسعيرة الجبرية لمختلف السلع الاستهلاكية، كما لم تكن تعترف للإرادة بالحرية السياسية فالذي كان سائدا هو فكرة الحزب الواحد أين لم يكن مسموحا لإنشاء أي حزب أو جمعية سياسية خارج حزب جبهة التحرير الوطني.

- **المرحلة الثانية:** فهي التي جاءت بعد دستور 1989 أين تحولت الجزائر من النظام الاشتراكي إلى النظام الرأسمالي، حيث حرّرت التجارة الخارجية ورفعت فكرة التسعيرة الجبرية إلا في المواد واسعة الاستهلاك كالخبز والحليب، أما في مجال المعاملات أخذ المشرع الجزائري كأصل عام بمبدأ سلطان الإرادة في جانبها الشكلي وكذا في جانبها الموضوعي فالجانب الشكلي والذي جسده المادة 59 مدني من القانون المدني كما سبق بيانه والتي تنص على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن أرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية"، والجانب الموضوعي جسده المادة 106 مدني والتي تنص على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

والملاحظ أن المادة 59 تنص على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن أرادتهما المتطابقتين..."، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ الرضائية وهو الأصل العام في العقود ومعناه أن الإرادة وحدها تكفي لقيام العقد ولا حاجة لأي إجراء آخر، ثم يأتي الشق الثاني من هذه المادة ليقضي بأنه "... دون الإخلال بالنصوص القانونية"، وهذا هو الاستثناء عن الأصل العام السابق، بحيث أن المشرع قد ينص على أن الإرادة لا تكفي بل يجب إخضاع بعض العقود لشكلية معينة، مثل ما نصت عليه المادة 324 مكرر من القانون المدني، والمادة 418 والمادة 883، كما أن المادة 106 من القانون المدني السالفة الذكر معناها أن العقد هو القانون الخاص بالمتعاقدين، هما اللذان ينشئانه، وهما اللذان يحددان نطاقه ومضمونه دون تدخل أي قوى خارجية، إلا أن المشرع قد لطف بعض الشيء من هذه القاعدة فأدخل عليها بعض الاستثناءات لما نص "... أو للأسباب التي يقررها القانون" أي أنه يجوز للمشرع في بعض الأحيان أن يتدخل في تنظيم هذه العلاقة بقواعد قانونية في الغالب تكون أمرة، كما هو الشأن في عقد العمل حيث

تدخل المشرع في تنظيم الكثير من أحكام هذا العقد بقواعد جلها آمرة، كما سمح المشرع كذلك للقاضي في بعض الأحيان التدخل في تعديل بعض شروط العقد إذا كان في تنفيذه كما اتفق عليه إرهاب شديد للمدين، مثلما هو الشأن في نظرية الظروف الطارئة¹ أو في تعديل بعض التزاماته إذا كانت تنطوي على شروط تعسفية مثلما هو الحال في عقود الإذعان².

¹ نص المادة 107 فقرة 3: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفذ الالتزام التعاقدية، وأن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

² نص المادة 110 التي تنص على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

المبحث الثاني

تقسيمات العقود

تختلف تقسيمات العقود باختلاف الزاوية التي ننظر منها إلى هذه العقود، فهي بالنظر إلى مدى تنظيم المشرع لها وإعطائها اسما معينا، تنقسم إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، ومن حيث تكوينها إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية، ومن حيث الآثار المترتبة عليها إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد، ومن حيث نطاق الالتزام المترتب على عاتق المتعاقد، إلى عقود محددة وعقود احتمالية، ومن حيث مدى تدخل عنصر الزمن فيها إلى عقود فورية وعقود زمنية، ومن حيث اختصارها على عملية قانونية واحدة أو عدة عمليات إلى عقود بسيطة وعقود مركبة، وهناك تقسيمات أخرى للعقود قد لا ترقى أهميتها إلى هذه التي ذكرناها، فسوف نشير إليها مجرد إشارة في هذا الموضوع .

ويلاحظ أن المشرع قد تناول بعض هذه التقسيمات في القانون المدني من المادة 55 إلى غاية المادة 58، فتناول تقسيم العقود إلى عقود ملزمة للجانبين في نص المادة 55 وعقود ملزمة لجانب واحد في المادة 56 وعقود المعاوضة في المادة 57 فقرة 1 وعقود الغرر في الفقرة الثانية من هذه المادة، وما يلاحظ على هذا المسلك للمشرع أنه لم يتناول كل التقسيمات، وإنما اقتصر على بعضها دون البعض الآخر، إذ لم يتناول بالتنظيم أهم هذه التقسيمات على الإطلاق وهو تقسيم العقود إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، وتقسيمها إلى عقود رضائية وعقود شكلية. وسنتناول فيما يلي بعض هذه التقسيمات على أننا لا نقف عند حدود ما نظمه المشرع من جهة، ولا نلتزم بالترتيب الذي جاء به من جهة أخرى وإنما نرتبها حسب أهميتها بالنظر إلى مدى انتشارها وشيوعها في الحياة العملية.

المطلب الأول

تقسيم العقود إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة

الفرع الأول: العقد المسمى

هو ذلك العقد الذي نظمه المشرع وأعطى له اسما خاصا نظرا لكثرة انتشاره ولشيوعه في الحياة العامة، فالعقد المسمى يخضع للقواعد القانونية التي أوردها القانون بشأنه، مثل عقد البيع الذي نظمه المشرع من المادة 351 إلى المادة 412، وعقد المقايضة من المادة 413 إلى 417، وعقد الشركة من المادة 418 إلى 449، وعقد القرض من المادة 450 إلى 458، وعقد الصلح من المادة 459 إلى 464.

الفرع الثاني: العقد غير المسمى

هو العقد الذي لم ينظمه المشرع ولم يعط له اسما خاصا لعدم شيوعه في الحياة العامة، والعقود غير المسماة لا يمكن تقسيمها لعدم امكان حصرها، إذ أن الإرادة حرة في انشاء ما تشاء من العقود طالما لا تخالف النظام العام والآداب العامة ومثال ذلك العقد الذي يربط لاعب كرة قدم مع الفريق الذي يلعب له، وعقد الحراسة الذي يربط بين الحارس وطالب خدمة الحراسة كما هو الأمر بالنسبة لحارسي السيارات في الحضائر والشوارع العامة، والعقد غير المسمى إذا أصبح شائعا وواسع الانتشار قد يتدخل المشرع لتنظيمه بقواعد خاصة وإعطائه اسما خاصا مثل ما هو الشأن في عقد البيع الإيجاري أو عقد الفندقية، أو عقد السياحة.

الفرع الثالث: أهمية التقسيم

تبدو أهمية تقسيم العقود إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة في تحديد القواعد أو النصوص القانونية التي تحكم النزاع الذي قد يثور بصدد هذا العقد، فإذا كان موضوع النزاع المطروح على القاضي يتعلق بعقد من العقود المسماة، فإنه يجب على القاضي أن يبحث له عن حل في إطار النصوص المنظمة لهذا العقد، فإن لم يجد فيبحث له عن حل في القواعد العامة، أما إذا تعلق الأمر بعقد غير مسمى فإن القاضي يجب عليه أن يبحث له عن حل في نصوص القواعد العامة، فإذا تعذر عليه ذلك يجب أن يبحث له عن حل في أقرب عقد مسمى يكون مشابها له عن طريق القياس.

المطلب الثاني

تقسيم العقود إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية

الفرع الأول: العقود الرضائية

هي تلك العقود التي تكفي فيها الإرادة لانعقادها دونما حاجة إلى إفراغ هذه الإرادة في شكل معين، أو في قالب خاص، بمعنى آخر يكفي التراضي لانعقاد العقد، سواء حصل التراضي باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو باتخاذ أي موقف آخر يدل عليه، مثلما هو الشأن في عقد البيع كأصل عام، والقاعدة العامة في القانون الجزائري هي الرضائية تطبيقا لنص المادة 59 مدني السالفة الذكر.

الفرع الثاني: أما العقود الشكلية

فهي تلك العقود التي لا تكفي الإرادة وحدها لإنشائها بل يجب أن تتم في شكل معين يحدده القانون، والغالب أن تتم في شكل مكتوب سواء أكانت هذه الكتابة رسمية أي يقوم بها موظف

مختص وفقا للأوضاع التي يحددها القانون، كما هو الشأن في بيع العقار طبقا للمادة 324 مكرر 1 المدني، أو الرهن الرسمي طبقا للمادة 883 مدني، أو كتابة عرفية وهي التي يقوم بها المتعاقدان دون تدخل موظف رسمي مثلما هو الشأن في عقد الشركة المدنية طبقا للمادة 418 المدني.

والغرض من الشكلية هو تنبيه المتعاقد إلى خطورة التصرف الذي هو مقدم عليه، مثل بيع العقار أو رهنه، وهي تختلف عن الشكلية في العصور القديمة إذ أن الشكلية في تلك العصور كانت تعني عن الإرادة، بحيث إذا تم العقد في الشكل المطلوب فإنه يعتبر صحيح بغض النظر عن إرادة صاحبه بينما في العصر الحديث، فإن الشكلية لا تعني عن الإرادة إذ يجب أولا أن تكون هناك إرادة سليمة ثم تفرغ في شكل معين.

الفرع الثالث: العقد العيني

فهي تلك العقود التي يعتبر التسليم ركنا فيها أي يجب لتمام العقد تسليم العين محل التعاقد، وبعبارة أخرى هو عقد لا يتم انعقاده إلا بالقبض.

ومثاله عقد الهبة فمثل هذه العقود لا تكون صحيحة حتى ولو كان صاحبها راشدا وإرادته سليمة إذا لم يتم فيها تسليم العين محل العقد.

الفرع رابع: أهمية التقسيم

تبدو أهمية تقسيم العقود إلى عقود شكلية وعقود رضائية وعقود عينية أن العقد إذا كان شكليا فإنه يكون باطلا ما لم تحترم هذه الشكلية المتطلبة قانونا أما بالنسبة للعقود العينية فإنه بالإضافة لاحترام الشكلية فلا بد من التسليم و إلا كان العقد باطلا.

المطلب الثالث

تقسيم العقود إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد

الفرع الأول: العقود الملزمة لجانبين أو العقود التبادلية

هي تلك العقود التي تنشئ التزامات متقابلة على عاتق طرفي العقد، أي أن كل من المتعاقدين يكون ملتزما في مواجهة المتعاقد الآخر بأداء معين ويكون كل منهما دائنا ومدينا في نفس الوقت مثل عقد العمل الذي يلتزم فيه رب العمل بالالتزام بدفع الأجرة ويلتزم فيه العامل بالقيام بالعمل المتفق عليه، وعقد الإيجار الذي يلتزم فيه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، ويلتزم فيه المستأجر بدفع الأجرة.

الفرع الثاني: العقد الملزم لجانب واحد

فهو ذلك العقد الذي لا يترتب إلا التزاما في ذمة أحد المتعاقدين دون أن يقابله التزام في ذمة المتعاقد الأخرى، مثل الوديعة بدون أجر، بحيث يلتزم المودع لديه بالحفاظ على الوديعة وردها إلى صاحبها عند الطلب، دون أن يلتزم المودع بأي التزام في مقابل ذلك، هذا ويجب التمييز بين العقد الملزم لجانب واحد والتصرف الصادر بإرادة منفردة، لأن العقد الملزم لجانب واحد هو عقد تتوافق فيه الإرادتين، ولا يمكن أن يقوم بدون هذا التوافق عند التكوين، إلا أن آثاره تترتب في ذمة أحد المتعاقدين دون المتعاقد الأخر، بينما التصرف الانفرادي فهو في الأصل يتم بإرادة منفردة عند التكوين مثل الوصية أو الوعد بجائزة.

الفرع الثالث: أهمية التقسيم

تظهر أهمية تقسيم العقود إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد فيما يلي:

1- بالنسبة للفسخ

ذلك أن الفسخ لا يمكن تصوره إلا في العقود الملزمة للجانبين طبقا للمواد 119 وما يليها مدني فإذا كان العقد ملزما لجانب واحد فليس من مصلحة الدائن أن يطلب الفسخ، لأن الفسخ يرمي من ورائه طالبه التحلل من التزامه إذا امتنع المدين على تنفيذ التزامه، وهو لا التزام على عاتقه في هذه الحالة، لأن العقد ملزم لجانب واحد ولذلك فمن مصلحته أن يطلب تنفيذ العقد وليس فسخه.

2- الدفع بعدم التنفيذ

معناه أنه إذا لم يقم أحد طرفي العقد بتنفيذ الالتزام الذي ترتب في ذمته، لا يستطيع مطالبة الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، فإذا طالبه كان للآخر الدفع بعدم التنفيذ، بمعنى أنه لا يقوم بتنفيذ ما عليه من التزام حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، وهذا الدفع غير متصور في العقد الملزم لجانب واحد، لأن أحد العاقدين مدين غير دائن¹.

وتطبيق الدفع بعدم التنفيذ نجده في نظام الحق في الحبس المنصوص عليه في المادة 200 وما يليها من القانون المدني، فهذا الحق لا يمكن تصوره إلا في العقود الملزمة للجانبين، لأن الحبس

¹ تنص المادة 123 مدني على أنه: " 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 التزم به".

نظام يحبس من خلاله الشخص تنفيذ التزامه العقدي إلى حين مبادرة المتعاقد الأخرى في تنفيذ التزامه وهو ما نصت عليه المادة 200 من القانون المدني¹.

3- بالنسبة لتحمل التبعة

ففي العقود الملزمة للجانبين إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ إلتزامه بسبب لا يد له فيه أي بسبب أجنبي انقضى الإلتزام طبقاً للمادة 307 مدني وانقضى في الوقت نفسه التزام المتعاقد الآخر، ويعتبر العقد مفسوخاً بقوة القانون، والذي يتحمل تبعة الهلاك في هذه الحالة هو المتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه مستحيلاً وهو المدين، ومثاله في عقد الإيجار إذا هلكت العين المؤجرة فإن التزام المؤجر بتمكين المستأجر من العين المؤجرة ينقضي، وينقضي في الوقت ذاته التزام المستأجر بدفع الأجرة ولكن الذي يتحمل تبعة هلاك هو المؤجر.

أما في العقود الملزمة لجانب واحد فإذا استحال التنفيذ بسبب أجنبي، فإن الإلتزام ينقضي، ويتحمل تبعة الهلاك الدائن وليس المدين، ومثال ذلك في الوديعة بدون أجر، فإذا هلك المال المودع بدون خطأ من المودع لديه، فإن التزامه برد الوديعة ينقضي، وإن الذي يتحمل تبعة الهلاك هو الدائن وهو المودع.

المطلب الرابع

تقسيم العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع

الفرع الأول: عقود المعاوضة

هي تلك العقود التي يأخذ فيها كل متعاقد عوض عما أعطاه للمتعاقد الآخر مثل عقد الإيجار، عقد البيع، عقد العمل، أين يأخذ كل متعاقد في هذه العقود عوضاً لما أعطاه للمتعاقد الآخر، ففي عقد الإيجار مثلاً يأخذ المؤجر الأجرة عوضاً عن التزامه من تمكين المستأجر من الاستفادة أو الانتفاع من العين المؤجرة، كما يأخذ المستأجر عوضاً يتمثل في الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل دفعه الأجرة.

¹ والتي تنص على أنه: " لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين، أو مادام الدائن لم يقدّم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا ويكون ذلك لوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له إلا أن يكون الإلتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع".

الفرع الثاني: أما عقود التبرع

فهي تلك العقود التي لا يأخذ فيها أحد المتعاقدين مقابلا لما يعطيه في العقد، مثل عقد الهبة، أين لا يأخذ الواهب مقابلا من الموهوب له في هذا العقد، وكذلك القرض بدون فائدة والوديعة دون أجر.

الفرع الثالث: أهمية التمييز

تظهر أهمية التمييز بين هذين النوعين من العقود فيما يلي:

1- بالنسبة للمسؤولية

إن مسؤولية المعاوز تكون أكثر شدة من مسؤولية المتبرع، ففي عقد الوديعة تختلف مسؤولية المودع لديه باختلاف ما إذا كانت الوديعة بأجر أو بدون أجر، فإذا كانت الوديعة بأجر، فإن المودع لديه يلتزم في الحفاظ عليها ببذل ما يبذله الرجل العادي، أما إذا كانت الوديعة بدون أجر فإن المودع لديه لا يلتزم في المحافظة عليها إلا ببذل الجهد الذي يبذله في الحفاظ على ماله الخاص وليس ما يبذله الرجل العادي وقد يكون جهده في الحفاظ على ماله الخاص أقل مما يبذله الرجل العادي.

2 - بالنسبة للضمان

وهو ضمان العيوب الخفية وضمان عدم التعرض والاستحقاق. لا يلتزم المتبرع بضمان العيوب الخفية في الشيء المتبرع به على عكس المعاوز مثل ما هو الشأن في عقد البيع، والقاعدة أن المعاوز يضمن والمتبرع لا يضمن، فالواهب لا يضمن للموهوب له خلو الشيء الموهوب من العيوب الخفية، ولا يضمن تعرض الغير للموهوب له في الانتفاع بالعين الموهوبة إلا في حالة تعمد إخفاء سبب الاستحقاق.

3 - بالنسبة لشروط الدعوة البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرفات القانونية)

والدعوى البولصية هي الدعوى التي يرفعها الدائن ليطعن في تصرف قام به مدينه إذا كان من شأن هذا التصرف الإضرار به، ولذلك فإن الأمر يختلف بين ما كان التصرف المطعون فيه هو تبرع أو معارضة، فإذا كان التصرف معاوضة فإن المشرع يشترط أن يكون تصرف المدين منطويا على غش منه وأن يكون الطرف الآخر عالما بهذا الغش، على خلاف ما إذا كان التصرف المطعون فيه تبرعا، فإن المشرع يخفف من شروط رفع هذه الدعوى بالنسبة للدائن إذ يسمح له برفعها حتى ولو كان المدين ومن تعاقد معه حسني النية وكل هذا طبقا للمادة 192 من القانون المدني: " إذا كان التصرف المدين بعوض فانه لا يكون حجة على الدائن إذا كان هناك

غش صدر من المدين، وإذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش ويكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بعسره. كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر.

أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعا فإنه لا يحتج به على الدائن ولو كان المتبرع له حسن النية ". وحسن النية أو سوئها يرتبط دائما وأبدا بمدى علم أو عدم علم شخص ما بواقعة معينة، بحيث كلما كان عالما بهذه الواقعة وكنتم علمه بها للاستفادة منها، كان سيء النية وكلما كان غير عالم بهذه الواقعة ولو استفاد منها فيكون حسن النية.

4 - بالنسبة للغلط في شخص المتعاقد

والغلط هو وهم يقع في ذهن الشخص يصور له أمرا ما على خلاف الحقيقة ويدفع به لإبرام عقد ما كان ليبرمه لولا وقوعه في هذا الوهم، أي لو أنه تبين الأمر على حقيقته، ومثاله شخص يهب ماله لشخص آخر على اعتقاد أنه من العائلة، ثم يكتشف بأن الأمر ليس كذلك وأنه وقع في غلط في شخصية الموهب له، فإنه يجوز له طلب إبطال العقد للغلط لأن الإنسان كقاعدة عامة، لا يهب ماله إلى شخص لا يعرفه، على خلاف ما لو كان الأمر يتعلق بعقد من عقود المعاوضة مثل عقد البيع أو الإيجار فالمتعاقد لا تهمه شخصية من يتعاقد معه، إلا إذا كانت هذه الشخصية محل اعتبار في التعاقد.

5 - بالنسبة للأهلية

فإنه بالنسبة لعقود التبرع فإن المشرع يشترط كمال الأهلية، لأن التبرعات بالنسبة لناقص الأهلية تكون باطلة بطلانا مطلقا لأنها ضارة به ضررا محضا، بينما في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر أي التصرفات بعوض فتكون صحيحة ولكنها قابلة للإبطال من طرف من له الولاية عليه أو من طرفه هو عند بلوغه سن الرشد، بالتالي يكفي فيها سن التمييز.

المطلب الخامس

تقسيم العقود إلى عقود محددة وعقود احتمالية

الفرع الأول: العقود المحددة

العقد المحدد هو العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت إبرام العقد القدر الذي أخذه والقدر الذي أعطاه، بحيث يستطيع كل منهما في الحال معرفة القدر الذي يعطيه للطرف الأخرى مقابل ما يأخذ منه، مثل عقد البيع، فالبايع فيه يعلم لحظة البيع الشيء الذي يعطيه وهو المبيع، كما يعلم في ذات اللحظة الشيء الذي يأخذه وهو الثمن المتفق عليه، ونفس الشيء بالنسبة للمشتري فيعلم مقدار ما يعطي وهو الثمن ومقدار ما يحصل عليه وهو المبيع لحظة قيام هذا العقد.

الفرع الثاني: أما العقود الاحتمالية (أو عقود الغرر)

فهي تلك العقود التي لا يعرف فيها كلا المتعاقدين أو أحدهما على الأقل، لحظة قيام العقد مقدار ما يأخذ من هذا العقد مقابل ما يعطيه، لأن الأمر يتوقف على مسألة احتمالية غير محققة الوقوع أو أن وقت وقوعها غير معروف لأنها أمر مستقبلي، ومثال ذلك عقد التأمين، حيث أن الخطر المؤمن منه يكون حادثة مستقبلية غير محققة الوقوع ولا يعلم وقت إبرام العقد هل ستتحقق ومن ثم ستلحق المؤمن خسارة ويدفع مبلغ التأمين أم لا.

الفرع الثالث: أهمية التقسيم

تظهر أهمية التمييز بين هذا النوع من العقود في أنه يجوز الطعن بالغبن في العقود المحددة دون العقود الاحتمالية، لأن العقود الاحتمالية تقوم أصلاً على عنصر المقامرة والغرر، فلا يجوز لمن أبرم عقداً احتمالياً أن يحتج بالغبن لأنه هو نفسه بنى تعاقدته على الغرر أي على احتمال الربح أو الخسارة منذ إبرام العقد، على عكس العقود المحددة والتي يجوز الطعن فيها بالغبن.

المطلب السادس

تقسيم العقود إلى عقود فورية وعقود زمنية

الفرع الأول: العقود الفورية

هي تلك العقود التي لا يعتمد في تنفيذها على عنصر الزمن أي ألا يكون الزمن عنصرا جوهريا في تنفيذها مثل عقد البيع فهو عقد فوري في الأصل إذا لا يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيه، فتسليم المبيع وكذا دفع الثمن يكون فوريا، حتى ولو تأجل دفعه أو تم الاتفاق على دفعه أقساطا في فترات محددة، لأن زمن دفع الاقساط لا يعتبر في هذا الصدد عنصرا جوهريا أساسيا في تنفيذ الالتزام بل هو عنصر عرضي لا يؤثر في مقدار المبيع أو الثمن.

الفرع الثاني: أما عقود المدة أو العقود الزمنية (عقود المدة)

فهي تلك العقود التي يكون تنفيذها ممتدا في الزمن، أو هي تلك العقود التي لا يمكن تنفيذ أحد التزاماتها على الأقل إلا من خلال جريان الزمن، بحيث يكون الزمن عنصرا جوهريا في تقدير محل الالتزام الذي يرمي إلى إشباع حاجة لا يمكن إشباعها إلا بمرور الزمن، مثل عقد الإيجار أو عقد العمل، فلا يمكن للمؤجر في المثال الأول ولا للعامل في المثال الثاني أن ينفذ التزامه إلا من خلال جريان الزمن.

الفرع الثالث: أهمية التقسيم

تظهر أهمية تقسيم العقود إلى عقود فورية وعقود مدة فيما يلي:

1- بالنسبة إلى أثر الفسخ والبطلان

إن الفسخ والبطلان هما نظامان إذا تقررا فإنه يترتب عليهما أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وهو أمر متعذر التحقق بالنسبة للعقود الزمنية لأن تنفيذ الالتزام قد تم مع مرور الزمن، والزمن إذا مضى فلن يعود، ولذلك لا يمكن إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد في العقود الزمنية على خلاف العقود الفورية. ففي عقد الإيجار مثلا إذا فسخ العقد فإنما يكون ذلك بالنسبة للمستقبل، أما الماضي فيستحيل إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

2 - بالنسبة لأثر نظرية الظروف الطارئة

يلاحظ أن المجال الخصب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هي العقود الزمنية، لأن هذه العقود تكون ممتدة في الزمن مما قد يؤدي إلى تغيير الظروف بعد مدة زمنية معينة، ما قد يجعل تنفيذ الالتزام الذي كان ممكنا ومتيسرا وسهلا في وقت معين يتحول إلى مرهق وشاق بالنسبة

للمدين في وقت لاحق، أما في العقود الفرية فإن نشوء الالتزام وتنفيذه يتم في نفس اللحظة، وبالتالي فلا مجال فيه لإعمال نظرية الظروف الطارئة، إلا إذا تراخى تنفيذ الالتزام كأن يكون التنفيذ مقسطاً أو مؤجلاً

3 - بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق فيما يسمى بتنازع القوانين من حيث الزمان

إن العقود الزمنية هي المجال الخصب لتنازع القوانين من حيث الزمان، لأن تنفيذها يكون ممتداً في الزمان، مما قد يؤدي إلى صدور قانون جديد يتعارض مع القانون الذي كان سائداً مما يفتح المجال لتنازع هذين القانونين في تنظيم هذا العقد، على خلاف العقود الفورية، التي تتم وتنفذ في الغالب في نفس اللحظة، مما قد لا تثار معه فكرة تنازع القوانين من حيث الزمان.

هذه أهم التقسيمات التي تطرق إليها الفقهاء، ولكن هناك تقسيمات تبدو أقل أهمية من هذه

مثل تقييم العقود إلى عقود بسيطة وعقود مركبة

الفصل الثاني تكوين العقد

تمهيد:

لكي يكون العقد مصدرا للالتزام يجب أن يقوم صحيحا ولكي يقوم صحيحا يجب أن تتوفر فيه جميع أركانه ولكي تتوفر هذه الأركان يجب أن تتحقق شروط صحتها طبقا للقانون، وهكذا فإنه لقيام العقد لا بد من تراضي ومحل وسبب وشكل بالنسبة للعقود الشكلية وهي الموضوعات التي سوف نقوم بدراستها تباعا فيما يلي من فصول:

المبحث الأول

التراضي

إن العقد لا يقوم إلا من خلال تطابق إرادتين، إرادة أحد المتعاقدين يسمى الموجب مع إرادة متعاقد آخر يسمى القابل، وهذا التراضي لا يمكن دراسته إلا بدراسة إرادة كل من المتعاقدين بصفة مجردة، باعتبار أن الإرادة هي العنصر المعوّل عليه في إنشاء العقد، فيجب في المرحلة الأولى أن نتطرق إلى تعريف الإرادة والتعبير عنها في مطلب أول، ثم نتناول في المطلب الثاني دراسة إرادة الموجب وإرادة القابل وكيفية تطابقهما أو تلاقيهما، وذلك من خلال ما يلي:

المطلب الأول

الإرادة والتعبير عنها

الفرع الأول: تعريف الإرادة وشروطها

أولاً: تعريف الإرادة

الإرادة ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الإنسان في اتخاذ موقف أو قرار يستند إلى أسباب واعتبارات معقولة، مما يستدعي وجود الإدراك وحسن التدبير عند صاحب الإرادة، ولا يعتد القانون إلا بالإرادة الجدية التي تصدر من شخصية قانونية مؤهلة و تتجه لإحداث أثر قانوني معين وهو إنشاء الالتزام.

قوام العقد هو الإرادة فلا يمكن تصور قيام عقد من دون أن تكون هنالك إرادة لصاحبه جادة، سليمة، متجهة إلى إحداث أثر قانوني معين، ومعبّر عنها وهي الموضوعات التي سندرسها تباعاً فيما يلي:

ثانياً: شروط الإرادة

لكي يقوم العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره يجب أن تكون هنالك إرادة أولاً، ويجب أن تكون جادة ثانياً، ويجب أن تكون سليمة ثالثاً، ويجب أن تتجه إلى إحداث أثر قانوني رابعاً، وسنتناول ذلك فيما يلي:

1- وجود الإرادة

ومعناه أنه يجب أن تكون لمن يريد أن يبرم عقداً ما إرادة، فلا يمكن تصور قيام أي عقد بدون وجود إرادة لصاحبها، كمن تكون إرادته معدومة لصغر في السن أي لم يبلغ سن الثالثة عشر سنة من العمر أو بلغها وكان مجنوناً أو معتوها فهؤلاء جميعاً لا إرادة لهم طبقاً للمادة 42

من القانون المدني، وكل تصرفاتهم التي يمكن أن يبرموها تكون باطلة بطلانا مطلقا طبقا للمادة 82 من قانون الأسرة¹.

2- أن تكون هذه الإرادة جادة وليست مجاملة أو هازلة.

فلا يكفي وجود الإرادة، بل يجب أن تكون جادة، أي غير هازلة، ولا مجاملة، ولا مبنية على محض إرادة المتعاقد، كأن يقول أحدهما للآخر أبيعك سيارتي إذا رغبت في ذلك، فهذه إرادة لا يمكن أن يقوم بها العقد لو صادفها قبول، لأنها غير منتجة لأي أثر قانوني.

3- أن تكون الإرادة سليمة.

بمعنى أن تكون خالية من عيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، وهي العيوب التي سنأتي على دراستها تفصيلا لاحقا، مع ملاحظة أن الإرادة إذا كانت معيبة بأحد هذه العيوب فإن العقد يقوم صحيحا، إلا أنه يكون قابلا للإبطال.

4- يجب أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين

ويقصد به أن تتجه إلى الالتزام بما اتفقت عليه مع المتعاقد الآخر، فإذا أبرم الشخص عقد بيع فيجب أن تتجه إرادة البائع إلى تسليم المبيع وأن تتجه إرادة المشتري إلى دفع الثمن وفوق هذا يجب أن يتم التعبير عن هذه الإرادة.

الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة وآثاره

إن الإرادة وبالمعنى الذي عرفناها به، وبالشروط التي سبق أن حددناها، لا يمكن أن ترتب أي أثر قانوني مادامت في نفس صاحبها، وفي مكنها الداخلي، كشعور أو إحساس أو أمل، فما لم يتم التعبير عنها لا يمكن إدراكها ولا يمكن ترتيب أي أثر قانوني عليها، فالتعبير عن الإرادة إذن هو المظهر الخارجي للإرادة التي يدركها المجتمع من خلاله ويرتب عليها آثارها القانونية، وسنتولى دراسة التعبير عن الإرادة من خلال تعريفه وصوره وآثاره وأثر الموت وفقدان الأهلية عليه.

¹ تنص المادة 82 من قانون الأسرة على أنه " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

أولاً: تعريف التعبير عن الإرادة وصوره

1- تعريف التعبير عن الإرادة

يقصد بالتعبير عن الإرادة إخراج إرادة المتعاقد من نفسيته الداخلية أو من شعوره النفسي إلى الواقع الاجتماعي المعيش، وبمعنى آخر خروج الإرادة إلى العالم الخارجي ، وإذا أردنا الاختصار في تعريف التعبير عن الإرادة نقول بأنه هو الإرادة الظاهرة أو الإرادة الاجتماعية. وهناك صور يمكن من خلالها التعبير عن الإرادة، وهذا ما سوف ندرسه فيما يلي:

2- صور التعبير عن الإرادة

تناول المشرع صور التعبير عن الإرادة في المادة 60 من القانون المدني والتي نصت على أنه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

ومن خلال هذا النص يمكن لنا أن نستنتج أن صور التعبير عن الإرادة هي:

التعبير عن الإرادة الصريح: وهو الذي تناوله المشرع في الفقرة الأولى من المادة 60 والتعبير عن الإرادة الضمني والذي تطرّق إليه في الفقرة الثانية من نفس المادة، نتناول ذلك فيما يلي:

أ- التعبير الصريح عن الإرادة

حدد المشرع التعبير الصريح في اللفظ، وفي الكتابة، وفي الإشارة المتداولة عرفاً، وفي اتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالاته على مقصود صاحبه ومن هنا سنقوم بتعريف التعبير عن الإرادة الصريح ثم نتناول صورته.

1- تعريف التعبير الصريح عن الإرادة

التعبير الصريح عن الإرادة هو الإفصاح عن الإرادة بشكل مباشر، وبما هو مألوف بين الناس أو بما هو متعارف عليه بينهم.

2- صورته

لقد حدّد المشرع صور التعبير عن الإرادة في الفقرة الأولى من المادة 60 على النحو

التالي:

- اللفظ

ويقصد به الكلام شفاهة ولا يهم بعد ذلك نوع الكلام ولغته وأسلوبه فلا يشترط فيه إلا أن يكون شفاهة وبأي لغة كانت، عربية أو أمازيغية، أو فرنسية، أو غيرها، يشترط فقط أن تؤدي المعنى للمخاطبين بها، وهذا تطبيقاً للقاعدة الأصولية في التفسير والتي تقضي بأن النص إذا جاء عاماً فيجب أن يفسر إلى أقصى مدى في عموميته ما لم يرد نص يخصصه أو يقيد.

- الكتابة

تعتبر الكتابة هي الصور الثانية للتعبير الصريح عن الإرادة وبنفس العمومية التي أطلقها المشرع على اللفظ، أطلقها على الكتابة، ومنه نقول بأنه يجوز التعبير بالكتابة مهما كانت طريقة هذه الكتابة واللغة التي كتبت بها، فيجوز التعبير كتابياً بخط اليد أو بالآلة الراقنة أو بالحاسوب أو بأي وسيلة كانت وكذا مهما كانت لغة هذه الكتابة.

- الإشارة المتداولة عرفاً

الصورة الثالثة للتعبير الصريح عن الإرادة هي الإشارة المتداولة عرفاً، والواقع لا توجد إلا إشارتان للتعبير عن الإرادة وهما: هزا الرأس عمودياً، للدلالة على القبول، وهزه أفقياً للدلالة على الرفض.

- اتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه

فالموقف الذي يتخذه الشخص ويستشف منه دلالة معينة لا تحتل أي شك، تشكل تعبيراً صريحاً عن الإرادة ومثاله: عرض التاجر لبضاعته على واجهة محله مع وضع أثمانها عليها، أو وقوف سيارات الأجرة في الأماكن المخصصة لها مع توضيح ما يفيد بأنه في حالة شغل، كإشعال إنارة للوحة الزجاجية المكتوب فيها "تاكسي" بما يفيد بأنه في حالة عمل، لأن موقف التاجر في المثال الأول، لا يحتل أي شك في أن التاجر يريد أن يبيع هذه السلعة وبالثلثن الموضوع عليها، كما أن صاحب سيارة الأجرة كذلك يريد أن يعرض إيجابه في إيصال أي شخص لأي وجهة بالثلثن الذي يحدده العداد.

ب- التعبير الضمني عن الإرادة

نظم المشرع التعبير عن الإرادة الضمني في الفقرة الثانية من المادة 60 السابق الإشارة إليها لما نص على أنه: "ويجوز أن يكون التعبير ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً"، ونتولى دراسة التعبير الضمني عن الإرادة بتعريفه وتقديم بعض الأمثلة عنه فيما يلي:

1- تعريف التعبير الضمني عن الإرادة

بتطبيق مفهوم المخالفة لتعريف التعبير عن الإرادة الصريح نقول أن التعبير عن الإرادة الضمني هو الإفصاح عن الإرادة بطريقة غير مباشرة، أي بما هو غير متعارف عليه بين الناس، فهو استنباط أو استخلاص للإرادة بطريقة غير مباشرة، بما هو غير شائع في التعامل بين الناس.

2 - أمثلة عن التعبير الضمني

ومن أمثلة التعبير الضمني عن الإرادة أن يعرض أحدهم شيئاً ما للبيع على شخص آخر ويحدّد له جميع مواصفاته وعناصره والتمن الذي يطلبه في بيعه، ويقوم هذا الأخير ببيع هذا الشيء لشخص ثالث، فأقدام هذا الشخص على بيع الشيء الذي عرض عليه لشرائه هو تعبير ضمني عن القبول وبطريقة غير مباشرة، وكذلك بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انقضاء عقد الإيجار هو إيجاب ضمني منه برغبته في تجديد عقد الإيجار، كما أن سكوت المؤجر على بقاء المستأجر في العين المؤجرة مع علمه بانقضاء عقد الإيجار هو تعبير ضمني عن قبوله تجديد عقد الإيجار.

ثانياً: آثار التعبير عن الإرادة، وأثر الموت وفقدان الأهلية فيه

وندرس في هذه النقطة أثر التعبير عن الإرادة والوقت التي ينتج فيه ثم ندرس أثر الموت و فقدان الأهلية على هذا التعبير في المرحلة الثانية، وذلك فيما يلي:

1- أثر التعبير عن الإرادة والوقت الذي ينتج فيه

تناول المشرع أثر التعبير عن الإرادة في المادة 61 من القانون المدني التي تنص على أنه: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك"، ولتحديد أثر التعبير عن الإرادة يجب أن نميّز بين ما إذا كان هذا التعبير إيجاباً أو قبولاً ذلك أن المشرع قال "ينتج التعبير عن الإرادة أثره"، والمقصود بالتعبير عن الإرادة هو إما الإيجاب أو القبول.

ولذلك سوف نشرح هذا النص بفرض أن المقصود بالتعبير عن الإرادة هو الإيجاب ثم بفرض أن المقصود بالتعبير عن الإرادة هو القبول.

الفرض الأول:

المقصود بالتعبير عن الإرادة هو الإيجاب وبهذا الفرض نقول بأن الإيجاب كتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه وهو القابل والأثر الذي يترتب عليه الإيجاب في هذه الفرضية هو:

أ- **عدم جواز الرجوع فيه:** بمعنى أنه لا يجوز للموجب أن يتراجع عن إيجابه إذا ثبت أنه وصل إلى علم القابل، تطبيقاً لما سبق أن رأيناه من أنه يجب للإرادة أن تكون جادة غير هائلة وأن تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين.

ب- **صلاحيته لأن يقترن به القبول:** وهذا تحصيل حاصل، ذلك أنه لا يمكن للإيجاب أن تكون له هذه الصلاحية ما لم يعلم به القابل ومعناه أن الإيجاب كتعبير عن الإرادة يمر بمرحلتين:

1- مرحلة وجود مادي:

وهي المرحلة التي تفصل بين إعلانه ولحظة ما قبل العلم به، وهنا لا يترتب عليه أي أثر ومن ثم فإنه يجوز لصاحبه الرجوع فيه إلا إذا كان مقترنا بأجل.

2- مرحلة وجود قانوني:

وهي مرحلة العلم به، وهنا يترتب أثره القانوني ولا يجوز لصاحبه الرجوع فيه.

هذا وأن المشرع اعتبر وصول الإيجاب إلى القابل قرينة على علم القابل به، أي بمعنى أنه إذا كان الإيجاب قد بعث بواسطة رسالة ووصلت إلى القابل، فوصولها إليه يعتبر قرينة على علمه بمضمونها، إلا أن هذه مجرد قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، ومعناه أن القابل يستطيع أن يثبت بأنه لم يعلم بفحوى الرسالة بالرغم من وصولها إليه، بل حتى ولو ثبت بأنه قد فتح هذه الرسالة. لأنه قد يحدث أن يفتح الإنسان الرسالة ولا يقرأها وبالتالي لا يعلم بمضمونها.

الفرضية الثانية:

وإذا افترضنا بأن المقصود بالتعبير عن الإرادة هو القبول: فإن القبول لا يترتب آثاره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه وهو الموجب وإذا اتصل بعلم الموجب، يترتب آثاره القانونية وهي:

أ- **عدم جواز الرجوع فيه.**

ب- **انعقاد العقد:** لأنه بعلم الموجب للقبول يكون التطابق بين الإرادتين قد تم.

فإن القبول كتعبير عن الإرادة يمر بمرحلتين تماماً مثل الإيجاب وهي:

- مرحلة وجود مادي:

والتي تمتد من لحظة إعلانه إلى لحظة ما قبل علم الموجب به، وما يترتب على ذلك من جواز الرجوع فيه ولا يمكن أن يقترن به إيجاب.

