

جامعة محمد البشير الابراهيمى برج بوعربريج

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات في مصادر الالتزام

من إعداد الأستاذة ديرم سومية

السداسي الثالث

المجموعة الرابعة

2021/2020

- **الالتزام رابطة بين شخصين:** أي له طرفان دائن ومدين.
- مثال: البائع مدین بتسليم المبيع ودائن بالثمن، والمشتري دائن بالشيء ومدین بالثمن.

عناصر الالتزام: للالتزام عنصرين عنصر المديونية وعنصر المسؤولية:

1- **عنصر المديونية:** هو الواجب الذي يقع على المدین ويفرض عليه القيام بأداء معين لمصلحة شخص آخر هو الدائن، حيث من خلال المديونية تعتبر ذمة المدین مشغولة بدين معين.

2- **عنصر المسؤولية:** الالتزام هو واجب قانوني تقوم الدولة بحمايته وضمان تنفيذه بواسطة سلطاتها. فإذا رفض المدین أو تماطل في تنفيذ التزامه أمكن للدائن إجباره على ذلك، وبهذا يتميز الالتزام عن الواجبات الأخرى غير القانونية كالواجبات الأخلاقية بل وحتى غيره من الالتزامات القانونية وهو الالتزام الطبيعي.

أنواع الالتزام:

يختلف تقسيم أنواع الالتزام بحسب الزاوية المنظور منها للالتزام

أولاً: من حيث الحماية القانونية التي يحظى بها الالتزام:

أ- **الالتزام المدني:** هو التزام قانوني متكون من عنصرين عنصر المديونية وعنصر المسؤولية

ب- **الالتزام الطبيعي:** هو دين حقيقي في ذمة المدین، إلا أنّ الدائن لا يمكنه إلزام المدین وإجباره على الوفاء به (المادة 160/2 ق م). إذن هو التزام قانوني متكوّن من عنصر واحد فقط هو عنصر المديونية.

مثال: *يترتب على التقادم انقضاء الالتزام المدني، ولكن يتخلف في ذمة المدین التزام طبيعي. (م 320 ق م)

*لا يمكن للأبوين الرجوع عن الهبة إن كانت من أجل زواج أبنائهم (م 211 ق أسرة)

آثار الالتزام الطبيعي: لا يكون للالتزام الطبيعي أثر قانوني إلا في حالتين:

1- إذا وقيّ به المدین باختياره وهو يعلم أنّه يوفي بالالتزام طبيعي فلا يستطيع أن يسترد ما أداه (المادة 162 ق م).

2- ينقلب الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني إذا تعهّد المدین بالوفاء به، حيث يمكن للدائن الاستناد إلى هذا التعهد لإجبار المدین على التنفيذ (المادة 163 ق م).

وطبقاً لنص المادة 161 ق م فإنّ للقاضي سلطة تقديرية فيما إذا كان هناك التزام طبيعي في حالة عدم وجود نص، بشرط ألا يخالف هذا الالتزام النظام العام.

أهمية التمييز:

تتمثّل أهمية التمييز في مدى قدرة الدائن على إجبار المدین على التنفيذ.

ثانياً* من حيث محل الالتزام

أ-الالتزام بالقيام بعمل: التزام المدين بالقيام بعمل معين لحساب الدائن أو غيره، وقد يكون هذا العمل مادياً كالتعهد بصنع شيء أو إصلاحه أو إجراء عملية جراحية... وقد يكون عملاً قانونياً كالتزام الوكيل بإبرام تصرف قانوني معين نيابة عن الأصيل وحسابه.

ب-الالتزام الامتناع عن عمل: هو التزام سلبي، ومثاله التزام بائع المحل التجاري بعدم منافسة المشتري في نشاط تجاري معين، وكالاتزام بعدم إفشاء السر المهني..

ج-الالتزام بإعطاء: هو الالتزام بإنشاء أو نقل حق عيني كالتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن...

أهمية التمييز: إذا امتنع المدين على التنفيذ الاختياري للالتزام فإن الحكم يختلف بحسب موضوع الالتزام.

1 -الالتزام بالقيام بعمل: إذا لم يرق المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء للتنفيذ على نفقة المدين متى كان ذلك ممكناً طبقاً للمادة 170 ق م.

أما إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار كالتزام الطبيب المتخصص أو الرسام أو الممثل... فإن للدائن الحق في رفض الوفاء من غير المدين م 169 ق م. وله في حال امتناع المدين عن تنفيذ الالتزام بنفسه المطالبة بالحكم بالغرامة التهديدية للضغط على المدين الممتنع (م 174 ق م). ففي هذه الحالة لا يمكن إجبار المدين على التنفيذ العيني لما في ذلك من مساس بحريته الشخصية. وله في جميع الأحوال المطالبة بالتعويض المالي متى توافرت شروطه.

2- الالتزام بالامتناع عن عمل: إذا أحل المدين بهذا الالتزام بكونه قام بالعمل الملتزم بالامتناع عنه جاز للدائن أن يحصل على ترخيص من القضاء للقيام بالإزالة على نفقة المدين - إن كانت ممكنة - م 173 ق م. وله المطالبة بالتعويض إذا كانت الإزالة غير ممكنة أو مرهقة للمدين (مثال م 788 ق م).

3- الالتزام بإعطاء: يختلف الأمر بحسب الشيء محل الالتزام بإعطاء.

أ-المنقول المعين بالذات تنتقل ملكيته بقوة القانون م 165 ق م، أما التسليم فهو التزام وليس شرطاً لانقار الملكية، فلا أثر لامتناع المدين لأن الملكية تنتقل للدائن بقوة القانون.

ب-المنقول المعين بالنوع تنتقل ملكيته بالفرز، فإذا امتنع المدين عن الفرز جاز للدائن الحصول على شيء مماثل من السوق على نفقة المدين بعد استئذان القاضي م 166 ق م.

ج-تنتقل ملكية العقار بإجراءات الإشهار العقاري م 165 ق م فيمكن للدائن تقديم العقد الرسمي للقيام مباشرة بالإجراءات.

ثالثاً* من حيث الغاية التي يلتزم بها المدين:

هذا التقسيم يتعلق فقط بالالتزام بقيام بعمل أما الالتزام بإعطاء والالتزام بالامتناع عن عمل فيكون دائماً التزام بتحقيق نتيجة.

1-الالتزام ببذل عناية: هو ما يكون محله قيام المدين بعمل يبذل فيه العناية المتفق عليها أو التي يحددها القانون، ومثاله التزام الطبيب بعلاج المريض؛ إذ إنه لا يلتزم بشفاء المريض، وإنما يلتزم ببذل العناية المطابقة للأسس العلمية في المجال الطبي .

2- الالتزام بتحقيق نتيجة: هو ما يكون محله قيام المدين بعمل يؤدي إلى تحقيق نتيجة محددة، كالتزام المقاول بإقامة بناء محدد. وفي هذا النوع من الالتزام تكون النتيجة مقصودة لذاتها، ولا يكون النشاط الذي يبذله المدين لتحقيقها إلا مجرد وسيلة ليست هي محل الالتزام، فإذا لم تتحقق النتيجة قامت مسؤولية المدين.

أهمية التمييز: تكمن أهمية التمييز في مجال إثبات تنفيذ الالتزام من عدمه.

أ- في الالتزام بتحقيق نتيجة لا تبرأ ذمة المدين إلا إذا تحققت النتيجة المقصودة من الالتزام، وبالتالي يكفي الدائن أن يثبت أن النتيجة لم تتحقق حتى يكون المدين مسؤولاً عن عدم التنفيذ أو التنفيذ الناقص للالتزام دون حاجة إلى إثبات إهمال المدين أو عدم بذله العناية اللازمة.

غير أنه يمكن للمدين إثبات أن عدم تحقق النتيجة يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه (قوة قاهرة، حادث فجائي، خطأ المضرور أو خطأ الغير م 127 م 307 ق م).

ب- الالتزام ببذل عناية تبرأ ذمة المدين من الالتزام، ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة، إذا بذل في تنفيذه العناية اللازمة.

رابعاً: من حيث المصدر المنشئ له

1-الالتزامات الإرادية: الإرادة هي السبب المنشئ للالتزام حيث تتجه إرادة المدين إلى إنشائه وتمثل في: العقد والإرادة المنفردة. وتسمى أيضاً بالتصرفات القانونية.

2-الالتزامات غير الإرادية: ليس لإرادة المدين أو الدائن أثر في إنشائها. وتمثل في القانون والفعل الضار والفعل النافع وتسمى أيضاً بالوقائع القانونية.

*العبرة في التمييز بينهما هي في اتجاه الإرادة إلى إنشاء الالتزام نفسه، وليس إلى إحداث الواقعة أو الفعل الذي تولد عنه هذا الالتزام. فمن يتعمد مثلاً الإضرار بالغير يكون التزامه بالتعويض التزاماً غير إرادي أيضاً، لأن إرادته، وإن كانت قد اتجهت إلى إحداث الضرر، فإنها لم تتجه إلى إنشاء الالتزام بالتعويض عنه.

أهمية التمييز: لهذا التقسيم أهمية من جوانب كثيرة ستظهر لنا من خلال ما سيتم دراسته من مواضيع ومثال ذلك طبيعة القواعد المنظمة لها وطبيعة المسؤولية المترتبة كجزاء للإخلال بالالتزام.....

غير أن الفقه يفضل تقسيم مصادر الالتزام إلى:

***1 تصرفات قانونية** (كل إرادة تتجه لإحداث أثر قانوني)
 ← **العقد** (تصرف صادر من جانبين)
 ← **الإرادة المنفردة** (تصرف صادر من جانب واحد)

***2 واقعة قانونية** (حدث يرتب عليه القانون أثر)
 ← **واقعة طبيعية**: خالية من أي مضمون إرادي كالوفاة والقرابة يرتب عليها القانون حقوق وواجبات وتتمثل في القانون

← **واقعة مادية**: تصدر عن إنسان سواء بقصد أو دون قصد وسواء كان فعله ضاراً أو نافعاً. وتتمثل في الفعل الضار والفعل النافع.

مصادر الالتزام:

الأصل براءة الذمة، لذا فالالتزام أمر عرضي ولا بد من سبب قانوني حتى ينشأ في ذمة الشخص، وهذا السبب هو مصدر الالتزام.

*مصادر الالتزام في القانون الروماني:

مصدرين فقط العقد والجريمة.

*التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام في القانون الفرنسي:

كانت القوانين اللاتينية تقسمها إلى:

1-العقد = اتفاق إرادتين على إنشاء التزام أو أكثر

2-شبه العقد = عمل مشروع + ضرر

3-الجريمة = عمل عمدي غير مشروع + ضرر

4-شبه الجريمة = عمل غير عمدي غير مشروع + ضرر

5-القانون

*نقد التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام في القانون الفرنسي:

1-تقسيم ناقص = أهمل الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام.

2-تقسيم غير مفيد = فلا داعي للتمييز بين الجريمة وشبه الجريمة من حيث مدى توافر نية الإضرار، فلا أهمية لذلك في مجال الالتزامات وفي كلتا الحالتين يتوجب التعويض.

3-تعبير شبه العقد تعبير مضلل يوحي بأنه عمل إرادي رغم أنه عكس العقد.

***موقف المشرع الجزائري من تقسيم مصادر الالتزام**

تبنى المشرع الجزائري التقسيم الحديث، حيث قسم مصادر الالتزام إلى 5 مصادر. ورغم أنه لا يوجد نص خاص يحدّد هذه المصادر إلا أنه يمكن استخلاصها من تبويب القانون المدني وهي:

1- القانون م 53 ق م

2- العقد م 54 - 123 ق م

3- الإرادة المنفردة م 123 مكرر - 123 مكرر 1 ق م

ملاحظة (أضاف المشرع هذه المواد للقانون المدني بموجب تعديل 2005، وقبل ذلك كان المشرع يتناول صورة من صور الإرادة المنفردة وهي الوعد بجائزة في نص المادة 115 ق م ضمن المواد المتعلقة بالعقد ولم ينص عليها كمصدر مستقل)

4- العمل المستحق للتعويض 124-140 مكرر 1 ق م

نقد: الأصح هو مصطلح العمل غير المشروع أو الفعل الضار لأن العمل المستحق للتعويض يتضمن أيضا الفعل النافع.

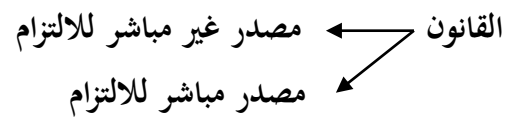
5- شبه العقد 141-159 ق م

نقد: التسمية مضللة فلا شبه بينه وبين العقد.

+ قسّم المشرع هذا الجزء إلى 3 أقسام الإثراء بلا سبب والفضالة ودفع غير المستحق. وهذا يوحي بأن الإثراء بلا سبب هو صورة من صور الفعل النافع، بينما هو نفس المعنى، فهو مصدر للالتزام وكل من الفضالة ودفع غير المستحق هما تطبيقات للمبدأ، وبالتالي فقد خلط وساوى بين المبدأ وصوره أو تطبيقاته.

المصدر الاوّل للالتزام: القانون

المادة 53 ق م: "تسري على الالتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيرها النصوص القانونية التي قررتها"



*القانون مصدر غير مباشر للالتزام: القانون هو المصدر الحقيقي للالتزامات جميعاً. فهو الذي ينص على أسباب الالتزام ويحصرها.

*القانون مصدر مباشر للالتزام:

مثال ذلك: *الالتزام بالنفقة م 77 ق أسرة

*التزامات الجوار م 691 ق م

*التزامات الحائط المشترك 704-708 ق م.

المصدر الثاني للالتزام: الإرادة المنفردة

لا يمكن إنشاء التزام في ذمة الغير بالإرادة المنفردة، لكن يمكن للشخص إلزام نفسه بإرادته المنفردة فقرة 1 م 123 مكرر.

الإرادة المنفردة هي تصرف قانوني من جانب واحد قادر على إحداث آثار قانونية.

أمثلة: الإيجاب الملزم، الوصية، الوعد بجائزة...

وهي تختلف عن العقد الذي يقوم على تطابق إرادتين لشخصين مختلفين إلا أنه ووفقا لنص م 123 مكرر ق م فإنه يسري على الإرادة المنفردة أحكام العقد باستثناء أحكام القبول.

*الوعد بجائزة م 123 مكرر 1 : هي أحد تطبيقات الإرادة المنفردة وتسمى في الفقه الإسلامي الجعالة، كإعلان عن جائزة لمن يجد شيء مفقود أو إعلان شركة أدوية عن جائزة لمن يكتشف دواء معين....

- اذا كان الوعد محدد المدة فهو وعد ملزم ويسقط الالتزام بعد مضي المدة.

- اذا كان الوعد غير محدد المدة يجوز للواعد العدول عنه بشرط أن يكون العدول بنفس الطريقة، على أن لا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد.

ويسقط حق المطالبة بالجائزة بعد مرور 6 أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور.

المصدر الثالث للالتزام: العقد

وهو أشهر مصادر الالتزام وأكثرها انتشارا حيث تبرم الكثير من العقود كل يوم.

تعريف العقد:

*عرفه المشرع في م 54 ق م بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما".

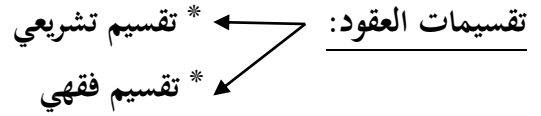
* ويعرفه الفقه على أنه: "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنجائه".

تحديد نطاق العقد (مجاله):

1- عقد يترتب عليه أثر قانوني، فيخرج عن ذلك عقود المجاملات كشخص يقوم بدعوة صديقه لإيصاله فهذا ليس عقد نقل، أو اتفاق إرادتين على وليمة أو نزهة، فكلها مجاملات وليست عقود لأنها لا ترتب آثار قانونية.

2- عقد في إطار القانون الخاص وبالتالي يخرج من دراستنا العقود الدولية والعقود الإدارية.

3- عقود تتعلق بالمعاملات المالية وبالتالي يخرج عقد الزواج من مجال دراستنا.



*التقسيم التشريعي: تقسيم العقود عمل فقهي، إلا أنّ المشرع الجزائري على خلاف معظم التشريعات الحديثة حاول تعريف بعض تقسيمات العقود في القانون المدني نقلا عن القانون الفرنسي الذي هو بدوره تعرض للنقد من قبل الفقه.

- م55 العقد الملزم لجانبين
- م56 العقد الملزم لجانب واحد
- م57 العقد المحدد والعقد الاحتمالي
- م58 عقد المعاوضة

*نقد التقسيم التشريعي للعقود:

- 1- التعريف مهمة الفقه
- 2- لم يستوف جميع تقسيمات العقود وأهل بعضها رغم أهميتها، كعقد التبرع والعقود الفورية والعقود المستمرة....
- 3- وقع في الخلط في بعض التعريفات حيث تكلمت م 57 خطأ عن العقد التبادلي بدلا من العقد المحدد وخلطت في التعريف بينه وبين المعاوضة . كما أنّ نص م55 ترجمة سقيمة للغة العربية.

التقسيمات الفقهية للعقود:

1-من حيث تنظيم المشرع لها

1*عقود مسماة: عقود نص عليها المشرع ونظمها وأعطائها تسمية خاصة.

مثال : عقد البيع م 351 – 412 ق م

عقد الإيجار م 467 – 537 ق م

عقد المقاولة م 549 – 570 ق م

2*عقود غير مسماة: عقود لم ينظمها المشرع بأحكام خاصة. لا حصر لها، كعقد الفندقية وعقد التمثيل....

لكن لماذا لا يقوم المشرع بتسمية كل العقود؟

العقود في تطور وتزايد مع مرور الوقت لذا نظم المشرع العقود الهامة والأكثر شيوعا بين الناس كعقد البيع والإيجار والمقاولة والشركة والمقايضة الوكالة والتأمين والوديعة....

أهمية التقسيم: تحديد القواعد واجبة التطبيق على كل عقد.

1-عقود مسماة:

* يطبق اتفاق الأطراف ما لم يخالف النظام العام.

* إذا لم يوجد اتفاق يطبق النص القانوني الخاص بذلك العقد.

* إذا لم يوجد نص خاص في تلك المسألة تطبق القواعد العامة الواردة في النظرية العامة للعقد (م 54 ق م وما بعدها).

2- عقود غير مسماة:

* يطبق اتفاق الأطراف ما لم يخالف النظام العام.

* إذا لم يوجد اتفاق تطبق القواعد العامة الواردة في النظرية العامة للعقد (م 54 ق م وما بعدها).

* كما يمكن ومن قبيل القياس تطبيق أحكام العقود المسماة الأقرب إلى هذا العقد غير المسمى.

إن مهمة تكييف العقد ما إذا كان مسمى أم لا من اختصاص القاضي دون أن يتقيد في ذلك بتسمية التي أطلقها الأطراف على العقد.

2- من حيث مدى كفاية الإرادة لإنشائه

1- عقد رضائي عقد يتم بمجرد تراضي الطرفين دون الحاجة إلى إجراء أو شكل. مثال: شراء قلم من المكتبة لا يحتاج هذا

العقد لصبه في شكل معين أو إتباع إجراءات خاصة. والأصل في العقود الرضائية م 59 ق م.

2- عقد شكلي عقد لا يكفي فيه تراضي الطرفين، بل يجب استيفاء الشكل الذي ينص عليه القانون حتى ينعقد وإلا كان

باطلا. وتنبه الشكلية إلى خطورة التصرف أو أهميته.

مثال: عقد بيع السيارة، عقد بيع عقار... والشكل مطلوب هنا للانعقاد لا للإثبات.

3- عقد عيني عقد ينعقد بتسليم الشيء محل العقد. وقد اختلف الفقه حول هذا التقسيم وانتقد بشدة مما أدى إلى هجره.

* أهمية التقسيم: إذا لم يتوافر الشكل المطلوب في العقود الشكلية عدّ العقد باطلا.

3- من حيث أثر العقد

1- عقد ملزم لجانبين م 55 ق م هو عقد تبادلي يترتب التزامات متقابلة في ذمة كلا المتعاقدين فيكون كل منهما دائن ومدين

في نفس الوقت.

مثال: في عقد البيع البائع يقدم المبيع والمشتري يقدم الثمن.

2- عقد ملزم لجانب واحد م 56 ق م هو عقد يترتب التزامات في جانب أحد المتعاقدين فقط، فيكون أحدهما دائن غير

مدين والآخر مدين غير دائن. فهي عقود ثنائية الانعقاد أحادية الأثر، عكس الوصية والوعد بجائزة الصادرة عن جانب واحد (تصرف بالإرادة المنفردة).