- مرحلة وجود قانوني:

وهي المرحلة التي تلي مباشرة علم الموجب بالقبول وهنا يتحول وجوده من وجود مادي إلى وجود قانوني يرتب آثاره القانونية السابقة الإشارة إليها وهي عدم جواز الرجوع فيه، وقيام العقد، وكذلك يعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علم الموجب به، إلا أن هذه القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس وينطبق عليها نفس الحكم السابق.

2- أثر الموت وفقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة

ونظمه المشرع في المادة 62 من القانون المدني بقوله: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل". ولشرح هاته المادة يجب أن نعتمد على نفس طريقة شرح المادة 61 السابقة وذلك بافتراض أن الذي مات أو فقد أهليته هو الموجب بعد أن عبر عن إرادته، ثم نفترض أن الذي مات أو فقد أهليته هو القابل وندرس أثر موت القابل على تعبيره:

الفرضية الأولى: الذي مات أو فقد أهليته هو الموجب بعد إعلان إيجابه

فإذا فرضنا أن الذي مات أو فقد أهليته بعد أن عبر عن إيجابه هو الموجب فالمشرع يقول أنه في هذه الحالة فإن الإيجاب يرتب أثره القانوني عند اتصاله بعلم القابل بالرغم من وفاة صاحبه أو فقدان أهليته وهذا الأثر هو:

- عدم الرجوع فيه: وهذا أمر تفرضه طبيعة الأشياء لأن الموجب لا يستطيع أن يرجع عن إيجابه مادام أنه مات بعد إصداره.

- صلاحيته لأن يقترن به قبول: والمقصود هنا هو إمكانية أن يتصل به قبول ولكن في هذه الحالة، قد يرفض القابل هذا الإيجاب وينتهي الأمر عند هذا الحد، كما قد يقبله ويوجه قبوله للموجب فيجده قد مات وبالتالي لا يتم العقد، لأن التطابق بين الإرادتين لم يتم، إلا أن هنالك رأي فقهي يقول بقيام العقد، وذلك بحلول ورثة الموجب المتوفى بالعلم بالقبول نيابة عنه، إلا أن هذا الرأي في اعتقادنا فيه تجاوز من الناحية العلمية لأن المشرع ينص صراحة في المادة 61 من

القانون المدني على أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه وأن هذا الحكم لم يتحقق في هذا الفرض لأن الذي يوجه له التعبير هو الموجب وليس ورثته.

الفرضية الثانية: الذي مات هو القابل بعد إعلان قبوله

والفرض هنا أن القابل قد عبر عن قبوله ثم مات أو فقد أهليته، فإن الموت أو فقدان الأهلية في هذه الحالة لا يمنع من أن يرتب القبول أثره عند اتصاله بعلم الموجب وهو:

- عدم جواز الرجوع فيه، وهذا حكم تفرضه طبيعة الأشياء لأن القابل يكون قد مات فكيف يرجع في قبوله؟

- قيام العقد بالرغم من وفاة القابل لأن التطابق بين الإرادتين في هذه الحالة يكون قد تم. وما ننتهي إليه من خلاصة في هذا الموضوع أنه إذا مات الموجب فان الإيجاب يرتب آثاره ولكن لا يؤدي إلى قيام العقد حسب الفرضيتين أما اذا مات القابل فان القبول يرتب آثاره وهو قيام العقد. كل هذا ما لم يتضح بأن شخصية من وجه التعبير كانت محل اعتبار بالنسبة لمن وجه إليه التعبير، لان الحكم في هذه الحالة هو سقوط التعبير عن الإرادة وعدم إنتاجه لأي أثر قانوني في حالة ما إذا ثبتت وفاة صاحبه وهذا ما عبر عنه المشرع في ذيل المادة 62 من القانون المدني بقولها: "...هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل".

المبحث الثاني

الإيجاب والقبول

العقد لا يقوم إلا بتطابق الإرادتين إرادة أحد المتعاقدين ويسمى الموجب مع إرادة متعاقد ثاني ويسمى القابل، في مكان وزمان معينين ولذلك سوف ندرس فكرة تطابق الإرادتين من خلال دراسة الإيجاب في مطلب أول والقبول في مطلب ثاني وصور تطابق الإيجاب والقبول في مطلب ثالث وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

الإيجاب

وسنتولى دراسة الإيجاب بالتطرق إلى تعريفه ومراحلته التي يمر بها في فرع أول، ثم شروطه و أنواعه في فرع ثاني، وأخيرا سقوط الإيجاب في فرع ثالث، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف الإيجاب والمراحل التي يمر بها:

أولاً: تعريف الإيجاب

الإيجاب: " هو التعبير عن الإرادة البات المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد الذي ينصب عليه، إذا لحقه قبول مطابق، ويجب ان يشتمل على العناصر الجوهرية لانعقاد العقد (كالثمن والمبيع في عقد البيع، والاجرة والعين المؤجرة في عقد الايجار "

والإيجاب هو الإرادة الأولى التي يجب ان تخرج إلى الوجود، وهو عرض يتقدم به شخص يسمى الموجب إلى شخص آخر يسمى القابل يعرض عليه الدخول معه في علاقة عقد أو يعرض عليه إبرام عقد معه.

فإذا حدد الموجب الثمن في عقد البيع أو أجرة العين المؤجرة... الخ، فانه يعتبر إيجابا باتا أي نهائي، فإذا خلا الإيجاب من مثل هذه القرائن اعتبر غير ملزم لصاحبه وهذه هي مرحلة المفاوضة التي لا يرتب عليها القانون أي اثر قانوني في حالة العدول.

والإيجاب بهذا المعنى وإن كان في الغالب يأتي هكذا دفعة واحدة أي دون مراحل، ولكن قد يحدث أن يمر في بعض العقود بمجموعة من المراحل قد تبدأ بالدعوة إلى التعاقد، وتمر بالإيجاب المعلق على شرط، وقد تنتهي إلى الإيجاب البات الذي إذا صادفه قبول قام العقد، فهناك مراحل التي قد يمر بها الإيجاب نستعرضها فيما يلي:

ثانيا: المراحل التي يمر بها

1 - مرحلة الدعوة إلى التعاقد (التفاوض)

وهذه مجرد دعوة يتقدم بها أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر يدعوه فيها للتفاوض أو التفاهم حول إبرام عقد ما، وهي لا ترتب في الأصل أي أثر قانوني، إذا يجوز لصاحبها الرجوع فيها في أي مرحلة، دون أن تترتب على ذلك أي مسؤولية عليه إلا إذا ثبت أن صاحب هذه الدعوة لم يكن جادا في عرضه لهذه الدعوة فتقوم مسؤوليته التقصيرية، وإذا صادفها قبول فإن ذلك لا يؤدي إلى قيام العقد، لأن القبول هنا انصب على قبول الدعوة فقط أي قبول التفاوض.

2 - مرحلة الإيجاب المعلق على شرط

قد تقضي المفاوضات بين المتعاقدين إلى الوصول إلى إيجاب معلق على شرط، إذا قد يعلق الموجب إيجابه على شرط معين كما لو تعهد شخص ببيع سيارته الى شخص آخر بعد حصوله على سيارة جديدة من وكالة السيارات المعتمدة.

3 - الإيجاب البات

قد تنتهي المفاوضات إلى إيجاب بات وهو ذلك الإيجاب النهائي المشتمل على كافة شروطه وعناصره الجوهرية حتى إذا صادفه قبول انعقد به العقد، كما ورد في التعريف السابق¹.

الفرع الثاني: شروط الإيجاب وأنواعه

يعرف الإيجاب باعتباره صورة من صور التعبير عن الإرادة نوعين من الشروط، شروط عامة وهي تلك التي يتطلبها القانون في أي إرادة، مثل وجود هذه الإرادة، واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني معين، وسلامتها من عيوب الإرادة، والتعبير عنها، كما أن له شروط خاصة وهي:

1- يجب أن يتناول الإيجاب طبيعة العقد المراد إبرامه وما إذا كان بيعا أو إيجارا أو شركة أو قرضا... إلخ.

2- يجب أن يحدد العناصر الجوهرية لهذا العقد (العقد المراد إبرامه)، فإذا كان العقد عقد بيع فيجب على الأقل أن يتوفر فيه عنصر المبيع وعنصر الثمن، ويجب في عقد الإيجار على الأقل تحديد العين المؤجرة وثمان الأجرة ومدة الإيجار، وهكذا بالنسبة لكل العقد من العقود.

¹ على أنه لا يجب أن يفهم من هذه المراحل أن كل إيجاب يجب أن يمر حتما بها، لا بل أن الغالب في الإيجاب ان يأتي دفعة واحدة، والإيجاب الذي قد تسبقه مفاوضات هو ذلك الإيجاب الذي يخص الصفقات الكبرى.

ولعل تحديد هذه الشروط هي التي تميز لنا الإيجاب على الأنظمة القانونية الأخرى المتشابهة له كالدعوة إلى التعاقد، ذلك أن الدعوى إلى التعاقد لا تتحدد فيها العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وأن قبول الدعوة إلى التفاوض لا يؤدي إلى تمام العقد وإنما يؤدي إلى قبول المفاوضة بشأنه، وقد تؤدي إلى إتمام العقد في حالة اتفاق كما قد لا تؤدي إلى قيام العقد إذا لم تسفر المفاوضات على اتفاق معين.

ومن آثار التمييز بين الإيجاب والدعوة للتعاقد أنه:

- إن قبول الدعوة للتعاقد ليس له من أثر قانوني إلا قبول المفاوضات، على عكس قبول الإيجاب قد يؤدي إلى قيام العقد.

- أنه يجوز لصاحبها الرجوع فيها في أي مرحلة من المراحل سواء قبل وصولها إلى علم من وجه إليه أو حتى بعد ذلك، بل يجوز الرجوع فيها حتى بعد بدء المفاوضات دون أن يترتب على ذلك أي أثر إلا إذا ثبت عدم جدية الداعي منذ البداية فتقوم مسؤوليته التقصيرية، أما الإيجاب فلا يجوز الرجوع فيه بعد وصوله إلى علم القابل، بل إذا صادف وأن قبل القابل فإن العقد يقوم يصبح الموجب ملزماً بتنفيذه وإلا قامت مسؤوليته العقدية.

الفرع الثاني: أنواع الإيجاب

ينقسم الإيجاب إلى نوعين: إيجاب ملزم، وإيجاب غير ملزم

أولاً: الإيجاب الملزم

هو ذلك الإيجاب الذي يكون مقترناً بمدة زمنية معينة صريحة كانت أو ضمنية، فالمدة الزمنية الصريحة هي التي تتحدد بوحدة زمنية معينة مثل: اليوم أو الأسبوع أو الشهر... الخ، أما المدة الضمنية فهي التي تستخلص أو تستشف من طبيعة المعاملة أو من ظروف الحال، كأن يقول أحدهم للآخر سوف أبيعك سيارتي بعد حصاد القمح، ويقصد هنا ضمناً شهر أوت.

وهذا ما تناولته المادة 63 من القانون المدني في فقرتها الأولى التي تنص على أنه: "إذا عُين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على أيجابه إلى انقضاء هذا الأجل"، وهذه المادة تتكلم عن الإيجاب الملزم المقترن بأجل صريح، أما الإيجاب الملزم المقترن بأجل ضمني فقد تطرقت إليه المادة 63 في فقرتها الثانية بقولها: "وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة".

ثانيا: الايجاب غير الملزم

هو ذلك الإيجاب الذي لا يكون مقترنا بأجل صريح أو ضمني وقد انتهينا إلى هذا الحكم بتطبيق مفهوم المخالفة لتعريف الإيجاب الملزم.

أهمية التمييز بينهما

أنه في الإيجاب الملزم لا يجوز لصاحبه الرجوع فيه الى غاية انقضاء الأجل بينما الإيجاب غير ملزم ففي الأصل يجوز الرجوع فيه ما لم يتصل بعلم من وجه إليه.

رابعا: سقوط الإيجاب

يسقط الإيجاب في الحالات التالية:

1- يسقط الإيجاب إذا رفضه القابل، وأن كل قبولا يأتي بعد هذا الرفض لا يعتبر قبولا وإنما يعتبر إيجابا جديدا إما أن يقبل أو يرفض.

2- يسقط الإيجاب بانقضاء المدة إذا كان مقترنا بأجل سواء كانت هذه المدة صريحة أو ضمنية، وكل قبول يأتي بعد انقضاء المدة لا يعتبر قبولا، وإنما يعتبر إيجابا جديدا.

3- إذا رجع فيه صاحبه في الحالات التي يجيز فيها القانون ذلك وقبل اتصاله بعلم القابل.

4- إذ انفض مجلس العقد في التعاقد بين حاضرين فإذا انفض مجلس العقد دون أن يبدي القابل قبوله فورا فإن الإيجاب يسقط، وأن أي قبول يأتي بعد انفضاض مجلس العقد لا يكون قبولا وإنما يعتبر إيجابا جديدا إذا صادفه قبولا انعقد العقد وإلا سقط هو بدوره، وهذا حسب المادة 64 مدني.

5- في حالة تعديل القابل للإيجاب تطبيقا للمادة 66 من القانون المدني التي تنص على أنه: " لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا "، ومنه فإن أي تغيير للإيجاب بالزيادة أو النقصان لا يعتبر قبولا وإنما يؤدي إلى سقوط الإيجاب الأول ويشكل إيجابا جديدا.

6- في عقود المزايدة فإن العطاء الأعلى يسقط الأدنى ويعتبر كل عطاء إيجابا طبقا لنص المادة 69 من القانون المدني بقولها: " لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزداد ، و يسقط المزداد بمزداد أعلى ولو كان باطلا¹ .

¹ على أنه يجب أن نلاحظ أنه في عقود المزايدة فإن افتتاح المزداد يعتبر دعوة إلى التفاوض، وأن العطاءات تعتبر إيجابا، وأن رسو المزداد يعتبر قبولا.

المطلب الثاني

القبول

نتناول القبول من خلال التطرق إلى تعريفه ثم شروطه و ذلك على النحو الآتي:

الفرع الاول: تعريف القبول وشروطه:

أولاً: تعريف القبول

هو التعبير عن الإرادة البات المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد، في حالة تطابقه مع الإيجاب تطابقاً تاماً.

أو بمعنى آخر القبول هو التعبير البات عن إرادة الشخص الذي وجه إليه الإيجاب بقبول هذا العرض والدخول في العلاقة التعاقدية.

ثانياً: شروط القبول

للقبول باعتباره إرادة، نوعين من الشروط، شروط عامة، وشروط خاصة، فأما بالنسبة للشروط العامة فهي تلك التي يلتقي فيها مع الإيجاب من ضرورة وجود إرادة وسلامتها واتجاهها لإحداث أثر قانوني، وشروط خاصة وهي:

1 - أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب، ذلك أن أي تغيير للإيجاب لا يعتبر كما سبق القول قبولا، وإنما هو إيجاب جديد، ولذلك يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب في كل ما اشتمل عليه من عناصر جوهرية أو غير جوهرية

2- يجب أن يصدر القبول والإيجاب لا يزال قائماً، وإذا جاء القبول بعد سقوط الإيجاب فإنه لا يكون قبولا ينعقد به العقد وإنما يعتبر إيجاباً جديداً

وبهذا ننتهي من دراسة الإيجاب والقبول، لننتقل إلى دراسة النقاء الإيجاب مع القبول فيما يعرف بتطابق أو تلاقي الإرادتين (التراضي).

ثالثا: السكوت ومدى دلالاته في التعبير عن الإرادة

في موضوع السكوت يجب أن نفرق بين ما إذا كان الأمر يتعلق بالإيجاب كتعبير عن الإرادة أو بالقبول، وذلك فيما يلي:

- إذا كان الأمر يتعلق بالإيجاب: فإن السكوت لا يصلح لأن يكون تعبيراً عن الإرادة إطلاقاً، ذلك لأن الإيجاب هو الإرادة الأولى التي تخرج إلى الوجود، ولا يمكن أن يستشف الإيجاب من مجرد السكوت.

- أما إذا كان الأمر يتعلق بالقبول: فإن الفقه قد انقسم إلى قسمين قسم يرى بأن السكوت لا يشكل قبولاً تطبيقاً للقاعدة الفقهية التي تقضي بأنه "لا ينسب إلى ساكت قول"، ذلك أنه لا يمكن أن نستخلص موقف معين من مجرد السكوت¹.

إلا أن الفقهاء قد أوردوا على هذه القاعدة بعض الاستثناءات بحيث اعتبروا أن مجرد السكوت هو دلالة على القبول شريطة توافر بعض الظروف أو الملابسات مثل إذا ما كان الإيجاب متمحواً لمصلحة القابل، أو إذا كان هناك تعامل سابق بين الموجب والقابل وتعلق الإيجاب بنفس هذه المعاملة. أو إذا كان العرف أو طبيعة المعاملة تفترض بأن الموجب لم يكن لينتظر قبولاً من القابل، كل هذا عبر عنه المشرع في المادة 68 مدني والتي تنص على أنه: "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. ويعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

ويستخلص من هذه المادة 68 أن المشرع قد أخذ بالرأي الذي يقول لا ينسب لساكت قول وهذا كقاعدة عامة، ثم أورد على هذه القاعدة مجموعة من الاستثناءات وهي:

1- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو أي ظرف من الظروف يوحي بأن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول من القابل فإن سكوت القابل في هذه الحالة يعتبر قبولاً.

2- إذا تمحض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، ومعناه إذا كان في الإيجاب مصلحة محضة أو صرفة للقابل كأن يعرض شخص أن يهب ماله لشخص ثان، فيسكت هذا الذي عرضت عليه الهبة فإن سكوته يعتبر قبولاً، لأن الإيجاب متمحض لمصلحته.

¹ فلا يمكن أن نلزم أي شخص عرض عليه إيجاباً ما أن يرفضه صراحةً وإلا فسر سكوته على أنه قبول، لأن في ذلك مساس بحريته، فالشخص ليس مجبراً على الجواب على كل عرض يقدم له بل أن حريته الشخصية تسمح له بأن لا يجيب.

3- إذا اتصل بالإيجاب بتعامل سابق بين الموجب والقابل، وهذا يحدث مثلا في العلاقة بين تجار الجملة وتجار التجزئة، أو في العلاقة بين البنك والعميل، فإذا بعث البنك كشف حساب للعميل، كما كان يفعل سابقا وسكت العميل فإن سكوته يُعتبر قبولا.

المطلب الثالث

اقتران القبول بالإيجاب

إذا صدر القبول وطابق الايجاب الذي كان قائما مطابقة تامة فان العقد ينعقد بين طرفيه، وهذا لا يكون إلا إذا اتصل القبول بعلم الموجب، وإيجابه مازال قائما لم يسقط لسبب أو لآخر، لانه إذا سقط الايجاب أو لم يتصل القبول بعلم من وجه اليه فإن الاقتران بين الايجاب والقبول لا يحصل، ومن ثم لا ينشأ العقد.

هنالك صورتان لاقتران القبول بالإيجاب وهما تطابق الإرادتين في مجلس العقد أو ما يسمى بالتعاقد بين حاضرين، وتطابق الإرادتين في مجلسين مختلفين أو ما يسمى بالتعاقد بين غائبين، وسنستعرضهما فيما يلي:

أولا: التعاقد بين حاضرين

نصت المادة 64 في فقرتها الأولى من القانون المدني بقولها: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريقة الهاتف أو بأي طريق مماثل...". ويتضح من هذا النص:

إنه في التعاقد بين حاضرين إذا وجه أحد المتعاقدين إيجابا للمتعاقد الآخر في المجلس ولم يكن هذا الإيجاب مقترنا بأجل فإن الموجب يتحلل من هذا الإيجاب إذا لم يصدر القبول فورا أي أنه لا يجوز للقابل في هذا الفرض أن يتراخى في إبداء قبوله، وإلا ترتب على ذلك أن يتحلل الموجب من إيجابه كذلك.

والأمر كذلك إذا صدر الإيجاب عن طريق الهاتف أو عن إي طريق مماثل، ويفهم من ذلك أن التعاقد بالهاتف أو الطريق المماثل مثال: (WhatsApp, Messenger...)، بشكل مباشر دون وجود فاصل زمني يأخذ نفس حكم التعاقد بين حاضرين أو هو تعاقد بين حاضرين **حكما**،

لأن المتعاقدين في مكانين مختلفين وليسا في مجلس واحد، والعبرة هنا هي مدى وجود فيصل زمني بين إصدار الإيجاب ووصوله إلى علم القابل¹.

غير أن المشرع وبالرغم من أنه نص في الفقرة الأولى من المادة 64 على أنه يجب على القابل أن يبدي قبوله فوراً وإلا سقط الإيجاب، إلا أنه عمل على التخفيف من حدة هذه القاعدة وأورد عليها استثناء في الفقرة الثانية من هذه المادة، والتي قضى فيها بإمكانية قيام العقد بالرغم من عدم تعبير القابل عن قبوله فوراً، وذلك لما نص على أنه: "... غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل انقضاء مجلس العقد". وبناء على هذا النص فإن العقد ينعقد في هذه الحالة إذا تحقق شرطان وهما:

1- أن يثبت أن الموجب لا يزال على إيجابه، أي أنه لم يتراجع عن هذا الإيجاب، بعد أن تراخى القابل في التعبير عن قبوله.

2- أن يثبت أن مجلس العقد لا يزال قائماً، أي أنه لم ينفذ، فإذا كان مجلساً حقيقياً فإن انقضائه يكون بافتراق المتعاقدين، وإذا كان مجلساً حكماً فإن انقضائه يكون بقطع المكالمة أو غلق التواصل عبر الانترنت.

ثانياً: التعاقد بين غائبين

نصت المادة 67 المدني على أنه: "يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول". وسنتطرق في مسألة تحديد مكان وزمان انعقاد العقد بالنسبة إلى التعاقد بين غائبين إلى موقف الفقه في نقطة أولى، ثم موقف المشرع الجزائري في نقطة ثانية، وذلك فيما يلي:

¹ ويتضح هنا أن المشرع وأن كان قد أصدر القانون المدني في عام 1975 إلا أنه قد احتاط للتطور التكنولوجي الذي قد يعرفه المجتمع وهذا ما حدث فعلاً بظهور الانترنت وقد تظهر أشياء أخرى في المستقبل تسهل التواصل، لذلك حسنا ما فعل المشرع الجزائري لما ترك الأمر مفتوحاً لكل ما هو جديد .

1- موقف الفقه من تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين

هناك أربع نظريات فقهية قيلت في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين وهي: نظرية إعلان القبول، نظرية تصدير القبول، نظرية وصول القبول، ونظرية العلم بالقبول وهي النظريات التي ندرسها تباعا فيما يلي:

أ/ نظرية إعلان القبول

يرى أنصار هذه النظرية أن العبرة بوقت إعلان القبول، أي أن العقد يتم في الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما القابل عن قبوله، وفي المكان الذي يكون القابل متواجدا فيه لحظة إعلانه لهذا القبول.

ولقد انتقدت هذه النظرية بانتقادين أحدهما مستمد من الواقع والآخر من القانون، وهما:

- **الانتقاد الواقعي:** هو أن الفقه مجمع على أن القابل يستطيع أن يتراجع عن قبوله ما لم يتصل هذا القبول بعلم من وجه إليه، فإذا كان قد كتب القبول بواسطة رسالة، فإنه يستطيع بعد كتابتها مباشرة أن يقوم بتمزيقها، وإذا كان بعث قبوله بواسطة رسول فإنه يجوز له إن يتراجع عن قبوله بإبلاغه لهذا الرسول صراحة عن تراجعته عن القبول وهذا ممكن واقعيًا، وجائزًا قانونيًا، لأن القبول هنا لا يكون له إلا وجود مادي. فلا يقوم العقد في هذه الحالة.

- **الانتقاد القانوني:** هذا الرأي يتعارض مع المادة 61 من القانون المدني والتي سبق شرحها ومن أنها تقضي بأن التعبير عن الإرادة إيجابًا كان أو قبولًا، لا يترتب أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه. في حين أن هذا الرأي يقول بترتيب القبول كتعبير عن الإرادة أثره قبل اتصاله بعلم الموجب.

ب/ نظرية تصدير القبول أو تسليم القبول

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد يتم في الزمان والمكان اللذين يصدر فيهما القابل قبوله، فزمن انعقاد العقد هو لحظة تصدير القبول ومكان انعقاد العقد هو المكان الذي كان القابل متواجدا فيه لحظة تصدير القبول، وكان غرض أنصار هذه النظرية تفادي الانتقادات الموجه للرأي الأول إلا أنهم لم يفلحوا في ذلك وتعرضوا إلى نفس الانتقادات.

ج/ نظرية وصول القبول أو تسلّم القبول

يرى أنصارها أن العقد يتم في المكان والزمان اللذين يصل فيهما القبول إلى الموجب وأراد أنصار هذا الرأي تفادي الانتقادات التي وجهت للرأيين السابقين، لما اعتقدوا أن وصول القبول إلى الموجب أو تسلّمه له يترتب عليه عدم إمكانية الرجوع فيه مادام أنه وصل إلى الموجب، ولكن هذا الاعتقاد غير صحيح، إذ أنه يجوز للقابل أن يتراجع عن قبوله بالرغم من وصول هذا القبول إلى

الموجب، وذلك بأي وسيلة كانت فإذا كان الأمر يتعلق برسالة فيتراجع عنها ببرقية تصل الى علم الموجب قبل فض الموجب الرسالة وقراءتها، أو بواسطة الهاتف يخبره فيها عن تراجعه عن قبوله.

ج/ نظرية العلم بالقبول

يرى أنصار هذه النظرية أن انعقاد العقد يرتبط بعلم الموجب بقبول الطرف الاخر الموجه إليه الإيجاب، ففي هذا الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول يتحقق اقتران القبول بالإيجاب وينعقد العقد، فهذه النظرية تحرص على التأكد من حدوث توافق الارادتين ويحافظ على القواعد العامة التي تقضي بان التعبير عن الارادة لا ينتج اثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه اليه، فزمان انعقاد العقد هو الوقت الذي يصل فيه القبول فعلا إلى علم الموجب.

وهذه النظرية تتفق مع المنطق السليم كما يرى ذلك أنصارها، لأن الإيجاب تعبير استشاري يقصد به الموجب استشارة المخاطب على التعاقد، وله أن يعلم برد المخاطب على إيجابه، كما أنه يتفق مع مقتضيات التعامل ويبعث على استقراره بين الناس، لان الموجب سيطمئن إلى تمام العقد بعد أن يعلم بقبول المخاطب، ولن يكون لأي من الطرفين العدول عن تعبيره بعد ذلك.

وقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب العلم بالقبول فنص في المادة 67 مدني السالفة الذكر¹، وبمقتضاها يعتبر التعاقد قد تم في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ولما كان العلم واقعة مادية فيجوز اثباته بجميع طرق الاثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن، وقد أقام المشرع قرينة، فجعل من وصول القبول إلى الموجب قرينة دليلا على علمه، تسهила لإثبات العلم بالقبول، لان الغالب عندما يصل الشخص خطاب أو برقية يعلم بما تحتويه على أن قرينة العلم بسيطة، يجوز اثبات عكسها، فيستطيع الموجب اثبات عدم علمه بالقبول، رغم وصوله اليه، أو أنه علم به في وقت لاحق لعدم وجوده مثلا، في مسكنه أو عدم وصول القبول.

واعتماد وقت انعقاد بين غائبين هو وقت علم الموجب بالقبول هو نفسه تطبيق لقاعدة أن القبول هو تعبير عن الارادة لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب، والاثر هنا هو قيام العقد طبقا لنص المادة 61 السابق الاشارة إليها.

¹ والتي تنص على أنه: "يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

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

2- أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد

تظهر أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في مجموعة من الآثار فالبعض يتعلق بتحديد مكان انعقاد العقد والبعض الآخر يتعلق بتحديد زمان انعقاد العقد وذلك على النحو التالي:

أ/ أهمية تحديد مكان انعقاد العقد:

أهم ما يترتب على تحديد مكان انعقاد العقد ما يلي:

- في تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع فيما لو حدث نزاع بين المتعاقدين، فالمحكمة المختصة بالفصل في هذا النزاع هي المحكمة التي تم العقد في دائرة اختصاصها.
- تحديد القانون الواجب التطبيق وكذا المحكمة المختصة في النظر في النزاعات المتعلقة بالقانون الدولي الخاص أو ما يسمى بتنازع القوانين من حيث المكان وذلك في العلاقات التي تشتمل على عنصر أجنبي سواء بالنسبة للأطراف أو للموضوع أو للمكان، فالمحكمة المختصة بنظر الدعوى المشتملة على عنصر أجنبي هي محكمة الدولة التي تم فيها العقد في فرضية من الفرضيات التي حددتها المادة 18 من القانون المدني.

ب/ أهمية تحديد زمان انعقاد العقد

تظهر أهمية تحديد زمان انعقاد العقد فيما يلي: في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة ما إذا الغي قانون قديم وجاء قانون جديد وهو ما يسمى بتنازع القوانين من حيث الزمان، فالقانون الواجب التطبيق على:

- المنازعات التي تتعلق بالعقد، هو القانون الذي كان ساريا في لحظة قيام العقد.
- في تحديد اثر التصرفات القانونية التي يرمها الشخص المفلس أو المعسر فكل التصرفات التي يبرمها المفلس أو المعسر
- لا يكون لها أي اثر بالنسبة لدائنيه إذا تمت بعد إفلاسه.
- في تحديد شروط الدعوة البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرفات القانونية) ولتحريك هذه الدعوة يشترط المشرع أن يكون التصرف الضار بالدائنين لاحق لقيام العقد.
- في تحديد وقت بدء مدة التقادم والتي في الغالب تبدأ من تاريخ قيام العقد.

الفصل الثالث

المراحل التمهيديّة للتعقد

الأصل أن العقد يتم بمجرد تطابق الإرادتين ويبدأ في ترتيب آثاره بين المتعاقدين انطلاقاً من هذا التاريخ، غير أن المشرع قد سمح للمتعاقدين في التمهد لعقودهما ببعض التصرفات وجسد ذلك في الوعود بالتعاقد وفي التعاقد بالعربون وهما الموضوعان اللذين سوف ندرسها في المبحثين التاليين:

المبحث الأول

الوعد بالتعاقد

نظمه المشرع في المادتين 71 و 72 وسنتناول دراسة الوعد بالتعاقد بالتطرق الى تعريفه وأنواعه ثم شروطه ثم آثاره فيما يلي:

المطلب الأول

تعريف الوعد بالتعاقد وأنواعه

الفرع الأول: تعريف الوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد هو: "عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر بأن يعقد العقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها".

أو هو: "ذلك العقد الذي يعد فيه أحد المتعاقدين متعاقداً آخر بأن يبرم معه عقداً في المستقبل إذا رغب في ذلك".

فالوعد بالتعاقد عقد كامل يقترن فيه الإيجاب بالقبول، ولكنه لا يترتب أي أثر من آثار العقد الموعود به، وإنما يجعل من الممكن ترتب هذه الآثار مستقبلاً إذا قبل الموعود له إبرام العقد الموعود به خلال مدة محددة، فهو بهذا المعنى عقد تمهيدي يؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى العقد النهائي المقصود أصلاً من الطرفين.

ولقد نظم المشرع الوعد بالتعاقد للمادة 71 من القانون المدني: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له اثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين وهذا الشكل يطبق أيضاً على الاتفاق المتضمن بالوعد بالتعاقد".

الفرع الثاني: أنواع الوعد بالتعاقد

للوعد بالتعاقد نوعان ملزم لجانب واحد وملزم لجانبين، وسنتناولهما فيما يلي:

أولاً: الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد

هو ذلك العقد الذي لا يلتزم فيه إلا الواعد، أما الموعود له فلا يلتزم في مواجهة الواعد بأي التزام، ومثال ذلك أن يتعهد شخص بأن يبيع منزلاً لشخص آخر مقابل ثمن معين إذا رغب في ذلك في ظرف مدة محددة، فيقبل هذا الأخير من الشخص الأول هذا التعهد ليحتفظ لنفسه بمزية هذا العرض، في هذا الفرض نشأ بين الطرفين عقد ولكنه ليس عقد بيع، وإنما وعد بالتعاقد على البيع خلال مدة معينة، هذا العقد غير ملزم إلا للبائع فقط أما المشتري فلم يتعهد بشيء، ولكنه قبل فقط هذا الوعد بالبيع.

مثال آخر: أن يقول أحد المتعاقدين للأخر أبيعك سيارتي من نوع كليو عام 2019 لونها أسود ذات أربعة أبواب ... إلخ خلال مدة شهرين إذا رغبت في ذلك، فيقول له الموعود له قبلت ذلك فالشخص الملتزم هو الواعد بالبيع أم الموعود له فلا يلتزم بأي شيء.

ثانياً: الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين

فهو ذلك العقد الذي يلتزم من خلاله كل من المتعاقدين بإبرام عقد مع المتعاقد الآخر خلال مدة زمنية معينة إذا رغب أي منهما في التعاقد، ومن هنا يتضح أنه وعلى خلاف الحالة الأولى فإن في هذه الحالة يكون كل من المتعاقدين واعدة وموعوداً له في نفس الوقت فكل منهما يحمل صفة الواعد والموعود له ومثاله نفس المثال السابق ولكن إجابة الموعود له في هذا الفرض لا تكون كما في الحالة السابقة بأن يقول له قبلت ذلك، لأنه في هذه الحالة تبقى في الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، أما يقول له وأنا أعدك بشراء هذه السيارة خلال هذه المدة إذا رغبت أنت في بيعها، وهنا يكون الواعد بالبيع واعدة بالبيع وموعود له بالشراء، ويكون الواعد بالشراء واعدة بالشراء وموعود له بالبيع.

المطلب الثاني

شروط الوعد بالتعاقد وآثاره

يظهر مما سبق أن الوعد بالتعاقد سواء أكان ملزماً لجانب واحد أو ملزماً للجانبين فإنه لا يقوم إلا إذا توفرت فيه مجموعة من الشروط الخاصة حددها المشرع في المادة 71 المدني السالفة الذكر، وإلى جانب ذلك هناك شروط عامة، إلى جانب ذلك هناك آثار تترتب على الوعد بالتعاقد بنوعيه، وسنتناول كل ذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: شروط الوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد وباعتباره عقداً يجب أن تتوفر فيه كل شروط وهي:

أولاً: الشروط العامة

الوعد بالتعاقد لا بد أن تتوفر فيه الشروط المتطلبة في العقد بصفة عامة، من ضرورة وجود الإرادة والتعبير عنها، وسلامتها من العيوب واتجاهها لإحداث أثر قانوني معين.

ثانياً: الشروط الخاصة

هذه الشروط الخاصة حددتها المادة 71 أعلاه والتي تتمثل في:

الشرط الأول: الاتفاق على العناصر الجوهرية

يجب أن يتفق الطرفان في الوعد بالتعاقد كل جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه أو للعقد الموعود بإبرامه، وتختلف هذه العناصر باختلاف كل عقد، فلعقد البيع عناصر جوهرية معينة ولعقد الإيجار عناصر جوهرية خاصة وكذا لعقد العمل عناصر جوهرية كما سبق بيانه¹.

الشرط الثاني: تعيين المدة

ويشترط أيضاً تحديد أو تعيين المدة التي يجب خلالها إظهار الرغبة في التعاقد، أي بمعنى آخر تحديد المدة التي يجب على الواعد أن يبقى فيها على وعده، وهذه المدة قد تكون مدة صريحة وهي التي تتحدد بفترة زمنية معينة، كما قد تكون مدة ضمنية، وهي التي تستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

الشرط الثالث:

إذا كان القانون يتطلب شكلية معينة في العقد الموعود به، فيجب أن يفرغ الوعد بالتعاقد في ذات الشكل المتطلب في العقد المراد إبرامه، فإذا كان الوعد بالبيع ينصب على منزل أو على قطعة

¹ في شروط الإيجاب.

أرض وهي عقود تستلزم لإبرامها شكلية معينة، فيجب أن يكون الوعد بالتعاقد المنصب على منزل أو على قطعة أرض هو الآخر مفرغ في ذات الشكل، لأن التصرف في العقارات يشترط فيها المشرع تحت طائلة البطلان أن تكون في الشكل الرسمي وذلك أمام موثق وفقاً لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، وكذلك الوعود برهن رسمي يجب أن يكون رسمياً لأن الرهن الرسمي يقع على عقار، و يجب أن يكون رسمياً طبقاً للمادة 383 من القانون المدني

الفرع الثاني: آثار الوعد بالتعاقد

إذا قام الوعد بالتعاقد صحيحاً، كما سبق بيانه، فإنه يترتب آثاراً قانونية بعضها يكون قبل إبداء الموعد له رغبته في التعاقد، وبعضها الآخر يكون بعد إبداء هذه الرغبة وهذا ما سوف نبينه فيما يلي:

أولاً: آثار الوعد بالتعاقد قبل إبداء الموعد له رغبته في التعاقد

الواقع أن الوعد بالتعاقد لا يترتب قبل إبداء الموعد له رغبته في التعاقد إلا التزامات شخصية تقع على عاتق الواعد فقط، إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد، وتقع على عاتق الواعد والموعد له إذا كان الوعد ملزماً للجانبين، وهذه الالتزامات تتلخص في ضرورة الالتزام بإبرام العقد الموعد بإبرامه إن رغب الموعد له في ذلك خلال المدة المحددة أو حلول الميعاد المتفق عليه، وما ينتج عن ذلك أن العقد الموعد بإبرامه لا يترتب أي أثر في هذه المرحلة، فإذا فرضنا جدلاً بأن العقد الموعد بإبرامه هو عقد بالبيع فإن الأثر الوحيد الذي يترتب على هذا الاتفاق هو التزام البائع بإبرام عقد البيع إذا أبدى الموعد له رغبته في شراء هذا المبيع وما ينتج عن ذلك: أن عقد البيع لا يترتب أي أثر فيبقى البائع :

1- مالك للشيء الموعد ببيعه ويترتب على ذلك أنه يجوز له التصرف فيه بكل أنواع التصرفات سواء أكانت قانونية مثل البيع أو الإيجار أو الهبة. أو تصرفات مادية وذلك بتغيير وضعه من حال إلى حال كأن يكون موضوع عقد البيع الموعد به قطعة أرض فيقوم الواعد بالبناء عليها.

2- هو الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء الموعد ببيعه، لأن القاعدة تقضي أن الشيء إذا هلك فإنما يهلك على مالك، على أنه يجب أن نفرق في هذه الحالة بين سبب الهلاك، فإذا كان بقوة قاهرة فإن الواعد لا يلتزم بأي شيء في مواجهة الموعد له أما إذا هلك بخطأ من الواعد فإنه يلتزم فوق تحمله تبعه الهلاك بالتعويض للموعد له عن عدم إمكانية تنفيذ الوعد إذا أبدى رغبته في التعاقد.

ثانياً: آثار الوعد بالتعاقد بعد إبداء الموعود له رغبته في التعاقد:

إذا أظهر الموعود له رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها فإن العقد الموعود به يعتبر مبرم بين الواعد والموعود له، ولا نكون بحاجة إلى تراضي جديد وإنما يبدأ العقد المبرم في ترتيب آثاره فإذا كان بيعاً مثلاً التزم البائع من هذا التاريخ بتسليم المبيع والتزم المشتري بدفع الثمن، وإذا كان إيجاراً التزم المؤجر بدفع الأجرة والتزم المستأجر بتمكين المؤجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وإذا حدث وأن نكل الواعد في إبرام العقد الموعود بإبرامه فما على الموعود له إلا التوجه للعدالة لاستصدار حكم قضائي يلزم الواعد بتنفيذ الوعد ليحل هذا الحكم محل العقد طبقاً للمادة 72 من القانون المدني التي تنص على: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

المبحث الثاني

التعاقد بالعربون

سوف ندرس التعاقد بالعربون من خلال التطرق إلى تعريفه وتبيان دلالاته وتحديد موقف المشرع الجزائري منه وذلك فيما يلي:

المطلب الأول

تعريف العربون ودلالاته

الفرع الأول: تعريف العربون

"العربون هو مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر عند التعاقد للتدليل على احد أمرين وهما: إما تأكيد العقد والتأكيد على أنه لا رجعة فيه، وبشكل العربون حينئذ جزء من الثمن، أو للتدليل على حق في مقابل العدول عن العقد إذا يفهم منه انه يجوز لكل من المتعاقدين العدول عن العقد مقابل مبلغ العربون".

والعربون يعرف مجالا خصبا في عقد البيع خاصة وفي البيوع التي تكون على قدر من الأهمية بصفة عالمية، و أن الذي يدفعه في الغالب هو المشتري

ثانيا: دلالة العربون

يأخذ العربون إحدى دالتين: إما حق مقابل للعدول: وفي هذه الحالة فإن كل من دفع العربون أو تلقاه يجوز له الرجوع عن العقد (العدول عنه) فإذا عدل من دفع العربون فقدّه وإذا عدل من قبضه يرد ضعفه.

أو يأخذ دلالة التأكيد على العقد، وفي هذه الحالة فإن إرادة المتعاقدين تتجه إلى التأكيد على العقد وعدم جواز الرجوع فيه ويعتبر العربون في هذا الفرض جزءا مسبقا من الثمن، يجب تكملة الجزء المتبقي.

المطلب الثاني

موقف المشرع الجزائري من العربون

عرف المشرع الجزائري مرحلتين في تعامله مع العربون مرحلة ما قبل تعديل القانون المدني بالقانون رقم 10-05 الصادر عام 2005 ومرحلة ما بعد ذلك وهي المرحلة الحالية

أولاً: مرحلة ما قبل 2005:

لم يكن المشرع الجزائري في تلك المرحلة ينظم فكرة التعامل بالعربون بالرغم من أنه كان شائعا شيوعا لافتنا، حتى أنك لا تكاد تجد أي عقد من عقود البيع أو الإيجار الهامة إلا وتكون مقرونة بعربون، كما عرف هذا الموضوع كثيرا من النزاعات، وبناء عليه كان القاضي الجزائري إذا عرض عليه نزاع يتعلق بالعربون كان يرجع إلى الشريعة الإسلامية تطبيقا للمادة الأولى من القانون المدني¹، وكان يعتمد في تحديد دلالاته على أنه تأكيد على العقد وليس حق مقابل للعدول لأن أحكام الشريعة التي كان يرجع إليها القاضي لم تكن تسمح بتطبيق دلالة الحق المقابل للعدول لما في ذلك من أكل أموال الغير دون وجه حق.

ثانياً: مرحلة ما بعد تعديل القانون المدني 2005 (المرحلة الحالية)

نظم المشرع في هذه المرحلة التعامل بالعربون، في المادة 72 مكرر من القانون المدني بقولها: "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك.

فإذا عدل من دفع العربون فقده.

وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر" ويفهم من هذا النص أن المشرع قد أخذ بالعربون وبالدلالة التي تعطي الحق لأي من المتعاقدين ينفي العدول عن العقد أو الرجوع فيه مقابل مبلغ العربون، على أنه إذا عدل أو تراجع من دفعه فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه أو كما قال المشرع: "رده ومثله" ومن هنا يفهم أن لكل من المتعاقدين الحق في الرجوع على العقد الذي أبرمه مقابل مبلغ العربون. إلا أن المشرع قد سمح للمتعاقدين أن يتفقا على أن يأخذ العربون دلالة التوكيد على العقد واعتباره جزء من الثمن، في

¹ تنص المادة الأولى من القانون المدني على أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة "

نهاية الفقرة الأولى من المادة 72 مكرر بقوله " إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك..." إذ أنه في هذه الحالة لا يجوز لأي منهما العدول عن العقد وإلا تحمل مسؤوليته العقدية¹. هذا ويجب أن نشير أن العربون هو حق مقابل لمجرد العدول عن العقد وبعيدا عن الضرر الذي قد يصيب أحد المتعاقدين من عدول المتعاقد الآخر، فإذا ثبت أن المتعاقد الذي لم يتراجع عن العقد قد أصيب بضرر نتيجة هذا العدول، فإنه يجوز له طلب تعويض عما قد أصابه من ضرر نتيجة هذا العدول، بالإضافة لاحتفاظه بالعربون، وهذا ما عبر عنه المشرع صراحة في ذيل المادة 72 بقولها: "...هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر" ويفهم من ذلك أنه إذا واكب العدول عن العقد ضرر لأصاحب المتعاقد الآخر فيجوز له أن يطلب تعويضا جبرا لهذا الضرر زائد مبلغ العربون نظير عدول المتعاقد الآخر عن العقد.

¹ حبذا لو أن المشرع قد قلب حكم العربون، بحيث جعل الأصل فيه تأكيد للعقد، واعتباره جزء من الثمن، لأن العرف الذي جرى به العمل بين الجزائريين هو اعتباره كذلك، كما أن هذه الدلالة للعربون، ليس فيها غرر وهذا ما يتوافق مع احكام الشريعة الإسلامية.

المبحث الثالث

النيابة في التعاقد

الأصل أن يصدر التعبير عن الإرادة في التعاقد، أو أي تصرف قانوني آخر من نفس الشخص صاحب الشأن، ولا تثار مشكلة في هذه الحالة من حيث تحديد الإرادة التي ساهمت في إبرام العقد أو ترتيب الآثار التي ينتجها.

ولكن قد لا يستطيع الشخص تصريف أموره وقضاء حاجته بنفسه، إما لعجزه جسمانياً أو عقليا أو لعدم خبرته، أو لعدم سعة وقته أو لأي سبب آخر، ومن ثم كان من الضروري قيام شخص آخر محله في ذلك وبالتالي كانت النيابة في التعاقد، وقد نظمها المشرع من المادة 73 إلى المادة 77 من القانون المدني.

وسوف نتولى دراسة النيابة في التعاقد، من خلال التطرق إلى تعريفها وتحديد أهميتها، وتبيان أنواعها، ثم بعد ذلك نحدد شروطها، لننتهي بالتطرق إلى آثارها.

المطلب الأول

المقصود بالنيابة في التعاقد وأنواعها.

الفرع الأول: تعريف النيابة وأهميتها

أولاً: تعريف النيابة

النيابة هي: "حلول إرادة شخص (وهو النائب) محل إرادة شخص آخر (وهو الأصيل) في إبرام تصرف قانوني (العقد) مع انصراف اثر هذا التصرف إلى الأصيل كما لو كان هو الذي تعاقد شخصياً".

ففي النيابة في التعاقد يكون النائب هو الذي يبرم العقد من ناحية تكوينه وكل ما يتعلق بالتعبير عن الإرادة مع شخص آخر، ولكن آثار هذا العقد، أي الحقوق والالتزامات التي ينتجها لا تعود للنائب، وإنما تعود إلى شخص ثالث لم يكن طرفاً أصلياً في التصرف وهو الأصيل، فيكون هذا الأخير هو المتعاقد الحقيقي لا النائب.

ثانياً: أهمية النيابة في التعاقد

للنيابة بهذا المعنى أهمية كبيرة جداً من الناحية القانونية والاجتماعية والاقتصادية، نبينها فيما يلي:

يلي:

1- الناحية القانونية والاجتماعية

إن النيابة هي التي تمكن من تسيير شؤون بعض الأشخاص الذين لا يستطيعون تسيير شؤونهم بأنفسهم مثل القصر والمصابون بعاهة أو بعارض من عوارض الأهلية المحجور عليهم، والغائبين أو المفقودين فكل هؤلاء ما كان لهم إن يديروا شؤونهم إلا بواسطة النيابة والتي تسمى، الولاية أو القوامة.

2- الفائدة الاقتصادية

إن النيابة في التعاقد تلعب دورا اقتصاديا هاما، ذلك أنه قد يكون للشخص مجموعة من المشاريع الاقتصادية وقد تكون هذه المشاريع في مناطق مختلفة من الوطن أو في دول مختلفة، وما يترتب على ذلك أن الشخص لا يمكن أن يدير كل هذه المشاريع بنفسه، وبذلك فإن نظام النيابة يسمح له بأن يوكل أو ينيب في إرادة بعض هذه المشاريع إلى أشخاص آخرين ما يسمح بتوسيع دائرة النشاط الاقتصادي للدولة، فلو لا نظام النيابة لترتب على ذلك تعطيل كثير من المشاريع الاقتصادية مما يؤدي إلى تعطل الحركة التنموية للمجتمع.

الفرع الثاني: أنواع النيابة

تنقسم النيابة بحسب المصدر الذي ينشئها ويحدد صلاحية النائب فيها إلى ثلاثة أقسام وهي: النيابة القانونية والنيابة القضائية ونيابة الاتفاقية (الوكالة).

أولا: النيابة القانونية

وهي النيابة التي يتولى القانون تحديد النائب وتحديد صلاحيته، ومثال: ذلك الولاية على النفس والوصاية أو القوامة، وفي هذه الأنواع من النيابة فإن القانون هو الذي يحدد من هو النائب كما أن القانون هو الذي يبين صلاحيات هذا النائب أي التصرفات القانونية التي يجوز له القيام بها نيابة عن الأصل، وما هي تلك التصرفات التي لا يجوز له التصرف فيها أصلا أو يحتاج لإبرامها إلى ترخيص من القضاء وهذا كله منظم في قانون الأسرة في باب النيابة الشرعية، من المادة 81 إلى المادة 125.

ثانيا: النيابة القضائية

وهي تلك النيابة التي يحدد فيها القاضي النائب ويبين له في الحكم القضائي صلاحياته مثل المصفي في الشركات المفلسة.

ثالثا: النيابة الاتفاقية (الوكالة)

وهي النيابة التي تتم عن طريق العقد أو عن طريق الاتفاق بحيث أن الاتفاق بين الموكل (الأصيل) والوكيل (النائب) هو الذي يحدد صلاحيات الوكيل، والوكالة نظمها المشرع من المادة 571 إلى المادة 589 من القانون المدني.

هذا ويجب أن نشير أن مجال النيابة هو فقط التصرفات القانونية فلا يمكن تصور وجود نيابة في الأعمال المادية أو الأفعال الضارة.

المطلب الثاني

شروط النيابة في التعاقد.

من خلال استقراء النصوص السابق المشار إليها يتضح أن للنيابة ثلاث شروط سنبينها في الفرع الآتية:

الفرع الأول: أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل.

الفرع الثاني: أن يلتزم النائب حدود نيابته ولا يتجاوزها.

الفرع الثالث: أن يتعاقد النائب باسم الأصيل ولحسابه.

وهي الشروط التي نتولى شرحها تباعا فيما يلي:

الفرع الأول: أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل

ومعنى هذا أن الذي يبرم التصرف إنما هو النائب مع من يتعاقد معه أي أن الإرادة التي تبرم التصرف هي إرادة النائب وليس إرادة الأصيل، وهذا الشرط هو الذي يعبر تعبيرا حقيقيا عن فكرة النيابة التي تقتضي أن يتم العقد بإرادة شخصين وهما النائب ومن يتعاقد معه، وأن تتصرف آثار هذا العقد إلى شخص ثالث لم يكن طرفا في العقد ويسمى الأصيل.

هذا ما أشار إليه المشرع في المادة 73 المدني¹ والتي تنص على أنه: "إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضا أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما"، وما يترتب على هذا الشرط أنه عند النظر في عيوب الإرادة للقول ما إذا كان العقد صحيحا أو قابلا للإبطال فإننا نأخذ بعين الاعتبار إرادة النائب لا إرادة الأصيل وكذا في أثر العلم أو عدم العلم بواقعة معينة أو ظرف معين، وهذا أمر منطقي لأن الذي أبرم العقد هو النائب وليس الأصيل ولذلك فإذا ثبت أن إرادة

¹ نصت المادة 73 على أنه "إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضا أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما"

النائب كانت مشوبة بعيب من عيوب الإرادة فإن العقد الذي أبرمه يكون قابلاً للإبطال، ولو ثبت أن إرادة الأصيل كانت سليمة، والعكس صحيح فإن كانت إرادة الأصيل معيبة بأي عيب من عيوب الإرادة فإن ذلك لا يؤدي إلى قابلية العقد الذي أبرمه النائب للإبطال إذا ثبت أن إرادة النائب كانت سليمة.

كذلك من الآثار التي تترتب على هذا الشرط الأول، أننا ننظر في أثر العلم أو عدم العلم بواقعة معينة إلى إرادة النائب وليس إلى إرادة الأصيل، وهذه النتيجة مثل النتيجة الأولى وتقوم على ذات الاعتبار وهو أن الذي يبرم العقد هو النائب وليس الأصيل، ولذلك فإذا أردنا أن نبحث في مدى العلم أو عدم العلم بواقعة معينة فيجب أن نبحث عن ذلك في إرادة النائب وليس في إرادة الأصيل، ومن ذلك مثلاً: أن المشرع يشترط في صحة عقد البيع أن يكون المشتري عالماً بالبيع علماً كافياً، وإذا تم الشراء بواسطة النائب فإن العبرة في تحقق شرط العلم بالنسبة للمبيع ينظر فيها إلى إرادة النائب وليس إلى إرادة الأصيل، فإذا ثبت أن النائب كان عالماً بالمبيع فإن البيع يكون صحيحاً ولو ثبت أن الأصيل لم يكن عالماً بالمبيع والعكس صحيح، بمعنى أن البيع يقع باطلاً إذا ثبت بان النائب لم يكن عالماً بالمبيع ولو ثبت أن الأصيل كان عالماً به، لأن العبرة بإرادة النائب - كما قلنا - وليس بإرادة الأصيل وهذا كله عبر عنه المشرع في المادة 73 فقرتها الأولى مدني.

غير أنه يرد على هذا الحكم استثناء أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 73 مدني بقولها: "... غير أنه إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها"، ومعنى هذا أن الأصيل لا يستطيع أن يتمسك بجهل النائب لظروف ما كان يعلمها هو إذا ثبت أن الأصيل كان يتصرف بتعليمات صادرة إليه من طرف هذا الأصيل¹، فإذا وكل شخص آخر في شراء شيء معين بالذات، وكان الموكل يعلم بما فيه من العيب والوكيل يجهل ذلك، فلا يجوز في هذه الحالة للموكل أن يرجع على البائع بدعوى العيب، وذلك لأن في تمسك الموكل بدعوى العيب إساءة لاستعمال النيابة، فهو يحتمى بحسن نية وكيله، ويتمسك بجهل الوكيل بظروف كان يعلمها هذا الموكل، وهذا تحايل لا يصح أن يقره القانون.

¹ وهذا أمر منطقي لأن النائب يتحول من نائب إلى رسول في الحدود التي يتصرف فيها وفق تعليمات تصدر إليه من موكله.

الفرع الثاني: أن يلتزم النائب حدود نيابته ولا يتجاوزها

يجب على النائب أن يلتزم حدود نيابته حسب المصدر الذي بين هذه الحدود سواء أكان العقد أو القانون أو الحكم القضائي. فلكي تتصرف آثار العقد الذي أبرمه النائب إلى الأصيل يجب على النائب أن يلتزم حدود نيابته المحددة في النص القانوني، إذا كانت نيابة قانونية، أو في الحكم القضائي إذا كانت النيابة قضائية، أو في العقد إذا كانت النيابة اتفاقية. وهذا تطبيقاً لنص المادة 74 التي تنص على أنه: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل" وبتطبيق مفهوم المخالفة لهذا الحكم فإنه إذا أبرم النائب عقداً خارج حدود نيابته فإن آثار هذا العقد لا تتصرف إلى الأصيل وإنما تضاف إلى النائب.

على أنه يرد على تلك القاعدة حالات استثنائية، فينفذ فيها تصرفات النائب في ذمة الأصيل بالرغم من تجاوز حدود النيابة أو انتهائها، وهذه الحالات هي:

الحالة الأولى: الإقرار اللاحق

فهو عندما يعرف الأصيل أن النائب قد تجاوز حدود نيابته، إلا أنه لا يمانع في ذلك ويُقرّ بهذا التجاوز فتتصرف آثار العقد إلى ذمته، فالإقرار اللاحق كالإذن السابق، فإذا أقرّ الأصيل تجاوز النائب حدود نيابته فيصبح عمل النائب كأنه تم في حدود النيابة، ويتقيد به الأصيل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار.

الحالة الثانية: نصت عليها المادة 76 والتي تنص على أنه: "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة فإن آثار العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاماً يضاف إلى الأصيل أو خلفائه"، وفقاً لهذه المادة إذا انقضت النيابة بدون علم النائب ومن تعاقد معه وقت العقد، كما في حالة وفاة الأصيل، أو عزل النائب دون علمه بقرار العزل، فإن العقد يسري في حق الأصيل إذا كان حياً، أو إلى ورثته من بعده في حالة وفاته، وذلك رعاية لحسن نيتهما وضماناً لاستقرار المعاملات.

الحالة الثانية: وهي ترجع لفكرة الفضالة، فيكون في تجاوز النائب حدود نيابته نفعاً للأصيل، ولم يستطع الرجوع إلى الأصيل وكانت الظروف يغلب معها -الظن، بأن الأصيل لم يكن ليعترض على هذا التصرف لو علم به حال قيام الوكيل به، وعلى النائب في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الأصيل خروجه عن حدود نيابته (575 مدني).

الحالة الرابعة: وترجع إلى فكرة النيابة الظاهرة، فينفذ تصرف النائب في حق الاصيل رعاية لحسن النية وضمانا لاستقرار المعاملات، وذلك إذا كان الغير، وقد اعتقد بحسن نية أن تصرف النائب كان في حدود نيابته، وذلك بسبب خطأ الاصيل، اهماله، كأن يترك سند النيابة في يد النائب بعد انتهاء النيابة.

الفرع الثالث: أن يتعاقد النائب باسم الاصيل ولحسابه

معنى هذا الشرط أن تتجه ارادة النائب إلى تمثيل الاصيل في التعاقد مع الغير، فيتعاقد باسمه ولحسابه، وعليه أن يفصح بذلك عند ابرام العقد، وبالتالي يعلم الطرف الاخر بصفته النيابية في التعاقد وأن آثار العقد تتصرف لغيره، فإن لم يفعل ذلك لا تتصرف آثار العقد إلى الاصيل بل تضاف إلى النائب شخصيا وهذا ما نصت عليه المادة 75 مدني والتي تنص على أنه: "إذا لم يعلن المتعاقد وقت ابرام العقد أنه تعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الاصيل دائنا أو مدينا".

يستثني من هذا الشرط حالتين التي نصت عليهما المادة 75 من الفقرة الأولى منها بقولها: "...إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب" وهاتين الحالتين هما:

الحالة الأولى: إذا كنت ظروف الحال تفترض علم الغير بوجود النيابة، رغم سكوت النائب عن إعلان إرادته، كالعامل في المحل التجاري يتعاقد عن صاحبه، وفي هذه الحالة تتصرف آثار العقد الذي ابرمه إلى الأصيل بالرغم من عدم إعلامه بأنه نائب، والسبب في ذلك أن هذا الذي تعاقد معه النائب كان من المفروض حتما أن يعلم بوجود النيابة.

الحالة الثانية:

إذا كان يستوي عند الغير أن يتعامل مع النائب أو الاصيل وهذا هو الحال في معظم عقود المعاوضات التي لا تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار خاص لدى المتعاقد الآخر، كما في بيع سيارة أو كتاب مثلا اذ يستوي لدى صاحب المحل أن يكون المشتري اصيلا بنفسه أو نائبا عن غيره في التعاقد، لذى تضاف اثار العقد مباشرة إلى الاصيل ولو كان صاحب المحل يجهل النيابة، لان النائب لم يخبره بصفته عند الشراء.

المطلب الثالث

آثار النيابة

تحدد آثار النيابة في تحديد العلاقة بين أطراف عقد النيابة وقد جرى الفقه إلى تحديد هذه الآثار في العلاقة بين: الأصيل والنائب، وبين النائب ومن تعاقد معه، ثم بين الأصيل ومن تعاقد معه النائب :

الفرع الأول: آثار النيابة بالنسبة للعلاقة بين الأصيل والنائب

هذه العلاقة يحددها مصدر النيابة بحسب ما إذا كان العقد أي الاتفاق أو القانون أو الحكم القضائي، فالمصدر الذي أنشأ النيابة هو الذي يبين العلاقة بين النائب والأصيل

الفرع الثاني: آثار النيابة بين النائب والمتعاقد معه

إن العقد الذي أبرمه النائب في حدود نيابته لا يترتب أي آثار بين النائب ومن تعاقد معه فدور النائب ينتهي بمجرد تمام العقد، إلا بالنسبة للاستثناءات التي تكلمنا عنها سابقا، إذا تجاوز النائب حدود نيابته، أو لم يعلم من يتعاقد معه بأنه نائب.

الفرع الثالث: آثار النيابة بالنسبة للعلاقة بين الأصيل ومن تعاقد معه النائب

وهذه هي الآثار الحقيقية للنيابة في التعاقد إذ أنه وكما سبق أن قلنا إن دور النائب ينتهي بمجرد تمام العقد، وأن آثار العقد الذي أبرمه النائب تتصرف مباشرة للأصيل دائنا أو مدينا. فإذا كان العقد الذي أبرمه النائب هو عقد بيع مثلا فإن الأصيل هو الذي يلتزم بتسليم المبيع و أن من تعاقد معه النائب يجب أن يطالب الأصيل بذلك ولا يطالب النائب، كما أن الأصيل هو الذي يقوم بطلب من تعاقد معه النائب بثمن المبيع، و إذا أخل أي منهما بتنفيذ الإلزام جاز للآخر أن يقاضيه من أجل التنفيذ، لا يستثنى من ذلك إلا إذا كان النائب نائبا في إبرام العقد ونائبا في تنفيذه، فإنه في هذه الحالة يبقى ملتزما بتنفيذ العقد ويجوز لمن تعاقد معه مطالبته بذلك كما يجوز له هو مطالبة من تعاقد معه بهذا التنفيذ، وهذا ما عبر عنه المشرع في المادة 74 من القانون المدني: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق، والتزامات يضاف إلى الأصيل". وهذا هو الأثر الوحيد الذي نظمته المشرع الجزائري.

ونتهي دراسة النيابة في التعاقد بالتطرق إلى موضوع هام وهو مدى جواز تعاقد الشخص مع نفسه وسوف ندرس هذا الموضوع في تحديد صور تعاقد الشخص مع نفسه ومن ثم مدى جوازه ثانيا.

المطلب الرابع

تعاقد الشخص مع نفسه

يدرس موضوع تعاقد الشخص مع نفسه من خلال التطرق إلى مسألتين وهما صور تعاقد الشخص مع نفسه ومدى جواز ذلك قانونا:

أولا: صور تعاقد الشخص مع نفسه

تتحقق فكرة تعاقد الشخص مع نفسه في صورتين:

الصورة الأولى: إذا أناب شخص شخصا آخر بإبرام عقد ما فيدخل هو في إبرام العقد بصفتين، صفة أصيل عن نفسه، وصفة نائب عن غيره، ويكون بذلك قد تعاقد مع نفسه، مثال ذلك: أن ينيب شخص شخصا آخر ببيع سيارته فيقوم هذا النائب بشراء هذه السيارة لذات نفسه فيكون بذلك قد تعاقد مع نفسه بصفته نائبا عن البائع وأصيلا عن نفسه.

الصورة الثانية: وتتحقق إذا تعاقد الشخص نائبا أو وكيفا على طرفي العلاقة التعاقدية ومثله: إذا أناب شخص شخصا بأن يبيع له سيارته وأنابه في الوقت ذاته شخص آخر بأن يشتري له سيارة، فيقوم بالنيابة عن النائب بالبيع ويقوم بالنيابة على المشتري في الشراء ويكون بذلك قد تعاقد مع نفسه.

ثانيا: مدى جواز تعاقد الشخص مع نفسه

القاعدة أنه لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه سواء في الصورة الأولى أو في الصورة الثانية، ذلك أن فكرة العقد تقوم على تعارض مصالح المتعاقدين ولذلك فإن الشخص إذا تعاقد مع نفسه في صورة كونه أصيلا عن نفسه ونائبا عن غيره، فإنه سوف يغلب مصلحته الشخصية على مصلحة من ينوب عنه، وإذا تعقد مع نفسه في الصورة الثانية كونه نائبا عن طرفي العلاقة التعاقدية فقد يُغلب مصلحة أحد المتعاقدين على حساب المتعاقد الآخر، وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 77 من القانون المدني بنصها: "لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة".

ويتضح من هذا النص أنه إذا كانت القاعدة العامة هي عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه للاعتبارات السابقة فإن المشرع قد أورد استثناءين عن هذه القاعدة وهما الترخيص المسبق والإقرار اللاحق وستتناولهما فيما يلي:

1 - الترخيص المسبق

وفي هذا الاستثناء يرخص الأصيل بصفة مسبقة للنائب في أن يتعاقد مع نفسه وعله جواز هذا الاستثناء هو انعدام حكمة المنع، أي أن المشرع عندما منع تعاقد الشخص مع نفسه إنما قصد بذلك حماية الأصيل، ولكن إذا ثبت بأن هذا الأصيل هو الذي سمح للنائب أن يتعاقد مع نفسه فلا مشكلة بعد ذلك في أن النائب رفض الحماية المقرر له قانوناً، و هذا ما عبر عنه المشرع في المادة 77 أعلاه "... دون ترخيص من الأصيل ...".

2: الإجازة اللاحقة

ويتحقق هذا الاستثناء إذا ثبت أن النائب قد تعاقد مع نفسه دون أن يكون له ترخيص مسبق من الأصيل، ولكن لما علم الأصيل بأن النائب قد تعاقد مع نفسه قبل ذلك، فإن قبوله هذا يُعتبر إقرار منه أو إجازة لهذا التصرف وهذا تطبيقاً للقاعدة التي تقضي بان الإقرار اللاحق كالإذن السابق، وجد هذا الاستثناء لنفس الحكمة السابقة وهي تنازل الأصيل عن الحماية التي قررها له المشرع، وقد تناول المشرع هذا الاستثناء كذلك في نفس المادة 77 أعلاه بقولها: "...على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة".

هذا ونشير أن المشرع قد جسد فكرة عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه كقاعدة و الاستثناءات الواردة عليها في نطاق أحكام عقد البيع في المادة 410 و 411 اللتان تنصان على ما يلي :

المادة 410 من القانون المدني: "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى".

فالقاعدة في هذا النص أنه لا يجوز للشخص الذي كلف ببيع شيء أن يقوم بشرائه لنفسه سواء باسمه أو باسم مستعار، إلا أنه يرد على هذا المنع استثناء إذا سمحت السلطة القضائية بذلك، ونفس الحكم قرره المادة 411 بنصها: "لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها، سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار".

إلا أن المشرع قد أورد على القاعدة العامة في المنع استثناءات بموجب المادة 412 التي تنص على أنه: "يصح البيع في الأحوال المشار إليها في المادتين 410 و 411 إذا أجازته من تم البيع لحسابه".

الفصل الرابع

عيوب الإدارة

لكي يكون التراضي صحيحا يجب أن يكون صادرا من ذي أهلية وان يكون سليما خاليا من عيوب الارادة، هذا ونحيل في دراسة الاهلية لما سبق دراسته في الجزء الثاني من المدخل للعلوم القانونية والخاص بنظرية الحق.

أما عيوب الارادة فقد نظمها المشرع من المادة 81 إلى غاية المادة 91 من القانون المدني، وهي الغلط ونظمه المشرع من المادة 81 إلى المادة 85 والتدليس، ونظمه المشرع في المادتين 86 و 87 والإكراه ونظمه في المادتين 88 و 89 والاستغلال ونظمه في المادتين 90 و 91 وهي الموضوعات التي سندرسها تباعا فيما يلي:

المبحث الأول

الغلط

وسوف ندرس الغلط من خلال التطرق إلى تعريفه وتبيان أنواعه، ثم نحدد شروطه، ثم نحدد الآثار القانونية المترتبة عنه، وذلك فيما يلي:

المطلب الاول

مفهوم الغلط

نتناول بالدراسة في هذا المطلب مفهوم الغلط من خلال تعريفه وأنواعه وشروطه في الفروع الآتية:

الفرع الاول: تعريف الغلط

الغلط هو: "وهم يقع في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته ليدفع به إلى الدخول في علاقة تعاقدية (إبرام عقد)، ما كان ليبرمه لولا وقوعه في هذا الوهم، أي لو تبين الأمر على حقيقته منذ البداية لما أبرم العقد".

فالغلط وفق هذا التعريف تتصور كاذب يدفع الشخص إلى ابرام عقد ما كان ليبرمه لو لم يقع في هذا الغلط، أي لو كان قد تبين حقيقة الواقع لما أبرم العقد، مثال ذلك: كأن يشتري شخص خاتم يعتقد أنه من ذهب وهو ليس كذلك.

الفرع الثاني: شروط الغلط

يشترط في الغلط كعيب من عيوب الارادة أن يكون جوهريا، وهذا ما نصت عليه المادة 81 مدني بقولها: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله"، فليس كل

غلط يقع فيه المتعاقد يؤدي إلى قابلية العقد الذي يبرمه للإبطال، بل يجب أن يكون الغلط جوهريا أي هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد.

وقد تكفل القانون المدني ببيان معيار الغلط الجوهري، وصوره وهي:

أولاً: معيار الغلط الجوهري

لقد بينت المادة 82 فقرة 1 معيار الغلط الجوهري حيث نصت على أنه: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حد من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط". معيار الغلط الجوهري حسب هذا النص هو أن يكون غلط جوهري جسيم وأن يكون غلط جوهري مؤثر:

1- الغلط الجوهري جسيم

وهو الذي يبلغ درجة من الخطورة والاهمية تستدعي تدخل القانون لحماية المتعاقد، أما تقدير جسامة الغلط فهو أمر نسبي فما هو جسيم في نظر متعاقد قد يكون يسيرا لمتعاقد آخر، فالعبرة بالمعيار الذاتي في تقدير جسامة الغلط وهو بالنظر إلى نفسية المتعاقد والنتائج المترتبة على هذا الاعتقاد الخاطيء.

2- الغلط الجوهري غلط مؤثر

معناه أن يكون هو الدافع إلى إبرام العقد، وانه كان وراء تصميم وعزم المتعاقد على إبرام العقد، فالعبرة بسلامة الرضا وبالتالي يجب أن يكون الغلط جوهري هو السبب الرئيسي الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، وبمفهوم المخالفة إذا لم تكن الاعتقادات الخاطئة هي الدافع الرئيسي للتعاقد فإنها لم تؤثر على سلامة الرضا ولا يعتبر الغلط حينئذ جوهريا.

ثانياً: حالات الغلط الجوهري

لقد عدد المشرع حالات أو صور التي يكون فيها الغلط جوهريا بصفة خاصة، أوردها في نص المادة 82 فقرة 2 و3 والتي تنص على أنه: "ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهريا، أو يجب اعتبارها كذلك نظر لشروط العقد ولحسن النية. إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

يظهر في النص أن المشرع أعطى لنا بعض صور أو حالات الغلط الجوهري الذي يؤدي إلى إبطال العقد وهي: أن يقع الغلط في صفة جوهريا في الشيء أو إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وسنبيّن ذلك فيما يلي:

أ- أن يقع الغلط في صفة جوهرية في الشيء

يعتبر الغلط جوهريا حسب المادة 82 فقرة 2 إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية.

ويتبين من ذلك أن المشرع قد حافظ على المعيار الذاتي للغلط وهو أن يقع في صفة جوهرية للشيء بحسب اعتبار المتعاقد أي وفقا لنيته وحسب الدافع الرئيسي له لإبرام العقد، ولكن لما كانت هذه النية أو ذلك الدافع من الصعب اثباته في بعض الحالات، فقد قرن المشرع هذا المعيار الشخصي بضوابط موضوعية مستمدة من الظروف التي لابتست العقد، وما ينبغي في التعامل بحسن نية، وتطبيقا لذلك لتقدير ما إذا كانت الصفة التي وقع فيها الغلط جوهرية أم لا يجب النظر إلى إرادة المتعاقد الذي وقع في غلط، فإذا كانت هي الدافع الرئيسي لإبرام العقد فلا شك أن هذه الصفة جوهرية وبالتالي يكون الغلط فيها جوهريا معييا للإرادة، مثال ذلك لو اشترى شخص لوحة فنية معتقدا بأنها أثرية وكانت هذه الصفة هي الدافعة إلى التعاقد، وبعد الشراء تبين له أنها لوحة حديثة الرسم وليست قديمة، فيكون قد وقع في غلط يعيب إرادته، أما إذا لم تكن الصفة بهذه الأهمية في نظره بحيث أنه كان يبرم العقد سواء توافرت هذه الصفة أم لا فهي من ثم تعتبر صفة غير جوهرية والغلط فيها ليس جوهريا ولا يعيب الإرادة.

وإذا كان من الصعب تحديد مدى أهمية الصفة في نظر المتعاقدين وفقا للمعيار الذاتي بسبب صعوبة التوصل للنية، فإنه يستعان بالضوابط الموضوعية المذكورة في المادة 82 فقرة 2 وهي الظروف الملازمة للعقد واعتبارات حسن النية، ففي المثال السابق فإن الشخص الذي لوحة فنية معتقدا بأنها أثرية فإنه يمكن الوصول إلى اثبات هذه النية في ضوء بعض الظروف الموضوعية التي لابتست إبرام العقد ومثال ذلك كون المتجر أو المحل الذي اشترى منه هذه اللوحة هو محل آثار مخصص لبيع التحف والتماثيل الأثرية، وكون البائع مهنته تاجر آثار فمن الطبيعي أن الأشياء الموجودة بداخله أثرية قديمة وهذه هي الصفة الجوهرية فيها.

ب- الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته

وهي الحالة الثانية التي ذكرتها المادة 82 فقرة 3 كتطبيق للغلط الجوهرية، ووفقا لها يكون الغلط جوهريا ويعيب الإرادة، إذا وقع في ذات الشخص المتعاقد الآخر أو في صفة من صفاته، إذا كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد، ويتحقق ذلك إذا كانت شخصية

المتعاقد الاخر أو صفة من صفاته هي محل اعتبار في التعاقد أي أنه، وفقا للمعيار الشخصي في الغلط، لولا وقوع المتعاقد في غلط في هذه الشخصية أو تلك الصفة لما كان قد أبرم العقد. ويكون الغلط جوهريا في ذات المتعاقد في العقود التي تكون شخصية المتعاقد فيها محل اعتبار أساسي مثل الوكيل في عقد الوكالة، وشخص الموهوب له في عقد الهبة، ومثاله أيضا من يتعاقد مع شخص على اجراء عملية جراحية معينة معتقدا أنه طبيب متخصص في هذا النوع من الجراحة ثم يتضح غير ذلك، ومن يتعاقد مع شخص معتقدا أنه مهندس ثم يتبين أنه غير ذلك.

المطلب الثاني

الغلط في القانون

نص عليه المشرع في المادة 83 بقولها: "يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82 ما لم يقضي القانون بغير ذلك". ويفهم من هذا النص أن الغلط في القانون هو اعتقاد الشخص بوجود أو عدم وجود قاعدة قانونية خلافا للحقيقة، أو فهمه لمضمونها فهما غير صحيح، ويكون هذا الغلط جوهريا أي هو الدافع الرئيسي لإبرام العقد بحيث لو لم يقع فيه المتعاقد لامتنع عن إبرام العقد، ومثال ذلك أن يبيع الوارث حصته في التركة معتقدا أن القانون يحدد نصيبه بربع التركة ثم يتضح فيما بعد أن القانون يحدد حصته بنصف التركة، فيكون له الحق في طلب ابطال هذا البيع لأنه وقع في غلط جوهرى في قانون الميراث.

ويلاحظ أن مبدأ الغلط في القانون لا يتعارض مع مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، فالمتعاقد الذي وقع في غلط في القانون ويتمسك بطلب ابطال العقد، لا يهدف من ذلك استبعاد القاعدة القانونية التي وقع الغلط فيها ولا يريد الاعتذار بجهل القانون، بل هو على العكس هو يريد تطبيق القاعدة القانونية لا استبعادها ويطلب ابطال العقد الذي أبرمه بناء على غلط في خصوص هذه القاعدة.

المطلب الثالث

أثر الغلط

إذا توفرت الشرط السابق سواء بالنسبة للغلط في الواقع أو في القانون فإن الأثر الذي يترتب على ذلك انه يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يطلب إبطال العقد للغلط الجوهرى، وإذا حكم القاضي بإبطال هذا العقد فإنه ما يترتب على ذلك هو أن يعود المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد إن كان ذلك ممكناً وإلا فإنه يلجأ إلى التعويض.

ومع ذلك فإنه من المبادئ المقررة أنه لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية، وهو المبدأ الذي عبرت عنه المادة 85 مدني بنصها على أنه: "ليس لمن وقع في غلط جوهرى أن يتمسك به على وجه يتعارض مع يقضى به حسن النية.

ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ هذا العقد". وجاء هذا النص ليخفف به المشرع الطابع الشخصي الذاتي للغلط، وهو تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق، ويقضى بأنه ليس من حق الشخص أن يتمسك بالغلط إذا كان هذا التمسك يتعارض مع مقتضيات حسن النية، بمعنى أنه ليس للمتعاقد الغالط أن يتمسك بإبطال العقد لمجرد قصد الاضرار بالمتعاقد الآخر أو إذا كانت المصلحة التي يسري إلى تحقيقها من وراء الإبطال قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب المتعاقد الآخر من ضرر بسببها، وإذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

المبحث الثاني

التدليس

نظمه المشرع في المادتين 86 و 87 من القانون المدني، وسوف ندرسه من خلال التطرق إلى تعريفه المطلب الاول، ثم شروطه وآثاره في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف التدليس

نتناول بالدراسة في هذا المطلب تعريف التدليس وشروطه، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الاول: تعريف التدليس

التدليس هو استعمال طرق احتيالية توقع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، فهو بهذا المعنى هو لجوء أحد المتعاقدين إلى استعمال طرق احتيالية لإيهام المتعاقد الآخر بوقائع معينة غير حقيقية، تدفعه لإبرام عقد ما كان ليبرمه لولا هذه الطرق الاحتيالية، ومنه يمكن لنا القول أن العيب في التدليس هو نفسه العيب في الغلط، مع فارق أن الغلط يقع فيه الشخص من تلقاء نفسه، بينما التدليس فهو غلط يقع فيه الشخص بسبب المتعاقد الآخر أو بسبب الغير، ولذلك أمكن لنا تسمية التدليس بالتغليب.

المطلب الثاني

شروط التدليس وآثاره

نتناول في هذا المطلب شروط التدليس، ثم آثاره، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الاول: شروط التدليس

تنص المادة 86 مدني على أنه: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"، كما تنص المادة 87 مدني على أنه: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الاخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس"، يتبين من هذين النصين أن للتدليس ثلاث شروط وهي:

أولاً: استعمال أحد المتعاقدين أو الغير لطرق احتيالية

يستند التدليس إلى استعمال طرق احتيالية بنية تضليل المتعاقد واخفاء الحقيقة عنه وإيقاعه في الغلط، ويتبين من ذلك أن للتدليس عنصرين عنصر مادي وآخر معنوي وسنبينهما فيما يلي:

1- العنصر المادي

يجب أن توجد حيل ووسائل يتخذها المدلس لتضليل المتعاقد واخفاء الحقيقة عنه وإيهامه بغير الواقع، والغالب أن تتخذ الطرق الاحتيالية مظاهر ايجابية خارجية تضلل المتعاقد، بحيث يعتبر تدليسا أي وسيلة أو حيلة من شأنها إيقاع المتعاقد في غلط جوهري، ومن أهم الامثلة على ذلك ما يلي:

أن يقوم شخص بتزوير شهادات جامعية في تخصص معين للحصول على عمل، أو التظاهر بالوجهة والغنى عن طريق تقديم كشوف حسابات بنوك مزورة كل ذلك على خلاف الحقيقة أو تأثيث مكتب أعمال واستخدام موظفين لاتخاذ مظهر كاذب يخدع المتعاقد الآخر، أو انتحال صفة غير حقيقية كصفة المحضر أو المحامي أو ضابط شرطة أو الطبيب، أو استعمال طلاء معين لإخفاء حقيقة المعقود عليه ليظهر على انه مصنوع من نوع جيد في حين أنه من النوع الرديء، وهكذا تتعدد الوسائل التي يستعملها المدلس لإلباس الباطل مظهر الحقيقة.