مثال: الوديعة دون أجر، الهبة دون عوض، الوكالة دون أجر...

أولا: في العقود الملزمة لجانب واحد أحد المتعاقدين مدين غير دائن وبالتالي لا مجال للكلام عن الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ في هذه العقود .

*الدفع بعدم التنفيذ م 123 ق م إذا امتنع احد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن التنفيذ هو أيضا.

*الفسخ م 119 ق م إذا لم يقم احد المتعاقدين بالتنفيذ جاز للأخر طلب الفسخ واسترداد ما أداه .

ثانيا: تحمل تبعة الهلاك م 121 ق م

ينقضي الالتزام إذا استحال على المدين تنفيذه لسبب أجنبي لا يد له فيه 307 ق م.

*في العقود الملزمة لجانبين يتحمل تبعة الهلاك المدين

مثال: إذا هلك المبيع بقوة قاهرة قبل تسليمه للمشتري انقضى التزام البائع بنقل الملكية وينقضي معه التزام المشتري بتقديم الثمن ويستطيع استرداد الثمن إن كان قد دفعه، وبالتالي فإنّ البائع المدين هو من يتحمل تبعة الهلاك. م 369 ق م

لكن كل منهما دائن ومدين فمن المدين المقصود هنا؟ المقصود هنا هو المدين بالشيء الهالك محل الالتزام.

*العقود الملزمة لجانب واحد يتحمل تبعة الهلاك الدائن

مثال: عقد الهبة إذا هلك الشيء في يد الواهب استحال عليه تسليمه وبالتالي ينقضي التزام الواهب ويتحمل الموهوب له الدائن الخسارة، فلن يحصل على أي شيء.

4- من حيث إمكان تحديد الالتزامات

1-العقد المحدد م 57 ف 1 عقد يعرف فيه المتعاقد عند إبرام العقد المقدار الذي أخذ والمقدار الذي أعطى.

مثال عقد البيع فالبايع يعرف ما سيعطي وما سيأخذ

2-العقد الاحتمالي م 57 ف 2 أو عقد غرر، وهو عقد لا يعرف فيه المتعاقد عند إبرام العقد المقدار الذي أخذ أو المقدار

الذي أعطى، اد يقوم على عنصر الاحتمال، حيث تتوقف هذه المعرفة على أمر مستقبلي احتمالي.

مثال عقد التأمين على الحياة، عقد مرتب مدى الحياة...

أهمية التقسيم:

*نظرية الظروف الطارئة لا تكون إلا في العقود المحددة م 107/3 ق م.

***الغبن** باعتباره عبارة عن عدم التعادل الفاحش بين تبادلات الطرفين م 91 ق م فإن مجاله العقود المحددة دون الاحتمالية لأنه متوقع في العقد الاحتمالية.

5- من حيث مركز الأطراف:

1- عقد المساومة: هو العقد الذي يملك كل من طرفيه حرية مناقشة شروطه قبل إبرامه على قدم المساواة مع الطرف الآخر. ففي مثل هذا النوع من العقود يكون الطرفان في نفس المركز. كعقد البيع والمقايضة...

2- عقد الإذعان م 70 ق م هو العقد الذي يستأثر فيه أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد في حين لا يبقى للطرف الآخر إلا الإذعان و قبولها جملة دون أن يكون له الحق في مناقشتها أو طلب تعديلها وذلك لأن المتعاقد الآخر يكون في مركز أعلى منه يجعله يفرض شروطه.

ويتحقق هذا النوع من العقود حين يكون أحد الطرفين مستأثراً بخدمة أو محتكراً لسلعة مما يجعل الطرف الثاني يذعن لشروطه إن هو أراد الاستفادة منها.

مثال: عقد النقل البحري والجوي، عقد التأمين، عقد إيصال الكهرباء....

أهمية التقسيم:

***امكانية تدخل القاضي في عقود الادعان لتعديل او الغاء الشروط التعسفية م 110 ق م**

فالأصل في عقود المساومة أنه لا يمكن للقاضي التدخل لتعديل شروط العقد طبقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين م 106 ق م. بينما في عقود الإذعان أجاز المشرع للقاضي طبقاً لنص م 110 ق م التدخل لتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، وهذه القاعدة من النظام العام يقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك. ومن أمثلة الشروط التعسفية م 622 ق م

***تفسير القاضي للعقد م 112 ق م**

الأصل أن القاضي عند تفسيره للعقد يؤول الشك لمصلحة المدين. إلا أن هـ في عقود الإذعان يفسر الشك لمصلحة الطرف الضعيف المذعن دائناً كان أو مديناً.

6- بالنظر إلى طريقة التنفيذ

1- عقد فوري هو عقد الزمن غير جوهري فيه . فعقد البيع حتى لو كان دفع الثمن فيه أو التسليم مؤجلاً فهو عقد فوري لأن الأجل أو الزمن هنا هو عنصر عارض لا يزيد ولا ينقص في حجم الالتزامات. ومرور الزمن لا يؤثر في التزامات المتعاقدين.

2- عقد مستمر هو العقد الذي يلعب فيه عنصر الزمن دوراً جوهرياً وحاسماً وعلى أساسه يقاس محله وتحدد التزامات طرفيه. فالالتزام ينفذ بأداءات مستمرة عبر الزمن كعقد الإيجار وعقد التوريد وعقد العمل.....

أهمية التقسيم:

***الفسخ والبطلان:** له أثر رجعي في العقد الفوري ويرجع المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد م 122 ق م. مثال فسخ عقد البيع ينتج عنه أن البائع يرد الثمن والمشتري يرد الشيء المباع.

أما في العقود المستمرة فليس له أثر إلا على المستقبل فلا يمكن للمستأجر رد المنفعة، ويسمى الفسخ في العقود المستمرة إنهاء.

***من حيث الاعذار م 179-181 ق م:** في العقد المستمر إذا لم يتم تنفيذ الالتزام لمدة زمنية معينة فلا يعد تأخيرا في التنفيذ بل هو عدم تنفيذ يجب التعويض عنه ولا حاجة لاعذار المدين.

مثال في عقد توريد الخبز لمطعم الجامعة، إذا تأخر المورد في توصيل الخبز لا يعد تأخيرا بل يعتبر عدم تنفيذ لأن التوريد مرتبط بوقت تقديم الوجبة للطلبة، لذا يعتبر عدم تنفيذ يمكن للدائن - وهو الجامعة في هذا المثال - المطالبة بتعويض عن عدم التنفيذ ودون حاجة لاعذار المدين لأنه لا فائدة من الاعذار هنا فلا يمكن تدارك الأمر.

بينما العقد الفوري فإن الاعذار فيه شرط لاستحقاق التعويض عن التأخير في التنفيذ. ما عدى في الحالات المنصوص عليها في م 181 ق م.

***نظرية الظروف الطارئة:** لا يدخل ضمنها العقد الفوري إلا إذا أجل التنفيذ وتوافرت شروط النظرية، بينما مكانها الطبيعي هو العقود المستمرة.

***إنهاء العقد بالإرادة المنفردة:** يمكن إنهاء العقد المستمر غير محدد المدة بالإرادة المنفردة منعا لتأييد العقود وذلك بعد تنبيه المتعاقد الآخر وعدم التعسف في استعمال هذا الحق.

7- من حيث تكييف العقد:

1-العقد البسيط هو ما اقتصر على عقد واحد ولم يكن مزيجا من عقود متعددة. و قد يكون العقد البسيط عقدا مسمى كالبيع والإيجار كما قد يكون عقدا غير مسمى.

2-العقد المختلط أو المركب هو ما كان مزيجا من عقود متعددة اختلطت جميعا فأصبحت عقدا واحدا. مثل ذلك العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن وبيع بالنسبة إلى المأكل وعمل بالنسبة إلى الخدمة ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة. أو عقد البيع التجاري ففيه عقدين بيع وإيجار.

أهمية التقسيم: تكمن في تحديد القواعد الواجبة التطبيق عند عدم وجود اتفاق بين الطرفين.

العقد البسيط لا إشكال فيه سواء كان عقد مسمى أو غير مسمى. (يطبق اتفاق الأطراف ما لم يخالف النظام العام. وإذا لم يوجد اتفاق يطبق النص القانوني الخاص بذلك العقد. أما إن لم يوجد أو كان العقد غير مسمى تطبق القواعد العامة الواردة في النظرية العامة للعقد)

بينما تنطبق أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها العقد المختلط، فيطبق أحكام عقد الإيجار على النزاع المتعلق بإيجار الغرفة، وأحكام عقد الوديعة على النزاع المتعلق بالأمتهمة...

على أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها وذلك إذا تنافرت وتناقضت الأحكام التي تطبق على كل عقد من العقود التي يتكون منها. ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الرئيسي الجوهرى وتطبيق أحكامها دون سواها.

مثال: كما في البيع الإيجاري وهو العقد الموصوف بأنه إيجار ابتداء وبيع انتهاء، وهو يدور بين البيع والإيجار، فحُسم الأمر في شأنه وجُعل يباع.

وكما في عقد الهاتف وهو يدور بين عقد المقاوله (أداء خدمة) والإيجار (إيجار لعدة توصيل الهاتف)، فغلب القضاء المصري فيه عقد المقاوله ورفض دعوى استرداد الحيازة التي رفعها مشترك قطعت عنه المواصله التليفونية.

8- من حيث مدى تبادل العطاءات

1* عقود المعاوضة: م 58 ق م عقد يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطى، أي يتبادل فيها الطرفان العطاءات. كالبيع.

2* عقد التبرع: لا يأخذ أحد المتعاقدين مقابلا لما يأخذ. كعقد الهبة والوديعة والقرض والوكالة إذا كانت هذه العقود دون عوض.

*عدم التلازم بين تقسيم العقود إلى ملزمة لجانين وعقود ملزمة لجانب واحد وتقسيمها إلى معاوضة وتبرع:

أغلب عقود المعاوضة هي عقود ملزمة لجانين واغلب عقود التبرع هي عقود ملزمة لجانب واحد.

إلا أنهما يختلفان وهما غير متلازمان، فيمكن أن تكون عقود التبرع عقود ملزمة لجانين وتكون عقود المعاوضة عقود ملزمة لجانب واحد. فالعبرة في عقود المعاوضة والتبرع بمدى تبادل العطاءات أو العوض. بينما في العقود الملزمة لجانب أو جانين فالعبرة بمدى تبادل الالتزامات.

العقود الملزمة لجانين ← عقد معاوضة كالإيجار 467 ق م

عقد تبرع كالهبة مع إلزام الموهوب له م 202 ق أ
وكعقد العارية 538 ق م هو عقد دون عوض
لكن نص المشرع على التزامات الطرفين.

العقود الملزمة لجانب واحد ← عقد معاوضة كعقد الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد

عقد تبرع كالهبة دون عوض

أهمية التقسيم

***الأهلية** : يشترط في المتبرع الأهلية الكاملة باعتباره تصرف ضار ضرراً محضاً، وإلا كان الجزء البطلان المطلق، بينما تكفي في المعاوضة أهلية التصرف، فهي عقود دائرة بين النفع والضرر **قابلة للإبطال**.

***الغلط في شخص المتبرع** له يعيب الرضا لأن شخصيته محل اعتبار. أما في عقود المعاوضة فالأصل أنه ليس محل اعتبار إلا إذا اثبت الواقع في الغلط ذلك، كعقد الشركة...

***من حيث المسؤولية العقدية** مسؤولية المتبرع أخف عادة من مسؤولية المعاوض.

كما أن مسؤولية المتبرع له عادة أشد من مسؤولية المعاوض.

مثال فلا وجود للالتزام بضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق في عقود التبرع إلا إذا تعمد بسوء نيته إخفاء العيب أو سبب الاستحقاق للغير. مثال م 541 عقد العارية.

أساس القوة الملزمة للعقد**مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه**

بعد نشوء العقد صحيحاً يلتزم الطرفان بتنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه، هذا الالتزام الواقع عليهما يسمى القوة الملزمة للعقد.

ويتنازع البحث في أساس القوة الملزمة للعقد مذهبان:

المذهب الفردي ينادي بمبدأ سلطان الإرادة**المذهب الاجتماعي ينادي بالقانون.**

وقد كان مبدأ سلطان الإرادة متقلصاً ثم ازدهر في القرن 18 ثم بدأ في التقلص من جديد مع بداية القرن 20 تحت تأثير المبادئ الاشتراكية والتغيرات الاقتصادية والسياسية.

الاتجاه الموفق

إن مبدأ سلطان الإرادة لا يمكن اتخاذه مبدأ مطلقاً، وبالتالي وجب الاعتراف بهذا السلطان ولكن مع **حصره** في دائرة معقولة، تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام. فالإرادة تستطيع أن تنشئ العلاقات القانونية لكن في حدود القانون.

موقف القانون المدني الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة

الإرادة في القانون الجزائري هي إرادة خاضعة، فهي في خدمة الأفراد ومصالح المجتمع، حيث تنص م 106 ق م على أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون. كما تنص م 107 ق م على أنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسب نية.

أولاً: الالتزامات الإرادية هي الأصلمضمون المبدأ:

الأصل أن الشخص لا يلتزم إلا بإرادته، فهو أعلم بما يحقق مصالحه، وإن اقتضت حاجة المجتمع في بعض الأحوال إنشاء التزامات غير إرادية فيجب أن تكون في أضيق الحدود.

فتكون الالتزامات الإرادية هي الأصل والالتزامات غير الإرادية هي الاستثناء المحصور في أضيق الحدود (الالتزامات الإرادية وهي الناشئة عن العقد والإرادة المنفردة، أما الالتزامات غير الإرادية فمصدرها القانون والفعل الضار والفعل النافع).

القيود الواردة على المبدأ

*توسع دائرة الالتزامات غير الإرادية: كزيادة الالتزامات التي مصدرها المباشر هو القانون، وكتطور أحكام المسؤولية التقصيرية وزيادة حالات الالتزام بالتعويض بظهور المسؤولية دون خطأ..

ثانياً: الحرية التعاقديةمضمون المبدأ:

1-الإرادة حرة في إنشاء ما تشاء من العقود ولا يمنع الشخص من التعاقد.

2-لا يجبر أحد على التعاقد.

3- لأطراف العقد الحرية في التعبير عن ارادتهما بأي طريقة يختارونها م 60 / 1 ق.م ودون حاجة لصبه في شكل معين-مبدأ الرضائية م 59 ق م.

القيود الواردة على المبدأ:

1-النظام العام والآداب العامة: فالعقد المخالف للنظام العام والآداب العامة باطل بطلان مطلق م 93 ق م، كبيع المخدرات أو إدارة بيوت الدعارة... فكلها عقود محظورة.

وفكرة النظام العام والآداب العامة هي فكرة نسبية ومتطورة ومرنة مما يؤدي إلى التوسع الكبير في نطاقها. وكلما ساد المذهب الاجتماعي كلما اتسعت دائرة النصوص الآمرة والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

2-ظهور صور العقود الجبرية: قد يجبر القانون الأشخاص على الدخول في علاقة عقدية نظراً لاعتبارات خاصة.

مثال: نظام التأمين الإلزامي على المركبات (أمر رقم 74-15 مؤرخ في 30 يناير 1974 يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار المعدل والمتمم).

وكالات التزام الواقع على المتعامل الاقتصادي بعدم الامتناع عن البيع دون مبرر شرعي (المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم)

وإلزام القانون المتقاضي في بعض الحالات بتوكيل محامي (مثال: تنص المادة 826 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أن تمثيل الخصوم بمحامي وجوبي أمام المحكمة الإدارية تحت طائلة عدم قبول العريضة)

3- اشتراط الشكلية في بعض العقود: قد يشترط المشرع في بعض العقود صب الاتفاق في شكل معين تحت طائلة البطلان.

أمثلة:

* عقد بيع عقار م 324 مكرر 1 ق م

* عقد التأمين م 07 أمر 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم.

* عقد الشركة م 418 ق م

* عقد الإيجار م 467 مكرر ق م

* عقد النشر م 87 الامر رقم 03-05 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة

ثالثا: حرية تحديد اثار العقد:

مضمون المبدأ:

إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يربتها العقد ويتدخل المشرع بقواعد مكملة لإرادة الطرفين تطبق في حال عدم الاتفاق عليها مسبقا من المتعاقدين. فلا التزام على المتعاقدان إلا بما أَرادوا الالتزام به (م 107 ق م يجب تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه وبحسن نية).

القيود الواردة على المبدأ

يتدخل المشرع بقواعد آمرة لتحديد آثار بعض العقود حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية كعلاقة العامل برب العمل وعلاقة المنتج بالمستهلك. ومثال الالتزامات المفروضة على المنتج تجاه المستهلك الالتزام بالإعلام والالتزام بالضمان.....

3- العقد شريعة المتعاقدين

مضمون المبدأ:

مبدأ العقد شريعة المتعاقدين = لا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا بإرادة الطرفين معا+ لا يجوز لأي شخص آخر التدخل في العقد.

القيود الواردة على المبدأ ← تعديل أو إنهاء العقد بإرادة المنفردة
تدخل القاضي لتعديل العقد

1-تعديل وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة

يمكن للمتعاقدان أن يتفقا على أنه يجوز لأحدهما أو لكليهما تعديل العقد أو إنجاءه بإرادته المنفردة. كما أجاز المشرع في بعض الحالات تعديل أو إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، ومن أمثلة ذلك:

- الرجوع عن الهبة م 211 ق الأسرة
- عزل الوكيل أو عدول الموكل م 586 ق م
- حق المعير في إنهاء العارية غير محددة الاجل م 2/546 ق م

2-تدخل القاضي لتعديل أو إنهاء العقد

الأصل: لا يمكن للقاضي أن يغير من شروط وبنود الرابطة العقدية أو ينقضها.

الاستثناء: نص القانون على حالات يمكن فيها للقاضي التدخل من أجل إعادة التوازن للعلاقة العقدية عن طريق تعديل أو إلغاء الالتزامات بعد طلب المتعاقد، منها:

- 1- نظرية الظروف الطارئة (الحوادث الاستثنائية) ف3 م 107 ق م
- 2- تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان م 110 ق م
- 3- تعديل الشرط الجزائي م 184 ق م
- 4- رفع الاستغلال والغبن م 90 و 91 ق م
- 5- الأجل القضائي بنظرة ومهلة الميسرة ف2 م 119 ف2 م 281 ق م
- 6- إكمال القاضي لما نقص من إرادة الأطراف في حالة اختلافهما في مسائل لم يتفقا عليها م 65 ق م.

نظرية الظروف الطارئة - الحوادث الاستثنائية- م 107/ 3 ق م

-تتعلق بحدوث ظروف تتسبب في اختلال التوازن الاقتصادي بين الطرفين. وهذه النظرية من النظام العام لا يمكن الاتفاق على ما يخالفها م 3/107 ق م. من بين تطبيقات هذه النظرية نص م 561 ق م في عقد المقولة.

كان من الافضل لو وضع نص الفقرة 03 م 107 كفقرة ثانية تابعة لنص المادة 106 ق م لأنه استثناء على مبدأ العقد شرعية المتعاقدين.

***شروط تطبيق النظرية**

- 1- ظروف طارئة بعد إبرام العقد
- 2- ظروف استثنائية غير متوقعة وغير ممكنة الدفع
- 3- ظروف عامة لا تخص المدين وحده
- 4- تجعل الالتزام مرهق وليس مستحيل للمدين بحيث تهدده بخسارة فادحة.

* أحكام نظرية الظروف الطارئة

يرد القاضي الالتزام المرهق إلى الحد المعقول مع مراعاة مصلحة الطرفين. ولا يرد الالتزام إلى القدر الذي كان المدين يتوقعه وقت العقد لأنّ في ذلك إضرار بالطرف الآخر.

فإما: - ينقص من التزامات المدين.

- أو يزيد في التزامات الدائن.

- أو يوقف تنفيذ العقد ويمنح المدين أجلا للوفاء. كانتظار انخفاض الاسعار اذا كان هذا الارتفاع سيزول اذا لم يكن في ذلك

ما يلحق ضررا جسيما بالدائن م 281 ق م

* التمييز بين القوة القاهرة والظروف الطارئةأوجه الشبه:

كلاهما ظرف عام غير متوقع غير ممكن الدفع يؤثر على تنفيذ الالتزام سلبا.