أما مجرد الكذب المجرد من أي مظهر خارجي يدعمه، فالأصل أنه لا يكفي لقيام التدليس، مثل التاجر الذي يبالغ في مدح بضاعته ووصفها بأنها أحسن بضاعة طالما أن ذلك مألوف في التعامل بقصد ترويجها، ومع ذلك قد يعتبر الكذب تدليسا إذا كان على المدلس أن يدلي ببيانات معينة لها أهمية خاصة في التعاقد فإذا كذب فيها يقوم التدليس، مثال ذلك إدلاء المستأمن ببيانات كاذبة لشركة التأمين لإخفاء حقيقة الخطر المؤمن منه.

كذلك الكتمان أو السكوت، فالأصل فيه أنه لا يعتبر تدليسا ومع ذلك فإنه إذا كان الشخص يلقي على عاتقه عند إبرام العقد بالالتزام بالإدلاء ببيانات معينة لازمة لتنوير الطرف الآخر، فإن عدم تنفيذ هذا الالتزام بالإدلاء بهذه البيانات العقدية عمدا يعتبر تدليسا، ومثال ذلك: كالتزام بائع سيارة مستعملة بإعلام المشتري بكافة البيانات المتعلقة بها وما إذا كانت قد تعرضت لحادث ام لا، والالتزام المنتج بان يعلم المستهلك بكافة البيانات المتعلقة بالسلع المنتجة... الخ، وهذا ما نص عليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة 86 بقوله: "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة او بهذه الملاحظة".

ب- العنصر المعنوي

يشترط لتوافر التدليس أن يكون استعمال الطرق الاحتمالية السابق ذكرها قد تم بنية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع، أي بقصد ايهام المتعاقد الآخر بغير الحقيقة لإيقاعه في غلط دافع إلى إبرام عقد ومصالحته، أو غبنه فيه ، ولذلك لا يعتبر تدليسا استعمال المودع وسائل احتمالية لاسترداد وديعة له عند شخص غير أمين، أو قيام الدائن بالاحتيايل على المدين للحصول على إقرار مكتوب بدين ينكره، لان الهدف من الاحتيايل هنا ليس الا الوصول الى ما يجب على المدلس عليه القيام به أصلا.

ثانيا: أن يكون التدليس دافعا الى التعاقد

لكي يتحقق هذا الشرط يجب أن تكون الطرق الاحتمالية التي اعتمد عليها المتعاقد الآخر أو نائبه هي التي كانت سببا في دخول المدلس عليه في هذه العلاقة التعاقدية، ففي المثال السابق لولا التظاهر بالوجهة والغنى عن طريق تقديم كشف حسابات بنوك مزورة لما أبرم المدلس عليه العقد، فالتدليس هو الدافع إلى التعاقد، وهذا ما عبر عنه المشرع في المادة 86 مدني بقوله "... إذا كانت الحيل التي لجأ إليها المتعاقد الآخر أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ..."

ثالثا: أن يكون التدليس متصلا بالمتعاقد الآخر

لا يمكن للمتعاقد الذي يدعي بأنه راح ضحية تدليس أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن هذا التدليس كان متصلا بالمتعاقد الآخر، وهو يكون كذلك في فرضيتين وهما: أن يكون إما صادرا من هذا المتعاقد الآخر نفسه، أو أن يكون صادرا من الغير ولكن المتعاقد الآخر كان يعلم به أي كان يعلم بوجود التدليس، أو كان من المفروض حتما أن يعلم به، وهذا ما نصت عليه المادة 87 من القانون المدني السابقة الذكر.

الفرع الثاني: آثار التدليس

يترتب على التدليس نوعين من الآثار وهما:

النوع الأول من الآثار: نص عليه المشرع صراحة في المادة 86 من القانون المدني وهو قابلية العقد للإبطال وهو الأثر الذي يلتقي فيه التدليس مع الغلط ومع كل عيوب الإرادة الأخرى النوع الثاني من الآثار: هو طلب التعويض تطبيقا للقواعد العامة، لأن التدليس يقوم على فكرة اللجوء إلى طرق احتمالية، وهو عمل غير مشروع مما يسمح لمن وقع ضحية له أن يطلب تعويضا عما أصابه من ضرر نتيجة ذلك تطبيقا للمادة 124 مدني.

ونشير في الاخير إلى أن التدليس واقعة مادية يمكن إثباتها بكل الوسائل، ويتحمل المدلس عليه عبء الاثبات.

المبحث الثالث

الإكراه

نضمه المشرع في المادتين 88 و 89 من القانون المدني و ننتاول دراسة الإكراه بالتطرق إلى تعريفه وأنواعه أولاً ثم شروطه ثانياً ثم آثاره ثالثاً وذلك فيما يلي من المطالب:

المطلب الأول

تعريف الإكراه

نتناول في هذا المطلب تعريف الإكراه في فرع أول، ثم شروطه في فرع ثاني، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الإكراه وأنواعه

الإكراه هو ضغط يوقعه أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر فيولّد في نفسه رهبة تصور له أن خطراً محدقاً حالاً يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو المال أو الشرف ما لم يقدّم بإبرام عقد ما، فيقوم تحت سلطان هذه الرهبة بإبرام ذلك العقد، وهذا ما يسمى بالإكراه معنوي وهو الذي يترك فيه للمكروه حرية الاختيار بين إبرام العقد أو التعرض للأذى المهدد به، فهو إكراه معنوي لأن فيه قدر من الحرية لكنها حرية شكلية، وهذا الإكراه هو الذي يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال.

وهناك نوع آخر من الإكراه وهو الإكراه المادي أو الإكراه الجسمي، وهو ذلك الإكراه الذي يعدم الإرادة ولا يترك أي خيار للمتعاقد المكروه في أن يبرم عقد أولاً يبرمه، ومن ذلك مثلاً أن يأخذ المتعاقد المكروه إصبع المتعاقد المكروه ويصم به عنوة على ورقة ما تضمنت عقداً ما فهذا الإكراه يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

لقد نصت المادة 88 مدني على أنه: "يجوز طلب إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

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

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

كما نصت المادة 89 مدني على أنه: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه"، يتبين من هذين النصين أن للإكراه ثلاث شروط سنبينها مع الآثار فيما يلي:

المطلب الثاني

شروط الإكراه وآثاره

من خلال دراسة المادتين السابقتين يظهر أن الإكراه يقوم على ثلاثة شروط وهي، كما أن له آثار، سنبين كل ذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: شروط الإكراه

الشرط الأول: أن يستعمل أحد المتعاقدين أو الغير وسيلة إكراه في مواجه المتعاقد الآخر دون وجه حق

يجب أن تستعمل وسيلة للإكراه التي تولد رهبة في نفس المتعاقد تهدده بخطر جسيم محقق، وأن يكون القصد من استعمال هذه الوسيلة هو الوصول إلى غرض غير مشروع. ويتبين من ذلك أن للإكراه عنصرين وهما:

1 - العنصر المادي في الإكراه

وهو وسيلة الإكراه بحيث أن هذه الوسيلة المستعملة تولد رهبة في نفس المتعاقد تهدده بخطر سيقع عليه هو أو أحد أقاربه في نفسه كتهديده بالقتل، أو في جسمه كتهديده بالضرب أو التعذيب، أو في شرفه كالتهديد بالاغتصاب، أو فضيحة تشوه سمعته، وقد يكون التهديد في مال المتعاقد كإتلافه أو احراقه، أو يقع التهديد على أحد أقارب المتعاقد المكره، مثال ذلك: كأن يختطف أحد الأشخاص ابن شخص آخر ويقوم بتهديد أبيه أو أمه بقتله أو بالمساس به ما لم يتم هذا الأب أو الأم بإبرام عقد معه.

هذا ويجب أن نلاحظ بأن العبرة لا تكون بالنظر إلى استعمال هذه الوسائل من الإكراه مهما كان نوعها، بقدر ما ينصب البحث على مدى ما بعثته هذه الوسيلة من خوف ورهبة في نفسية المتعاقد المكره، ويجب لكي يتحقق الإكراه بالمعنى السابق أن يثبت أن وسيلة الإكراه المستعملة قد ولدت في نفس المكره خوفاً ورهبة دفعته للتعاقد تحت اعتقاده بأن خطراً حالاً محققاً يهدده هو أو أحد أقاربه بضرر جسيم، وهذا ما عبر عنه المشرع بقوله: "...تحت سلطان رهبة بينة..".

ولتحديد ما إذا كانت وسيلة الإكراه قد دفعت في نفس المتعاقد المكره خوفاً أو رهبة أم لا يجب أن نأخذ بعين الاعتبار جنس ما وقع عليه الإكراه، من ذكرا أو أنثى، وسن هذا الشخص، وما إذا

كان راشداً أو قاصراً، وحالته الاجتماعية وظروف نشأته، وما إذا كانت في البادية أو في المدينة، ودرجة ثقافته، وما إذا كان متعلماً أو جاهلاً، فما قد يرهب هذه الطائفة قد لا يرهب الطائفة الأخرى، وما يرهب المرأة لا يرهب الرجل، وما يرهب الحدث لا يرهب الراشد، وما يرهب الجاهل لا يرهب المتعلم، فالعبرة كل العبرة بالبحث في نفس المتعاقد المكره خوفاً أو ترهيباً أم لا وهذا ما عبرت عنه المادة 88 الفقرة 3 من القانون المدني.

2- العنصر المعنوي

وهو ألا تستند هذه الرهبة التي يدفعها المتعاقد المكره في نفس المتعاقد المكره إلى أي حق، أي أن تكون دون وجه حق وقد عبر عنها المشرع في المادة 88 من القانون المدني: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق".

هذا وقد يطرح السؤال عن مدى جواز اعتبار الشوكة والنفوذ الأدبي وسيلة من وسائل الإكراه؟ مثل نفوذ الأب على ابنه أو الزوج على زوجته أو الأستاذ على تلميذه، فإن حدث وإن استغل هذا الزوج زوجته أو الأستاذ طالبه على إبرام عقد من العقود فهل هذا يعتبر إكراهاً ويجوز المطالبة بإبطال العقد بسببه؟

الغالب أن الفقهاء لا يعتبرون ذلك إكراهاً مادام أنه لا يقوم على بعث الرهبة أو الخوف الشديد في نفس المتعاقد الآخر، وهو الحكم الذي لم يتناوله المشرع الجزائري، و يرى بعض الفقه أن السبب في ذلك يرجع لكون أن المشرع قد نظم الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة في المادة 90 و 91 من القانون المدني.

الشرط الثاني: يجب أن يكون الإكراه هو الدافع إلى التعاقد

وهذا ما عبر عنه المشرع في المادة 88 في الفقرة الأولى مدني: "يجوز طلب إبطال العقد إذا تعاقد تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".

ويتبين من هذه المادة أن وسيلة الإكراه السابق ذكرها لا يعتد بها في ذاتها، وإنما الذي يُعتد به لتوافر الإكراه والذي يعيب الإرادة أن تنبعث في نفس المتعاقد - نتيجة وسيلة الإكراه - خوف أو رهبة تكون هي الدافع الرئيسي لإبرام العقد، بمعنى أن الإكراه لا يتوافر إلا إذا كان المتعاقد قد أبرم العقد تحت سلطان رهبة معينة، والمعيار في هذا الصدد ذاتي أو شخصي.

الشرط الثالث: يجب أن يكون الإكراه متصلاً بالمتعاقد الآخر

وهو الشرط الذي تناولته المادة 89 من القانون المدني السالفة الذكر، حيث حرص المشرع بالنسبة للإكراه - مثل سائر عيوب الإرادة- على أن يوفق بين حماية إرادة المتعاقد المكره وبين اعتبارات استقرار التعامل وعدم مفاجأة المتعاقد الآخر إذا كان حسن النية، ولذلك استلزم اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر.

فإذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فإنه يجب أن يكون المتعاقد مع المكره عالماً بهذا الإكراه أو من المفروض حتماً أن يعلم به، أما إذا كان هذا المتعاقد الآخر حسن النية لا يعلم بالإكراه ولا من المفروض فيه أن يعلم به، فإنه يعتبر أجنبياً عن الإكراه غير متصل به ومن ثم لا يجوز إبطال العقد حتى لا يفاجأ هذا المتعاقد حسن النية.

الفرع الثاني: آثار الإكراه

يرتب على الإكراه باعتباره عيباً من عيوب الإرادة قابلية العقد للإبطال لمصلحة المتعاقد المكره، ويضاف إلى ذلك أثر آخر يتميز به عن بعض عيوب الإرادة وهو طلب التعويض من الشخص الذي صدر منه الإكراه، على أساس أن وسيلة الإكراه بما تحتويه من تهديد بالأذى والخطر الجسيم تعتبر في ذاتها عملاً غير مشروع يلزم مرتكبه بالتعويض عما ينشأ من ضرر بسببه طبقاً للمادة 124 مدني.

وعدم مشروعية الإكراه أكثر وضوحاً من عدم مشروعية التدليس، لأن الذي يمارس التدليس يسعى لأن يكون ذلك خفية وبشكل مستتر، بينما الذي يقوم بالإكراه فإنه يقوم به بشكل علني ومكشوف.

المبحث الرابع

الاستغلال

تناوله المشرع في المادتين 90 و 91 من القانون المدني، وسوف نتناول دراسة الاستغلال بالتطرق إلى تعريفه والتمييز بينه وبين الغبن، ثم نتطرق إلى شروطه، ثم نحدد آثاره، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول

تعريف الاستغلال وتمييزه عن الغبن

نتطرق لتعريف الاستغلال في فرع أول، ثم وتمييزه عن الغبن في فرع ثاني، على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الاستغلال

الاستغلال هو التفاوت الفاحش أو الكبير بين ما يأخذه أحد المتعاقدين مقابل لما يعطيه للمتعاقد الآخر، وذلك نتيجة لاستغلال أحد المتعاقدين للآخر لضعف نفسي فيه، وهو الطيش البين أو الهوى الجامح، بهدف الحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفوتا غير مألوف، وهذا ما جاء في المادة 90 بقولها: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة.

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

الفرع الثاني: التمييز بين الاستغلال والغبن:

الاستغلال هو عيب في الإدارة وهو الطيش البين والهوى الجامح، بينما الغبن هو عيب في العقد فالغبن هو مجرد تفاوت كبير أو فاحش بين أداءات أحد المتعاقدين بالنظر إلى أداءات المتعاقد الآخر، أما الاستغلال فهو بالإضافة إلى هذا الحكم السابق يجب أن يثبت أنه لم يكن ليتحقق لولا استغلال المتعاقد الغابن لطيش بين أو هوى جامح في المتعاقد المغبون، لذلك يمكن القول أن كل استغلال هو غبن، والعكس غير صحيح، أي ليس كل غبن هو استغلال، ويمكن

كذلك القول بأن الغبن هو العنصر المادي للاستغلال، ومن تطبيقات الغبن ما نص عليه المشرع في المادة 358 من القانون المدني التي سنتناولها في آخر هذا المبحث.

المطلب الثاني

عناصر الاستغلال والجزاء المترتب عنه

من خلال نص المادة 90 المدني التي سبق ذكرها، يتضح أن الاستغلال يقوم على عنصرين، الأول مادي، والثاني معنوي، كما أن له جزاء، سنبيين ذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: عناصر الاستغلال

1- العنصر المادي (الغبن)

وهو الاختلال الكبير أو عدم التوازن الفاضح بين ما يحصل عليه أحد المتعاقدين من العقد وما يلتزم به من الالتزامات، أو هو التفاوت الفاحش بين أداءات المتعاقد المغبون بالمقارنة مع ما يحصل عليه من العقد ويسمى هذا العنصر كذلك بالغبن، الذي يقوم على معيار مادي بحت لا ينظر فيه إلى شخصية المتعاقدين وإنما فقط إلى التزامات كل منهما.

2- العنصر المعنوي (الاستغلال)

وهو استغلال أحد المتعاقدين والذي يسمى المستغل (الغابن) لطيش بين أو هوى جامح في المتعاقد الثاني وهو المستغل (المغبون)، وهذا الركن هو الذي يعبر عن الطبيعة الحقيقية لعيب الاستغلال باعتباره أحد عيوب الإرادة، فلا يكفي لقيام عيب الاستغلال أن يكون هناك تفاوت فاحش بين الأداءات بل يجب أن يثبت فوق ذلك أن سبب هذا التفاوت الفاحش هو استغلال المتعاقد الغابن لطيش بين أو هوى جامح في المتعاقد الآخر المغبون، ومثل ذلك أن يكتشف أحد المتعاقدين الرغبة الشديدة في المتعاقد الآخر بجمع التحف القديمة، فيقوم ببيعها له بثمن كبير لا يساوي قيمتها الحقيقية، فيكون بذلك قد استغل في المتعاقد الآخر لطيش بين أو هوى جامح¹ ويجوز له بناء على ذلك أن يطلب إبطال العقد.

¹ الطيش هو: حالة نفسية تعتري الشخص فتجعله يتخذ قرارات بدون تبصر ولا تفكير كاف، ويتميز الشخص الطائش بالتسرع في ابرام التصرفات القانونية جون تقدير لعواقبها، والطيش البين يشبه إلى حد كبير حالة السفه، الذي يبذر المال على خلاف مقتضى العقل والشرع.

أما الهوى الجامح فهو: الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد والتي تحول دون أن يتبين ما هو لصالحه، سواء انصرفت هذه الرغبة إلى شخص أو إلى شيء من الأشياء، فهذه الرغبة تجعل الشخص سهل الانقياد يسير إلى حيث يراد له ان يسير، لا إلى حيث يريد هو.

الفرع الثاني: جزاء الاستغلال

إذا تحقق الاستغلال على النحو الذي أشرنا إليه سابقا، يمكن للمتعاقد المغبون بمقتضى أحكام المادة 90 مدني أن يطلب ابطال العقد أو الانقاص من التزاماته، وذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت طلباته غير مقبولة.

أولا: دعوى الابطال

تثير هذه المسألة ثلاث أمور وهي: صاحب الحق في المطالبة بإبطال العقد، تدخل القاضي في العقد، وتقاضي دعوى الابطال

1- الابطال حق للمتعاقد المُستغل

يترتب على تحقق الاستغلال قابلية العقد للإبطال، ومعنى ذلك أن المتعاقد الذي تم استغلاله أو المغبون وحده دون سواه له حق المطالبة بإبطال العقد، وله أيضا أن يتنازل عن هذا الحق، وهذا يعد حماية للمصالح الشخصية للمغبون والتي سعى إليها المشرع من خلال نظرية الاستغلال.

2- السلطة التقديرية للقاضي

إذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الابطال جاز للقاضي أن يجيبه إلى طلبه فيبطل العقد إذا رأى أن الاستغلال عاب رضاء المتعاقد المغبون، وان المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد أصلا لولا هذا الاستغلال، أما إذا رأى القاضي أن الاستغلال لم يفسد الرضاء إلى هذا الحد، وان المتعاقد المغبون كان دون استغلال سيبرم العقد لو أن التزاماته لم تكن باهظة، رفض القاضي ابطال العقد، معاوضة كان أو تبرعا، واقتصر على إنقاص الالتزامات الباهظة. فالاختيار بين ابطال العقد وإنقاص التزامات المتعاقد المغبون هو أمر يدخل في السلطة التقديرية للقاضي، فعلى ضوء الملابسات وظروف القضية قد يحكم القاضي بالإبطال إذا كان ذلك أحسن وسيلة لرفع الغبن، وقد يكتفي بانقاص التزامات المغبون وإبقاء العقد إذا كان ذلك كافيا لرفع الغبن.

ودعوى الابطال للاستغلال تتميز عن سائر دعاوى الابطال الاخرى أن الطرف المستغل يجوز له أن يتوقى الحكم بالإبطال في عقود المعاوضات، وهذا ما سوف نبينه فيما يلي:

3- توقي دعوى الابطال

تنص المادة 90 في فقرتها الثالثة على أنه: "وجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الاخر دعوى الابطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن"، طبقا لهذه الفقرة يمكن رفع الغبن بالنسبة لعقود المعاوضة بالزيادة في مقدار التزامات الطرف المستغل (الطرف الغائب)

عوض انقاص التزامات المتعاقد المغبون أو إبطال العقد، ونشير إلى أن الزيادة في التزامات المتعاقد المستغل أمر إرادي محض، يتم برضاء المتعاقد وبارادته المنفردة، ويُلزم القاضي بطلب المتعاقد المستغل إذا كانت الزيادة التي يعرضها كافية لرفع الغبن، فلا يمكنه إبطال العقد أو انقاص التزامات المتعاقد المغبون، غير أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة فيما يخص مقدار الزيادة في الالتزامات التي من شأنها أن ترفع الغبن.

وهذا إجراء وقائي سمح به المشرع للطرف الغابن إذا أراد أن يتمسك بالعقد الذي أبرمه أن يعرض على القاضي زيادة في التزاماته بالقدر الكافي لإعادة التوازن في الالتزامات أو الاداءات.

ثانيا: دعوى الانقاص

إلى جانب ابطال العقد اقر المشرع وسيلة ثانية لرفع الغبن تتمثل في الانقاص من التزامات المتعاقد المغبون، فإذا اختار المتعاقد المغبون انقاص التزاماته الباهظة ورفع من اول الامر دعوى الانقاص، أو رفع دعوى الابطال ولكن القاضي رأى الاقتصار على انقاص التزاماته، قضى بانقاص هذه الالتزامات إلى الحد الذي لا يجعلها باهظة، وهذا أيضا متروك لتقدير القاضي ينظر فيه وفقا لملاسات القضية وظروفها، ففي البيع المشوب بالاستغلال إذا رفع البائع المغبون دعوى الانقاص، أو رفع دعوى الابطال ولكن رأى القاضي الاقتصار على الانقاص جاز له أن ينقص من المبيع القدر الذي يراه كافيا لرفع الغبن الفاحش عن البائع.

وسواء طلب المتعاقد المغبون الابطال أو طلب الانقاص، فإنه يجب أن يرفع دعواه خلال سنة من تاريخ إبرام العقد وإلا كانت غير مقبولة، والسنة هنا ميعاد لرفع الدعوى لا مدة تقادم، فإذا انقضت السنة دون أن يرفع المتعاقد المغبون دعواه، ورفعها بعد ذلك، كانت الدعوى غير مقبولة كما يقضي بذلك صريح النص¹.

والملاحظ أن هذه الدعوى تختلف عن دعاوى الإبطال بالنسبة لكل عيوب الإرادة الأخرى والتي تتراوح بين 5 سنوات أو 10 سنوات، وهذا تطبيقا للمادة 101 المدني.

ما يلاحظ أن الاستغلال قد تميز عن كل بقية عيوب الإرادة في مدة التقادم حيث أن تقادم الدعوى بالنسبة له ليس إلا مدة سقوط و السؤال الذي يطرح هو ما هو سر اختلاف تقادم عيب الاستغلال عن بقية عيوب الأخرى؟

¹ والفرق بين الميعادين أن ميعاد سنة لرفع الدعوى هو ميعاد سقوط لا ينقطع ولا يقف، بخلاف ميعاد التقادم فيرد عليه الانتقاع والوقف.

السبب هو أنه بالإضافة إلى قيامه على ركن مادي محسوس وملموس يمكن اكتشافه بسهولة على خلاف بقية عيوب الإدارة الأخرى، فإن الاستغلال لم يكن في الأصل عيب من عيوب الإرادة، وإنما كان عيب في العقد (غبن) وكانت مدة التقادم بالنسبة لهذا العيب دائما مدة قصيرة، ولذلك جاء الاستغلال بنفس هذه المدة القصيرة.

ثالثا: المادة 91 مدني تستبعد تطبيق أحكام الاستغلال

نشير في الاخير إلى أن المادة 91 مدني تستبعد تطبيق أحكام الاستغلال على بعض العقود التي تسري عليها أحكام الغبن، حيث تنص على أنه: "يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود".

يعرف الغبن على أنه عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه من العقد، فيلحقه نتيجة ذلك ضرر، يستنتج من هذا التعريف أن الغبن لا يتحقق إلا في عقود المعاوضة التبادلية. ومن بين العقود التي تسري عليها أحكام الغبن المادة 358 مدني التي تنص على أنه: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى اربعة أخماس ثمن المثل. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يُقوّم العقار بحسب قيمته وقت البيع". يتضح مما سبق أن العبرة في الغبن تكون بالتفاوت المادي الموجود بين التزامات المتعاقدين، فالغبن عيب قائم بذاته وهو عيب في العقد، ولا دخل للحالة النفسية للمتعاقد.

إن الغبن يقتصر على بعض العقود المتعلقة بالعقار وهي عقد البيع وعقد المقايضة، وعقد القسمة، وهذا ما لم يوجد نص خاص يقر تطبيق الغبن في حالات اخرى. إن الغبن يعتد به لفائدة البائع، فلا يمكن للمشتري أن يدفعه به، وأن مقدار التفاوت الذي يتحقق به الغبن هو خمس القيمة، والعبرة بقيمة العقار وقت ابرام العقد.

ويترتب على تحقق الغبن، بالنسبة لبيع العقار، حق البائع في تكملة الثمن إلى اربعة أخماس ثمن المثل، مثال ذلك:

إذا بيع عقار بخمسين ألف دينار، وكان الفرق ما بين البيع والثمن الحقيقي يفوق الخمس (أي يفوق عشرين ألف دينار من الثمن الحقيقي وهو مائة الف دينار) فيكون الغبن قد تحقق، وللبائع إذن الحق في تكملة الثمن إلى اربعة أخماس - أي ثمانين ألف دينار - ويجب على المشتري - لرفع الغبن على البائع - دفع الفرق ما بين ثمن الشراء وأربعة أخماس الثمن الحقيقي أي:

$$80.000 - 50.000 = 30.000 \text{ (ثلاثون ألف دينار)}$$

وتسقط دعوى تكملة الثمن بالتقادم إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم إبرام العقد، كما نصت على ذلك المادة 359 مدني.

الفصل الرابع

المحل والسبب والشكلية

بيننا سابقا أن أركان العقد ثلاثة وهي: الرضا، المحل، السبب، والتي لا بد أن تتوافر ليقوم العقد، وسنتناول في هذا الفصل ركني المحل والسبب والشكلية وذلك في مبحثين، خصصنا الأول للمحل والسبب، أما المبحث الثاني فنتطرق فيه للشكلية، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول

المحل والسبب

نتناول بالدراسة في المبحث ركني المحل والسبب، حيث قسمناه إلى مطلبين، نستعرض بالدراسة في المطلب الأول ركن المحل، أما المطلب الثاني نستعرض فيه بالدراسة كذلك ركن السبب، كل ذلك في الآتي بيانه:

المطلب الأول

المحل

الفرع الأول: محل الالتزام ومحل العقد

يقصد بمحل العقد العملية القانونية التي ينصب عليها المتعاقد أوهي العملية القانونية التي تشكل محل توافق إرادتي المتعاقدين، أو التي تراضى الطرفان على تحقيقها كالبيع والإيجار... الخ، أما محل الالتزام فهو ما يتعهد به المدين.

ومحل العقد هو محل الالتزام الذي ينشئه، ولذلك نجد أن محل العقد يتعدد بتعدد الالتزامات التي تنتج عنه، فالبيع يولد التزامين أساسيين أحدهما على البائع وهو الالتزام بنقل الملكية، وثانيهما على المشتري، وهو الالتزام بدفع الثمن، فمحل عقد البيع هو المبيع والثمن.

مع ملاحظة أن المشرع وفي مواده التي تتناول موضوع المحل من المادة 92 إلى المادة 95 لا يتكلم عن محل العقد وإنما يتكلم عن محل الالتزام ولو أن الدراسة في الحقيقة تنصب على محل العقد وليس على محل الالتزام، ولكن لا بد أن ندرس الموضوع كما نظمه المشرع في هذه المواد، وسنتطرق إلى تحديد محل الالتزام ثم نتناول شروطه وذلك على النحو التالي:

لم يتضمن القانون المدني الجزائري تعريفا لمحل الالتزام، وعليه فإنه الأداء الذي يلتزم به المدين لصالح الدائن، هذا الأداء قد يكون نقل حق عيني، وقد يكون القيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل.

الفرع الثاني: شروط المحل

يستلزم توافر ثلاثة شروط في محل الالتزام، نتناولها في الآتي:

الشرط الاول: أن يكون المحل موجودا

تنص المادة 92 على أنه: "يجوز ان يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا".

إذا كان محل التزام المدين نقل ملكية أو أي حق عيني آخر فإننا نفرق بين فرضين اثنين:

أولاً: المحل موجود وقت ابرام العقد:

إذا انصرف قصد المتعاقدين الى التعامل في شيء موجود وقت ابرام العقد، فانه يشترط أن يكون هذا الشيء موجودا وقت التعاقد، فإذا لم يكن موجودا في هذا الوقت فان العقد يكون باطلا حتى ولو كان وجود الشيء في المستقبل أمرا محتملا، وبالتالي فانه إذا باع المزارع محصول أرضه على أنه موجود بالفعل وتبين بعد ذلك أن لا وجود لهذا المحصول، فإن البيع يكون باطلا، وينطبق ذات الحكم إذا قام تاجر مثلا ببيع القمح في مخزونه، ثم اتضح بعد ذلك أن ليس في المخزن أي قمح.

ثانياً: المحل ممكن الوجود في المستقبل

يثير شرط الوجود تساؤلا حول محل الالتزام إذا لم يكن موجودا وقت ابرام العقد ولكنه كان قابلا للوجود في المستقبل، وقد عالجت المادة 92 مدني هذا التساؤل حيث نصت على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا".

غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه، إلا في الاحوال المنصوص عليها في القانون"

وتتضمن هذه المادة القاعدة العامة في التعامل في الاشياء المستقبلية ثم الاستثناء عليها، وذلك

كما يلي:

1- القاعدة العامة في التعامل في الاشياء المستقبلية

يتبين من الاولى من المادة السالفة الذكر، أن المشرع أجاز التعامل في الاشياء المستقبلية كقاعدة عامة، فلاعتبار معين قد يتجه قصد المتعاقدين الى التعامل في شيء ممكن الوجود في المستقبل، وفي هذا الفرض فان العقد يكون صحيحا، إذ ليس هناك ما يحول دون أن يكون المحل معدوما وقت التعاقد طالما أن وجوده في المستقبل أمرا ممكنا، ويترتب على ذلك أنه إذا باع المزارع محاصيل أرضه قبل زراعتها فإن هذا البيع يكون صحيحا منتجا لآثاره القانونية، وإذا تعاقد

شخص مع أحد معامل الاسمنت على شراء كمية معينة منه، فإن العقد يكون صحيحا حتى ولو لم يكن الاسمنت موجودا وقت إبرام العقد ما دام سيوجد بعد ذلك.

2- استثناء التعامل في تركة انسان على قيد الحياة

استثنت الفقرة الثانية من المادة 92 مدني التعامل في التركة¹ المستقبلية، فاذا جرى التعامل فيها أو جزء منها أثناء حياة الشخص اعتبر هذا التعامل باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام والآداب العامة، ويستوي أن يكون التعامل من صاحب التركة ذاته، أو قد وقع هذا التعامل في التركة المستقبلية من وارث احتمالي بأن يبيع نصيبه المستقبل إلى وارث آخر أو شخص اجنبي، فيعتبر هذا البيع باطلا ولو كان برضاء المورث، والعلة من تحريم التعامل في التركة المستقبلية لأنه مضاربة على موت المورث أثناء حياته، فضلا على أنه تعجيل بوفاة المورث وهذا يخالف النظام العام والآداب العامة.

الشرط الثاني: أن يكون المحل ممكنا

تنص المادة 93 على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"

إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل فانه يجب أن يكون ممكنا، والسبب في ذلك أن محل الالتزام يمثل في الواقع تكليفا للمدين بأداء معين، فينبغي أن يكون هذا التكليف في حدود الامكان، إذ لا التزام بمستحيل، ولكن ما حكم إذا كان محل الالتزام مستحيلا؟ نفرق في هذا الصدد بين ما إذا كانت الاستحالة مطلقة أو نسبية:

1- الاستحالة المطلقة:

وهي أن يكون العمل أو الامتناع مما لا يستطيع أحد القيام به، بعبارة أخرى أن الاستحالة في ذاته أي بالنسبة للكافة، وليس مستحيلا على المدين فقط، وهي نوعين:

أ- **الاستحالة المطلقة الطبيعية:** وهي التي ترجع إلى طبيعة الأشياء كأن يتعهد طبيب بإعادة الحياة إلى شخص قد مات.

ب- **الاستحالة المطلقة القانونية:** وهي ترجع إلى سبب في القانون، كأن يتعهد المحامي باستئناف حكم بعد مضي المدة القانونية، وأيا كان الأمر فإن الاستحالة المطلقة تؤدي إلى بطلان العقد.

¹ التركة هي: مجموع ما يتركه الانسان من حقوق والتزامات وقت موته، وعلى هذا فإن وجود التركة مشروط بموت صاحبها، أما أثناء حياته فإنه لا يمكن القول بوجود تركة.

2- الاستحالة النسبية

يقصد بها أن يكون الالتزام غير ممكن التنفيذ بالنسبة للمدين وحده وليس بالنسبة للناس كافة، معناه أن هذا النوع من الاستحالة لا يرجع الى موضوع الالتزام في ذاته وإنما يتعلق بشخص المدين حيث لا تتوفر فيه القدرة للقيام بالالتزام، كأن يتعهد شخص بالقيام بعمل فني دون أن تتوفر فيه المؤهلات اللازمة للقيام بهذا العمل، فيصبح تنفيذه بالنسبة إليه مستحيلا، لكن هذا العمل ليس مستحيلا على أصحاب الفن الذين يستطيعون القيام به ببسر وسهولة.

ويلاحظ أن الاستحالة النسبية لا تمنع من انعقاد العقد حيث ينعقد العقد صحيحا، ولكن المدين، وبالنظر لعدم تمكنه من تنفيذ التزامه، يكون ملزما بتعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه.

الشرط الثالث: أن يكون محل الالتزام مشروعا

يتفرع عن المادة 93 مدني السالفة الذكر شرط آخر يتعلق بمشروعية المحل، فيكون محل الالتزام غير مشروع إذا كان الشيء الذي يرد عليه الحق يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون:

1- الاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها

وهي تلك الاشياء التي تأبى بطبيعتها أن تكون محلا لحيازة أحد أو استئثاره بها، كأشعة الشمس مثلا والهواء والماء الجاري في البحار والانهار، فهذه أشياء مشتركة لا يحول انتفاع البعض بها دون انتفاع البعض الاخر، والسبب في خروج هذه الاشياء من نطاق التعامل هي عدم حيازتها والاستئثار بها من أحد.

2- الاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون

قد تكون بعض الاشياء قابلة للتعامل فيها من حيث طبيعتها لكن القانون يخرجها من نطاق التعامل، فيصبح التعامل فيها غير مشروع، مثال ذلك التصرف في المال العام، فهذه الاموال مخصصة للنفع العام وبالتالي فإن إباحة التصرف فيها من شأنه تعطيل الغرض الذي خصصت من أجله، ومن الامثلة كذلك التعامل في مال الوقف و الاسلحة والمتفجرات، وفي العادة تقوم مبررات استبعاد الاشياء من دائرة التعامل بنص القانون على أساس مخالفتها للنظام العام والآداب العامة.

الشرط الرابع: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين

تنص المادة 94 مدني على أنه: "إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلاً"، محل الالتزام كما رأينا قد يكون نقل ملكية شيء وقد يكون القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وسنبين كيفية تعيين المحل في كل منها على النحو الآتي:

1- محل الالتزام بنقل ملكية شيء

إذا كان محل الالتزام نقل ملكية أو أي حق عيني آخر، فإن تعيين هذا المحل يختلف بحسب ما إذا انصب على شيء معين بالذات، أو على شيء معين بالنوع:

أ- محل الالتزام شيئاً محدداً بذاته "شيئاً قيمياً": وجب تحديده تحديداً دقيقاً نافياً للجهالة في التعرف عليه، مثال: لو كان محل الالتزام نقل ملكية بيت، وجب ذكر جميع أوصافه التي تميزه عن غيره من البيوت.

ب- محل الالتزام شيئاً محدداً بنوعه "الأشياء المثلية": قد يرد الالتزام بنقل الملكية على شيء محدد بنزعه، فإذا كان المبيع عبارة عن كمية من القمح فيجب تحديد نوعه، ومقداره، وليس مهماً بيان درجة جودة الشيء ما دام في الامكان تحديد ذلك بواسطة العرف أو من أي ظرف آخر، وإذا لم يكن في الامكان تحديد ذلك التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط.

2- محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن عمل

إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل فإنه يجب أن يكون معيناً تعييناً كافياً نافياً للجهالة، مثال: لو تعاقد شخص مع مقاول على بناء دار له، فينبغي تحديد أوصاف هذه الدار ومحتوياتها وحدودها ويتم ذلك عموماً من خلال وضع تصميم يبين فيه شكل الدار ومساحتها وما تشمل عليه من غرف ومرافق.

ثالثاً: محل الالتزام امتناعاً عن عمل

إذا يجب أن يعين نوع العمل الذي يلتزم المدين بالامتناع عنه، ومدى هذا الالتزام من حيث الزمان والمكان، فإذا تعهد تاجر بالامتناع عن منافسة تاجر آخر، فإنه ينبغي تعيين نوع النشاط التجاري الذي يلتزم الأول بالامتناع عن ممارسته، كما ينبغي أيضاً تحديد هذا الالتزام في منطقة معينة وبفترة معينة.

المطلب الثاني

السبب

نتناول موضوع السبب من خلال بيان المقصود بالسبب في الفرع الأول، ثم إثبات السبب في الفرع الثاني، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: المقصود بالسبب

اختلف الفقهاء في تحديد ماهية السبب، فالبعض يعتبره ركنا في العقد والبعض الآخر يعتبره ركنا في الالتزام وآخرون يعتبرونه عنصرا في الإرادة، والواقع أن هذا الخلاف لا يؤثر في حقيقة لا شك فيها وهي أن السبب إنما يعتبر عنصرا من عناصر الإرادة، فالإرادة وهي تتجه إلى التعاقد ترمي إلى الوصول إلى غرض معين تهدف إلى تحقيقه، هذا الغرض هو الذي يهمننا بحثه في دراسة السبب باعتباره عنصرا من عناصر تكوين العقد سواء كان ركنا قائما بذاته في العقد نفسه أو في الالتزام الذي يبرم العقد من أجل انشائه.

فسبب الالتزام هو الغرض المباشر المحدد الذي يقصد الملتزم تحقيقه من وراء التزامه، ففي عقد البيع مثلا يلتزم يلتزم البائع بنقل الملكية إلى المشتري ويكون غرضه المباشر الذي يقصد إليه من التزامه هذا هو حصوله على الثمن، كما يلتزم المشتري بدفع الثمن ويكون غرضه المباشر من ذلك هو حصوله على المبيع، فهذا الغرض المباشر أو القريب هو سبب الالتزام " وصفته النظرية التقليدية بالسبب القسدي" وهذا السبب لا يتغير في كل نوع من أنواع العقود.

غير أن هناك غرض آخر بعيد أو غير مباشر يقصده المتعاقد ولا يدخل في نطاق السبب الفني للالتزام، هذا الباعث البعيد يختلف باختلاف شخص المتعاقد، فقد يكون الغرض البعيد للبائع من وراء بيع مسكنه وحصوله على الثمن هو شراء سكن جديد، أو ليقضي ديننا عليه... الخ، وقد يكون الغرض البعيد للمشتري من حصوله على المسكن أن يقيم فيه أو أن يؤجره... الخ، فهذا الغرض البعيد بالنسبة للبائع أو المشتري هو الدافع الباعث على التعاقد، وهو يختلف من شخص إلى آخر فيتغير في النوع الواحد من العقود، فهو عنصر متغير خارج العقد ولا يذكر فيه حتما وإنما يستخلص من نوايا الملتزم لأنه امر ذاتي يتعلق بشخص المتعاقد.