أوجه الاختلاف:أركان العقد

أركان العقد (شروط انعقاد العقد)

1- التراضي

2- المحل

3- السبب

4- الشكل في العقود الشكلية

إلى جانب شروط انعقاد العقد (أركانه) وجب توافر شروط صحة العقد

- شروط صحّة العقد : 1- توافر الأهلية الكاملة في الطرفين (19 سنة + خلو من عوارض الأهلية)
2- خلو الإرادة من العيوب (الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال)

الركن الأول من أركان العقد التراضي

أولاً: وجود الرضا: 1- التعبير عن الإرادة

- أ- طرقه (صريح، ضمني، السكوت)
ب- الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها
(الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة)

2- توافق الإرادتين (تطابق الإيجاب والقبول)

ثانياً: صحّة الرضا: 1- الأهلية 2- خلو الرضا من عيوب الإرادة

أولاً: وجود الرضا

1- التعبير عن الإرادة

م 59 ق م "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"
التراضي يكون بوجود إرادة سليمة يعتد بها القانون ويتم التعبير عنها، وتتطابق الإرادتين واتجاههما لإحداث نفس الأثر.

التعبير عن الإرادة: تعبير عن النية أو الرغبة في التعاقد بشكل يظهر إلى العالم الخارجي.

طرق التعبير عن الإرادة ← التعبير الصريح
← التعبير الضمني

تنص المادة 60 ق م على أنه:

"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً. كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه.

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

1- التعبير الصريح عن الإرادة هو تعبير يدل بذاته بطريقة مباشرة عن الإرادة. ويكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه:

***اللفظ** أي الكلام مباشرة أو عن طريق الهاتف أو عن طريق رسول...

***الكتابة** سواء كانت باليد أو بالآلة الكتابة أو بواسطة جهاز الكمبيوتر....

***الإشارة المتداوله عرفا** كهز الرأس عموديا وتدلل على الموافقة وكهزه أفقيا وتدلل على عدم الموافقة. فهذه الإشارات تعارف الناس عليها منذ أمد خاصة إذا ما كانت هذه هي الوسيلة الوحيدة للتعبير عن الإرادة كما في حالة الأبكم والذي لا يحسن الكتابة.

***اتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه** كعرض السلع والمنتجات في المحلات والأسواق ووضع أسعارها عليها أو وقوف سيارة الأجرة في الأماكن المخصصة لإيقافها...

2- التعبير الضمني هو تعبير غير مباشر عن الإرادة.

هو تعبير قاصر بذاته للدلالة على الإرادة، غير أن الظروف التي تم فيها لا تمكن من تفسيره إلا باعتباره تعبيراً عن الإرادة.

مثال: شخص يتصرف في شيء ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه، فذلك دليل على أنه قبل الشراء، لأنه يتصرف تصرف المالك.

هل للتعبير الضمني نفس قيمة التعبير الصريح؟

الأصل أن للتعبير الضمني نفس قيمة التعبير الصريح، فيعتد بالإرادة سواء عبر عنها صراحة أو ضمناً.

الاستثناء قد لا يكون للتعبير الضمني أثر في حالتين:

م 60 / 2 ق م: "و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان أن يكون صريحاً"

1- نص القانون

فلا يمكن استخدام التعبير الضمني للتعبير عن الإرادة ← إذا اشترط القانون الشكلية كعقد بيع عقار
← إذا اشترط القانون أن يكون التعبير صريحاً

أمثلة عن اشتراط القانون ان يكون التعبير صريحاً:

- التضامن بين الدائنين والمدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص القانون م 217 ق م.

- الاتفاق صراحة على الإيجار من الباطن بالكتابة م 505 ق م

- لا يصلح التعبير الضمني كوسيلة للتعبير عن تجديد عقد الإيجار باعتبار عقد الإيجار أصبح عقد شكلي يتطلب

الكتابة م 467 مكرر وتم إلغاء نص م 509 ق م وفق تعديل القانون المدني لسنة 2007.

2- الاتفاق: اذا اتفق الطرفان على أن يتخذ التعبير شكلاً خاصاً فيجب احترام ذلك الشكل.

مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة:

السكوت = موقف سلبي = العدم

فهل يصلح السكوت كوسيلة للتعبير عن الإرادة؟

الأصل: التعبير عن الإرادة موقف ايجابي والسكوت هو موقف سلبي، وبالتالي فإن السكوت لا يصلح كوسيلة للتعبير عن الإرادة.

استثناء: قد يصلح السكوت كوسيلة للتعبير عن الإرادة، ولكن يجب أن نفرق بين السكوت في الإيجاب والسكوت في القبول.

1-السكوت في الإيجاب: لا يمكن التعبير عن الإيجاب بالسكوت بأي حال من الأحوال. فالسكوت لا يمكن أن يكون وسيلة للبيان.

2-السكوت في القبول:

القاعدة : لا ينسب لساكت قول.

فالسكوت حرية شخصية ولا يمكن إجبار الشخص على الرفض كلما قدم له عرض. فقد لا يكلف الساكت نفسه عناء الرفض أو قد يوجد مانع أدبي للرفض. وقد لا يسمع أو لا ينتبه للعرض.

الاستثناء: السكوت في معرض الحاجة بيان.

قد يصلح السكوت للتعبير عن القبول في بعض الحالات التي لو أن الساكت أراد أن يعترض فيها لتكلم، ولكنه سكت في معرض الحاجة إلى الكلام.

ويكون السكوت قبولاً في حالتين ← إقرار القانون
السكوت الملابس م 68 ق م

أ-إقرار القانون مثال م 355 / 1 ق م في البيع بشرط التجربة إذا انقضت مدة التجربة وسكت المشتري مع تمكنه من التجربة أعتبر سكوته قبولاً.

ب-السكوت الملابس يعتبر السكوت قبولاً إذا أحاطت به ظروف ملابس من شأنها أن تجعله يدل على الرضاء. وقد نصت م 68 ق م على حالات واردة على سبيل المثال لا الحصر. وتتمثل في:

1- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أنّ الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول ما لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب.

مثال: إرسال تاجر الجملة لتاجر التجزئة ما طلبه من بضائع مرفقة ببيان أسعارها الجديدة، حيث يعتبر سكوت تاجر التجزئة قبولاً بهذه الاسعار.

2- إذا اتصل بالإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين

مثال: تعود تاجر التجزئة كلما نفذت السلعة لديه بإرسال قائمة السلع المطلوبة لتاجر الجملة، وهذا الأخير قد تعود إرسالها له، وبالتالي فإن سكوت تاجر الجملة بعد تفحصه للقائمة المطلوبة لتاجر التجزئة يعد قبولاً منه لأنه في الغالب قد جرى التعامل بينهما على هذا النحو.

3- إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه أي عقود التبرع:

كالهبة التي لا تشترط فيها الرسمية تعرض على الموهوب له فيسكت، فيعتبر سكوته قبولاً.

الفرق بين السكوت والتعبير الضمني

السكوت	التعبير الضمني
السكوت هو العدم، وأولى بالعدم أن تكون دلالتة الرفض لا القبول.	التعبير الضمني تعبير غير مباشر عن الإرادة. حيث يستخلص من ظروف إيجابية تدل عليه.
القاعدة في السكوت أنّ السكوت لا يصلح كوسيلة للتعبير عن الإرادة.	القاعدة في التعبير الضمني أنّ له نفس قيمة التعبير الصريح فيعتد بالإرادة سواء عبر عنها صراحة أو ضمناً.
الاستثناء هو صلاحية السكوت للتعبير عن القبول في حالات إقرار القانون أو السكوت الملايس م 68 ق م.	الاستثناء قد لا يكون للتعبير الضمني أثر إذا اتفق الأطراف أو نص الق على وجوب أن يكون صريحاً م 2/60 ق م.

الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها

الإشكالية: القانون لا يعتد بالإرادة ان ضلّت كامنة في النفس إذ يجب التعبير عنها للتحقق من وجودها.

لكن، ماذا لو اختلف التعبير عن الإرادة مع حقيقة الإرادة لأي سبب كان، فبأي الإرادتين نأخذ الإرادة الظاهرة أم الباطنة؟

مثال 1: لو كان هناك عقد ظاهري صوري، وعقد آخر حقيقي أخفاه المتعاقدان، فبأيهما يأخذ القاضي عند النزاع، بالعقد الحقيقي المخفي الذي اتجهت إرادة المتعاقدين إليه (إرادة باطنة) أم العقد الصوري الظاهري (إرادة ظاهرة)؟

مثال 2: تاجر أراد بيع سلعة ب 2000 دج لكنه كتب عليها خطأ 200 دج، وتقدم شخص لشراء السلعة فهل ينعقد العقد بما أراده التاجر حقيقة 2000 دج (الإرادة الباطنة) أم بما ظهر للمشتري 200 دج (الإرادة الظاهرة)؟

مثال 3: لدى عمر حصانين، واحد أبيض والآخر أسود. أراد بيع الحصان الأبيض إلا أنّه أخطأ وقال للمشتري أبيعك الحصان الأسود بكذا، فهل ينعقد البيع على الحصان الأبيض وبالتالي نكون قد حققنا إرادة البائع الباطنة أم ينعقد البيع على الحصان الأسود ونكون قد أخذنا بالإرادة الظاهرة؟

*يرتبط موضوع الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها بالبحث في أساس القوة الملزمة للعقد ومدى استمداد هذه القوة من مبدأ سلطان الإرادة أو من القانون.

إحالة:

للمزيد من التفصيل ينصح بالاطلاع والبحث في المذهبين الفردي والاجتماعي + موقف الشريعة الإسلامية من ذلك.

موقف المشرع الجزائري

القاعدة العامة : الأخذ بالإرادة الباطنة.

الاستثناء: الأخذ بالإرادة الظاهرة إلى الحد الذي يقتضيه استقرار المعاملات.

مظاهر أخذ المشرع الجزائري بالإرادة الباطنة

رقم المادة ق م	مضمون المادة
م 59	تكلّمت عن تطابق الإرادتين وليس تطابق التعبيرين
م81-90	يشترط لصحة العقد خلو الإرادة من العيوب
م97	إذا كان سبب العقد غير موجود أو غير مشروع كان العقد باطلا، والسبب هو الباعث الدافع للتعاقد.
م199	إذا أخفي المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بينهما والخلف العام هو العقد الحقيقي.

مظاهر أخذ المشرع الجزائري بالإرادة الظاهرة

رقم المادة ق م	مضمون المادة
م 61	ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه أي وقت علم المتعاقد الآخر به وليس من وقت صدوره.
م 62	يبقى التعبير عن الإرادة صالحا لترتيب آثاره عند اتصاله بعلم من وجه إليه حتى بعد زوال الإرادة الحقيقية بموت أو فقد أهلية المتعاقد.
م87 و89	لا أثر للإكراه والتدليس الصادر من الغير إلا إذا كان المتعاقد عالم به
م 98	يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على غير ذلك

م 111	إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين
م 198	إذا أخفي المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر صوري يجوز للدائنين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري دون العقد الحقيقي.

2- توافق الإرادتين تطابق الإيجاب والقبول

حتى ينعقد العقد لابد من وجود إيجاب وقبول وتطابقهما ايا كان نوع هذا العقد وحتى لو كان هبة م 206 ق اسرة " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول....."

أولا: الإيجاب

*تعريف الإيجاب: الإيجاب عرض بات كامل للتعاقد.

*شروط الإيجاب:

1- أن يكون بات: أي جازما وقطعيا ينطوي على إرادة الموجب في الالتزام بالعقد متى قبل الطرف الآخر.

2- أن يكون كاملا: يتوافر على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، كطبيعة العقد، والثلث ومواصفات المبيع الأساسية.

*يمكن أن يكون الإيجاب موجها للجمهور وليس لشخص معين بذاته فينعقد العقد بمجرد القبول كالنشرات والإعلانات المتضمنة العناصر الأساسية أو عرض البضائع مع بيان أسعارها في واجهات المحلات.

*قد يكون الإيجاب معلقا على شرط، كاحتفاظ الموجب بحقه في تعديل السعر إذا ارتفعت الأسعار. أو كالإيجاب الموجه للجمهور الذي يكون في حدود الكمية الموجودة فينعقد العقد مع المتعاقدين الأوائل حتى نفاذ الكمية، كالبضائع المحدودة الكمية وكالمسارح ودور السينما محدودة المقاعد، فهو إيجاب معلق على شرط عدم نفاذ الشيء المعروض.

*التمييز بين الإيجاب والدعوة للتعاقد:

الدعوة للتعاقد أو للتفاوض	الإيجاب
*عرض يتضمن تمهيد أو رغبة في التعاقد. ولا يتضمن جميع العناصر الأساسية للعقد.	*عرض يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام العقد مباشرة مع تحديد جميع العناصر الأساسية للعقد.
مثال: وضع لافتة على المنزل مكتوب فيها للبيع أو عرض البضائع للجمهور دون بيان الثمن.	مثال: عرض البضائع للجمهور مع بيان الثمن.

***أهمية التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد**

- إذا اقترن الإيجاب بقبول ينعقد العقد ولا يجوز العدول عنه. أما الدعوة للتعاقد فإنها غير كافية لانعقاد العقد حتى يتم تحديد العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، ويمكن العدول عنها في أي وقت بشرط أن لا يشكل ذلك تعسفا في استعمال الحق.

- إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار فلا نكون أما إيجاب بل دعوة للتعاقد ولو كان العرض كاملا. كالإعلان عن توظيف دارس للقانون في مكتب محممة، فحتى لو تم تحديد الأجر وطبيعة العمل لا يعتبر إيجاب بل دعوة للتعاقد لأنه سيتم اختيار الشخص الانسب للعمل .

***القوة الملزمة للإيجاب:**

هل الإيجاب ملزم؟ أي هل للموجب العدول عن إيجابه أم لا؟

مثال: عرضت عليك شراء هاتف ب 20.000 دج، هل أستطيع التراجع عن عرضي البات الكامل (الإيجاب)؟

الأصل: الإيجاب غير ملزم ما لم يقترن بقبول الموجب له، إذ للموجب العدول عنه. أما إذا اقترن الإيجاب بقبول فينعقد العقد وبالتالي لا مجال للعدول.

الاستثناء: **فقرة 1 م 63 ق م** "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء الأجل." "

فإذا اقترن الإيجاب بأجل - أي ميعاد - يكون الإيجاب ملزما لصاحبه، أي لا يمكنه العدول عنه، فيكون الموجب ملزما طوال هذا الميعاد بالبقاء على إيجابه، وإذا صدر القبول خلال هذا الأجل ينعقد العقد حتى ولو عدل الموجب.

إن التزام الموجب بالبقاء على إيجابه المقترن بأجل وعدم قدرته على العدول أساسه هو الإرادة المنفردة للموجب.

تحديد الأجل في الإيجاب الملزم:

فقرة 2 م 63 ق م "وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة"

1- الأجل الصريح: يتفق عليه الطرفان صراحة.

مثال: كأن يعرض شخص على آخر أن يبيع له هاتفه بثمن معين إن أراد خلال شهر، فيجب أن يبقى على إيجابه طوال مدة الشهر ولا يمكن له العدول عن إيجابه إلا إذا رفض الموجب له أو انتهت المدة المتفق عليها وهي شهر.

2- الأجل الضمني: يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، والسلطة التقديرية للقاضي في تقديره إن اختلف

الطرفان. مثال : -الإيجاب في المزايدات هو إيجاب ملزم بحيث مقدم العرض يبقى ملزما بالبقاء على عرضه إلى حين تقديم عرض أكبر منه.

-البيع بشرط التجربة حتى ولو لم يتم الاتفاق صراحة على أجل التجربة.

وكذلك في حال التعاقد بين غائبين: أثر وصول العلم بالإيجاب في التعاقد بين غائبين يتمثل في أنه لا يمكن للموجب العدول عنه.

لكن، هل هذا يعني أن الموجب يجب أن يبقى على إيجابه طوال حياته؟

إن لم يتم الاتفاق على مدة للإيجاب في التعاقد بين غائبين فإنّ الأجل يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، وبالتالي يجب أن يبقى الموجب على إيجابه مدة تكفي لوصول التعبير ولدراسة الإيجاب وإرسال القبول.

* حالات سقوط الإيجاب

أولاً: حالات سقوط الإيجاب الملزم (المقترن بأجل)

- 1* انقضاء المدة المحددة دون إعلان القبول.
- 2* إذا رفضه الشخص الذي وجه إليه.
- 3* إذا كان معلقاً على شرط ولم يتحقق الشرط
- 4* إذا عدل الموجب - أي تراجع - قبل أن يحدث التعبير عن الإرادة أثره في التعاقد بين غائبين.

ثانياً: سقوط الإيجاب غير الملزم في التعاقد بين حاضرين

- 1* إذا عدل وتراجع الموجب قبل صدور القبول.
- 2* إذا انقضت مجلس العقد دون أن يصدر قبول (بافتراق الأبدان أو الخوض في مسائل أخرى)
- 3* إذا رفضه من وجه إليه.
- 4* إذا كان معلقاً على شرط ولم يتحقق الشرط
- 5* إذا عدّل القبول في الإيجاب أعتبر إيجاباً جديداً م 66 ق م.

ثانياً: القبول

تعريف القبول: تعبير بات بالموافقة على الإيجاب.

شروط القبول: أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب

أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب

1- أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب، أي الموافقة على كل المسائل التي يتضمنها الإيجاب، الرئيسية منها والثانوية.

- ويعتبر التغيير في الإيجاب رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً م 66 ق م. مثال: كأن يعرض شخص على آخر شراء جهاز ب 10.000 دج فيجيبه بأنه قبل الشراء ب 8000 دج ، فهذا لا يعد قبولاً بل إيجاباً جديداً.

- وقد يتفق المتعاقدان على العناصر الجوهرية في العقد ويحتفظان بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد. فهنا يعتبر العقد مبرماً، ما لم يشترط الطرفان أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها. وفي حال قيام خلاف في المسائل الثانوية التي لم يتفقا عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة م 65 ق م.

2- أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب، أما إن صدر بعد سقوطه فيعد إيجاباً جديداً.

حرية القبول: هل للمتعاقد الحرية التامة في القبول أو الرفض دون أن تلحقه أي مسؤولية في حالة الرفض؟

*الأصل: حرية التعاقد دون البحث عن البواعث. فلا مسؤولية تترتب على من رفض الإيجاب.

* لكن هذه الحرية مقيدة بعدم التعسف في استعمال الحق م 124 مكرر ق م.

فإذا كان من رفض الإيجاب هو الذي قام بدعوة الموجب للتعاقد، وهو من حدد شروطه، ثم رفض الإيجاب دون سبب مشروع، فهنا يتحمل تعويض الأضرار الناتجة عن رفضه إن وجدت.

كتاجر يعرض بضاعته للبيع، فهذه دعوة للتعاقد، إذا تقدم أحد للشراء لا يمكنه الرفض إلا لسبب مشروع. أو كشخص عرض على آخر مشروع معين، فقام الآخر بوضع دراسة جدوية ورفض عروض أخرى من أجل إتمام هذه الصفقة، فهنا لا يمكن لمن بادر ابتداء بالدعوة للتعاقد الرفض دون سبب مشروع وإلا اعتبر متعسفاً في استعمال حقه في الرفض، وبالتالي يلتزم بتعويض الأضرار الناجمة عن عدم إتمام العقد.

ثالثاً: تطابق الإيجاب مع القبول

تطابق الإيجاب مع القبول يعني اتجاه الإرادتين لإحداث نفس الأثر.

صور اقتران الإيجاب بالقبول

- تعاقد بين حاضرين: التعاقد ما بين شخصين يجمعهما مجلس عقد واحد.

- التعاقد ما بين غائبين: التعاقد ما بين شخصين لا يجمعهما مجلس عقد واحد.

وتكمن أهمية التمييز بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين في تحديد مكان وزمان انعقاد العقد.

أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد

أولاً: أهمية تحديد زمان انعقاد العقد

1- معرفة الوقت الذي تترتب فيه آثار العقد ويبدأ فيه تنفيذ الالتزام.

مثال: تنتقل ملكية المنقول المعين بالذات كأصل عام من تاريخ انعقاد العقد بقوة القانون، كما يكون ملكا للمشتري كل ما ينتج عن هذا المبيع من ثمار انطلاقا من تاريخ العقد.

2- من حيث سريان بعض المواعيد، كعرفة وقت بدء سريان تقادم الالتزام أو سقوط الحق في دعوى الإبطال (مثال دعوى الاستغلال م 90 / 2 ق م)

3- في الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرفات)، يجب أن يكون حق الدائن سابق على العقد الذي يريد الطعن فيه الصادر عن مدينه م 191، 192 ق م

4- لا تنفذ العقود الصادرة عن تاجر بعد شهر إفلاسه.

5- إذا صدر قانون جديد يغير من القواعد التي تحكم عقدا ما فإن الأصل أن هذا القانون لا يسري إلا على العقود التي تبرم بعد نفاذه.

6- يجوز للقبائل العدول عن قبوله قبل تاريخ انعقاد العقد (قبل أن ينتج التعبير عن الإرادة أثره)

7- هلاك محل العقد قبل انعقاد العقد يحول دون انعقاده، أما إن هلك بعد العقد فالعقد صحيح، ويفسخ العقد لاستحالة التنفيذ.

8- الأهلية، حيث ينظر في مدى صحة العقد إلى سن المتعاقد عند تاريخ إبرام العقد.

ثانيا: أهمية تحديد مكان انعقاد العقد

1- تعيين المحكمة المختصة بنظر النزاع.

2- تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، حيث يخضع العقد لقانون الدولة التي أبرم فيها م 18 ق م

كما تخضع العقود من حيث الشكل لقانون البلد الذي تمت فيه م 19 ق م

التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين

أولا: التعاقد ما بين حاضرين:

يكون المتعاقدان على اتصال مباشر، بحيث لا تكون هناك فترة زمنية بين التعبير عن الإرادة ووصول هذا التعبير، فوقت صدور التعبير عن الإرادة هو نفسه وقت العلم به. وبالتالي يجمع الطرفان مجلس عقد واحد.

ومجلس العقد نوعان ← مجلس عقد حقيقي: تواجد أطراف العقد في مكان واحد.

← مجلس عقد حكومي: المتعاقدان ليسا في نفس المكان

إلا أنهما على اتصال مباشر، كالتعاقد عن طريق الهاتف م 64 ق م

ولما كان انتظار صدور القبول قد يطول أو يقصر بحسب طبيعة العقد المراد إبرامه، فقد حدد المشرع في م 64 / 1 ق م الوقت الذي يجب أن يصدر خلاله القبول.

فالأصل: أن يصدر القبول فوراً بعد الإيجاب مادام الموجب لم يحدد أجلاً لقبوله. فإذا لم يصدر القبول فوراً فإن للموجب أن يرجع عن إيجابه أو أن يعدله.

الاستثناء: يجوز أن يتراخى القبول أو يتأخر، لكن بشرط: **عدم انقضاء مجلس العقد + الموجب لم يرجع عن إيجابه.**

انقضاء مجلس العقد يكون ← بافتراق الاطراف بحيث يذهب كل منهم في حاله
أو بالخوض في مسائل لا علاقة لها بالعقد

*فإذا انقضّ مجلس العقد أو تراجع الموجب سقط الإيجاب (م 64 / 2 ق م)

زمان ومكان التعاقد بين حاضرين:

1- إذا كان مجلس العقد حقيقي: ينعقد العقد في الزمان والمكان الذي يتبادل فيه المتعاقدان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين.

2- إذا كان مجلس العقد حكمي: - كالتعاقد عن طريق الهاتف، فهو تعاقد بين حاضرين من حيث زمان انعقاد العقد، وتعاقد بين غائبين من حيث مكان انعقاد العقد- فإن العقد يعتبر منعقداً من وقت إعلان القبول، بشرط عدم عدول الموجب وعدم انقضاء مجلس العقد بالخوض في مسائل أخرى. ويعتبر العقد منعقداً في المكان الذي وصل فيه العلم بالقبول، وهو مكان تواجد الموجب.

ثانياً: التعاقد ما بين غائبين: هو تعاقد بين طرفين لا يجمعهما مجلس عقد واحد حقيقة أو حكماً، بحيث توجد فترة زمنية تفصل بين صدور التعبير عن الإرادة والعلم به. كالتعاقد عن طريق المراسلة أو عن طريق رسول غير النائب. لأن التعاقد عن طريق نائب يعتبر تعاقد بين حاضرين.

الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره م 61 ق م

تبرز أهمية معرفة الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره في التعاقد بين غائبين، حيث يوجد فارق زمني بين وقت التعبير عن الإرادة ووقت العلم به، كالتعاقد عن طريق المراسلة أو عن طريق رسول أو عن طريق البرقية... أما إن كان التعاقد بين حاضرين فلا إشكال لأن وقت التعبير عن الإرادة هو نفسه وقت العلم به.

تنص م 61 ق م " 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"

وبالتالي يجب أن نفرق بين الوجود الفعلي للتعبير عن الإرادة والوجود القانوني له، فبمجرد كتابة رسالة تتضمن قبولاً يكون للتعبير عن الإرادة وجود حقيقي لكن ليس له وجود قانوني، والوجود القانوني للتعبير عن الإرادة يكون باتصال التعبير بعلم من وجه إليه.

إذن العبرة في التعبير بوجوده القانوني أي بوصوله لعلم من وجه إليه حتى يحدث أثره.

لكن هل يشترط العلم الحقيقي بالتعبير عن الإرادة أو يكفي العلم الحكمي؟

فحسب المثال السابق هل يشترط أن تقرأ الرسالة أو أن وصولها لك كاف؟

أجابت على ذلك المادة 61 ق م بقولها: **”..ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك“**

إذن وحسب هذا النص فالمقصود بالعلم هو العلم الحكمي وليس الحقيقي، أي أن وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك.

فإذا وصلت الرسالة تقوم قرينة قانونية على العلم بما فيها، أي قراءتها، لأن العادة جرت على أن الناس إذا وصل إليهم شيء أحاطوا به علمًا وقت وصوله.

على أن هذه القرينة القانونية بسيطة ليست قاطعة أي قابلة لإثبات العكس، فيجوز لمن وصل إليه التعبير أن يثبت أنه لم يعلم به بالرغم من وصوله، وهو الذي يتحمل عبء الإثبات. كأن يثبت أنه كان غائبًا عند وصول الرسالة إلى بريده فلم يطلع عليها.

لكن، إذا كان التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، فما هو هذا الأثر القانوني الذي يترتب عند وصول التعبير عن الإرادة للطرف الآخر؟

1- أثر وصول العلم بالإيجاب = لا يمكن للموجب العدول عنه.

مثال : كتبت رسالة تتضمن إيجابًا فيمكن لي أن أراجع وأمزقها قبل أن تصل إليك، أما إن وصلت إلى علمك فلا يمكن لي التراجع أو العدول ويمكنك البدء في التنفيذ مباشرة.

2- أثر وصول العلم بالقبول = انعقاد العقد

مثال: إذا وصل لي العلم بالقبول فالعقد منعقد، والطرف القابل ملتزم أمامي بموجب العقد.

مكان زمان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين:

مثال: بتاريخ 2018/11/18 وصلتك رسالة تتضمن إيجابًا من صديقك يعرض عليك فيها أن يبيعك جهاز بمبلغ 10.000 دج، قرأتها بتاريخ 2018/11/19 وكتبت رسالة بالقبول في 2018/11/20 وأرسلتها في 2018/11/21 وصلت للموجب في 2018/11/24 فقرأها الموجب في 2018/11/25. فما هو زمن انعقاد العقد؟ هل هو تاريخ كتابة الرسالة أو إرسالها أو وصولها أو قراءتها؟

ظهرت عدة اتجاهات فقهية بهذا الخصوص (4 اتجاهات رئيسية):

1-مذهب إعلان القبول: التعاقد قد تم في الزمان والمكان الذي يعلن فيهما الموجب له قبوله.

نقد: الموجب قد لا يعلم بإعلان الموجب له بالقبول. وبالتالي الموجب له قد يعلن قبوله من خلال رسالة ثم يعدل عن ذلك ويمزق الرسالة فكيف يمكن القول حسب هذا المذهب بأن إرادتي المتعاقدين الغائبين قد انطبقتا تمام التطابق وانعقد العقد.

2- مذهب تصدير القبول: التعاقد قد تم في الزمان والمكان الذي يخرج فيه القبول من حوزة صاحبه بتصديده وتوجيهه إلى الموجب، كوضع الرسالة في البريد أو عودة الرسول يحمل قبول الموجب له.

نقد: العقد قد تم دون علم الموجب به، كما أن الموجب له قد يعدل عن قبوله وذلك باسترداده الرسالة من مركز البريد مادام أن الموجب لم يستلمها. كما يمكن أن يرسل تغييرا ما عاجلا يرفض فيه الإيجاب قبل أن يصل القبول إلى الموجب فكيف نقول أن العقد انعقد.

3- مذهب تسليم القبول: العقد يتم في الوقت والمكان الذي يصل فيه القبول للموجب ولو لم يعلم به. كأن توضع الرسالة المتضمنة للقبول في صندوق البريد الوارد للموجب ولكن لم يأخذها، فإنه يعتبر قد تسلّمها ولا يستطيع أن يتراجع عن إيجابه وكذلك الموجب له لا يستطيع العدول عن قبوله.

نقد: قد لا يعلم الموجب بالقبول

4- مذهب العلم بالقبول: العقد قد تم في الزمان والمكان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول وهذا يقتضي قراءة الرسالة وفهم مضمونها المتعلق بالقبول أو يعلمه الرسول بالقبول علما حقيقيا أو حكما. ومن شأن العلم بالقبول تحقق استقرار المعاملات فيما بين أطراف العقد

موقف المشرع الجزائري:

م 67 ق م: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

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

وهذا تأكيد على ما جاء في نص المادة **61 ق م** "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك"

أخذ المشرع الجزائري بمذهب العلم بالقبول ودعّمه بمذهب استلام القبول من خلال افتراضه حدوث العلم بالقبول لحظة استلامه، وهذا الافتراض قابل لإثبات العكس. فاعتبر زمان ومكان انعقاد العقد هو زمان ومكان علم الموجب بالقبول.

المقصود بالعلم في نص م 67 ق م هو العلم الحكمي وليس الحقيقي، الذي يستخلص من وصول القبول إلى الموجب، أي أن وصول القبول قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

لكن هل يجوز أن يتفق الطرفان على مكان أو زمان آخر لانعقاد العقد؟ كاعتبار العقد مبرما منذ صدور القبول مثلا.

أي هل نص م 67 ق م من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته؟

هذه القاعدة ليست من النظام العام، حيث جاء في نص المادة **67 ق م** "ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك."

لذا يجوز أن يتفق الطرفان على مكان أو زمان آخر لانعقاد العقد

أثر الموت وفقد الأهلية على التعبير عن الإرادة م 62 ق م

هل موت الشخص أو فقد أهليته يلغي بالضرورة التعبير عن الإرادة الصادر منه؟

فماذا لو توفي أحد الطرفين أو فقد أهليته قبل أن يصل تعبيره عن إرادته لعلم من وجه إليه، فهل ينتج التعبير عن الإرادة أثره عند وصوله أو أنه يفقد أثره؟

هناك اتجاهين فقهيين: (المدرسة الفرنسية والمدرسة الألمانية)



موقف المشرع الجزائري:

م 62 ق م " 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 المعاملة"

الأصل: للتعبير وجود ذاتي لا يتأثر بموت أو فقد أهلية موجهه إذا اتصل بعلم من وجه إليه.