وبناء على ما تقدم نتناول فيما يلي نقطتين أساسيتين وهما: الأولى تتعلق بالاتجاهات الفقهية في السبب، أما النقطة الثانية فهي تتعلق بموقف المشرع من السبب:

أولاً: الاتجاهات الفقهية في السبب وموقف المشرع منها

1- النظرية التقليدية في السبب

يظهر السبب في الفقه التقليدي بمفهوم مادي كعنصر موضوعي في الالتزام (سبب الالتزام) وهو الغرض المباشر المجرد الذي يريد المتعاقد تحقيقه من وراء الالتزام ، ويتأكد هذا المفهوم الموضوعي لسبب الالتزام من خلال الخصائص التي أضفاها أنصار النظرية التقليدية عليه نتناولها فيما يلي:

- السبب أمر موضوعي: يتخلص من عناصر العقد ولا يكمن في شخص طرفيه.

- هو أمر داخلي في العقد: يستخلص حتماً من نوع العقد وطبيعة الالتزام ذاته، فمثلاً لا وجود لعقد الهبة بدون نية التبرع، ولا وجود لالتزام البائع بنقل ملكية المبيع دون التزام المشتري بدفع الثمن.

- وهو مجرد متشابه لا يتغير في النوع الواحد من أنواع العقود، ففي كل العقود التبادلية سبب التزام المتعاقد هو محل التزام معه، كما أن السبب في جميع عقود التبرع هو نية التبرع.

تميّز النظرية التقليدية عموماً بين ثلاثة أنواع من السبب وهي:

أ- السبب المنشئ

وهو المصدر القانوني الذي نشأ أو تولد عنه الالتزام، من عقد أو عمل غير مشروع أو إرادة منفردة أو كسب دون سبب أو نص القانون، وهذا النوع من السبب واجب الاستبعاد فلا علاقة له بنظرية السبب.

ب- السبب الدافع

وهو الباعث الذي دفع المتعاقد إلى ترتيب الالتزام في ذمته، بعبارة أخرى أن السبب الدافع هو الغرض البعيد من التعاقد، فمن اشترى سيارة قد يكون باعته استخدامها بشكل خاص أو أجرة أو يقدمها هدية.

ج- السبب القصدي

وهو الغرض المباشر من التعاقد أي الغاية القريبة التي يريد الملتزم من وراء التزامه، وهذا السبب هو الذي تقف عنده النظرية التقليدية، ويلاحظ أن هذا السبب القصدي لا يختلف باختلاف الأشخاص إلا أنه يتغير تبعاً لطبيعة العقد، وذلك على النحو التالي:

1- في العقود الملزمة لجانبين يكون سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر، فسبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام

البائع بنقل الملكية، لهذا يقال أن سبب التزام المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين هو محل التزام المتعاقد الآخر.

2- في العقود الملزمة لجانب واحد إذا كان العقد عينيا، كالعارية والوديعة، يكون سبب التزام المتعاقد المدين هو تسلمه محل العقد، فسبب التزام المستعير برد العين المعارة هو سبق تسلمه إياها، وسبب التزام الوديع برد العين المودعة لديه هو سبق تسلمه لها.

3- في عقود التبرع تذهب النظرية التقليدية إلى أن سبب الالتزام هو نية التبرع، فسبب التزام الواهب هو نيته في التبرع بالعين الموهوبة إلى الموهوب له. ويشترط فقهاء النظرية التقليدية في السبب توافر ثلاثة شروط وهي:

- **وجود السبب:** السبب ركن في العقد، يترتب على تخلفه انعدام العقد، فإذا التزم البائع بنقل ملكية المبيع ولم يلتزم المشتري بدفع الثمن فلا ينعقد البيع لتخلف سبب التزام البائع، وهو محل التزام المشتري.

- **صحة السبب:** يجب أن يكون السبب صحيحا فإذا كان السبب غير صحيح أي كاذب يقع العقد باطلا، ويكون السبب غير صحيح في حالتين: حالة السبب الموهوم وحالة السبب الصوري. **الحالة الأولى:** فإذا كان السبب موهوما (مغلوطا) فيكون السبب غير صحيح، فإذا تعهد وارث بوفاء دين على مورثه ثم اتضح أن هذا الدين قد انقضى بأي سبب من أسباب الانقضاء، فهنا نجد صورة السبب الموهوم لأن المتعاقد وقع في غلط في وجود السبب ويبطل العقد.

الحالة الثانية: أما السبب الصوري فإن المتعاقدين على علم بالسبب الحقيقي، إلا انهما يختفيان وراء ستار آخر لأغراض مختلفة، قد تكون مشروعة وقد تكون غير مشروعة، كأن يتفق المتعاقدان ظاهريا على بيع سيارة ولكن العملية الحقيقية التي باسراها هي تأجير السيارة، والعقد هنا لا يكون باطلا لصورية السبب لأن الصورية لا يترتب عليها البطلان، ولكن يعتد بين المتعاقدين بالسبب الحقيقي الذي يترتب عليه التزامات الطرفين.

- **مشروعية السبب:** يجب أن يكون السبب مشروعا أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا يكون باطلا، مثال ذلك تعهد شخص بارتكاب جريمة مقابل مبلغ من النقود، لأن الالتزام بدفع مبلغ من النقود وإن كان محله مشروعا وهو النقود إلا أن السبب وهو ارتكاب الجريمة غير مشروع فيكون العقد باطلا.

ب- النظرية الحديثة في السبب

ذهب فريق من الفقه الحديث إلى إعطاء السبب مفهوماً شخصياً بحتاً، وهو سبب العقد، بحيث يحدد السبب ليس بوصفه عنصراً في العقد بل كعنصر في الإرادة، فوفقاً لهذا الاتجاه يعتبر السبب هو الباعث أو الغرض غير المباشر الذي يقصد المتعاقد تحقيقه بإبرام العقد، والسبب بهذا المفهوم الشخصي يختلف في خصائصه وطبيعته عن السبب الموضوعي - سبب الالتزام - من نفس النواحي الثلاث السابقة:

- فهو من ناحية أولى شخصي ونفسي يتصل بإرادة المتعاقد لا بعناصر الالتزام الموضوعي.
- وهو من ناحية ثانية شيء خارجي عن العقد فلا يذكر في مقومات العقد ولا يستخلص حتماً من الالتزام.

- ومن ناحية ثالثة متغير أي يختلف في النوع الواحد من أنواع العقود لأنه يتعلق بالباعث الذي لا محالة يتغير من شخص لآخر.

فالنظرية الحديثة لم تقتصر على الأخذ بسبب الالتزام، بل أخذت إلى جانبه أيضاً بسبب العقد أي الباعث على التعاقد ولم تشترط فيه سوى شرطاً واحداً هو أن يكون هذا الباعث مشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فإذا كان سبب العقد غير مشروع كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، مثال ذلك أن يكون الدافع إلى إبرام عقد الإيجار هو للعب القمار أو لإخفاء أشياء مسروقة.

ولما كان السبب العقد أي الباعث الدافع هو أمر شخصي لا يدخل في نطاق التعاقد ولا يذكر من بين شروط العقد ويتغير بتغير المتعاقدين، فإن مبدأ استقرار المعاملات يقتضي أن يكون هذا السبب الدافع إلى التعاقد متصلاً بالمتعاقدين الآخر، بمعنى أنه كان عالماً به أو على الأقل يستطيع أن يعلم به، حتى لا يتفاجأ به وهو حسن النية لا يعلم من مشروعيته شيئاً، فإذا بقي الباعث كما في نفس المتعاقد لم يعلم به المتعاقد الآخر ولم يكن في استطاعته العلم به ظل غريباً عن العقد، ولم يدخل عنصراً في تكوين السبب، ففي المثال السابق الخاص بإيجار منزل بغرض استعماله للعب القمار، لا يدخل هذا الباعث عنصراً في السبب يؤدي بالتالي إلى بطلان الإيجار إلا إذا كان المؤجر عالماً بذلك أو كان يستطيع أن يعلم به.

يخضع الباعث الدافع وفق هذه النظرية لشرط واحد هو أن يكون مشروعاً، فإذا لم يكن كذلك فإن العقد يكون باطلاً، وعليه فإنه يلزم لكي يكون العقد صحيحاً أن يكون الباعث الدافع إليه مشروعاً، بأن لا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة،

ثانيا: موقف المشرع من السبب

في هذا الفرع نبين مسألتان أولهما موقف المشرع من السبب، وذلك فيما يلي:
يظهر من خلال أحكام المادتين 97، 98 مدني أن اهتمام المشرع قد انصب على مشروعية السبب، فالمادة 97 مدني تبطل العقد حيث تنص على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا". وأما المادة 98 مدني فتقتضي في فقرتها الأولى: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً.."، فالعبرة إذن بمشروعية السبب بحيث لو تخلف أو كان غير مشروع وقع العقد باطلا بطلانا مطلقا وهو يأخذ بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد في السبب، والاخذ بالمعنى المذكور يقصد به حماية المجتمع من إبرام عقود مخالفة للنظام العام والآداب العامة، والغرض من ذلك تغليب حماية المجتمع على حماية الفرد، وهذا ما يفيد أن المشرع أخذ بالنظرية الحديثة.

الفرع الثاني: إثبات السبب

أولا: افتراض مشروعية السبب

نصت عليه المادة 98 مدني في فقرتها الأولى على أنه: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، مالم يقدّم الدليل على غير ذلك..."، وفق هذه الفقرة كل التزام في الأصل مفترض أنه يقوم على سبب مشروع، فقد ألقى المشرع المتعاقد الدائن من إثبات مشروعية السبب لأنه مفترض عند عدم ذكره في العقد.

ثانيا: إثبات العكس

بمقتضى الفقرة الأولى من نفس المادة 98 السالفة الذكر، يمكن للمتعاقد المدين إثبات عكس القرينة، أي أن الالتزام ليس له سبب مشروع، لأن افتراض مشروعية السبب هو قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، فيتحمل المتعاقد المدين الذي يطعن في العقد بالبطلان، عبء إثبات عدم مشروعية السبب حتى يتخلص من التزامه.

ثالثا: افتراض حقيقة السبب المذكور في العقد

تنص الفقرة الثانية من المادة 98 مدني على أنه: "ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه"، لقد وضع المشرع قرينة قانونية أخرى مفادها أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، وهذه كذلك قرينة بسيطة، حيث يجوز للمدين أن يثبت صورية السبب، أي أن السبب المذكور في العقد ليس هو السبب الحقيقي، والصورية تقتضي

وجود سببين: سبب ظاهر، وهو السبب المذكور في العقد، وسبب خفي غير ظاهر وهو السبب الحقيقي، ويتحمل المدين عبء اثبات صورية مشروعية السبب بكل وسائل الإثبات، فإذا نجح المدين في إثبات عكس القرينة القانونية المتعلقة بحقيقة السبب المذكور، فإن المادة 98 مدني تسمح لمن يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروع أن يثبت ما يدعيه.

المبحث الثاني

الشكلية

إن اشتراط ركن الشكلية في العقود هو حالة استثنائية، حيث أخذ المشرع بمبدأ الرضائية كما يتجلى ذلك في المادة 59 مدني¹، وسنتناول في هذا المبحث كيفية انتقال الملكية العقارية في مطلب أول، ثم وظيفة التسجيل والشهر في مطلب ثاني:

المطلب الأول

كيفية انتقال الملكية العقارية

(الشكلية المباشرة)

الفرع الأول: تعريف العقد الرسمي

لكي ينشا العقد يجب ان تتوفر فيه الأسس اللازمة لوجوده، أي أركانه وهي: الرضى، المحل، السبب لكن قد يضيف القانون الى هذه الأركان ركن رابع وهو التوثيق، وهذا هو العقد الرسمي أو الشكلي، وينطبق هذا المفهوم في البيوع العقارية، التي يوجب المشرع إفراغها في قالب رسمي إعمالا لنص المادة 324 مكرر 1 من ق م. العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"

الموظف العام هو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بإدارة شؤونها في مجال معين مثل مدير الأملاك الوطنية.

الشخص المكلف بخدمة عامة: كالخبراء... الخ

الضابط العمومي: مثاله الموثق... الخ.

الفرع الثاني: شروط العقد الرسمي

- أن يكون العقد محرر أمام موثق

¹ والتي تنص على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"

- أن يكون مكرس لاتفاق الطرفين: أي أن يتطابق الإيجاب مع القبول حول جميع المسائل الجوهرية في العقد.
- أن يكون مبرم بين طرفين يحوزان أهلية التعاقد.
- محتوى على أصل الملكية: وذلك بتبيان أسماء المالكين السابقين، وهذا من أجل تجنب الوقوع في التصرف في ملك الغير.
- محددًا للعقار تحديداً نافيا للجهالة: من ناحية موقعه، مساحته، ومعلمه الحدودية.
- مراعيًا للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المادة 324 مكرر 2 من ق م.
- معاين لتسديد المبلغ بالنسبة للعقود المبرمة أمام الموثق:
- موقع عليه من قبل الموثق المحرر للعقد بمعية طرفي العقد والشهود.

الفرع الثالث: وظيفة التوثيق

وللتوثيق وظائف هي:

- 1- اتمام ركن من أركان العقد بالنسبة للعقود التي يتطلب المشرع إفراغها في قالب رسمي.
 - 2- تمكين المتعاقد من سند تنفيذي يغنيه عن رفع دعوى صحة التعاقد، باعتبار ان العقد الرسمي عنوان الحقيقة فيما ورد أمام الموثق.
 - 3- يعتبر ما ورد في العقد الموثق حجة على الكافة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني.
 - 4- تنبيه المتعاقدين الى خطورة التصرف المقبلان على إبرامه.
 - 5- إن أحكام عقد البيع تترتب بمجرد توثيق العقد إلا الاثر العيني، أي ان عقد البيع الموثق وقبل شهره بالمحافظة العقارية فانه وإن كان لا ينقل الملكية الى المشتري لكنه ينشئ التزامات في مواجهة كل من البائع والمشتري فيلتزم بموجبه البائع ان ينقل الملكية الى المشتري وبتسليم المبيع وبضمان التعرض و الاستحقاق والعيوب الخفي، ويلتزم المشتري بدفع الثمن.
- فإذا اختل ركن التوثيق في العقد المتعلق بنقل ملكية عقارية، فان مآله البطلان المطلق، ولا أثر له في ترتيب آثاره القانونية.

المطلب الثاني وظيفة التسجيل والشهر (الشكلية غير المباشرة)

الفرع الأول: التسجيل

نستعرض في هذا الفرع تعريف التسجيل ووظيفته وذلك فيما يلي:

أولاً: تعريف التسجيل

هو إجراء ضريبي يتمثل في إدراج بعض الاجراءات والتصريحات والتصرفات الرسمية، لا سيما منها الواردة على عقارات أو حقوق عينية عقارية وذلك في سجلات رسمية، بشرط دفع حقوق أو رسوم مالية تسمى برسوم التسجيل محددة قانوناً لفائدة الادارة المكلفة بهذه المهمة.

فإضافة إلى تحرير العقد على الشكل الرسمي الذي اشترطه القانون للتعبير عن الارادة، اشترط قانون التسجيل الصادر بتاريخ 9 ديسمبر 1976 بموجب الامر 76-105 على الموثق تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل والطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليمياً، إذ جاء في المادة 75 فقرة أولى منه على أنه: " لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوحد بها مكتبهم".

ويلزم نفس القانون الموثقين تسجيل جميع العقود التي يحررونها في أجل لا يتجاوز شهر، وهذا ما نصت عليه المادة 58 من نفس القانون السابق على أنه: " يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها..".

ثانياً: وظيفة التسجيل:

- تحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية، ومراقبة ومتابعة جميع التحويلات في الملكية الخاصة العقارية وإعادة تقويمها وتحصيل الرسوم والضرائب المترتبة عنها
- إثبات تاريخ العقود العرفية، حيث تنص المادة 328 مدني فقرة أولى على أنه: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداءً:

- من يوم تسجيله".

الفرع الثاني: الشهر

في هذا الفرع نتطرق لتعريف الشهر ووظيفته فيما يلي:

أولاً: تعريف الشهر

يعرف الشهر بأنه: "نظام قانوني له مجموعة من القواعد والإجراءات يضمن بها حق الملكية العقارية وكذا الحقوق العينية العقارية الأخرى وجميع العمليات القانونية الواردة على العقارات". فالشهر العقاري يلعب دوراً هاماً يتمثل في إعلام الغير حول الوضعية القانونية لعقار ما، وإيضاً حول الثروة العقارية لشخص ما فضلاً على أنه أهميته تكمن في إتمام نقل الملكية العقارية حتى بين الطرفين المتعاقدين.

ثانياً: وظيفة الشهر

1- إعلام الغير بالتصرفات الواردة على العقار:

إذا كان العقد يلزم المتعاقدين دون غيرهما، فإنه يسري كذلك في حق الغير بمعنى أنه لا يمكن للغير تجاهل التصرفات القانونية التي تتم بين المتعاقدين، فيمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير.

2- ترتيب الأثر العيني في عملية البيع وهو نقل الملكية العقارية:

يحول اغفال الشهر دون ترتيب أي أثر للعقد بين المتعاقدين نفسيهما، فلا يترتب الأثر العيني للعقد وهو انتقال الملكية إلا بعد اتباع إجراءات الشهر.

نخلص في الأخير أن هناك فرق بين الشكلية وشهر التصرفات، فالشكلية هي ركن في التصرفات التي يستلزم القانون ا فراغ الارادة في ثوب الشكلية، بحيث إذا تخلف هذا الركن كان التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً فالشكلية عنصر من العناصر المكونة للتصرف القانوني في بعض التصرفات.

أما شهر التصرف فهو إجراء يتطلبه القانون أساساً بهدف إعلام الغير بحصول هذا التصرف حتى يكون حجة عليهم، فضلاً على أنه في التشريع الجزائري يترتب الأثر العيني وهو نقل الملكية في العقارات أو الحقوق العينية الأخرى سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

الفصل الرابع

البطلان

البطلان هو الأثر القانوني الذي يترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحة هذه الأركان، وقد نظمه المشرع من المواد 99 إلى 105 من القانون المدني سنتناول دراسة البطلان بالتطرق إلى تعريفه والتمييز بينه وبين الأنظمة المشابهة له في المبحث الأول، ثم نتطرق إلى حالاته في المبحث الثاني ثم نتناول أحكامه في البحث الثالث وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول

مفهوم البطلان

في هذا المبحث نبين مفهوم البطلان من خلال استعراض المقصود به وتمييزه عن الانظمة المشابهة له، ثم أنواعه وحالاته، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الاول

المقصود بالبطلان وتمييزه عن الانظمة المشابهة له

الفرع الاول: المقصود بالبطلان

بعدما تناولنا أركان العقد بصفة عامة، من التراضي إلى المحل إلى السبب، لاحظنا في كل مرة أن كل ركن من هذه الأركان استلزم المشرع لصحته أن يتوافر على مجموعة من الشروط، وفي كل مرة كنا نردد عبارة " وإلا كان العقد باطلا "، فالبطلان إذن هو الأثر القانوني الذي يترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، فالبطلان بهذا المعنى يتميز عما يقاربه من أنظمة.

الفرع الثاني: تمييز البطلان عن الأنظمة المشابهة له

لما كان الأثر الذي يترتب على البطلان هو إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، فقد يشبه البطلان بعض الانظمة المشابهة له كالفسخ وعدم النفاذ، فكان يجب أن نميز بينها حتى يرفع اللبس بصدهما، ولذلك وجب التمييز أولا بين البطلان والفسخ، وثانيا بين البطلان وعدم النفاذ.

أولا: التمييز بين البطلان والفسخ

أهم ما يميز البطلان عن الفسخ هو الطبيعة القانونية لكل منهما فالعقد الباطل هو عقد غير صحيح أو عقد معدوم، أما العقد المعرض للفسخ فهو عقد صحيح لا عيب فيه، كما أن العقد الباطل يكون سبب بطلانه مواكبا له منذ نشأته، بينما العقد القابل للفسخ فإن علة الفسخ فيه تكون

لاحقة لنشوءه أي تطراً عند مرحلة التنفيذ، وما يؤكد اختلاف كل منهما عن الآخر موضع تنظيمهما في القانون المدني، إذ أن كلا منهما نُظم في موضع مستقل عن الآخر، فالفسخ نظمه المشرع في المواد من 119 إلى 123، بينما البطلان فنظمه في المواد من 99 إلى 105.

ثانياً: التمييز بين البطلان وعدم النفاذ

البطلان هو جزء تخلف ركن من أركان العقد، ومن ثم فالعقد يعتبر كأن لم يكن فيما بين طرفيه، وأيضاً بالنسبة للغير.

أما عدم النفاذ أو عدم سريان العقد في مواجهة الغير، فإن العقد يقوم صحيحاً وينتج آثاره فيما بين طرفيه، ولكن لا يحتج به في حق الغير لسبب من الأسباب، مثال ذلك العقد الذي يبرمه المريض مرض الموت، فهو لا ينفذ في حق الغير وهم هنا الورثة، فيما يجاوز ثلث التركة إلا إذا أجازوه.

المطلب الثاني

أنواع البطلان وحالاته

الفرع الأول: أنواع البطلان

يختلف تحديد أنواع البطلان من الناحية الفقهية عنه من الناحية القانونية، فمن الناحية الفقهية يلاحظ أن الفقهاء قد قسموا البطلان إلى أنواع كثيرة، لعل أهمها هو التقسيم الثلاثي للبطلان باعتبار أن العقد عندهم ثلاث مراتب فهناك العقد المعدوم، وهناك العقد الباطل، وهناك العقد القابل للإبطال، إلا أن هذا التقسيم الفقهي للبطلان قد تم هجرانه لعدم فائدته القانونية، أما من الناحية القانونية فالبطلان نوعان وهما البطلان المطلق والبطلان النسبي أو ما يسمى بقابلية العقد للإبطال¹، ولكل منهما نطاق خاص، وأحكام خاصة سنأتي إليها تفصيلاً لاحقاً.

الفرع الثاني: حالات البطلان

تختلف حالات البطلان باختلاف ما إذا كان البطلان مطلقاً أو بطلاناً نسبياً، وهي الحالات التي نتناولها تباعاً فيما يلي:

(1). وهذا المصطلح في نظرنا هو الأقرب للصواب لأنه يعبر حقيقة عن فكرة العقد القابل للإبطال لأن عبارة العقد الباطل بطلاناً نسبياً معناه أن العقد باطل في نسبة منه و صحيح في نسبة أخرى و ليس هذا هو المعنى المقصود.

أولاً: حالات البطلان المطلق

يتحقق البطلان المطلق في الحالات التالية:

- 1- إذا انعدم ركن الرضا، إما لعدم تطابق الإرادتين، أو لانعدام الإرادة عند أحد المتعاقدين لعدم بلوغه سن التمييز أو لسبب عارض من عوارض الأهلية المعدمة للإرادة كالجنون والعتة.
- 2- لعدم وجود محل العقد، أو تخلف شرط من شروط صحته، كعدم وجوده، أو عدم تعيينه، أو استحالته، أو مخالفته للنظام العام والآداب العامة.
- 3- عدم مشروعية السبب، أو صورته.
- 4- تخلف الشكل بالنسبة للعقود الشكلية التي يتطلب القانون فيها الشكلية، فتعد في هذه الحالة ركن من أركان العقد.

ثانياً: حالات البطلان النسبي

يتحقق البطلان النسبي في الحالات التالية:

- 1- في حالة نقصان الأهلية بسبب صغر السن، بمعنى إذا كان الشخص قد بلغ سن 13 من العمر ولم يبلغ سن 19.
- 2- في حالة وجود عيب من عيوب الإرادة وهي: الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال، وكذا في حالة اجتماع عاهتين من ثلاث وتعيين مساعد قضائي لهذا الشخص من أجل مساعدته على إبرام بعض التصرفات القانونية، كما نصت على ذلك المادة 80 مدني الفقرة الثانية بأنه: "ويكون قابلاً للإبطال، كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي، إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد، بعد تسجيل قرار المساعدة".

المبحث الثاني

أحكام البطلان

سندرس أحكام البطلان في هذا المبحث بالتطرق إلى المطالب الآتية: من له الحق في التمسك بالبطلان، تليها تقادم دعوى البطلان أو سقوط الحق في التمسك به، ثم تقرير البطلان، وأخيرا آثار البطلان، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

من له الحق في التمسك بالبطلان

الفرع الأول: البطلان المطلق

تنص المادة 102 من القانون المدني على أنه: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان".

لما كان العقد الباطل بطلانا مطلقا منعدم لا وجود له في نظر القانون، فإنه يجوز لكل من طرفيه أن يتمسك بالبطلان، كما يجوز ذلك لكل ذي مصلحة، كالخلف العام والخلف الخاص، والدائنين، ويمكن للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها ولو لم يتم التمسك به من قبل أي من الطرفين¹، وهذا ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 102: "وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها...".

الفرع الثاني: العقد القابل للإبطال

أما إذا كان العقد قابلا للإبطال، فإنه ينشأ أساساً لنقص أهلية أحد المتعاقدين أو عيب شاب إرادته، وعليه يكون لهذا المتعاقد وحده دون الآخر، الحق في طلب إبطال العقد، بعبارة أخرى فإن الحق في طلب إبطال العقد القابل للإبطال إنما يثبت فقط للطرف الذي كانت أهليته ناقصة أو شاب العيب رضاه، ولا يجوز للطرف الآخر ولا لغيره ممن قد تكون له مصلحة في إبطال العقد أن يطلب الحكم بإبطاله، كذلك لا يجوز للمحكمة أن تقضي فيه من تلقاء نفسها².

¹ ذلك أن هذا النوع من البطلان يمس بالنظام العام والآداب العامة، فيجوز للكافة إثارته، بشرط أن تكون له مصلحة في ذلك، بل

انه يجوز إثارته في أي مرحلة من مراحل التقاضي، ولو أمام المحكمة العليا لأول مرة

² هذا النوع من البطلان تقرر أصلا لحماية مصلحة خاصة، وهي مصلحة ناقص الأهلية أو مصلحة من شاب العيب رضاه ولذلك فلا يجوز لغيره التمسك به، ولا يجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها.

المطلب الثاني الإجازة والتقادم

الفرع الأول: الإجازة

تعرف الإجازة بأنها: "النزول عن حق طلب الإبطال، فيزول الخطر عن العقد الذي كان يتهدهه بالزوال، وقد نصت المادة 100 من ق م ج على الإجازة بقولها: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير".

أولاً: الإجازة في العقد الباطل بطلانا مطلقاً

العقد الباطل بطلانا مطلقاً هو في الحقيقة عقد معدوم من الناحية القانونية والعدم لا يخلق منه شيئاً حتى ولو أجاز هذا العقد، ومن ثم فإن الإجازة لا تلحق العقد الباطل بطلانا مطلقاً، وهذا واضح من المادة 102 مدني التي قررت أن الإجازة لا تلحق العقد الباطل بطلانا مطلقاً حيث جاء فيها: "ولا يزول البطلان بالإجازة"

ثانياً: الإجازة في البطلان النسبي

هذا النوع من البطلان هو الذي قصدته المادة 100 مدني بالنسبة للإجازة، حيث أجازت لمن تقرر له حق إبطال العقد أن يتنازل عن حقه في إبطال العقد وبعبارة أخرى أن يجيز العقد، وبالتالي يزول الخطر الذي كان يتهده العقد وهو خطر الإبطال، والسبب في ذلك أن البطلان النسبي حق يتقرر لمن نقصت أهليته أو عابت إرادته، وهو في خيار أن يستعمل حقه في الإبطال إن وجد أن مصلحته تقتضي ذلك، وله أن لا يستعمله إن وجد العكس، وهذا النوع من البطلان لا يتعلق بالنظام العام.

ولما كانت الإجازة تعبيراً عن الإرادة فيجوز أن تكون صريحة أو ضمنية، وتكون الإجازة ضمنية إذا قام الطرف الذي تقرر البطلان لمصلحته بتنفيذ العقد، ويقع عبء إثبات الإجازة للعقد على الطرف الآخر وليس على من أجاز العقد وله في ذلك أن يقيم الدليل على وقوعها بجميع طرق الإثبات.

للإجازة أثر رجعي يعود إلى الوقت الذي انعقد فيه العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 100 مدني.

الفرع الثاني: التقادم

أولاً: تقادم دعوى البطلان المطلق

تقضي الفقرة الثانية من المادة 102 من القانون المدني على أنه: "وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد"، فالتقادم الذي تقرره هذه المادة هو تقادم مسقط للحق في التمسك بدعوى البطلان بالنسبة للعقد الباطل بطلانا مطلقا، بحيث لا يجوز لمن تقرر لمصلحته البطلان المطلق أن يرفع دعوى بطلان العقد، إذا مضت 15 سنة من تاريخ إبرام العقد، فإذا سلم المشتري ثمن المبيع إلى البائع وكذلك سلم البائع الشيء المبيع إلى المشتري وذلك بناء على العقد الباطل ثم مضت 15 سنة على تاريخ إبرام العقد، لا يستطيع كل من البائع والمشتري رفع دعوى البطلان بسبب سقوطها بالتقادم.

لكن هل معنى ذلك أن يصير العقد الباطل بطلانا مطلقا عقدا صحيحا بعدما كان باطلا لسقوط دعوى البطلان؟ الإجابة بالنفي لأن العقد الباطل بطلانا مطلقا هو عقد معدوم قانونا، ويبقى بهذه الصفة مهما مضى من زمن، إنما القانون أخضع دعوى البطلان للأحكام العامة بالنسبة للدعاوى والحقوق بصفة عامة.

وإذا كان الأمر كذلك، فكيف يمكن إبطال العقد؟ يكون ذلك عن طريق الدفع بالبطلان على أساس أن الدفع بالبطلان لا يسقط مهما طال الزمن، وذلك وفقا لقاعدة رومانية قديمة بأن الحقوق مؤقتة عن طريق الادعاء مؤيدة عن طريق الدفع، وعلى هذا إذا سقطت دعوى البطلان فإن سقوطها بالضرورة لا يؤدي إلى سقوط الدفع بالبطلان، وبالتالي إذا لم ينفذ المتعاقدان العقد مدة 15 سنة من يوم إبرام العقد، ثم طالب أحد المتعاقدين الآخر بتنفيذ العقد، يجوز للطرف الآخر أن يدفع ببطلان العقد لأن الدفع بالبطلان لا يسقط مهما طالت المدة.

الفرع الثاني: دعوى البطلان النسبي

تقضي الفقرة الأولى من المادة 101 المدني بأنه: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات"، وبهذا يستقر العقد بمضي هذه المدة ويزول الخطر الذي كان يهدده بالانهيار وتظل جميع الآثار التي ترتبت عليه، وتبدأ مدة التقادم بالنسبة إلى ناقص الأهلية من يوم بلوغ سن الرشد، و أما الغلط والتدليس فمن اليوم الذي يكشف فيه والإكراه من الذي ينقطع فيه، وفي كل الأحوال إذا لم تزول فيه هذه الأسباب فإن الحق في طلب الإبطال يسقط بمضي 10 سنوات من يوم إبرام العقد.

ونشير إلى أن التقادم يجب أن يتم بأقصر الأجلين، أي ما تبقى من مدة التقادم الطويلة وهي 10 سنوات وكامل مدة التقادم القصير وهي 5 سنوات، ومثال ذلك: إذا أبرم عقد في عام 2010 وكان منطويا على تدليس ولم يكتشف إلا في عام 2018 فإن التقادم يتم بالأجل الطويل لأن ما تبقى منه هو سنتان وهي مدة أقل من مدة التقادم القصير وهي 5 سنوات، ولكن إذا افترضنا أن اكتشاف التدليس كان في سنة 2012 فإن التقادم يتم بالأجل القصير، لأن ما تبقى من الأجل الطويل هو 8 سنوات وهي أطول من مدة التقادم القصير.

المطلب الثالث

تقرير البطلان

الفرع الأول: البطلان المطلق

لقد قلنا أن العقد الباطل بطلانا مطلقا، هو في الحقيقة عقد معدوم والعدم لا يخلق منه شيء، وبالتالي، فهو ليس في حاجة لتقرير إبطاله، فإذا لم يقم البائع بتسليم الشيء بناء على العقد الباطل، ولم يدفع المشتري الثمن، كان لكل واحد منهما أن يتصرف كما لو لم يكن بينهما أي عقد، فالبايع يستطيع أن يبيع الشيء المبيع مرة أخرى، وكذلك المشتري فهو حر في نقوده ويستطيع أن يتصرف بالثمن كيفما شاء، فلو طالبه البائع بدفع الثمن أو طالب المشتري البائع بتسليم المبيع، كان لكل واحد منهما أن يدفع ببطلان العقد.

الفرع الثاني: البطلان النسبي

العقد القابل للإبطال عقد صحيح ويرتب جميع آثاره القانونية، رغم أنه معرض لخطر الزوال فيما لو استعمل من تقرر الإبطال لمصلحته حقه في إبطال العقد، وبالتالي فإن العقد القابل للإبطال يحتاج إلى حكم ببطلانه في حالة استعمال حق الإبطال ويكون الحكم هنا ليس مقررا للبطلان وإنما منشئا له.

المطلب الرابع

آثار البطلان

الفرع الأول: الآثار الأصلية للبطلان

تنص المادة 103 من ق م ج على أن: "يعاد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل. غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا بطل العقد لنقص أهليته، أن يرد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد".

يتبين لنا من نص المادة 103 أنه في حالة تقرير البطلان، فإنه يجب أن يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، ويعني هذا أنه إذا كان البائع قد سلم الشيء المبيع، فإنه يستطيع أن يسترده من المشتري وكذلك المشتري إذا كان قد دفع الثمن، ويستوي في ذلك العقد الباطل بطلانا مطلقا والعقد القابل للإبطال إذا تقرر إبطاله، لكن إذا استحال على أحد المتعاقدين رد ما حصل عليه، فيلتزم بالتعويض كالمستأجر فإنه لا يستطيع أن يرد المنفعة التي حصل عليها وبالتالي عليه أن يرد التعويض المعادل لما حصل عليه من منفعة.

وقد استثنى القانون من هذه القاعدة ناقص الأهلية وذلك حماية له، فإذا كان احد المتعاقدين ناقص الأهلية وأبطل العقد بسبب ذلك، فإن ناقص الأهلية لا يرد مما حصل عليه من الطرف الآخر إلا بمقدار ما عاد عليه من منفعة، والمنفعة التي تعود على ناقص الأهلية لا يقصد بها الاغتناء وإنما يراد بها أن يكون ناقص الأهلية قد استخدم ما حصل عليه في إشباع حاجة حقيقية له أو تحقيق نفع لصالحه، كما إذا اشترى بالمال الذي حصل عليه طعاما أو دفعه أجرة لسكن أو أنفقه في تعليم نفسه.

الفرع الثاني: الآثار العرضية للبطلان

بالإضافة إلى الآثار الأصلية التي يربتها البطلان على النحو الذي سبق بيانه فإن البطلان قد يربط بعض الآثار العرضية والتي تناولها المشرع في المادتين 104 و 105 من القانون المدني وهما نظريتا انتقاص العقد، وتحول العقد.

أولا: نظرية إنقاص العقد

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

واضح من هذا النص أنه في حالة ما يكون العقد باطلا في جزء منه أو في شق منه، فإن هذا البطلان لا يشمل الشق الصحيح من العقد، إلا إذا تبين أن العقد لا يمكن أن يتم بدون وجود الشق الآخر الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل حينئذ العقد كله، ويفسر هذا الحكم الذي جاءت به المادة 104 رغبة المشرع في تقليل حالات البطلان وذلك حفاظا على استقرار المعاملات، إلا إذا تبين أن إرادة المتعاقدين تتعارض وهذا الانقسام في العقد، مثال: أن يهب أحد الأشخاص مالا من أمواله لشخص آخر، بشرط غير مشروع، كأن يطالبه مقابل تلك الهبة أن يقوم الموهوب له بتهديب بعض الأشياء الممنوع تداولها قانونا، ففي هذه الحالة ووفقا للمادة 104 تكون الهبة صحيحة أما الشرط فيعتبر غير مشروع، إلا إذا تبين أن هذا الشرط هو الدافع الى الهبة فتبطل الهبة كلها.

ثانيا: نظرية تحول العقد

تنص المادة 105: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد".

تقوم هذه النظرية على فكرة أن العقد الباطل، قد يتضمن في طياته عناصر عقد صحيح، فيتحول العقد الباطل الى عقد صحيح في حالة ما يتبين أن نية المتعاقدين كانت ستتصرف الى إبرام مثل هذا العقد، ومبرر هذه النظرية هو التقليل من حالات البطلان لأنه ليس هدفا يسعى المشرع إلى تحقيقه، كما ان هناك مبرر آخر يمكن تلمسه في تفسير إرادة المتعاقدين وخاصة إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت ستتصرف الى هذا العقد، مثال كأن يتعهد شخص تعهداً لا رجوع فيه أن يجعل أحد الأشخاص وارثاً له، فهذا التعهد يعتبر باطلا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولكنه يتحول الى وصية يجوز الرجوع فيها، ويشترط في نظرية تحول العقد ما يلي:

1- بطلان التصرف الأصلي: سواء كان باطلا بطلانا مطلقا أو نسبيا.

2- أن يكون التصرف الأصلي متضمنا عناصر تصرف آخر.

3- انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى تصرف آخر.

الفصل الخامس

آثار العقد

تناول المشرع آثار العقد في القسم الثالث من الفصل الثاني "العقد" من الكتاب الثاني للالتزامات والعقود من القانون المدني، ابتداء من المادة 106 إلى المادة 118 وتتمثل آثار العقد في قوته الإلزامية من جهة، ونسبية آثاره من جهة أخرى.

المبحث الأول

آثار العقد من حيث الموضوع

القوة الملزمة للعقد (العقد شريعة المتعاقدين)

نتناول في هذا المبحث المقصود بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ثم إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد، وأخيرا تفسير العقد، وذلك فيما يلي

المطلب الأول

المقصود بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين

الفرع الأول: القاعدة العامة: العقد يقوم بين المتعاقدين مقام القانون

تنص المادة 106 على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"، يتضح من هذا النص أن العقد منذ إتمامه بين المتعاقدين تصبح أحكامه بمثابة القانون الذي ينطبق على المتعاقدين من حيث ما ينشأ لهما بموجبه من حقوق وما ينشأ عليهم من التزامات، دون أن يملك أحدهما بمفرده حق تعديل أو نقض ما جاء في العقد، وهذا نتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة، فما دام المشرع يعترف للإرادة بسطان في حدود النظام العام والآداب العامة، فإن ما تتعد عليه إرادة الطرفين يكون بالنسبة إليها بمثابة قانون واجب الاحترام، ولهذه القاعدة أساس أخلاقي وآخر اقتصادي، فأساسها الأخلاقي نجده في مبدأ احترام العهد المقطوع، وأساسها الاقتصادي نجده في توفير الاستقرار للمعاملات. وعلى ذلك فإن العقد متى نشأ صحيحا طبقا للقانون، التزم المتعاقدين به وخضعا له، كما يخضعان للقانون، ومعنى ذلك أن كلا من المتعاقدين يلتزمان بما يوجبه العقد كما لو كان ناشئا عن مصدر تشريعي.

وحضر تعديل أو نقض أحكام العقد ليس مقصورا على المتعاقدين وإنما يشمل كذلك القاضي فلا يجوز له أن يعدل أو ينقض أحكام العقد حتى ولو كان ذلك بدعوى تحقيق العدالة.

ويتم إذن نقض العقد عن طريق فسخه بالاتفاق¹، حيث يبزم المتعاقدان عقدا جديدا يقضي بإلغاء العقد الأول، ويعدل العقد كذلك بنفس الطريقة، فإذا تم إبرام عقد بيع صحيح ثم تقرر الرجوع فيه، أو تعديل بعض شروطه، جاز ذلك للبائع والمشتري طالما حصل اتفاق بينهما، ولكن إذا لم يحصل مثل هذا الاتفاق يبقى الطرفان ملزمين بالعقد الاصلي ولا يتحللان من قيوده ما لم يقض القانون بغير ذلك.

الفرع الثاني: الاستثناء جواز تعديل العقد برخصة من القانون

إذا كانت هذه القاعدة العامة، إلا أن القانون قد يسمح أحيانا لأحد المتعاقدين بنقض أو تعديل العقد دون رضا المتعاقد الآخر، وترجع أسباب هذه الحلول الاستثنائية عموما إلى مسائل أربع وهي:

أولا: تحريم الالتزام مدى الحياة

تتنافى حرية الفرد مع الالتزام مدى الحياة، ومن ثم فإن العقود الزمنية التي لم تعين مدتها تكون بمقتضى ترخيص من القانون، قابلة للإلغاء من طرف واحد ودون رضا الطرف الثاني، ونذكر مثال على ذلك نص المادة 440 مدني التي تنص على أنه: "تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء، إذا كانت مدتها غير معينة..". كما جاء أيضا في المادة 546 مدني الفقرة الثانية: "فإن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العرية جاز للمعير أن يطلب انهاءها في أي وقت..".

ثانيا: انعدام الثقة

تقوم بعض العقود على الثقة، وبالتالي فإذا انعدمت لا يمكن استمرار العقد، وفي هذه الحالة يسمح المشرع للمتعاقد بإنهاء العقد أو تعديل شروطه بإرادته المنفردة وهذا هو الحال في عقد الوكالة على سبيل المثال، حيث يكون شخص الوكيل محل اعتبار، وقد نصت المادة 587 مدني على أنه: "يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدتها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك..".

ثالثا: تهديد مصالح المتعاقد

قد يهدد التمسك بالعقد في بعض الاحيان مصالح المتعاقد، بأن يلحق به خسارة فادحة مثلا، مما يستدعي تعديله أو نقضه دون اتفاق المتعاقدين، فقد تتهدد مصالح المتعاقد بسبب امتناع المتعاقد الاخر عن تنفيذ ما التزم به، أو قام بتنفيذه بطريقة سيئة، وفي هذه الحالة يسمح القانون للمتعاقد بتعديل أو نقض العقد دون حصول اتفاق، فالمادة 119 مدني تقضي بأنه: "في العقود

¹ وهذا ما يعرف بالتقابل

الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه..."، كما نصت المادة 441 مدني على أنه: "يجوز أن تحل الشركة بحكم قضائي بناء على طلب أحد الشركاء، لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو بأي سبب آخر.."

رابعاً: اتفاق المتعاقدين

قد يتفق المتعاقدان في العقد على أنه يجوز لكل منهما إنهاء العقد بإرادته المنفردة، كأن يتفقا في عقد إيجار محل تجاري على تحديد مدة الإيجار ب 3 سنوات قابلة للتجديد ما لم يرغب أحدهما في إنهاء العقد.

وفي عقود أخرى يجيز القانون لواحد فقط من المتعاقدين نقض العقد، كما هو الحال بالنسبة للواهب الذي يحق له أن ينقض عقد الهبة بعد إبرامه، وبعد تنفيذه، وكذا حق الرجوع في العقد الإلكتروني.

المطلب الثاني

إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

تنص للمادة 107 مدني على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.."

يتمثل الوجه الثاني للقوة الملزمة للعقد في إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد وفق الشروط التي يتضمنها، ما لم تطرأ ظروف استثنائية تجعل تنفيذه مرهقاً، ونتطرق لذلك في فرعين:

الفرع الأول: المقصود بإلزامية تنفيذ العقد

تفيد إلزامية تنفيذ العقد أمرين: الأمر الأول أن يلتزم المتعاقدان بتنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه بحسن نية، أما الأمر الثاني فيتمثل في نطاق العقد، وهو ما يطرح مشكلة تحديد مضمون العقد، وهذا ما سوف نبينه فيما يلي:

أولاً: وجوب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه

وهو ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 107 مدني: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية"، والتي نستنتج منها ما يلي:

1- الحقوق والواجبات الواردة في العقد

يتمثل مضمون العقد في المسائل الواردة فيه صراحة من حقوق وواجبات المتعاقدين، حيث يكونا ملزمين بتنفيذ كل ما ورد في العقد دون التمييز بين ما هو مهم وما هو دون ذلك، فهما

مقيدان بالشروط الواردة في العقد، ويعتبر عدم تنفيذ بعضها بمثابة عدم تنفيذ العقد، لذلك وجب تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق كل طرف وفق الشروط المتفق عليها.

2- وجوب تنفيذ العقد بحسن نية

يتعين على المتعاقدين عند القيام بتنفيذ العقد أن ينفذاه بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، وهو مبدأ مفترض لدى كل متعاقد ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك، ولحسن النية مظهران:

المظهر الأول: نزاهة المتعاقد

تقتضي النية الحسنة نزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه وإخلاص، ويقصد بالنزاهة والإخلاص أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسيرا أو مستحيلا، إن هذا الالتزام الذي يقع على عاتق كل متعاقد هو الذي يبرر بطلان شرط الاعفاء من المسؤولية الناتجة عن غش المتعاقد أو خطئه الجسيم وفقا للمادة 178 مدني¹، فمثلا إذا اتفق شخص مع سائق اجرة ذات عداد على نقله الى جهة معينة، فلا يصح للسائق ان يختار أطول طريق للوصول الى الجهة المتفق عليها حتى تزيد الاجرة لان هذا يتنافى مع حسن النية في تنفيذ العقد.

المظهر الثاني: الالتزام بالتعاون

إلى جانب النزاهة يتحمل المتعاقد التزاما بالتعاون طبقا لمقتضيات حسن النية، ويقضي هذا الالتزام الايجابي القيام بعمل يتمثل في اطلاع وإشعار المتعاقد معه بكل ما يتعلق بتنفيذ العقد

ثانيا: نطاق العقد

يحدد العقد مضمونه ونطاقه فيوضح على وجه الخصوص حدود الالتزامات التي يرتبها، ولكن إذا أغفل المتعاقدان بعض التفاصيل سهوا، أو لكونها أمرا مألوفا بين الناس يكون العقد ناقصا، فيتولى القاضي إكماله وفقا للمادة 107 فقرة 2 في ضوء القانون والعرف والعدالة حسب طبيعة الالتزام، وسنبيّنهما فيما يلي:

1- القانون:

يعتبر القانون بالنسبة للعقود المسماة المرجع الأول لاستكمال العقد الذي أغفل بعض التفاصيل، ويكون دور القواعد القانونية في هذا الاطار دورا تكميليا لإرادة المتعاقدين، فالقواعد المكملة لا تلزم المتعاقدين ولهما أن يتفقا على ما يخالفها، ولا تطبق إلا إذا لم يتناول العقد

¹ والتي تنص على أنه: "وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من اية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم..."

المسائل التي عالجتها القوانين المكملة، فهي تحل محل إرادة المتعاقدين إذا لم يتفقا على خلافها، ويعتمد القاضي على هذه القوانين التفسيرية لإكمال العقد مثال ذلك: تنص المادة 479 مدني على أنه: "يلتزم المؤجر أن يتعهد بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم.

ويجب عليه أن يقوم بالترميمات الضرورية أثناء مدة الايجار، دون الترميمات الخاصة بالمستأجر.

ويتعين عليه أن يقوم لاسيما بالأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص وأعمال تنظيف الآبار وكما يتعين عليه صيانة وتفريغ المراحيض وقنوات تصريف المياه. يتحمل المؤجر الرسوم والضرائب وغيرها من التكاليف المثقلة للعين المؤجرة". فإذا لم يتناول عقد الايجار هذه التفاصيل تستكمل التزامات المؤجر والمستأجر في ضوء هذا النص القانوني.

2- العرف:

طبقا لأحكام المادة 107 الفقرة الثانية يكون العرف¹ اساسا عقديا، حيث يفترض أن سكوت المتعاقدين يفيد اتفاقهما على تطبيق قواعد العرف، وهكذا فإن العرف يساهم في تحديد نطاق العقد اذ يعتد به القاضي لاستكمال مضمون العقد، ومن أمثلة ذلك: تخفيض الثمن عوض الفسخ في حالة تأخر البائع عن تسليم المبيع، أو في حالة تسليم بضاعة من صنف أقل جودة من الصنف المتفق عليه.

3- العدالة:

العدالة المقصود بها هنا الانصاف والعدل كما يتصوره الفرد بغض النظر عن أحكام القانون الوضعي، فالقضاء وفق قواعد العدل والانصاف يعني الفصل في أمر معين طبقا لما يقتضيه الضمير، والمنطق وطبيعة الاشياء، وتكون هذه الاحكام مستمدة من القانون الطبيعي وليس من القانون الوضعي²، فالعدالة بهذا المعنى هي إذن وسيلة لتحديد مستلزمات العقد، ودورها هو ضمان العدالة العقدية.

¹ يعتبر العرف وكما هو معلوم مصدرا رسميا احتياطيا طبقا للفقرة الثانية من المادة الاولى، وهو اتباع أفراد من المجتمع أو بعض فئاته لسلوك معين في مسائل معينة على سبيل التكرار اعتقادا منهم أنه ملزم.

² وهذا ما ورد في الفقرة الثانية من المادة الاولى مدني، يجب على القاضي الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، إذا لم يجد نص تشريعي أو مبدأ من مبادئ الشريعة الاسلامية أو العرف.

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة

نتناول في هذا الفرع المقصود بنظرية الظروف الطارئة، ثم شروطها، وأخير كيفية مراجعة العقد، كل ذلك فيما يلي:

أولاً: المقصود بنظرية الظروف الطارئة

إذا طرأت بعد إبرام العقد وأثناء سريانه حوادث طارئة تؤدي إلى اختلال التوازن بين المراكز العقدية تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، منح القانون للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد وإعادة التوازن والمساواة بين المراكز العقدية، وهذا ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة والتي تُعد انتهاكا صارخا للقوة الملزمة للعقد، وتفيد كذلك تراجع مبدأ سلطان الإرادة. تنص المادة 107 فقرة 3 مدني على انه: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

يتضح من هذا النص أن المشرع قد عمل على علاج الحالة التي يختل فيها التوازن حال تنفيذ العقد الذي يتراخى تنفيذه في الزمن، بحيث يصبح هذا التنفيذ مرهقا للمدين يهدده بخسارة فادحة، وهذا لا يكون إلا إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها، مثل نشوب حرب فجأة، أو فيضان، وكثيرا ما يحدث هذا في عقود التوريد حيث ترتفع الاسعار ارتفاعا فاحشا فيتعذر على المورد توريد السلع المتفق عليها إلا بمشقة وإرهاق وخسائر جسيمة، فيتدخل القاضي لتعديل ليعدل الالتزامات الناشئة من العقد بما يتناسب وهذه الحوادث الاستثنائية.

ثانياً: شروط نظرية الظروف الطارئة

لكي تنطبق نظرية الظروف الطارئة ويباح للقاضي التدخل في شريعة العقد يتعين أن تتوافر الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه

تفترض هذه النظرية أن حادثا وقع بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه، وأن هذا الحادث قد أدى إلى اختلال التوازن الذي كان موجودا وقت انعقاد، ومقتضى هذا ان تكون هناك فترة زمنية تفصل بين انعقاد العقد وتنفيذه، وعليه فإن العقود التي تنطبق عليها النظرية يجب ان تكون متراخية التنفيذ، فهي تطبق على العقود ذات التنفيذ المستمر، كعقد الإجار وعقد العمل، وكذلك العقود ذات التنفيذ الدوري، كعقد التوريد، وهي تنطبق أيضا على العقود الفورية المؤجلة التنفيذ، كالبيع بثمن

مؤجل أو مقسط، بشرط أن لا يكون تراخي التنفيذ بخطأ المدين وحده، إذ لا يجوز أن يستفيد من تقصيره.

الشرط الثاني: أن تطراً بعد إبرام العقد حوادث استثنائية عامة غير ممكن توقعها

يلزم أن تتوافر في الحادث شروط معينة وهي:

- **فيلزم أن نكون بصدد حادث استثنائي:** أي نادر أو غير مألوف يؤثر على الالتزامات التعاقدية بما يجعل التوازن العقدي مختلاً اختلالاً فادحاً أو مفرطاً، وقد يكون حادثاً طبيعياً مثل الزلزال، الفيضانات، وقد يكون فعلاً بشرياً كالحرب والاضطرابات، أو صدور القوانين بزيادة الاسعار أو فرض ضرائب جديدة...إلخ.

- **كما يجب ان يكون الحادث عاما:** يشترط في الحادث الطارئ أن يكون عاماً، فيمس كافة الناس أو على الأقل فئة منهم، وهو ما يصدق على الحوادث الطبيعية، كالفيضانات وانتشار الاوبئة والآفات الزراعية...الخ، أما إذا كان هذا الحادث خاصاً بالمدين نفسه، كإفلاسه أو مرضه أو احتراق محصوله أو بوار تجارته أو هلاك ماشيته، فلا يكفي لتطبيق تلك النظرية.

- **يجب أن يكون الحادث غير متوقع:** يكون الحادث غير متوقع إذا لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه وقت إبرام العقد وإلا احتاطا لذلك، فإذا كان الحادث متوقفاً فلا يدخل في عداد الظروف الاستثنائية، ولا يستوجب التدخل من طرف القاضي لتعديل العقد، ويجب أن يكون الحادث مما لا يستطيع المتعاقد دفعه عن نفسه أو تقاديه، وهو شرط بديهي لم يرد ذكره في التقنين المدني لأنه شرط بديهي تقتضيه طبيعة نظرية الظروف الطارئة.

الشرط الثالث: أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين لا مستحيلاً

يلزم أن يكون من شأن الظروف الطارئة جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، ولا يلزم الأمر أن يصل إلى حد استحالة التنفيذ كما هو الشأن في حالة القوة القاهرة، بل يكفي أن يصير هذا التنفيذ مرهقاً للمدين، ويجب أن يحدد هذا الإرهاق بصورة موضوعية لا ينظر فيها إلى ظروف المدين الخاصة أو إلى ثروته، بل يكون كلما أصبح مقدار التزامه يفوق بكثير العوض الذي يتحصل عليه، فلا يعتد في تقدير إرهاق المدين في تنفيذ الالتزام إلا بما ورد في العقد من التزامات وحقوق، ويظهر أن هذا المعيار الموضوعي يحقق العدالة بين المتعاقدين.

الفرع الثالث: كيفية مراجعة العقد

استعمل المشرع في المادة 107 مدني أعلاه عبارة "جاز للقاضي" مما يجعلنا نعتقد أن القاضي غير ملزم بمراجعة العقد إلا إذا أراد ذلك، وهذا تأويل غير صحيح، ويتعارض مع غرض المشرع من استحداث نظرية الظروف الطارئة، ولأن مراجعة العقد بسبب الحوادث الطارئة تعتبر من النظام العام، حيث تقضي المادة 107 ببطان كل اتفاق يخالف أحكامها، فالقاضي إذن ملزم بمراجعة العقد إذا توفرت الشروط المقررة لذلك، غير أنه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة بشأن تقدير الخسارة الفادحة وكيفية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

فإذا توافرت الشروط السابقة جاز للقاضي تبعا للظروف أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويتحقق ذلك بأية وسيلة يراها القاضي لإقامة التوازن، فقد ينقص التزام الطرف المرهق بالنسبة للمدين، وقد يزيد التزام الطرف الآخر بحيث يخفف من خسارة المدين، وقد يرى وقف تنفيذ العقد فترة معينة بشرط عدم الإضرار بالدائن، ولكن كل هذا يرتبط بقيام الطرف المفاجئ، فإذا زال عادت الأمور إلى ما كانت عليه.

المطلب الثالث

تفسير العقد

الفرع الأول: حالة وضوح عبارة العقد

نصت المادة الفقرة الأولى 111 مدني على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين"، يمكن في هذا الصدد أن نفرق بين ما إذا كانت عبارة العقد الواضحة تتفق مع الإرادة الحقيقية، وبين ما إذا كانت هذه العبارة واضحة لكنها لا تتفق مع تلك الإرادة:

الحالة الأولى: إذا كانت عبارة العقد واضحة

إذا كانت عبارة العقد واضحة فإن المادة 111 فقرة أولى السابقة الذكر تقضي بأنه لا يجوز الانحراف عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين الحقيقية، ذلك أن المفروض أن العبارة الواضحة تكون متفقة مع قصد المتعاقدين أو مع نية الملتزم الحقيقية، وعندئذ، لا صعوبة في الأمر، إذ ينطبق العقد كما هو، دون أن تثار مشكلة تتعلق بالتفسير.

ذلك أن الأصل أن تكون عبارات العقد الواضحة معبرة بدقة عن نية الملتزم أو عن قصد المتعاقدين، ولهذا فإنه متى كان المعنى واضحا ومعقولا، لا يلزم - كقاعدة عامة - الالتجاء الى عناصر أخرى تمكن من الكشف عن نية المتعاقدين فيكتفي بما يؤخذ من عبارات العقد التي لا

يؤثر حولها أي شك في الدلالة على النية الحقيقية، إذ يفترض أن التعبير الواضح انعكاس للإرادة الحقيقية.

الحالة الثانية: وهي حالة وضوح العبارة مع مخالفتها للقصد الحقيقي

في هذه الحالة يكون اللفظ واضحاً لكنه لا يعبر عن الإرادة الحقيقية، حيث يقصد الطرفان معنى غير ما ينصرف إليه اللفظ، ولا شك في هذه الحالة أنه ينبغي الاعتداد بالمعنى الحقيقي وإهمال الوارد في العقد، ولو كان واضحاً ومحددًا.

ولكن ينبغي إثبات ذلك، لأنه إذا كان يفترض أن التعبير الواضح المحدد يعد انعكاساً للإرادة، وبالتالي مطابقاً لها، فإن الافتراض قابل لإثبات العكس، ولا يمكن تجنب التعبير الواضح المحدد والأخذ بخلافه إلا إذا ثبت أن هذا العكس هو الذي ينصرف إليه قصد المتعاقدين حقيقة، ولا بد من إثبات ذلك بصورة قاطعة، بحيث يكون من المحقق أن الطرفين استعملتا الألفاظ الواضحة الواردة في العقد في غير المعنى المقصود حقيقة.

الفرع الثاني: حالة ما تكون عبارة العقد غير واضحة (التفسير في حالة الغموض والالتباس)

تنص الفقرة الثانية من 111 مدني على هذه الحالة حيث تنص على أنه: "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن تتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات"، حسب هذه المادة فإنه إذا وجد في العقد غموض أو التباس، ظهرت الحاجة إلى تفسيره، حتى يمكن تحديد معناه ونطاقه وما يتولد عنه من التزامات، ويقوم القاضي بهذا الدور لكي يتوصل إلى ما قصده المتعاقدين، فلا يجوز التعرف على نيتهم المشتركة من خلال إرادة أحدهما، وإنما من خلال إرادة المتعاقدين معاً.

وإذا كان توضيح عبارات العقد الغامضة يكون من خلال الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، فأين نجد هذه النية المشتركة؟ هل في الإرادة الظاهرة للمتعاقدين والتي كشفت عنها عبارات العقد؟ أم في الإرادة الباطنة التي لم تكشف عنها إرادة المتعاقدين من خلال الألفاظ والعبارات التي اختاروها في صياغة العقد؟

هنا نغلب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة للمتعاقدين لأن الإرادة الباطنة هي التي تدل على حقيقة ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وعلى وجه الخصوص في حالة ما تكون عبارة العقد غير واضحة وتحتل أكثر من معنى، وقد رأينا أنه في حالة وضوح العبارة فإن القاضي لا يجوز له أن ينحرف في التفسير عما هو واضح له من عبارات العقد وإلا كان حكمه يستوجب النقض، ويمكن

للقاضي أن يستهدي بعدة عوامل للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين لتفسير العبارات غير الواضحة في العقد، وهذه العوامل قد تكون داخلية من العقد وقد تكون خارجية عنه:

أولاً: العوامل الداخلية في تفسير العقد

نستنتجها من المادة 111 مدني السالفة الذكر، وهي طبيعة التعامل، الأمانة والثقة بين المتعاقدين:

طبيعة التعامل: ففي حالة ما تكون عبارة العقد تحتل أكثر من معنى، فعلى القاضي أن يختار المعنى الذي يتفق وطبيعة التعامل وموضوع العقد، فالمتعاقدان في مثل هذه الحالة يكونان قد تركا العقد يخضع للأحكام والقواعد التي تقتضيها طبيعة العقد، ما لم يصرحا بخلاف ذلك.

الأمانة والثقة الواجب توافرها بين المتعاقدين: كذلك للقاضي أن يستهدي على النية المشتركة للمتعاقدين، فيما يوجبه القانون من الأمانة والثقة بين المتعاقدين، وبالتالي فإذا وجد خطأ في التعبير أو لبساً فيه، لكن أحد المتعاقدين استطاع أن يتبين هذا الخطأ وهذا اللبس، فواجب الأمانة يقتضي عليه ألا يستغل ما وقع من إيهام في التعبير، مادام قد استطاع أن يتبين ذلك ويفهمه على حقيقته.

ثانياً: العوامل الخارجية

وقد ذكر المشرع أحد العوامل الخارجية في تفسير العقد في حالة غموض عبارة العقد، وهي العرف الجاري في المعاملات، وبهذا يلتزم القاضي بتفسير العقد، وذلك وصولاً للنية المشتركة للمتعاقدين بالعرف الجاري في المعاملات، فالمسائل التي ينظمها عرف معين يفترض في المتعاقدين أنهما يعلمانه ويرتضيانه في تفسير إرادتهما وإلا صرحا بمخالفته.

الفرع الثالث: الشك يفسر لمصلحة المدين

وهذه قاعدة في تفسير العقد نصت عليها المادة 112 "يؤول الشك في مصلحة المدين"، وهذه القاعدة تعني أنه في حالة قيام الشك في مدى التزام المدين، فإن هذا الشك يجب أن يؤخذ في الاعتبار لمصلحة المدين على أساس أن المدين الأصل فيه براءة ذمته من الالتزام إلى أن يثبت العكس، فإذا عجز الدائن أو أن الأدلة التي تقدم بها لإثبات الحق الذي يدعيه على المدين غير كافية في نظر القاضي، فإنه يجب أن يحكم لصالح المدين.

ولقد خرج القانون على قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين، فجعل تفسير الشك يفسر لمصلحة الطرف الذي وقع عليه الإذعان سواء كان المدين أم الدائن، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من

المادة 112 مدني على أنه: "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

الفرع الرابع: عقود الإذعان

هو العقد الذي يقبل فيه أحد الطرفين كامل شروط وبنود العقد دون أن يكون له الحق في تعديلها أو الإضافة عليها أو مناقشتها وليس له غير الخضوع الكامل لإرادة الطرف الثاني الذي يحتكر سلعة من السلع، أو مرفقاً من المرافق التي تقدم الخدمات للجمهور، كشركات النقل أو الكهرباء والغاز، أو الهاتف، أو التأمين... الخ.

إن سلطة القاضي تكون واسعة في تعديل وتفسير شروط عقد الإذعان، بحيث يستطيع القاضي أن يعدل شروط العقد بحيث تتساوى التزامات أطراف العقد أو أن يعفي القاضي الطرف المذعن من الشروط التعسفية كلية، ويعتبر كل اتفاق على غير ذلك باطلاً بطلاناً مطلقاً، وهذا ما جاء في نص المادة 110 مدني التي تنص على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

المبحث الثاني

آثر العقد بالنسبة للأشخاص

(قوة الملزمة للعقد بالنسبة للأشخاص)

يرتب العقد باعتباره تصرفاً قانونياً يربط بين شخصين فأكثر حقوقاً وواجبات وبديهي أن هذه الالتزامات والحقوق تقع على عاتق طرفي العقد أي المتعاقدين، غير أن اصطلاح المتعاقدين يشمل كذلك من يمثلهما، فتتصرف آثار العقد إلى الخلف سواء كان الخلف العام وهو الوارث الذي يخلف المتعاقد في أمواله بعد وفاته، أو كان الخلف الخاص وهو الذي يتلقى حقا على شيء يملكه أثناء حياته، كما أن آثار العقد تؤثر بطريق غير مباشر في حقوق دائني المتعاقدين، والاصل أن آثار العقد لا تتصرف إلى الغير، وهذا هو المقصود بنسبية آثار العقد الذي اعتمده المشرع في المواد 108، 109، 113 مدني، وإذا كان الاصل عدم انصراف آثار العقد إلى الغير، بمعنى أن آثاره تكون في مجال محدد غير اننا سنرى أنها تتصرف إلى الغير في حالات استثنائية، وهذا ما سوف نتناوله في المطلبين الآتيين:

المطلب الاول

مبدأ نسبية آثار العقد

الفرع الأول: انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين

المتعاقدان هما طرفا العقد اللذان أبرماه باسمهما ولحسابهما، وقد يباشر المتعاقد عملية التعاقد بنفسه أو بواسطة شخص آخر يكون وكيلاً أو نائباً عنه، وهذا الوكيل أو النائب لا يعد طرفاً في العقد بل هو أجنبي عنه، وما ينشأ عن العقد من حقوق وواجبات تضاف إلى ذمة الاصيل.

الفرع الثاني: الخلف العام

تنص المادة 108 مدني على أنه: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الاثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"، سنتناول في هذا الفرع تحديد تعريف الخلف العام، ثم نتطرق لحدود قاعدة انصراف العقد إلى الخلف العام، وذلك فيما يلي:

أولاً: تعريف الخلف العام

الخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية أو في جزء منها فيحل الخلف محل السلف بالنسبة للحقوق والواجبات المكونة للذمة المالية، وبعبارة أخرى فان الحقوق التي يكتسبها الخلف

والواجبات التي يتحملها ليست له ولا عليه من حيث الاصل، وإنما تلقاها لكونه حل محل السلف، فهو يمارس ويتمسك بحقوق السلف وواجباته وليس بحقوقه الشخصية.

ثانيا: حدود القاعدة

لقاعدة انصراف العقد إلى الخلف العام استثناءات إلى جانب قواعد الميراث، نستعرضها فيما يلي:

1- استثناءات قاعدة انصراف آثار العقد إلى الخلف العام

أ- طبيعة التعامل

قد لا تتفق طبيعة التعامل مع انتقال آثار العقد ومن ثم لا تتصرف آثاره إلى الخلف العام، كحق النفقة غير قابل للانتقال، وتمنع طبيعة التعامل كذلك انتقال آثار العقد إلى الخلف إذا كان شخص المتعاقد المتوفي محل اعتبار كالعامل أو الرسام أو المحامي أو الطبيب أو الوكيل، ففي هذه الحالات كلها يؤدي موت المتعاقد إلى انقضاء العقد.

ب- نص القانون

قد يمنع القانون انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، مثال ذلك ما نصت عليه المادة 394 تنتهي الشركة بموت احد الشركاء" وفي هذه الحالة لا تتصرف آثار عقد الشركة إلى الخلف العام

ج- الاتفاق

ويضيف الفقهاء سببا ثالثا للسببين السابقين، يؤدي الى عدم انصراف أثر العقد الى الخلف العام، ألا وهو الاتفاق، على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين، فإذا اتفق السلف قبل موته مع المتعاقد، على عدم انتقال الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد، فإن ذلك مؤداه أن هذه الحقوق والالتزامات لا يجوز انتقالها الى الخلف العام.

2- قواعد الميراث

إذا ابرم شخص عقدا ثم توفي فأثار العقد تتصرف إلى الورثة وإلى من أوصى لهم بحصة من تركته، فتنقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إلى ورثته فلهم المطالبة بالحقوق وعليهم القيام بالالتزامات طبقا لقاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، فهذا الالتزام يبقى في التركة دون انتقاله إلى ذمة الوارث، فإذا انقضى أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت إلى الورثة كل بقدر نصيبه الشرعي.

الفرع الثالث: الخلف الخاص

تنص المادة 109 مدني على أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى الخلف الخاص، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه". نستعرض بالدراسة في هذا الفرع تعريف الخلف الخاص ثم شروط انصراف أثر العقد من السلف إلى الخلف الخاص، وذلك فيما يلي:

أولاً: تعريف الخلف الخاص:

الخلف الخاص هو من يتلقى من السلف حقا معيناً كان قائماً في ذمة هذا السلف، سواء كان هذا الحق عينياً ام كان حقا شخصياً أو حقا معنوياً، فالمشتري خلف خاص للبائع في العين المبيعة، والموهوب له خلف خاص للواهب، والمحال له خلف خاص للدائن المُحيل لأنه يخلفه في حقه الذي في ذمة المحال عليه، والناشر يخلف المؤلف في حق النشر للمدة المتفق عليها.

ثانياً: شروط انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص

يتضح من نص المادة 109 مدني السالفة الذكر أنه يجب أن تتوافر شروط لانصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص وهي كالاتي:

الشرط الأول: أن يكون تاريخ العقد سابقاً على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص

يجب أن كون العقد الذي ابرمه السلف سابقاً في تاريخ ابرامه على التصرف الذي انتقل به الحق إلى الخلف الخاص مثال ذلك: أن يكون تاريخ عقد الايجار الذي ابرمه السلف على الشيء سابق على تاريخ عقد البيع الذي نقل به ملكية هذا الشيء المؤجر إلى الخلف الخاص، وذلك حتى يكون عقد الايجار نافذاً في مواجهة الخلف الخاص المشتري.

الشرط الثاني: أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء

ولبيان ذلك فرق الفقه بين كل من الحقوق والالتزامات لبيان مدى اتصالها بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص بحيث تعتبر من مستلزماته، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: بالنسبة للحقوق

تعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكتملة له، بمعنى أن يكون الغرض منها درء الضرر عن الشيء أو تقويته أو حفظه أو وقايته، مثال ذلك: لو أبرم شخص عقد تأمين ضد الحريق على منزله ثم باع هذا المنزل إلى المشتري (خلف خاص) فإن حق السلف (البائع) في مواجهة شركة التأمين ينتقل إلى هذا الخلف الخاص المشتري، لان الحقوق الناشئة من عقد

التأمين تتعلق بالمنزل المؤمن عليه ويقصد بها حمايته وتقويته ودرء ضرر الحريق عنه، ولهذا فإنها تعتبر من مستلزماته فتنتقل إلى الخلف الخاص مشتري المنزل.

أما إذا لم يكن الحق من مستلزمات الشيء أي غير مكمل له على الوجه الذي اوضحناه فلا ينتقل إلى الخلف، مثال ذلك إذا أبرم مالك أرض (السلف) مع مقاول عقدا لإقامة بناء على أرض المالك، ثم قام هذا الأخير ببيع هذه الأرض لشخص آخر (خلف خاص)، فإن آثار عقد المقاوله والحقوق الناشئة عنها لا تنتقل إلى الخلف الخاص لأنها غير مكملة للشيء المبيع ولا يقصد بها حمايته ودفع الضرر عنه فهي ليست من مستلزماته.

ثانيا: بالنسبة للالتزامات

يعتبر الالتزام من مستلزمات الشيء ومن ثم ينتقل إلى الخلف الخاص، إذا كان محددًا للشيء أي يُفقد استعماله والانتفاع به أو يحد من حرية المالك عليه، مثال ذلك: كما لو التزم مالك الأرض بقيود معينة في البناء كعدم تجاوز الارتفاع بالبناء إلى حد معين انتقل هذا القيد إلى المشتري (الخلف الخاص)، ومن ثم يكون من مستلزماته.

الشرط الثالث: أن يكون الخلف عالما بالحق أو الالتزام وقت انتقال الشيء إليه

يجب أن يكون الخلف الخاص عالما بالحقوق أو الالتزامات وقت انتقال الشيء إليه، وذلك حتى تكون نافذة في مواجهته، ويستفاد هذا الشرط من أواخر المادة 109 مدني والتي تنص: "...وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

وهذا الشرط بديهي تمليه اعتبارات المنطق والعدالة، خصوصا بالنسبة للالتزامات لأنها قيود محددة تثقل الشيء وتحد الانتفاع به، فلا يتصور أن يلتزم الخلف الخاص بآثار عقد أبرمه السلف مع الغير دون أن يعلم هذا الخلف الخاص أي شيء عن العقد، لذلك استلزم المشرع أن يكون هذا الخلف عالما بها، أما بالنسبة للحقوق فيمكن دائما للخلف الخاص أن يطالب بانتقالها إليه ما دامت من مستلزمات الشيء لأنها تعتبر من ملحقاته وتوابعه.

الفرع الرابع: أثر العقد بالنسبة للدائنين

قلنا أن الخلف تتصرف إليه الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن عقد سلفه، أما الدائن فإن انصراف أثر العقد بالنسبة إليه يكون كما يلي:

من المقرر أن للدائن حق الضمان العام على مجموع أموال المدين، والتصرفات التي يبرمها المدين إما تزيد من هذا الضمان أو تضعفه، لذلك فالعقد الذي يبرمه المدين يتأثر به الدائن بطريق

غير مباشر باعتباره واقعة مادية وليس تصرفاً قانونياً، على خلاف العقد بالنسبة للخلف فانه يتحمل الاثر باعتبار العقد تصرفاً قانونياً¹.

المطلب الثاني

أثر العقد بالنسبة للغير

يقصد بالغير هنا الشخص الذي لم يكن طرفاً في العقد ولا خلفاً لأحد المتعاقدين، والاصل أن أثر العقد لا ينصرف إلى الغير لأنه خارج دائرة التعاقد ومن ثم طبقاً لمبدأ نسبية آثار العقد فانه لا يسري العقد بالنسبة له، ومع ذلك فإن اعتبارات العدالة ومبدأ استقرار المعاملات قد تقضي بانصراف أثر العقد للغير الذي لم يكن طرفاً فيه، مع ملاحظة أن الغير لا يمكن أن يلتزم بعقد لم يكن طرفاً فيه، ولكن يجوز أن يكتسب حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه وهذا ما نصت عليه المادة 113 مدني التي تنص على أنه: "لا يرتب العقد التزاماً في نمة الغير لكن يجوز أن يكسبه حق". ويتفرع عن ذلك مسألتان وهما: التعهد عن الغير، والاشتراط لمصلحة الغير، ونتطرق لكل منهما في يلي:

الفرع الاول: التعهد عن الغير

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

أولاً: تعريف التعهد عن الغير

يعرف التعهد عن الغير على أنه: "هو الحالة التي يلتزم فيها شخص بالحصول على رضاء شخص آخر بعقد من العقود مع شخص ثالث"، أو هو: "اتفاق يتم بين شخصين يتعهد فيه أحدهما ويسمى "المتعهد" للآخر ويسمى "المتعهد له" بأن يجعل أجنبياً عن العقد ويسمى الغير أو "المتعهد عنه"، بأن يلتزم بأمر معين في مواجهة الطرف الآخر المتعهد له"، مثال ذلك: الحالة التي يمارس فيها الوكيل عملاً خارج حدود وكالته، فيلتزم الوكيل أمام الغير على الحصول على رضاء الموكل بهذا العمل.

¹ وهذا ما سوف نتناوله تفصيلاً في الفصل الثاني أحكام الالتزام

ثانيا: شروط التعهد عن الغير

يقتضي تحقق التعهد عن الغير توافر ثلاث شروط وهي:

الشرط الأول: أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير

ويرجع هذا الشرط على أساس أن المتعهد لم يحصل من هذا الغير على توكيل يوكله بالقيام بعمل معين، وهذا هو الفرق بين التعهد عن الغير وبين الوكالة إذ أن الوكيل لا يمارس عمله باسمه الخاص بل يكون ذلك باسم الاصيل، فأثر العقد ينصرف إلى الاصيل، أما بالنسبة للمتعهد عن الغير فهو يعمل ويتعاقد باسمه الخاص وينصرف إليه أثر العقد.

الشرط الثاني: أن تتجه إرادة المتعهد في إلزام نفسه لا إلزام الغير

فهذا الغير لا يلتزم إلا إذا أقر التعهد ، فلو قصد المتعهد إلزام الغير فالتعهد يكون باطلا لاستحالة المحل إذ لا يمكن لشخص ما أن يلزم شخصا آخر بعقد لم يكن طرفا فيه، وهذا طبقا للمادة 113 مدني السالفة الذكر والتي لا تجيز بأن يرتب العقد التزاما في ذمة الغير.

الشرط الثالث: أن يكون موضوع التزام المتعهد هو حمل الغير على قبول هذا التعهد

يجب أن يكون محل التزام المتعهد هو القيام بعمل مضمونه أن يجعل الغير "المتعهد عنه" يقبل التعهد، وهو التزام بتحقيق بنتيجة لا التزام ببذل عناية، فلا يكفي لتنفيذ التزامه أن يبذل ما في وسعه لحمل الغير على قبول التعهد بل يجب أن يصل فعلا إلى نتيجة مؤداها أن يجعل الغير يقبل التعهد، فإذا قبل الغير التعهد انقضى التزام المتعهد أي توقف التزامه عند هذا الحد، أما إذا لم يقبل الغير التعهد لأنه غير ملزم على قبوله، كان المتعهد مسؤولا عن اخلاله بتنفيذ التزامه، لأنه لا يكفي أن يثبت أنه بذل كل جهده في سبيل الحصول على رضاء الغير، وإنما عليه أن يثبت أن سببا أجنبيا حال دون قبول الغير للتعهد كالقوة القاهرة.

ثالثا: آثار التعهد عن الغير

لا يلزم الغير قبول التعهد فله قبوله أو رفضه، وترتب على ذلك فرضان وهما:

الفرض الاول: قبول الغير للتعهد

يستطيع الغير قبول التعهد، ويكون هذا القبول إما صراحة أو ضمنا بأي عمل يستفاد منه هذا القبول، كأن يقوم الغير بتنفيذ التعهد فورا دون أي مناقشة فيه، فإذا قبل الغير "المتعهد عنه" أن يلتزم انعقد عقد جديد بينه وبين المتعاقد مع المتعهد، ويتحمل الغير الالتزام الناشئ عن التعهد وينقضي بذلك التزام المتعهد الذي يكون قد أوفى بالتزامه بتحقيق هذه النتيجة، ولا يكون مسؤولا عن عدم تنفيذ الغير "المتعهد عنه" للعقد الذي قبله.

الفرض الثاني: رفض الغير للتعهد

يتبين من المادة 114 مدني أن أثر رفض الغير للتعهد يحكمه أمران:

الامر الأول: بالنسبة للغير

لا تترتب على الغير "المتعهد عنه" أي مسؤولية عند رفضه التعهد، لأن التعهد لا يرتب عليه أي التزام، ومن ثم فله الحرية الكاملة في قبول التعهد أو رفضه، فإذا رفضه كان غير مسؤول ولا يلتزم بأي تعويض.

الامر الثاني: بالنسبة للمتعهد

ولكن في حالة رفض الغير للتعهد فإن مسؤولية المتعهد تقوم أمام المتعاقد معه الطرف الآخر "المتعهد له" في عقد التعهد، لأن المتعهد التزم معه في العقد بحمل الغير على القبول، وحيث أنه أخل بهذا الالتزام فإنه يكون مسؤولاً بتعويض الطرف الآخر عما أصابه من ضرر بسبب رفض الغير للتعهد إلا إذا أثبت المتعهد وجود السبب الاجنبي "قوة قاهرة" أدت إلى امتناع الغير قبول التعهد، كأن يصبح الغير عديم القدرة على إصدار قبول صحيح منه بعد أن كان في استطاعته ذلك وقت التعاقد عنه، كأن يكون قد حُجر عليه أو توفي وكان الالتزام متصلاً بشخصه بحيث لا يستطيع ورثته القيام به

وإذا لم يستطع المتعهد إثبات السبب الاجنبي كان مسؤولاً بتعويض يدفعه للمتعهد له، ويمكنه أن يتخلص من هذا التعويض إذا أراد وذلك بأن يقوم هو شخصياً بتنفيذ الالتزام الذي فشل في حمل الغير على القيام به.