الاستثناء: ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة المعاملة.

فإذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد، كرسام مثلا، فهذا يحول دون انعقاد العقد في حال وفاة الرسام أو فقد أهليته.

ويكون العقد قائم على الاعتبار الشخصي بموجب الاتفاق - بأن يتفق الأطراف على أن التنفيذ يجب أن يقوم به المتعاقد شخصا- أو بالنظر إلى طبيعة المعاملة - كالأعمال التي تتطلب مهارات مثل طبيب مختص أو فنان -...-.

أثر موت وفقد أهلية من صدر منه التعبير عن الإرادة**1- وفاة أو فقد أهلية الموجب**

حسب نص م 62 ق م فإن الإيجاب يرتب أثره ولا يسقط بموت أو فقد أهلية الموجب.

لكن الإشكال إذا تم إرسال القبول للموجب فلن يتصل بعلم من وجه إليه لأنه ميت أو فاقد الأهلية وبالتالي يصطدم بنص م 61 ق م. فهل ينعقد العقد لو قبل الموجب له الإيجاب؟

انقسم الفقه إلى اتجاهين بهذا الخصوص:

الاتجاه الأول: (د السنهوري وجانب من الفقه)

العقد لا ينعقد لأن القبول الصادر من الموجب له لا يمكن أن ينتج أثرا طبقا لنص م 61 ق م إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه وهو الموجب.

الاتجاه الثاني: (د سليمان مرقس وجانب من الفقه)

العقد ينعقد لأن الإيجاب قد أحدث أثره طبقا لنص م 62 ق م، وورثة الموجب يحلون محله في العلم بالقبول. وبالتالي ينعقد العقد حتى بوفاة أو فقد أهلية الموجب بعد تعبيره عن إرادته طبقا لنص م 62 ق م التي تكلمت عن التعبير عن الإرادة بصفة عامة إيجابا كان أو قبولا ولا اجتهاد مع النص.

2- وفاة أو فقد أهلية القابل:

ينعقد العقد بمجرد وصول القبول لعلم الموجب ويلتزم به ورثة القابل وينفذ في تركته. إلا إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد بموجب الاتفاق أو طبيعة المعاملة.

أثر موت وفقد أهلية من وجه إليه التعبير عن الإرادة:

نصت المادة 62 ق م على أثر موت وفقد أهلية من صدر منه التعبير عن الإرادة. لكن ماذا عن أثر موت وفقد أهلية من وجه إليه التعبير عن الإرادة؟

لم يعالج المشرع أثر موت أو فقد أهلية من وجه إليه التعبير عن الإرادة، لكن يمكن أن تستنتج من م 61 ق م

1- موت أو فقد أهلية من وجه إليه القبول أي الموجب:

* قبل وصول القبول إلى علمه = اختلاف فقهي:

رأي 1: العقد لا ينعقد لأن القبول الصادر من الموجب له لا يمكن أن ينتج أثر.

رأي 2: ينعقد العقد ويحل ورثة الموجب محله في العلم بالقبول.

* بعد وصول القبول إلى علمه: ينعقد العقد

2-موت أو فقد أهلية من وجه إليه الإيجاب أي الموجب له:

* قبل أن يصل الإيجاب إلى علمه سقط الإيجاب لأن الإيجاب لم يتصل بعلم من وجه إليه ولا يحل الورثة محله في إصدار القبول.

* بعد اتصال الإيجاب بعلمه وقبل في إصدار القبول لأنه رخصة شخصية.

رأي 2: يحل الورثة محله في إصدار القبول.

صور خاصة لتوافق الإرادتين**أولا: التعاقد بطريق العربون م72 مكرر**

العربون هو مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين للآخر للدلالة على أحد الأمرين إما يكون دلالة على تأكيد العقد أو دلالة على حق الطرف الذي دفعه في العدول :

1-العربون دلالة على تأكيد العقد = العقد انعقد باتا ونهائيا والعربون هو تنفيذ جزئي له، وبالتالي لا يملك أحد المتعاقدين العدول عنه بإرادته المنفردة. فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، فإن القواعد العامة تجيز للمتعاقد الآخر التمسك بعدم التنفيذ، أو المطالبة بالتنفيذ العيني، أو الفسخ فضلا عن الحق في التعويض الذي يستقل عن العربون المتفق عليه، فقد يزيد أو ينقص عنه.

2-العربون دلالة على حق العدول = العقد انعقد ولكنه غير لازم، حيث يمكن لأحد المتعاقدين العدول بإرادته المنفردة مقابل خسارة قيمة العربون، فإن عدل من دفعه خسره وإن عدل من أمسكه رده ومثله.

موقف المشرع الجزائري من دلالة العربون:

العربون لا يمكن أن يحمل كلتا الداليتين معا، فإن اتفق الأطراف على دلالة العربون فلا إشكال، حيث نأخذ باتفاقهما.

لكن ماذا لو لم يتم الاتفاق على دلالة معينة أو لم يتمكن أي من المتعاقدين من إثبات الدلالة المقصودة من العربون، فبأي الداليتين نأخذ؟

لم ينص المشرع الجزائري على العربون إلا بعد تعديل القانون المدني سنة 2005 (ق 05-10) بموجب المادة 72 مكرر :
”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“.

ولتحديد دلالة العربون يجب علينا البحث في نية المتعاقدين أولا وان لم نتمكن من تحديد نية المتعاقدين يكون العربون دلالة على حق العدول وبالتالي يجب :

أولاً- البحث في نية المتعاقدين:

← الاتفاق الصريح على دلالة العربون = لا إشكال

← الاتفاق الضمني يفهم ضمنا من الظروف والملابسات

فإذا كان مبلغ العربون كبيرا مقارنة بالمبلغ الكلي فيفهم من ذلك أن دلالة العربون هي التنفيذ الجزئي وليس حق العدول. أما إن كان البائع هو الذي قدم العربون فيفهم من ذلك أن للعربون هو دلالة حق العدول.

ثانياً- عند عدم التمكن من التعرف على نية المتعاقدين = فتكون دلالة العربون هي حق العدول وفقا لنص م 72 مكرر ق م.

أحكام العربون بدلالة حق العدول:

* إن عدل- أي تراجع- من دفعه خسره، وإن عدل من أمسكه رده ومثله.

* يسقط حق العدول بمجرد بدء تنفيذ العقد أو بانتهاء المدة دون عدول المتعاقد، فبمرور المدة المتفق عليها لاستعمال حق العدول يتأكد العقد وبالتالي وجب تنفيذه، فإذا لم تحدد مدة فإن استعمال هذا الحق يبقى إلى حين تنفيذ العقد. ويجوز للمتعاقد أن ينذر الطرف الآخر باستعماله حق العدول لمدة معقولة.

* إذا لم يعدل أي من الطرفين عدّ العربون تنفيذا جزئيا.

* العربون مقابل لحق العدول بصرف النظر عن وجود الضرر من عدمه ، وبالتالي يبقى للمتعاقد الآخر -إضافة إلى احتفاظه بمبلغ العربون أو المطالبة به- الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه جراء العدول.

ثانيا: التعاقد بطريق المزادة م 69 ق م

يتم اللجوء إلى المزاد في البيوع الجبرية التي ينظمها القانون مثل البيع الجبري لأموال المدين المعسر، أو اختياريا لأجل الحصول على أحسن سعر.

* **افتتاح المزاد على أساس سعر معين هو دعوة للتعاقد** ولا يعتبر إيجابا، لأن إرادة صاحب المزاد لم تكن نهائية ولم تتجه للالتزام على أساس السعر الافتتاحي.

* **تقدم شخص بعبء هو إيجاب ملزم**، لأنه تعبير بات يتضمن طبيعة العقد وعناصره الجوهرية. حيث يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى حين التقدم بعبء أكبر أو رسو المزاد عليه.

* ويسقط العطاء بعبء أكبر منه حتى لو كان هذا الأخير باطل، كصدوره عن عديم أهلية أو عن شخص لديه مانع قانوني يمنعه من التعاقد كما هو الحال بالنسبة للقضاة بخصوص الحقوق المتنازع عليها م 402 ق م

* موافقة صاحب المزاد على رسو المزاد على أكبر عرض يعتبر **قبولا**.

ولصاحب المزاد رفض العطاء الأخير مما يؤدي إلى سقوطه، مع مراعاة عدم التعسف في استعمال حقه في الرفض.

ثالثا: عقود الإذعان م 70 ق م

الأصل في القبول أن يصدر بعد مفاوضات ومناقشات لبنود العقد بين الطرفين، غير أنه في عقود الإذعان يكون القبول بمجرد التسليم أو الرضوخ للشروط التي وضعها مقدم الخدمة أو السلعة دون مناقشة. م 70 ق م

شروط عقد الإذعان

- 1- خدمة أو سلعة ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها (كهرباء، غاز، نقل...).
- 2- احتكار شخص ما (الموجب) لهذه السلعة أو الخدمة احتكارا قانونيا أو فعليا بحيث لا ينافسه غيره فيها مطلقا أو في نطاق محدود.
- 3- أن توجه السلعة أو الخدمة لجمهور الناس بشروط معدة سلفا في شكل نموذج موحد ولا يقبل المناقشة في أي منها.

الحماية القانونية للطرف المدعن في العقد

م 110 ق م : يمكن للقاضي أن يتدخل لتعديل الشروط التعسفية أو إلغائها بعد طلب الطرف المدعن. ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك. (وهذا استثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين)

م 112 ق م : تفسر العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعن دائما كان أو مدينا، لأن الطرف القوي انفراد بصياغة هذه الشروط فيتحمل هو تبعه ذلك.

رابعا: الوعد بالتعاقد م 71 و 72 ق م

هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص - يسمى الواعد- بإبرام عقد معين في المستقبل إذا أبدى شخص آخر - يسمى الموعود له- رغبته في ذلك خلال مدة معينة. فهو عقد يمهد لعقد آخر نهائي.

*** لماذا يتم اللجوء للوعد بالتعاقد؟**

قد يكون هناك مانع يمنع التعاقد من