الفرع الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير

تنص المادة 116 مدني على أنه: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعرض مضمون العقد.

ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك".

أولاً: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير

هو عقد يتم بين شخص يسمى "المشترط"، وشخص آخر يسمى "المتعهد"، بمقتضاه يشترط فيه المشترط على المتعهد إنشاء حق للغير وهو شخص ثالث ليس طرفاً في العقد يسمى "المنتفع أو المستفيد" فينشأ بذلك لهذا الأخير حق مباشر عن العقد الذي لم يكن طرفاً فيه. ويعتبر الاشتراط لمصلحة الغير استثناء عن قاعدة نسبية آثار العقد من حيث أشخاصه، إذ يستفيد مباشرة من العقد شخص ثالث لم يكن طرفاً فيه، وقد عبرت عن ذلك المادة 113 مدني بقولها: "... ولكن يجوز أن يكسبه حقاً".

ثانياً: شروط الاشتراط لمصلحة الغير

في تحقيق الاشتراط لمصلحة الغير يجب توافر ثلاث شروط وهي:

الشرط الأول: أن يتعاقد المشترط باسمه

عقد الاشتراط يتم بين المشترط والمتعهد، لذلك يجب أن يتعاقد المشترط باسمه مع المتعهد لا باسم المنتفع، فهذا الأخير ليس طرفاً في العقد، وبهذا يتميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة في التعاقد، فالنائب يتعاقد باسم الاصيل ويكون هذا الأخير هو الطرف في العقد فتتصرف إليه آثار العقد ويعتبر كأنه هو الذي أبرم العقد، أما في الاشتراط لمصلحة الغير فإن المشترط يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع، ومن ثم لا يعتبر طرفاً في العقد ولكنه يستفيد منه عن طريق انصراف الحق الذي اشترطه المشترط إليه.

الشرط الثاني: أن تتجه إرادة المتعاقدين الى انشاء حق مباشر للمنتفع

ويعتبر هذا الشرط هو جوهر فكرة الاشتراط لمصلحة الغير حيث يؤدي هذا الاشتراط الى نشوء حق مباشر للمنتفع رغم أنه لم يكن طرفاً من أطراف العقد، وهذا هو موضع الخروج عن فكرة مبدأ نسبية آثار العقد، فيجب أن تتجه نية المشترط والمتعهد إلى ترتيب حق للمنتفع ينشأ مباشرة من عقد الاشتراط.

ولا يشترط أن يكون المنتفع موجوداً أو معيناً في عقد الاشتراط، بل يجوز أن يكون شخصاً مستقبلاً أو غير معين في العقد، مثال ذلك أن يبرم شخص عقد تأمين على حياته لصالح من يكون موجوداً من أولاده وقت وفاته، فيستفيد منه حتى من لم يكن قد ولد من الابناء عند إبرام عقد التأمين، وهذا ما تضمنته المادة 118 مدني حيث جاء فيها: "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو هيئة مستقبلة كما يجوز أن يكون شخصاً أو هيئة لم يعينا

وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشاركة".

الشرط الثالث: أن تكون للمشتري مصلحة شخصية في الاشتراط لمصلحة الغير

فالمشتري يتعاقد باسمه ولحسابه فهو طرف أصلي، فله حق الزام المتعهد بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، وبذلك تكون له مصلحة شخصية في أن يشارط لمصلحة الغير، ويتضح من نص المادة 116 مدني المذكورة أعلاه أن مصلحة المشتري من عقد الاشتراط قد تكون مادية وقد تكون أدبية:

- قد تكون المصلحة المادية: حين يبرم البائع عقد بيع ويشترط على المشتري أن يدفع الثمن إلى شخص ثالث وهو دائن البائع، ففي هذه الحالة يحقق البائع (المشتري) مصلحته في الوفاء بما عليه من دين للمنتفع.

- وقد تكون المصلحة أدبية عندما يكون الاشتراط تبرعا من المشتري لصالح المنتفع بحيث أن المشتري لا تعود عليه فائدة مادية ولكن تكون له مصلحة أدبية معنوية.

ثالثا: آثار الاشتراط لمصلحة الغير

إن آثار الاشتراط لمصلحة الغير تتمثل في ترتيب أحكام معينة بالنسبة للأشخاص الثلاثة محل الفكرة وهم المشتري والمتعهد والمنتفع، ومن ثم فإن دراسة هذه الآثار تكون ببحث العلاقات الثلاث بينهم على الشكل التالي:

1- علاقة المشتري بالمتعهد

هذه العلاقة يحكمها عقد الاشتراط الذي أبرم بين الطرفين شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر يرتب حقوق والتزامات على عاتق طرفيه، فمثلا لو كان العقد بيعا واشترط البائع على المشتري أن يدفع الثمن أو جزءا منه إلى دائن البائع، فإنه فيما عدا ذلك فإن العقد يرتب آثاره العادية بين الطرفين كعقد بيع، ويكون لكل منهما مطالبة الآخر بالالتزامات التي يرتبها عقد البيع، فيطالب المشتري البائع بنقل الملكية وتسلم المبيع ويطلب البائع المشتري بالثمن، وإذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه، كان للمتعاقد الآخر أن يطالب بالتنفيذ العيني أو الفسخ والتعويض عما يكون قد ترتب من ضرر، وكل ذلك وفقا للقواعد العامة في العقود.

وإلى جانب هذه الأحكام التي تقتضيها القواعد العامة، فإن المشتري، بما له من مصلحة شخصية في تنفيذ الاشتراط لصالح الغير المنتفع كما رأينا، يكون له أن يراقب تنفيذ المتعهد لالتزامه اتجاه المنتفع ويلزمه بهذا التنفيذ، وهذا ما تقضي به المادة 116 مدني الفقرة الثالثة بنصها

على أنه: " ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك"، يتبين من هذه الفقرة أن الاصل المشتري يستطيع أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه اتجاه المنتفع، وله أن يرفع دعوى على المتعهد يلزمه بهذا التنفيذ ويطالب بالتعويض عما لحقه من أضرار بسبب عدم التنفيذ، إلا إذا تبين من العقد أن المتعاقدين قد قصرنا حق مطالبة المتعهد بتنفيذ التزاماته على المنتفع وحده دون المشتري، وفي هذه الحالة لا يجوز للمشتري أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع، بل يقتصر حق المطالبة على المنتفع.

2- علاقة المشتري بالمنتفع

هذه العلاقة تختلف من عقد لآخر، فقد يكون قصد المشتري من التعاقد التبرع للمنتفع، وعندئذ يجب أن تتوفر الشروط اللازمة للتبرعات وخاصة أهلية التبرع لدى المشتري، وهذه العلاقة التبرعية بين المشتري والمنتفع تخضع لأحكام الهيئة من حيث الموضوع، وإذا كان قصد المشتري هو وفاء للمنتفع بدين عليه، فلا تبرأ ذمة المشتري إلا عند استيفاء المنتفع لدينه كاملاً من المتعهد.

3- علاقة المتعهد بالمنتفع

الحق المُشترط به يثبت للمنتفع من عقد الاشتراط مباشرة، لذا فيكون في مواجهة المتعهد حق شخصي ومباشر تحميه دعوى مباشرة يرفعها باسمه الشخصي وليس باسم المشتري، فللمنتفع مطالبة المتعهد بتنفيذ ما التزم به، ولكن ليس له طلب فسخ العقد لأنه لم يكن طرفاً فيه.

ويترتب أيضاً على أن حق المنتفع مصدره العقد، فإن هذا الحق يتأثر بكل ما يؤثر في عقد الاشتراط فيحق للمتعهد أن يتمسك بجميع أوجه الدفع الخاصة بهذا العقد كالدفع ببطلانه، أو عدم تنفيذ المشتري لالتزامه، وله أيضاً طلب الفسخ لعدم التنفيذ، وهذا ما قضت به المادة 116 في آخر الفقرة الثالثة: "ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد".

4- نقض الاشتراط لمصلحة الغير

تنص المادة 117 مدني على أنه: "يجوز للمشتري دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد.

ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك، وللمشتري إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية الاشتراط"، يستفاد من هذا النص الأحكام الآتية:

أ- حق نقض الاشتراط لمصلحة الغير حق شخصي مقصور على المشتري وحده دون دائنيه أو ورثته، ويجوز الاتفاق في عقد الاشتراط على عدم نقض المشاركة، ويعتبر ذلك نزولاً من المشتري عن حقه في نقض الاشتراط.

2- حق المشتري في نقض حق المنتفع ليس مطلقاً، ولكنه مشروط بأن يتم قبل إظهار المنتفع رغبته في الاستفادة بالحق الناشئ له من عقد الاشتراط، أما إذا أعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري هذه الرغبة في الاستفادة منه، فإنه لا يجوز للمشتري بعد ذلك نقض حق المنتفع لأن حقه يصبح مكتسباً بقبوله له.

3- إذا نقض المشتري حق المنتفع فإنه يجوز له أن يعين منتفعاً آخر، فإذا لم يفعل ذلك، فإن ذمة المتعهد لا تبرأ من الاشتراط بل ينصرف الحق الناشئ منه إلى ذمة المشتري نفسه، فيتحول عقد الاشتراط لصالح الغير بذلك إلى عقد عادي تنصرف الحقوق والالتزامات الناشئة منه إلى ذمة طرفيه فقط دون غيرهما.

المحور الثاني

المسؤولية التقصيرية

قبل الدخول في تفصيلات أحكام المسؤولية التقصيرية نبدأ أولاً بالتمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية، التمييز في المسؤولية المدنية بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، ثم نتناول المسؤولية عن الفعل الشخصي والمسؤولية عن فعل الغير، وأخيراً نتطرق للمسؤولية عن الأشياء في فصلين.

أولاً: التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية

تتميز المسؤولية الجنائية عن المسؤولية المدنية بميزتين:

1- طبيعة الضرر

المسؤولية الجنائية تقوم عندما يقع ضرر يصيب المجتمع بصفة عامة أما المسؤولية المدنية تقوم عندما يقع ضرر يصيب أحد الافراد، مما يترتب على ذلك النتائج التالية:

أ- جزاء المسؤولية الجنائية عقوبة أما جزاء المسؤولية المدنية التعويض.

ب- الجزاء في المسؤولية الجنائية تطالب به النيابة العامة باعتبارها ممثلة عن المجتمع أما الجزاء في المسؤولية المدنية فيطالب به الشخص المضرور .

ج- المسؤولية الجنائية لا تقبل الصلح أو التنازل عنها، لان الحق الذي تقوم عليه هو حق عام للمجتمع، بينما تقبل المسؤولية المدنية الصلح أو التنازل لأنها حق خالص للشخص المضرور

د- إن الجرائم والعقوبات محددة في قانون العقوبات فلا جريمة ولا عقوبة الا بنص أما في المسؤولية المدنية فإنها تترتب عن أي عمل غير مشروع دون حاجة لنصوص تبين لنا الاعمال غير المشروعة عملاً بعد آخر.

2- النية في احداث الضرر

في المسؤولية الجنائية تعتبر النية ركن أساسي بينما لا تعتبر كذلك في المسؤولية المدنية، حيث تقوم على الخطأ غير المتعمد وقوعه.

ويلاحظ أن العمل غير المشروع الذي يرتكب قد يترتب عنه المسؤوليتين معا جنائية ومدنية كالقتل والسرقه والضرب والقذف، فهي تصيب الفرد والمجتمع معا والشخص يكون مسؤولاً مدنياً وجنائياً وأهم نتائج ذلك ما يلي:

أ- بالنسبة للتقادم، فان الدعوى المدنية لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية بسبب مضي المدة فتبقى الدعوى المدنية ما بقيت الدعوى الجنائية.

ب- من حيث الاختصاص القضائي فان الدعوى المدنية يجوز رفعها أما المحكمة الجنائية، لان الدعوى المدنية تتبع الدعوى الجنائية وليس العكس.

ج- وقف الدعوى، فإذا رفعت الدعوى المدنية عند اجتماعها مع الدعوى الجنائية أمام المحكمة المدنية ثم رفعت الدعوى الجنائية فان ذلك يؤدي الى وقف السير في الدعوى المدنية الى ان يفصل في الدعوى الجنائية.

ثانيا: التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية

تنشا المسؤولية العقدية نتيجة الاخلال بالتزام يفرضه العقد، أما المسؤولية التقصيرية فإنها تنشا نتيجة الاخلال بواجب قانوني يقضي عدم الاضرار بالغير، ويترتب على هذا الامر جملة من الاختلافات بين المسؤوليتين وهي:

1- المسؤولية العقدية هي إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه العقدي فأساسها الاخلال بالتزام عقدي ينشأ عن عقد رابط بين المتعاقدين.

أما المسؤولية التقصيرية فهي تنشا عند الاخلال بالتزام قانوني وهو عدم الاضرار بالغير، فأساسها ارتكاب فعل يمثل إخلالا بالتزام قانوني دون أن يرتبط الدائن والمدين برابطة معينة.

2- الاهلية في المسؤولية العقدية تُشترط في أكثر العقود بأن يكون المتعاقد بالغاً سن الرشد، بينما في المسؤولية التقصيرية فيكفي سن التمييز بالنسبة للدائن أو المدين.

3- إن عبء اثبات المسؤولية العقدية أيسر على الدائن من عبء إثبات المسؤولية التقصيرية، إذ يلتزم الدائن عادة بإثبات وجود العقد وعدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عنه، فيفترض القانون بعد ذلك أن المدين قد ارتكب خطأً يوجب مسؤوليته.

أما المسؤولية التقصيرية فإن على الدائن المضرور إثبات الضرر الذي لحقه، أنه كان نتيجة خطأ المدعى عليه المدين الذي ارتكب الفعل الضار.

4- المسؤولية العقدية يشترط فيها الاعذار إلا في حالات استثنائية أما المسؤولية التقصيرية فلا تُلزم أحكامها الاعذار.

5- التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية لا يكون إلا عن الضرر المتوقع والمباشر، ولا يشمل الضرر المباشر غير المتوقع، إلا إذا كان المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيم أما في المسؤولية التقصيرية فان التعويض يوجب القانون عن أي ضرر مباشر سواء كان متوقعا أم غير متوقع.

- 6- في المسؤولية العقدية لا يثبت التضامن بين المدينين إلا بالاتفاق وبالتالي لا يجوز افتراضه، أما التضامن في المسؤولية التقصيرية فيعتبر ثابتا بحكم القانون أي يفترض.
- 7- لما كانت إرادة المتعاقدين هي التي ترسم حدود المسؤولية العقدية وتحدد نطاقها، فإنه يجوز الاتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، وخلاف ذلك فإن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية يكون باطلا بطلانا مطلقا، لأن قواعد هذه المسؤولية تتعلق بالنظام العام.
- 8- تسقط دعوى المسؤولية العقدية بمضي 15 سنة أما دعوى المسؤولية التقصيرية فإنها تتقدم بمضي 15 سنة من تاريخ وقوع الفعل غير المشروع، المادة 133 مدني.
- لكن هل يجوز الجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية معا أمام المحكمة؟
- أي اذا ترتب على الاخلال بتنفيذ أحد الالتزامات، مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، فهل يكون للدائن أن يطالب المدين بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية والتقصيرية معا؟
- يجمع الفقهاء على أنه لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين في آن واحد حيث لا يجوز التعويض عن الضرر الذي وقع مرتين وإنما في هذه الحالة يكون للدائن أن يتخير أحد المسؤوليتين، إما العقدية وإما التقصيرية.

الفصل الأول

المسؤولية عن الأفعال الشخصية والمسؤولية عن فعل الغير

نتناول في الأول المسؤولية عن الفعل الشخصي في مبحث أول، ثم المسؤولية عن فعل الغير في مبحث ثاني، وذلك فيما يلي:

المبحث الأول

المسؤولية عن الأفعال الشخصية

نصت المادة 124 من القانون المدني الجزائري على انه: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، ومن هذا النص يتبين أنه لقيام هذه المسؤولية يتوجب توافر أركان ثلاثة وهي: خطأ يقع من الشخص، وضرر يُصيب شخصاً آخر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وهي مسؤولية تقوم على خطأ واجب الإثبات يكلف الدائن بإثباته في جانب المسؤول وهذه هي القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، وفيما يلي سندرس هذه الأركان في مطالب ثلاث، نخصص الأول منها للخطأ والثاني للضرر أما الثالث لعلاقة السببية.

المطلب الأول

الخطأ

الفرع الأول: تعريف الخطأ وعناصره

الخطأ هو الإخلال بالتزام قانوني سابق وهو عدم الإضرار بالغير، بهذا المعنى فإن الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية هو دائماً واجب قانوني عام وثابت لا يتغير مضمونه وهو عدم الحاق الأذى بالغير، وهو التزام ببذل عناية.

فالشخص يجب أن يصطنع لنفسه قدراً من الحيطة والحذر حتى لا يلحق ضرراً بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكانت له قدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية⁽¹⁾.

أولاً: عناصر الخطأ

يقوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية على عنصرين، عنصر مادي وآخر معنوي سنفصلهما فيما يلي:

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري - المرجع السابق - ص 882.

1- العنصر المادي: التعدي

التعدي هو أن يتجاوز الشخص الحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه، فهذا التعدي يُعد انحرافاً في السلوك، ويقاس هذا التعدي أو الانحراف الذي يقع من الشخص بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي، بمعنى أنه إذا اردنا أن نحكم على سلوك شخص بأنه خطأ أو لم يخطئ فإننا لا ننظر إلى شخصه وإنما نقيس سلوكه بسلوك الشخص العادي، هذا الشخص لا هو خارق الذكاء شديد اليقظة، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة وإنما هو شخص متوسط.

فإن كان هذا الشخص لم ينحرف في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادي فهو لم يتعد، وانتفى عنه الخطأ، أما إذا كان قد انحرف، فقد تعدى وثبت عليه الخطأ وترتبت المسؤولية في ذمته سواء صدر التعدي من فطن ذكي أو متوسط عادي أو خامل.

ونشير إلى أن الشخص العادي ليس إلا نموذجاً افتراضياً، بحيث ما كان له أن يفعل ما فعله إلا في ظروف خارجية معينة تساعد في معرفة حقيقة المقصود بسلوكه، وكيف كان سيتصرف لو وجد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها مرتكب الفعل الضار، ويُقصد بالظروف الخارجية ظرفي الزمان والمكان، فالذي يسوق السيارة ليلاً ليس كمن يسوقها نهاراً، والذي يسوقها في طريق سريع ليس كمن يسوقها داخل المدينة، والذي يسوق في جو ماطر ليس كمن يسوق في جو غير ماطر، وهكذا يُحكم على مسلكه بما يفعله السائق المعتاد إذا كان يسوق السيارة في هذه الظروف.

2- العنصر المعنوي

يستلزم القانون فيمن ينسب إليه الخطأ، ليس فقط الانحراف في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادي، بل أيضاً يستلزم فيه التمييز والادراك، إذ لا يمكن مساءلة شخص غير مدرك لأوامر القانون ونواهيه، وهذا ما نصت عليه المادة 125 من القانون المدني التي تنص على أنه: "لا يسال المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً".

يتضح من هذا النص أن الركن المعنوي في المسؤولية عن الفعل الضار هو التمييز فيكون الشخص مسؤولاً عن فعله غير المشروع متى صدر منه وهو مميز، وبناء على ذلك فلا يسال المجنون والمعتوه ولا الصبي غير المميز دون 13 سنة عن أفعالهم الضارة، ومن ثم لا يمكن أن ينسب اليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأفعالهم.

الفرع الثاني: حالات انتفاء الخطأ

أولاً: الدفاع الشرعي

الدفاع الشرعي هو استعمال القوة اللازمة لصد خطر حال غير مشروع يهدد بالإيذاء حقاً يحميه القانون، وقد نصت المادة 128 من القانون المدني على أنه: "من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه، أو عن ماله، أو عن نفس الغير، أو عن ماله، كان غير مسؤول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي"، يشترط في الدفاع الشرعي توافر ثلاث شروط هي:

الشرط الأول: أن يكون الخطر حالاً

أن يكون هناك خطراً حالاً على نفس المدافع أو ماله أو على نفس الغير أو مال هذا الغير، بمعنى أن يكون هذا الخطر وشيك الوقوع وليس بعد فترة، لأن باستطاعة الشخص الذي يتوقع الاعتداء عليه بعد فترة اللجوء للسلطات، ومضمون هذا الشرط أيضاً أن لا يكون الاعتداء قد وقع بالفعل وإلا انتفت الغاية التي شرع الدفاع الشرعي من أجلها وفتح الباب للأخذ بالتأثر تحت حجة هذا الدفاع.

الشرط الثاني: أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم دون مجاوزة

أي أن لا يبالغ المدافع بدفعه للاعتداء إنما يستعمل هذا الحق بقدره وإلا اعتبر متجاوزاً لحدود الدفاع الشرعي، فتجاوز المعتدى عليه لرد الاعتداء يعد خطأ من جانبه، وتكون مسؤوليته في هذه الحالة مسؤولية مخففة، والتعويض الذي يدفعه يحدده القاضي كما يقتضي النص، وذلك طبقاً لقواعد المسؤولية عن الخطأ المشترك.

الشرط الثالث: أن يكون إيقاع هذا الخطر عملاً غير مشروع

فليس لمن ألقى عليه القبض بطريق قانوني أن يقاوم رجال الشرطة بحجة الدفاع الشرعي. ومتى توافرت هذه الشروط كان دفع الاعتداء باعتداء مثله لا يعتبر تعدياً، بل هو مشروع لا تترتب عليه مسؤولية.

ثانياً: حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس

تنص المادة 129 من القانون المدني على أنه: "لا يكون الموظفون والاعوان العموميون مسؤولين شخصياً عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذاً لأوامر صدرت إليهم من رئيس، متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم".

لاحظ المشرع الجزائري عند تقرير هذه الحالة أن الموظفين العامين تتناط بهم واجبات كثيرة مفروضة كلها للمصلحة العامة، لذلك فانهم جديرون بشيء من الحماية إذا ما ارتكبوا في أداء وظائفهم فعلا ضاراً بالغير متى توافرت الشروط المنصوص عليها في هذه المادة وهي:

- أن يكون مُرتكب الفعل الضار موظفاً عمومياً أو عون عمومي لدى المؤسسات العمومية.
- أن يكون هذا الموظف قام بالفعل تنفيذاً لأمر صادر من رئيس، وأن تكون طاعة هذا الامر واجبة، وهي لا تكون كذلك إلا إذا كان العمل مشروعاً.

3- حالة الضرورة

وهذه الحالة نص عليها القانون المدني الجزائري في المادة 130 من القانون المدني على انه: "من سبب ضرراً للغير ليتقاضي ضرراً أكبر، محققاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً".

يتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري لا يعتبر من يسبب ضرراً للغير ليتقاضي ضرراً أكبر محققاً به أو بغيره مخطئاً لكونه مضطراً، وجد في مركز لا يمكنه فيه انقاذ نفسه أو ماله أو غيره دون المساس بحقوق الآخرين والحاق الضرر، ومثال ذلك حالة سائق السيارة الذي يفاجأ بشخص يُلقي بنفسه أمام سيارته في الطريق العام فيضطر في سبيل تفاديه إلى الصعود إلى الرصيف واتلاف واجهة محل تجاري، أو من يضطر إلى اتلاف منقولات غيره لإطفاء حريق نشب في داره. ويُشترط لتوافر حالة الضرورة ثلاث شروط وهي:

الشرط الأول: أن يكون الشخص الذي أحدث الضرر مهدد هو أو غيره بخطر حال، سواء كان هذا الخطر مما يهدد النفس أو المال.

الشرط الثاني: أن يكون مصدر الخطر أجنبياً، أي لا دخل لإرادة من أحدث الضرر، ولا لإرادة من وقع عليه الضرر في ايجاده، فاذا كان من صدر منه الخطر هو الشخص الذي احدث الضرر كان مسؤولاً عنه مسؤولية كاملة، وإذا كان مصدر الخطر هو من وقع عليه الضرر، كان الشخص الذي احدث الضرر في حالة دفاع شرعي ويُعفى من المسؤولية أصلاً.

الشرط الثالث: أن يكون الخطر الذي أريد تفاديه أكبر من الضرر الذي حدث فان كانا متعادلين، أو كان الخطر المراد تفاديه أقل من الضرر الذي حدث كان من أحدث الضرر مخطئاً، وفقاً للمادة 124 مدني لمخالفته سلوك الشخص العادي في مثل ظروفه.

ويتضح من النص السابق أن حالة الضرورة لا تبرر الخطأ بشكل مطلق فهي تُلزم الفاعل بالتعويض، بيد أن التعويض يكون مخففاً تُراعي المحكمة في تقديره الظروف التي كانت تحيط بالفاعل والخطر الذي كان يهدده.

ولا بد من الإشارة في هذا المجال إلى أن كلا من حالة الضرورة وحالة الدفاع الشرعي يفترضان وجود خطر حال، لكنهما يختلفان في أن الأذى الذي يحدثه المدافع بغيره يقع على شخص معتمد، أما الضرر في حالة الضرورة يقع على شخص بريء لهذا فقد اعفي المدافع في حالة الدفاع الشرعي من المسؤولية اعفاء تاماً، أما المضطر فإنه لا يعفى إلا بشكل جزئي.

المطلب الثاني

الضرر

يعد الضرر ركناً أساسياً لقيام المسؤولية المدنية مهما كان نوعها، وأياً كان شكل الضرر، فلا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية وقوع الفعل الضار، بل لا بد أن يترتب عليه ضرر يستوجب التعويض وإلا انتفت مصلحة المدعي في رفع دعوى المسؤولية، وسنتناول في هذا المطلب تعريف الضرر وأنواعه فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف الضرر

هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو ماله أو كانت متعلقة بعاطفته أو حرته أو شرفه أو غير ذلك.

الفرع الثاني: أنواع الضرر

أولاً: الضرر المادي

وهو الإخلال بحق أو مصلحة مالية للشخص فهو يتحقق أولاً في حالة المساس بحق مالي للشخص كحق الملكية إذا ترتب على هذا المساس انتقاص للمزايا التي يخولها هذا الحق لصاحبه، ومثاله الضرر الذي يحدث نتيجة إحراق منزل الغير أو إتلاف محصوله، فهذا ضرر مادي لأنه يُصيب الشخص بخسارة مالية، وهو يتحقق ثانياً في حالة المساس بحق غير مالي، كالأذى الذي يلحق صحة الإنسان أو سلامة جسمه، إذا كان يترتب عليه خسارة مالية، كالإصابة التي أدت إلى عجز الشخص عن الكسب عجزاً كلياً أو جزئياً، أو تكبد المضرور نفقات مالية للعلاج.

وهو يتحقق أيضاً في حالة المساس بمصلحة مالية للشخص ولو لم ترق إلى مستوى الحق، بشرط أن تكون مشروعة، مثل مصلحة من يعولهم الشخص من أقاربه دون أن يكون ملزماً

بالإنفاق عليهم قانوناً، فإصابة هذا الشخص في حادث أودى بحياته يُصيب هؤلاء بضرر مادي يتمثل في المال الذي كان ينفقه عليهم متى كان ثابتاً أنه كان سيستمر في الانفاق عليهم مستقبلاً، ويجوز لهم بالتالي الرجوع على المسؤول عن وفاته بتعويض ما فقدوه.

ولكي يتوافر ركن الضرر لا بد أن يكون قد وقع فعلاً، أو أنه مؤكد الوقوع في المستقبل، فهذا هو المقصود بتحقق الضرر، بمعنى أن لا يكون افتراضياً ولا أن يكون احتمالياً، وهناك أوصاف للضرر يجب التمييز بينها وهي:

1- الضرر الواقع: ومعناه أن الضرر قد وقع فعلاً، ولا مشكلة تُثار فيه ومن أمثلة ذلك، إصابة شخص في جسمه نتيجة حادث سيارة، أو هلاك ماله نتيجة حريق.

2- ضرر مؤكد الوقوع: وهو ضرر لم يقع بعد، ولكن وقوعه مؤكد فبسبب الضرر قد تحقق ولكن آثاره كلها أو بعضها تراخت إلى المستقبل، فإذا كان هدم منزل أمر محتم ولا بد من وقوعه نتيجة لعمل آلات مصنع مجاور أدت إلى تداعي أساسه فإن الضرر في هذه الحالة يكون مؤكداً الوقوع، فإذا ما حكم القاضي بالتعويض على أساس وقوع الهدم فإن ذلك يكون عن ضرر محقق الوقوع في المستقبل وليس عن ضرر احتمالي، وكأن يُصاب عامل فيعجز عن العمل، فيعوض عن الضرر الذي وقع من جراء عجزه عن العمل في الحال، وعن الضرر الذي سيقع حتماً نتيجة عجزه عن العمل في المستقبل.

والتعويض يشمل كلاً من الضرر الحالي والضرر المستقبل المحقق الوقوع، ولكن إذا لم يُعرف على وجه الدقة ما ستؤول إليه النتيجة النهائية لهذه الإصابة وهل سيُشفى أم ستؤدي إلى عاهة مُستديمة، جاز للقاضي أن يحكم بتعويض عن الضرر الذي وقع فعلاً، ويحتفظ للمضروب بحقه في الرجوع إلى القضاء في خلال مدة معينة لإعادة النظر في تقدير التعويض الذي يستحق عن الضرر في صورته النهائية، وهذا ما أشارت إليه المادة 131 من القانون المدني بنصها على ما يلي: "يُقدر القاضي مدى التعويض الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادة 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يُقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطلب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

أما الضرر المُحتمل، فهو ضرر لم يقع فعلاً ولا يُوجد ما يُؤكد أنه سيقع في المستقبل، وتتفاوت درجة هذا الاحتمال قوة وضعفاً، وهو لا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية لأنها لا تبنى على أمر احتمالي، خاصة وأن الضرر يعتبر ركناً من أركان هذه المسؤولية، حيث يتعين أن يكون الضرر محقق الوقوع، وبالتالي فإنه إذا ضرب شخص سيدة على بطنها ضرباً يحتمل معه

إجهاضها، فإنه لا يجوز لها المطالبة بالتعويض عن الإجهاض مادام الطفل لا يزال في بطنها، فإذا أجهضت فقد تحقق الضرر وقامت بالتالي المسؤولية التقصيرية.

ثانياً: الضرر المعنوي

ويتمثل في الألم والحزن الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بشرفه وسمعته وكرامته وعرضه وحرية، كما في القذف والسب وإيذاء السمعة وهتك العرض، وكذلك قد يصاحب الضرر المادي الذي يمس بحق غير مالي، ضرراً معنوياً كالألم الذي يلحق بالشخص نتيجة إصابته في جسمه بجروح وكسور تُخلف ورائها تشوه أو إعاقة تؤثر عليه نفسياً ومعنوياً.

والضرر المعنوي يستوجب التعويض، كالضرر المادي، على أساس أنه وإن كان لا يرفع ما يصيب الشخص من ألم وحزن إلا إنه يساعد على تخفيفه، ثم انه يعمل على منع أو تقليل الاعتداء على القيم المعنوية للناس، وقد نصت المادة 182 مكرر على ذلك يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة.

المطلب الثالث

رابطة السببية بين الخطأ والضرر

يقصد برابطة السببية أن يكون الخطأ هو السبب في حصول الضرر وأن الضرر ما كان ليحصل لو لم يرتكب الخطأ، وقد عبرت عن ذلك بوضوح المادة 124 على أنه: "...ويسبب ضرراً للغير..."، والسببية بهذا المعنى تعد ركناً ثالثاً من أركان المسؤولية فإذا انتفت رابطة السببية بينهما فلا مسؤولية على من ارتكب الخطأ.

ولتحديد السببية نجد أنفسنا أمام أمر بالغ التعقيد وذلك لأنه قد تتعدد أسباب الضرر ويكون خطأ المدعى عليه أحد هذه الأسباب، ولكن يؤدي هذا التعدد الى انقطاع الصلة بين الخطأ والضرر فتتعدم علاقة السببية ونكون أمام ما يسمى بتعدد الأسباب، وقد يكون للضرر سبب واحد هو خطأ المدعى عليه، ولكن الضرر ذاته هو الذي يتعدد إذ تتعاقب الأضرار، فتتقطع الصلة ما بين خطأ المدعى عليه من جراء تسلسل النتائج، فتتعدم علاقة السببية فيما انقطعت فيه الصلة، وهو ما يسمى بتعاقب الأضرار، وسنناقش الفرضين السابقين على التوالي فيما يلي:

الفرع الأول: تعدد الاسباب

يكون الضرر ناتجاً عن عدة وقائع فتشترك في حدوثه، ويصعب استبعاد منها لأن الضرر وقع لاجتماعها معاً. ومثال ذلك ترك شخص سيارته في الطريق دون إغلاق أبوابها وترك المفتاح بها فسرقها شخص وقادها بسرعة ليهرب بها، فصدم شخصاً كان مرأً على الطريق وتركه دون

إنفاذ، ثم مر شخص آخر فحمل المصاب إلى المستشفى بسرعة فاصطدم بشاحنة، أدى إلى وفاة المصاب، فما مدى مسؤولية صاحب السيارة المسروقة والمُسعف عن إحداث الوفاة؟ سادت في الفقه نظريتان في هذا الشأن وهما: نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب، ونظرية السبب المنتج أو الفعال، وسنتطرق إليهما فيما يلي:

1- نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب: وهي اعتبار جميع الأسباب التي أدى اشتراكها الى وقوع الضرر متعادلة من حيث ترتيب المسؤولية، بمعنى كل واقعة ساهمت في إحداث الضرر، بحيث لو تخلفت لما وقع، فتقوم علاقة السببية بينها وبينه، ويكون من تعزى اليه مسؤولاً عن تعويضه، فسرعة السارق وسرعة المُسعف كلها ساهمت في حدوث الوفاة فيعتبر كل منها سبب لها.

2- نظرية السبب المنتج: مفاد هذه النظرية أنه إذا اشتركت عدة أسباب في إحداث ضرر يجب استخلاص الأسباب المنتجة فقط وإهمال باقي الأسباب. فالسبب المُنتج هو ذلك السبب الذي يؤدي بحسب المجرى الطبيعي للأمر إلى وقوع مثل هذا الضرر الذي وقع و إلا فإنه شيئاً عرضياً لا يهتم به القانون، ولو طبقتها على المثال السابق فإهمال مالك السيارة سبباً عارضاً وليس سبباً منتجاً، أما السارق الذي دهس الشخص فسببه منتجاً وليس عارضاً، ولقد نجحت هذه النظرية مما حمل الفقه والقضاء على اعتناقها ويمكن القول بأن المادة 182 من القانون المدني الجزائري أيدت فكرة النظرية.

الفرع الثاني: تعاقب الأضرار (فكرة الضرر المباشر)

تسلسل الأضرار وتعاقبها ويحدث عندما يؤدي الفعل الخاطيء إلى ضرر الشخص ثم يؤدي هذا الضرر إلى ضرر ثان بنفس الشخص وهذا الأخير يؤدي إلى ضرر ثالث وهكذا والتساؤل مطروح عما إذا كان الفعل الخاطيء يعتبر مصدراً لجميع هذه الأضرار أم لبعضها فقط؟ ومثال ذلك المثال الشهير الفرنسي حيث اشترى شخص بقرة مريضة ووضعها مع أبقاره فانتقلت العدوى اليها فتعذر عليه زراعة أرضه وكثرت ديونه فحجز الدائنون على أرضه وبيعت بثمن بخس ولم يستطع معالجة ابنه المريض فمات، فهل يسأل بائع البقرة على كل هذه الأضرار؟ أم أن هناك نقطة يجب أن نقف عندها؟

يرى بواتييه صاحب هذا المثال أن الاضرار التي يجب التعويض عنها هي موت البقرة المريضة وعدوى بقية المواشي وموتها باعتبارها أضراراً مباشرة لخطأ البائع، أما عجز المضرور عن زراعة أرضه، وعن الوفاء بديونه، والحجز على أرضه وبيعها بثمن بخس، فهي أضرار غير

مباشرة لا محل للتعويض عنها، فالقاعدة أننا نقف عند الضرر المباشر فنعوض عنه ونغفل الضرر الغير المباشر.

ويجب في هذا الصدد ان نضع المعيار الذي يعتد به في الضرر المباشر، وهو المعيار الذي نستنتجه من المادة 182 قانون مدني، الذي يحدد مسؤولية محدث الخطأ في حالة تعاقب الأضرار فنصت على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدار في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول" فالضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للضرر الحاصل.

أما عن نفي رابطة السببية فقد تناولتها المادة 127 مدني التي تنص على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

فالسبب الأجنبي الذي ينفي رابطة السببية بين الخطأ والضرر وفقا لهذا النص هو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، خطأ المضرور، خطأ الغير، وقد سبق وأن تناولنا هذا السبب الأجنبي بصدد الحديث عن المسؤولية العقدية، ونحيل الى ذلك منعا من التكرار.

المبحث الثاني

المسؤولية عن عمل الغير

الأصل أن المرء لا يتحمل الا نتائج فعله الضار ولا يكون مسؤولاً الا عن تصرفاته، ولكن المشرع خرج عن هذه القاعدة ورتب مسؤولية الشخص عن الافعال الضارة الصادرة من اشخاص آخرين، إما لأنه مكلف برقابتهم، وإما لأنهم تابعين له.

وسنتناول المسؤولية عن عمل الغير من خلال صورتين الاولى وهي مسؤولية متولي الرقابة في مطلب أول، والثانية مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في مطلب ثان، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

مسؤولية متولي الرقابة

نظم المشرع مسؤولية متولي الرقابة في المادة 134 مدني، والتي نصت على أنه: " كل من تجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى رقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار . ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت انه قام بواجب الرقابة أو اثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".
من هذه المادة يمكن تحديد شروط هذه المسؤولية، وأساسها الذي تقوم عليه، وأخيراً كيفية دفعها، وسنبين كل ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة

الشرط الاول: تولي شخص رقابة شخص آخر في حاجة إلى رقابة

وهذا ما عبرت عنه الفقرة الاولى من المادة 134 مدني: " كل من تجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى رقابة..."

مقتضى هذا الشرط يجب أن تكون للشخص رقابة على الغير حتى يمكن أن يكون مسؤولاً عن عمله غير المشروع، ويجب أن يكون الشخص الخاضع للرقابة في حاجة إليها:

1- تولي شخص رقابة شخص آخر

وهذه الرقابة مصدرها إما القانون أو الاتفاق:

- واجب الرقابة بموجب القانون: كرقابة الاب باعتباره ولياً على ولده القاصر، وهذا ما نصت عليه المادة 87 أسرة.

- واجب الرقابة بموجب الاتفاق: كرقابة مدير روضة أو مدير مستشفى الامراض العقلية على المريض الذي يوضع تحت رقابته، وهنا يقوم اتفاق بين الولي والمكلفين بالرقابة ينشأ عليه التزام بواجب الرقابة، ويكون مسؤولاً على اساس هذا الواجب الاتفاقي.

2- رقابة شخص في حاجة إلى رقابة:

والسبب في وجود الالتزام بالرقابة كما جاء في النص المذكور هي حاجة الشخص الخاضع للرقابة إلى هذه الرقابة إما بسبب قصره واما بسبب حالته العقلية واما بسبب حالته الجسمية.

أ- الخضوع للرقابة بسبب القصر:

والقاصر في نظر المشرع الجزائري هو ذلك الشخص الذي لم يصل إلى سن 19 سنة، ويجب التمييز بين مرحلتين في فكرة القصر، بين القاصر المميز والقاصر غير المميز، القاصر غير المميز: هو الذي لم يبلغ 13 سنة، أي هو الصبي غير المميز الذي يكون بحاجة إلى رقابة، لأن سبب القصر فيه واضحة وهي صغر سنه، كما أن مسؤوليته الشخصية مستبعدة وذلك لاستحالة وقوع الخطأ من جانبه لان الخطأ يقتضي التمييز لدى مرتكبه.

القاصر المميز: وهو الذي بلغ 13 سنة ولم يبلغ 19 سنة فالأصل أنه لا يكون بحاجة إلى رقابة فهو مسؤول عن أفعاله الشخصية طبقاً لنص المادة 125 من القانون المدني، لكن المشرع استعمل كلمة "قاصر" التي تنصرف إلى الشخص المميز وغير المميز، كما أن المشرع كما يرى قد أسقط شرط المساكنة بالنسبة للأبوين من المادة 134 مدني وهو الشرط الذي كانت تنص عليه المادة 135 مدني¹ مما يستنتج معه أن الابن إذا غادر ذويه واستقل بسكن خاص به بعيداً عنه أهله فإن مسؤولية الأب ومن بعد وفاته الام تبقى قائمة بالرغم من ذلك.

ب- الخضوع للرقابة بسبب الحالة العقلية:

هذه الحالة تفترض وجود حالة مرضية تصيب عقل الانسان وبالتالي تؤثر على قواه العقلية وتصيبه بعراض من عوارض الأهلية المتمثلة في الجنون والعته، ما ينال من سلامة عقل الشخص لدرجة تفقده إدراكه وتمييزه، فيكون خطراً على نفسه وعلى غيره، فيصبح الشخص بحاجة ماسة إلى الرعاية والعناية اللازمين لتدبير أموره وتقدها من طرف متولي الرقابة ومنعه من إحداث أضرار بالغير.

¹ التي كانت تنص قبل تعديل 2005 على أنه: "يكون الأب ومن بعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما"

ج- الخضوع للرقابة بسبب الحالة العقلية:

وهي تتجلى في فقدان الشخص للبصر على سبيل المثال أو مصاب بالشلل جعله في حاجة إلى رقابة، فيتولى شخص آخر رقبته والإشراف على شؤونه الشخصية، من زوج أو زوجة أو مدير مشفى أو طبيب... الخ، ويكون مسؤولاً عنه ما بقي في رقبته.

الشرط الثاني: صدور فعل ضار من الخاضع للرقابة على الغير

وهذا الشرط يعتبر جوهر مسؤولية المكلف بالرقابة، حيث لا مسؤولية إلا بحصول فعل ضار ممن هم تحت رقبته بالغير، مما يترتب ضرراً يلحق بهذا الغير من جراء هذا الفعل الضار، أما إذا وقع الفعل الضار على من هو تحت الرقابة فلا توجب المسؤولية على من له حق الرقابة، كأن يصيب أجنبي تلميذاً أثناء تواجده في المدرسة بأذى، كذلك لا تقوم مسؤولية المعلم إذا كان القاصر قد ألحق الأذى بنفسه.

الفرع الثاني: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المكلف بالرقابة

إن أساس مسؤولية المكلف بالرقابة هو خطأ مفترض يقبل إثبات العكس، فالمادة 134 تفترض التزاماً على عاتق المكلف بالرقابة برعاية الشخص الخاضع للرقابة وذلك بان يتمتع عن اثنين الأفعال السيئة والضارة بالغير ومن هذا المنطلق فهي قائمة على قرينة الخطأ المفترض أي إذا حدث الخاضع للرقابة ضرراً بالغير قامت قرينة قانونية مفادها أن المكلف بالرقابة قد أهمل أو أخطأ في رقابة الشخص الذي تولى رعايته ولولا هذا الخطأ في الرقابة لما أصاب الخاضع للرقابة ضرر بالغير، إلا أن هذه القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس.

الفرع الثالث: كيفية نفي مسؤولية متولي الرقابة

هناك وسيلتين لدفع المسؤولية وهي نفي الخطأ بإثبات عدم تقصيره في أداء واجبه في الرقابة، واما الثانية فهي اثبات بأن الضرر كان لا بد من حدوثه، وسنبينهما فيما يلي:

أولاً: أداء واجب الرقابة

اثبات أداء هذا الواجب يكون عن طريق نفي الخطأ المفترض الذي يعتبر قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، كأن يثبت قيامه بهذا الواجب بما ينبغي من العناية، وأنه اتخذ كل الاحتياطات اللازمة لمنع الخاضع للرقابة من الأضرار بالغير، ويتحدد مضمون الالتزام بالرقابة ببذل المكلف بالرقابة عناية الشخص العادي في، والذي يكون في نفس ظروفه.

ثانياً: نفي علاقة السببية

إذا لم يستطع المكلف بالرقابة نفي الخطأ المفترض أجاز له القانون أن ينفي أو يقطع علاقة السببية بين خطأه في الرقابة والضرر الحاصل للغير، وهذا ما أشارت إليه العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة 134، فهو لا يعتبر مسؤولاً إذا تعذر عليه دفع الضرر الحاصل من الخاضع للرقابة والموجه للغير، وذلك نتيجة لسبب أجنبي كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة لا قبل له بردها، أو خطأ الشخص المضروب نفسه، أو خطأ الغير.

المطلب الثاني

مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع

نظم المشرع أحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في مادتين من القانون المدني، حيث نصت المادة 136 على أنه: "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها.

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع"، كما نصت المادة 137 مدني على أنه "للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيم".

الفرع الأول: شروط تحقق مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع

الشرط الأول: علاقة التبعية

يجب لقيام مسؤولية المتبوع أن توجد علاقة تبعية بين شخصين بحيث يكون أحدهما خاضعاً للآخر، وذلك بأن يكون للمتبوع على تابعه سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه، فالمتبوع لا بد أن تكون له سلطة إصدار الأوامر لتابعه قصد توجيهه في عمله ولو توجيهاً عاماً، وأن تكون له الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر، وتتقلص علاقة التبعية وتتراخي بتراخي الرقابة والتوجيه، حتى إذا لم تبق لدى المتبوع سلطة كافية في الرقابة والتوجيه انعدمت علاقة التبعية واستقل التابع في القيام بعمله، كالأطباء الذين يعملون في مستشفى لحسابهم فهم لا يعتبرون تابعين لإدارة المستشفى.

وليس ضرورياً أن تكون علاقة التبعية عقدية، على الرغم انه في الغالب الاعم يوجد عقد، كما هو الحال بالنسبة للسائق والعامل والموظف، ما دام للمتبوع سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه.

الشرط الثاني: خطأ التابع في حالة تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها

إذا قامت علاقة التبعية فإن مسؤولية المتبوع تتحقق، إذا وقع خطأ من التابع أضر بالغير أثناء تأديته لوظيفته أو بسببها أو بمناسبةها:

أ/ الخطأ حال تأدية الوظيفة

يعتبر الخطأ قد وقع حال تأدية الوظيفة، إذا ارتكبه التابع وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته، يستوي أن يكون قد ارتكب الخطأ تنفيذاً لأمر صدر له من المتبوع أو دون وجود هذا الأمر، كما يستوي أن يكون بعلم المتبوع أو دون علمه أو رغم معارضته، ومثال الخطأ الذي يرتكبه التابع حال تأدية الوظيفة، وخطأ الممرض الذي يعطي المريض سماً بدل الدواء، في هذا الفرض يرتكب التابع خطأ وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته، فتقوم مسؤولية المتبوع.

ب/ الخطأ بسبب الوظيفة

قد يرتكب التابع الخطأ وهو لا يؤدي عملاً من أعمال وظيفته، ولكن الوظيفة تكون هي السبب في ارتكابه لهذا الخطأ، فيكون المتبوع مسؤولاً عنه في هذه الحالة، لأن هناك علاقة وثيقة بين الخطأ والوظيفة، فالوظيفة هي السبب المباشر للخطأ. ويكون الخطأ واقعاً بسبب الوظيفة في أحد فرضين وهما:

الفرض الاول: إذا كان التابع لم يكن يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة، ومثال ذلك أحد أفراد الشرطة زار بعض اقاربه أثناء قيامه بمهمة رسمية، وفي أثناء الزيارة عبث بالمسدس فانطلق عيار ناري أصاب صبياً بجواره فأرداه قتيلاً، ففي هذا المثال كانت الوظيفة ضرورية لوقوع الخطأ من التابع، فقامت لذلك مسؤولية المتبوع.

الفرض الثاني: يتوافر إذا كان التابع لم يكن ليفكر في ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة، ومثال ذلك أن يعتدي سائق إحدى الحافلات العامة على راكب بسبب ما أبداه الراكب من الاعتراض على السائق لعدم وقوفه عند محطة إجبارية، فهذا السائق ما كان ليفكر في الاعتداء على الراكب لولا وظيفته في قيادة الحافلة.

في هذين الفرضين كانت الوظيفة هي السبب في ارتكاب التابع لخطئه، ومن ثم يكون المتبوع مسؤولاً عنه.

ج/ الخطأ بمناسبة الوظيفة

أما الخطأ الذي يقع بمناسبة الوظيفة، فهو الذي تكون وظيفة التابع قد يسرت له ارتكابه، أي ساعدته أو هيأت له الفرصة لارتكابه، ولم تكن ضرورية لوقوع الخطأ أو حتى التفكير فيه، ومثال

ذلك: أن يرى سائق سيارة إسعاف خصماً له يسير في الشارع، فينتهز فرصة قيادته لها ويدهسه انتقاماً منه، فهذا السائق لم تكن وظيفته في قيادة السيارة ضرورية لارتكاب هذا الخطأ أو سبباً له، وإنما يسرت أو سهلت له فقط ارتكابه، فهو قد وقع بمناسبة لا أكثر، ففي هذا المثال وغيره يكون المتبوع مسؤولاً عن خطأ التابع، ولقد أقرت المادة 136 مدني مسؤولية المتبوع إذا كان خطأ التابع فيها قد وقع بمناسبة الوظيفة، وهدف المشرع من ذلك إتاحة الفرصة للمضروب في الرجوع على المتبوع، كلما كانت الوظيفة التي يشغلها التابع قد هيأت له، بطريقة أو بأخرى، ارتكاب الفعل غير المشروع، فيكون المشرع بذلك قد وسع قدر الامكان من الحماية للمضروب.

الفرع الثاني: أساس المسؤولية وعدم امكانية دفعها

لقد اختلف الفقه حول الاساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية، وسنبين هذا الاختلاف فيما يلي:

الاساس الاول: الخطأ المفترض في جانب المتبوع، إما في اختيار تابعه، وإما في رقابته وتوجيهه، أو فيهما معاً.

ولكن هذا الرأي يصطدم بما تقرر من أن المتبوع لا يمكنه دفع مسؤوليته بنفي الخطأ عن نفسه، وانه يسأل بهذه الصفة ولو كان غير مميز، وبهذا لا يمكن نسبة الخطأ إليه ولو افتراضاً.

الاساس الثاني: ذهب فريق آخر من الفقه إلى تأسيس مسؤولية المتبوع على اساس فكرة تحمل التبعة بمعنى أنه لما كان المتبوع يستفيد من نشاط تابعه، فإنه يجب عليه تحمل تبعة هذا النشاط. لكن هذا الرأي انتقد، فمن جهة لو صح لكانت مسؤولية المتبوع عن أي ضرر يلحقه التابع بالغير حتى ولو لم يكن مخطئاً وهي نتيجة تتعارض مع طبيعة مسؤولية المتبوع التي تستلزم ارتكاب خطأ من التابع كشرط من شروط قيامها.

كما انتقدت من جهة أنه لو كانت مسؤولية المتبوع قائمة على تحمل التبعة لامتنع رجوع المتبوع على التابع بما دفعه نتيجة خطأه، وهو ما يتعارض مع احكام هذه المسؤولية في جواز رجوع المتبوع على التابع.

الاساس الثالث: ذهب البعض إلى أن اساس مسؤولية المتبوع تستند على فكرة النيابة باعتبار أن التابع نائب عن المتبوع بحيث يقوم بالأعمال المادية ويكون المتبوع مسؤولاً عنها، لكن يعاب على هذا الرأي أن النيابة تكون في التصرفات القانونية لا في الاعمال المادية.

الاساس الرابع: يذهب البعض الاخر إلى اسناد مسؤولية المتبوع إلى فكرة الحلول، على اساس أن التابع امتداد لشخصية المتبوع ويحل محله، ولكن انتقد هذا الراي بأنه يستند إلى افتراض غير واقعي

الاساس الخامس: وذهب رأي آخر من الفقه إلى أن أساس مسؤولية المتبوع تقوم على فكرة الضمان، حيث اعتبرت أن مسؤولية المتبوع ترجع إلى النظر إليه باعتباره موسراً وضامناً لحالة الاعسار التي غالباً ما يكون عليها التابع، وهو الامر الذي يؤدي إلى الحاق الاذى بالمضرور فيما لو ترك بدون تعويض، وعلى هذا فان المتبوع يعتبر كفيلاً يكفل التابع فيما يرتكب من خطأ يصيب الغير بالضرر طالما أن للمتبوع حق الرقابة والتوجيه على التابع وما دام أن الخطأ قد وقع من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها، فيجوز للمضرور أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع ولا يستطيع المتبوع التخلص من هذه حتى ولو اثبت أنه كان يستحيل عليه منع وقوع العمل غير المشروع، ولعل هذا الاساس هو الاكثر صواباً في تكييف مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه لاتفاقه مع شروط وآثار هذه المسؤولية.

الفرع الثالث: حق المتبوع في الرجوع على التابع

القاعدة أنه إذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار كانوا متضامنين في الالتزام بالتعويض طبقاً لنص المادة 126 مدني، وان من يوفي التعويض منهم يكون له حق الرجوع على الآخرين كل منهم بقدر نصيبه، ولا شك في أن حكم التضامن يسري على المتبوع والتابع، والمشرع قد قيد ذلك الرجوع بشرط ارتكاب التابع لخطأ جسيم، أما إذا كان الخطأ يسيراً فلا يرجع المتبوع على التابع ما دفع من تعويض للمضرور.

وهذا ما نصت عليه المادة 137 مدني والتي جاء فيها: " للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيم".

الفصل الثاني

المسؤولية عن ضرر الاشياء

يتبين من نص المواد 138، 139، 140 المادة 140 مكرر من القانون المدني أن المسؤولية التي تنشأ عن ضرر الأشياء تنقسم إلى ثلاثة أقسام وهي:

المسؤولية عن الاشياء الجامدة والحية

مسؤولية حائز العقارات والمنقولات التي يحدث فيها حريق ، ومسؤولية مالك البناء مسؤولية المنتج، وسنتناول هذه المسؤوليات على التوالي فيما يلي:

المبحث الاول

مسؤولية حارس الاشياء الجامدة

كانت مسؤولية حارس الأشياء تقوم على أساس وجوب اثبات الخطأ في جانب المسؤول، إلا أنه مع ظهور الآلات وتطور الصناعة، نتج عنها زيادة تعرض حياة الناس للأخطار، فكان من اللازم حماية المضرورين بحيث لا يقع عليهم إثبات الخطأ في جانب المسؤول، ولكن تقوم المسؤولية على أساس خطأ مفترض في جانب من يوجد الشيء في حراسته، واستمر التطور إلى أن أصبح الخطأ يفترض افتراضاً لا يقبل اثبات العكس.

ولقد نصت المادة 138 مدني على أنه: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء.

ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة".

ومن هذه المادة نستخلص شروط مسؤولية حارس الاشياء، والاساس الذي تقوم عليه، وكيفية نفيها، كل ذلك على النحو الآتي:

المطلب الاول

شروط مسؤولية حارس الأشياء

لكي يكون الشخص مسؤولاً عن الضرر الذي تحدثه هذه الأشياء يجب توافر شرطين هما: أن يتولى شخص حراسة شيء، وأن يقع ضرر للغير بفعل هذا الشيء.

الفرع الاول: تولي شخص حراسة شيء

لهذا الشرط عناصر نتناولها فيما يلي:

أولاً: الشيء

المقصود بالشيء¹ في نص المادة 138 المدني، هو كل شيء غير حي، فيما عدا البناء الذي يتهدم إذ يخرج من نطاق المادة 138 وخصص له المادة 140 فقرة 2، كما يخرج من نطاق المادة 138 مدني المنتج المعيب الذي خصص له المشرع المادة 140 مكرر.

والشيء قد يكون عقاراً وقد يكون منقولاً، صغيراً أو كبيراً، جامداً أو سائلاً، ويصدق وصف الشيء على التيار الكهربائي والغاز الطبيعي، وحتى الضجيج الذي تحدثه الطائرات أو القطارات، كما قد يكون الشيء عقاراً بالتخصيص كالمصاعد الكهربائية، والآلات الزراعية أو الصناعية المخصصة لخدمة مزرعة أو مصنع.

ثانياً: حراسة الشيء

معنى هذا الشرط انه يلزم أن يكون الشيء في حراسة شخص بحيث يكون مسؤولاً عنه، ويقصد بالحراسة السيطرة الفعلية على الشيء في رقابته وتوجيهه، بغض النظر عما إذا كانت هذه السيطرة قانونية أي تستند إلى حق مشروع على الشيء كحق الملكية مثلاً، أو سيطرة مادية بمعنى انها لا تستند إلى أي حق على الشيء كالسارق الذي يسرقه.

ويجب أن تكون للحارس قدرة على استعمال الشيء وتسييره ورقابته، وسنتناول المقصود بهذه المصطلحات الثلاث فيما يلي:

1- الاستعمال: وهي تعني سلطة استخدام الشيء لمصلحته فيما أعد له بطبيعته، فاستعمال السيارة مثلاً يكون بركوبها وقيادتها، وبالإضافة إلى ذلك فإنه يدخل في سلطة الاستعمال، استخدام

¹ إن مصطلح الشيء الذي استخدمه المشرع في المادة 138 هو واحد من أكثر المصطلحات عمومية، إلى جانب مصطلح الحيوان الذي استخدمه في المادة 139، يمكن القول أن المشرع يريد تغطية كامل مجال الأشياء المادية التي تحيط الإنسان من خلال المادة 138.

الشيء لأداء عمل من أعمال المهنة، فمحترف إصلاح السيارات يستعمل السيارة عند قيامه بأعمال الإصلاح.

وتعد سلطة الاستعمال مظهراً من مظاهر سلطة الأمر التي تثبت للحارس على الشيء، وعلى ذلك يكفي وجودها ولا يشترط مباشرتها بالفعل، فمالك السيارة الذي يضعها في الحضيرة المخصصة لركن السيارات يظل محتفظاً بسلطة الاستعمال، حيث يمكنه استخدامها في أي وقت يريد، ولا يتوقف ذلك على أمر صادر من أي شخص آخر، وليس من اللازم ان تستند سلطته لاستعمال الشيء على حق مشروع فالسارق له على الشيء المسروق سلطة الاستعمال.

2- التسيير:

هو التوجيه وسلطة اصدار الامر، فالتابع الذي يسوق سيارة متبوعه ليس له عليها سلطة التوجيه وصدار الامر بل أن هذه السلطة للمتبوع. وسلطه التسيير والتوجيه متصلة عادة بسلطة الاستعمال، ولذا فان بعض الشراح يدمجها في سلطة الاستعمال.

3- الرقابة:

ويقصد بها سلطة الاشراف على الشيء بحيث يمكن للحارس أن يتفادى وقوع أي ضرر يمكن أن ينجم من استخدام الشيء أو توجيهه، ويلزم في جميع الاحوال ثبوت إرادة الحارس المتجهة إلى استعمال الشيء وتوجيهه ورقابته.

ثالثاً: انتقال الحراسة وانتقال المسؤولية

وسنتناول ثلاث فروض لانتقال الحراسة وبالتالي انتقال المسؤولية، وذلك فيما يلي:

الفرض الاول: إذا انتقل الشيء من يد المالك إلى يد أخرى بالرغم عن إرادته أو دون علمه، فإن السيطرة الفعلية على الشيء تنتقل في هذه الحالة من المالك إلى هذا الغير طالما كان لهذا الاخير سلطة الاستعمال والتسيير والرقابة عما يحدثه الشيء من ضرر، وكما هو واضح أنه لا يلزم أن تكون السيطرة الفعلية سيطرة مشروعة لها سند من القانون.

الفرض الثاني: إذا انتقل الشيء من يد المالك إلى يد الغير برضاء المالك وكان الغير تابعاً له، الأصل أن انتقال الشيء إلى يد التابع لا ينقل إليه السيطرة الفعلية على الشيء، إذ الغالب أن المالك يستبقي السيطرة الفعلية على هذا الشيء حتى بعد أن يسلمه لتابعه، فيبقى المالك في هذه الحالة هو الحارس لكن ليس هناك ما يمنع من أن تنتقل السيطرة الفعلية في بعض الحالات إلى

التابع وبذلك يصبح هذا الاخير مسؤولاً باعتباره الحارس عن فعل الشيء، ويكون المالك مسؤولاً مسؤولية المتبوع.

الفرض الثالث: انتقال الشيء من يد المالك إلى شخص غير التابع لينتفع به، كالمستأجر أو المستعير، في الغالب تنتقل إلى هذا الشخص السيطرة الفعلية على الشيء إذ هو في سبيل الانتفاع به يمسك بزمامه في يده وله التصرف في أمره ومن ثم يكون هو الحارس، وكذلك إذا تم انتقال الشيء لشخص غير تابع للمحافظة عليه أو إصلاحه فالأصل أن تنتقل السيطرة الفعلية إلى هذا الشخص، ويكون هو الحارس ما لم يستبق المالك لنفسه السيطرة الفعلية فيبقى هو الحارس.

الفرع الثاني: أن يحدث الشيء ضرر للغير

معناه أن يُنسب الفعل الضار إلى الشيء الواقع تحت الحراسة، ولا يعتبر الشيء قد احدث ضرر الا اذا كان له دوراً ايجابياً في حدوثه كأن تكون المركبة تسير بسرعة، أو كانت واقفة ولكن في غير وضعها الطبيعي، أو تقع شجرة مائله على المارة، فان الضرر يكون في هذه الحالات من فعل الشيء وقد تدخل الشيء تدخل ايجابياً في احداثه، أما اذا كان دور الشيء في حدوث الضرر سلبياً فحسب، كما اذا ارتطم شخص بسيارة واقفة أو بعمود كهربائي ثابتاً في مكانه فلا تقوم هذه المسؤولية .

والتدخل الايجابي للشيء في احداث الضرر لا يعني بالضرورة اتصاله مادياً بالجسم أو المال الذي حدث به الضرر اذا يمكن ان يحدث الشيء ضرراً دون اتصاله مباشرة بالمضروب، ومثال ذلك أن تتوقف سيارة مسرعة بصورة مفاجئة فأزعجت شخصا كان قريباً منها فسقط وجرح فالاحتكاك هنا معنوي وعلى المضروب اثبات تدخل الشيء في احداث الضرر، ومتى اثبت ذلك قامت مسؤولية الحارس وطبقت احكام مادة 138 ما لم يُثبت السبب الاجنبي، أو ان دور الشيء في احداث الضرر لم يكن ايجابياً.

الفرع الثاني: أساس المسؤولية وكيفية دفعها

تقوم مسؤولية حارس الاشياء على اساس خطأ مفترض الذي لا يقبل اثبات العكس، فالخطأ مفترض في حراسة الشيء، فإذا ألحق الشيء ضرراً بالغير يفترض أن زمامه قد افلتت من حارسه وفقد السيطرة الفعلية عليه، وهذا الخطأ المفترض في جانب الحارس لا يكلف المضروب بإثباته بل يكفي أن يثبت انما اصابه ضرر وقع بتدخل الشيء الموجود تحت الحراسة.

ولا يقبل من الحارس لنفي مسؤولية عن الضرر أن يثبت انه لم يخطئ وانه بذل العناية المطلوبة لمنع وقوعه، فهذا الخطأ المفترض لا يقبل اثبات العكس ودليل ثبوته هو وقوع الضرر من فعل الشيء.

ولكنه يستطيع أن يتخلص من المسؤولية اذا امكنه قطع علاقة السببية بين خطئه المفترض في الحراسة والضرر بإثبات أن وقوع الضرر يرجع إلى سبب اخر سواء كانت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه.

المبحث الثاني

المسؤولية عن الحريق ومسؤولية مالك البناء

تنص المادة 140 فقرة أولى من مدني على أنه: "من كان حائزاً بأي وجه كان لعقار أو جزء منه، أو منقولات، حدث فيها حريق لا يكون مسؤولاً نحو الغير عن الاضرار التي سببها هذا الحريق إلا إذا ثبت أن الحريق ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول عنهم. مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى اهمال في الصيانة، أو قدم في البناء، أو عيب فيه. ويجوز لمن كان مهتداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر فإن لم يحم المالك بذلك، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه".

كما هو واضح من نص هذه المادة أنها تنظم مسؤوليتين وهما: المسؤولية عن الحريق في الفقرة الأولى منها، والمسؤولية عن تهديم البناء في الفقرة الثانية، وسنتطرق لهما فيما يلي:

المطلب الأول

مسؤولية عن حريق

الفرع الأول: شروط قيام المسؤولية

الشرط الأول: أن يكون الحريق هو السبب في وقوع الضرر للغير

هذا الشرط يتضمن الحريق الذي يشب في مال المسؤول، وتسريه إلى ممتلكات الغير، وسنبين ذلك فيما يلي:

1- حريق مال المسؤول

لا مجال لتطبيق المادة 140 فقرة 1 مدني ما لم يكن مال المسؤول أي الحائز قد شب فيه حريق، ويستوي في ذلك أن يكون المال محل الحريق عقاراً أو منقولاً، وسواء أكان الشيء خطراً في حد ذاته أم ليس بالخطير، ولا فرق بين الأشياء التي تكون سريعة الاشتعال وتلك التي تكون غير ذلك.

ويقصد بالحريق النار التي تشتعل فجأة وبغته، بحيث لا يتمكن الحائز من السيطرة عليها نظراً لانتشارها السريع، ويستوي في ذلك أن يكون اشتعال النار إرادياً أو غير إرادياً، ويجب أن يكون للحريق أهمية من حيث حجمه، أي أن يكون حريقاً مهولاً.

والحائز قد يكون المالك ولكن هذا لا يمنع أن تكون الحيازة لشخص آخر، كالمستأجر، والدائن المرتهن رهن حيازة، والمستعير، كالمودع لديه، كالحارس القضائي، فالقانون لا يشترط في الحيازة أن تكون قانونية، وإنما اكتفى في الحيازة المادية للشيء، وهي تتوافر، عندما توجد السيطرة الفعلية على الشيء، أي بوضع اليد على العقار أو المنقول.

2- تسرب الحريق إلى ممتلكات الغير

يقتضي هذا الشرط تسرب الحريق الذي يندلع في منقولات أو عقارات المسؤول إلى ممتلكات الغير فيحدث بها اضراراً حيث تهدف المادة 1/140 تعويضها، ويجب أن يكون الحريق الذي شب في مال المسؤول هو السبب الاول والمباشر في الاضرار التي اصابته الغير، اما اذا كان الحريق هو السبب الثاني كأن يكون ناتجاً عن انفجار فيستبعد تطبيق الفقرة الاولى من المادة 140 مدني.

الشرط الثاني: خطأ الحائز أو خطأ من هو مسؤول عنهم

وفقاً لنص المادة 140 الفقرة الاولى يكون حائز العقار أو المنقول هو المسؤول عن الاضرار التي يسببها الحريق للغير، والحائز كما يعرفه بعض الفقه هو: "الحارس للعقار أو للمنقول الذي شب فيه الحريق، سواء كانت حيازته تستند إلى حق مشروع، أو لا تستند، فسارق المنقول الذي يشب فيه حريق يعتبر هو حارسه المسؤول عما يحدثه من أضرار"، ويعرف البعض الآخر الحائز بأنه: "من كان الشيء في حيازته وله السلطة الفعلية عليه، وهو بهذا المعنى كالحارس، بل قل هو الحارس نفسه"، والسبب في استعمل المشرع في المادة 140 فقرة أولى تعبير الحائز بدل مصطلح الحارس لاستبعاد المسؤولية المفترضة على المسؤول في حالة الحريق.

الفرع الثاني: أساس المسؤولية عن الحريق

يسأل الحائز عن الاضرار التي سببها الحريق الذي شب في العقار أو المنقول الذي في حيازته، إذا اثبت الشخص المضرور أن الحريق شب بسبب الخطأ الذي ارتكبه الحائز أو بسبب الخطأ الذي ارتكبه الاشخاص المسؤول عنهم، وعلى ذلك، فمسؤولية حائز العقار أو المنقول لا تقوم على اساس الخطأ المفترض، وإنما تقوم على اساس الخطأ الواجب الاثبات من قبل المضرور، فيجب على المضرور اضافة إلى اثبات الضرر الذي أصابه وعلاقة السببية أن يثبت أن الحريق يُنسب إلى خطأ المسؤول أو إلى خطأ من هو مسؤول عنهم

ونلاحظ ان وضع المضرور في المسؤولية عن الحريق هو نفس الوضع الذي أقرته القواعد العامة أي المادة 124 مدني، حيث يتحمل المضرور في كلتا الحالتين اثبات خطأ المسؤول، لذلك

نتساءل عن الفائدة من النص على المسؤولية عن الحريق ما دامت القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية تكفي لاحتوائها؟

المطلب الثاني

المسؤولية عن تهم البناء

سنتناول في هذا النوع من المسؤولية تعريف البناء وتهدمه، بعدها نتطرق لارتباط المسؤولية بالملكية، وأخيراً أساس مسؤولية مالك البناء وكيفية دفعها، على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف البناء وتهدمه

1- تعريف البناء:

البناء هو مجموعة من المواد سواء من الحجارة أو من الطوب أو من الخشب أو من الحديد، أو من الطين شيدتها يد الانسان فوق الارض اوفي باطنها، واتصلت بالأرض اتصال قرار، ويستوي أن يكون البناء قد شيد بقصد السكنى أو كمستودع للبضائع، أو كمخزن للحبوب، كما يستوي أن يكون لغير هذا القصد كالجدران، والأعمدة المثبتة بالأرض، ويصدق مفهوم البناء هنا أيضاً على أجزاء العقار التي تعتبر من ملحقاته، مثل النوافذ والشرفات، ودرجات السلم¹.

2- المقصود بالتهدم

يقصد بالتهدم تفكك البناء وانفصاله عن الارض التي يتصل بها اتصال قرار، ويستوي أن يكون هذا الانفصال كلياً أو جزئياً كسقوط السلم، أو انهيار الحائط أو السقف أو انفصال الشرفة، وقد يحدث التهدم في بناء قديم كما يمكن أن يحدث في مبنى جديد نتج عن عيب في تشييده. ويجب أن يكون التهدم هو السبب في احداث الضرر للغير، فلو سقط شيء من نافذة منزل على شخص وأصابه بضرر ولم يكن السقوط بسبب الانهيار فلا ينطبق حكم المادة 140 فقرة 2 بل تطبق المادة 138 مدني.

الفرع الثاني: ارتباط المسؤولية بالملكية

وفقاً للمادة 140 فقرة 2 يكون مالك البناء هو المسؤول عن الاضرار التي لحقت الغير بسبب انهدام البناء، فالمالك يتحمل مسؤولية هذه الاضرار لمجرد انه مالك للبناء، بعد ذلك لا يهم إذا كان هو الذي يشغل هذا البناء شخصياً، أو كان ينتفع به الغير على وجه الاتجار على سبيل

¹ ويخرج من مفهوم البناء ما يعتبر عقاراً بالتخصيص، لأنه منقول بطبيعته مثال آلات الحرث والري، وكذلك يخرج عن مفهوم البناء أسلاك الكهرباء وأسلاك الهاتف المعلقة والتي تطبق عليها أحكام المسؤولية عن الاشياء.

المثال، وعليه لا تواجه المضرور اي صعوبة في تحديد المسؤول باعتبار أن صفة المالك لا تثير في حد ذاتها اي مشكلة.

الفرع الثالث: أساس مسؤولية مالك البناء وكيفية دفعها

سنتناول أساس مسؤولية مالك البناء، ثم كيفية دفعها، وذلك فيما يلي:

أولاً: أساس مسؤولية مالك البناء

تقوم مسؤولية مالك البناء على خطأ مفترض يقبل إثبات العكس، فإذا تهدم البناء ونشأ عن هذا التهدم ضرر للغير قامت مسؤولية مالكة دون حاجة لإثبات خطأ في جانبه، وذلك أن هذا الخطأ مفترض بنص القانون ويتمثل في الإهمال في صيانة البناء أو في إصلاحه أو تجديده مما يترتب عليه تدمره.

غير أن هذا الخطأ المفترض يقبل اثبات العكس فإذا استطاع المالك أن يثبت أن البناء لم يكن في حاجة إلى صيانة أو تجديد أو إلى إصلاح فإنه ينفي الخطأ عن نفسه ويتخلص من المسؤولية.

ثانياً: دفع مسؤولية تهدم البناء

يستطيع مالك البناء دفع المسؤولية عن نفسه إما بنفي الخطأ أو نفي علاقة السببية وسنبين ذلك فيما يلي:

1- نفي الخطأ

لكي تقوم مسؤولية مالك البناء يجب أن يثبت المضرور أن ضرراً قد أصابه بسبب تهدم البناء، فإن أثبت ذلك قامت قرينة قانونية على خطأ المالك في صيانة البناء أو إصلاحه أو تجديده، غير أن هذه القرينة بسيطة تقبل اثبات العكس، أي يجوز للمالك أن ينفي عن نفسه الخطأ بإثبات أن البناء ليس قديماً، ومتى اثبت ذلك انتفت عنه قرينة الخطأ، أما إذا كان البناء قديماً فيجب أن يثبت أن البناء ليس في حاجة إلى صيانة أو إصلاح أو تجديد، أو أنه قام بهذه الصيانة وفق الاصول الفنية اللازمة، أو أن البناء جديد لا يوجد فيه أي عيب.

2- نفي علاقة السببية

إذا عجز مالك البناء عن نفي خطئه فلا يكون أمامه من سبيل لدفع المسؤولية بعد ذلك إلا أن يقطع علاقة السببية، وذلك بإثبات أن التهدم يعزى لسبب أجنبي، كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، أو إلى خطأ المضرور نفسه أو إلى خطأ الغير.

الفرع الرابع: الدعوى الوقائية

تجدر الإشارة أن الفقرة الثالثة في المادة 140 ق م ج التي تنص على أنه: "يجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه."، فمن كان مهدد بضرر سيصيبه من البناء المجاور له أن يطالب المالك باتخاذ التدابير الوقائية التي تحول دون وقوع الخطر من البناء، فإذا امتنع المالك من ذلك جاز لمن كان مهددا بهذا الخطر أن يحصل على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حساب المال.

المبحث الثالث

المسؤولية المدنية للمنتج

لقد نظم المشرع مسؤولية المنتج في المادة 140 مكرر مدني والتي تنص على أنه: "يكون المنتج مسئولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية.

يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لا سيما المنتج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية".

إن المنتج هو في الأساس مال، وحتى وإن اعتبره البعض فئة خاصة من الأموال، مع ذلك فإنه مال منقول مادي، ولكنه قد يشتمل على أموال منقولة معنوية بما فيها الخدمات، والمشرع في المادة 140 مكرر لم يعرف المنتج وإنما عدد الأشياء التي تعتبر منتوجات¹.

إن المادة 140 مكرر جاءت خالية من تعريف المنتج، فقد اكتفى المشرع بمسألة المنتج مدنيا عن الأضرار الناجمة عن عيب في منتجاته، فهو ملزم بضمان أمن وسلامة المستهلك، أما بالنظر إلى أنواع المنتجات التي أشارت إليها الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه، فقد يكون المنتج مزارعا أو مربيا للمواشي أو صناعيا أو صيدليا.

وبالرجوع إلى قانون رقم 09 - 03 المؤرخ في 25 فيفري 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش نجده قد أشار للمنتج من خلال نص المادة الثالثة حيث استعمل مصطلح المتدخل وهو: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك".

¹ وهذا عكس ما جاء في قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09 - 03 المؤرخ في 25 فيفري 2009 في المادة الثالثة منه، حيث عرف المنتج على أنه: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا".

فهذه المادة قد وسعت من مفهوم المنتج، حيث اعتبرت ان كل متدخل في عملية الانتاج يعتبر منتجا، ولا تقتصر صفته على المنتج النهائي الذي تولى المرحلة النهائية في الانتاج، وبالتالي فهو معرض للمسؤولية المدنية في حالة ما إذا اصاب المستهلك بضرر بسبب منتجاته المعيبة.

المطلب الأول

شروط قيام مسؤولية المنتج المدنية

الفرع الأول: أن يكون العيب في المنتج

يقصد بالعيب الخلل في المنتج بحيث يجعله غير صالح للاستعمال، أو يجعله يشكل خطر على المستهلك في حالة استعماله، وبالتالي يقدر العيب بالنظر الى انعدام السلامة الجسدية أو العقلية للمستهلك.

ووفقا لهذا الشرط لابد من أن يكون المنتج معيبا لأنه إذا كان غير ذلك فان عناصر المسؤولية لا تتحقق، فإذا أساء المستهلك استعمال هذا المنتج أو انتهت مدة صلاحيته، ومع ذلك استعمله فانه يتحمل تبعات ذلك.

الفرع الثاني: وقوع الضرر بسبب العيب

أي أن هناك علاقة سببية بين الضرر والعيب في المنتج، معناه أنه لولا العيب أو الخلل الموجود في المنتج لما حصل الضرر، فالعيب هو السبب المباشر الذي أدى إلى حصول الضرر بحيث لولاها لما تضرر الضحية.

الفرع الثالث: المسؤول هو المنتج

وهذا ما بدأت به المادة 140 مكرر: "يكون المنتج مسؤولا...". غير أن الملاحظ في المادة هو غياب تعريف للمنتج عكس المنتج الذي عدده المشرع في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه.

المطلب الثاني

أساس مسؤولية المنتج وكيفية دفعها

الفرع الأول: أساس المسؤولية

إن مسؤولية المنتج ذات طبيعة مزدوجة فقد تكون مسؤولية عقدية ناتجة عن إخلال هذا الأخير بالالتزامات الناشئة عن عقد الاستهلاك وهذا ما يستفاد من مفهوم المخالفة لنص المادة 140 مكرر من القانون المدني التي جاء فيها: "...حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية"، وقد تكون مسؤولية تقصيرية في الحالة التي لا يوجد فيها عقد بين المستهلك والمنتج، وهذا هو الأمر الذي نريد توضيحه.

إن المسؤولية التقصيرية تقوم بصفة عامة على أساس الخطأ الواجب الإثبات إلا أن المشرع في بعض الحالات يقيمها على أساس الخطأ المفترض أو على أساس المسؤولية الموضوعية التي تقوم على أساس الضرر، وذلك بهدف توفير أكبر حماية للمضرور¹.

ووفقا للمادة 140 مكرر مدني فان مسؤولية المنتج التقصيرية تقوم على أساس الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام الذي يفرضه القانون ومضمونه عدم الأضرار بالغير، فبمجرد إثبات العيب في المنتج والضرر والعلاقة السببية بين العيب والضرر تقوم مسؤولية المنتج، بغض النظر فيما إذا كان المنتج قد أخطأ أم لم يخطئ، فالمشرع الجزائري من خلال هذا النص أراد تأمين أكبر قدر من الحماية للمضرور، لأنه من الناحية العملية من الصعب عليه اثبات خطأ المنتج، خصوصا اذا كانت المنتجات مستوردة من خارج الوطن وذات تقنية عالية.

الفرع الثاني: كيفية دفع المسؤولية

لم يبين المشرع الجزائري كيفية دفع المسؤولية من طرف المنتج حيث أن المادة 140 مكرر حيث جاءت خالية من تبيان كيفية الإعفاء من المسؤولية، ومع ذلك يمكن للمنتج أن يتخلص من المسؤولية بالرجوع الى المادة 127 مدني والتي بينت كيفية قطع العلاقة السببية².

¹ وهو آخر ما توصل إليه التشريع الفرنسي، فقد كرس هذا الأخير فكرة الالتزام بالسلامة كأساس لمسؤولية المنتج في القانون المدني الفرنسي، وذلك في المادة 1386 فقرة 11 / 1 لما استعملت عبارة "المسؤولية بقوة القانون".

² حيث تنص على انه: "إذا أثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك".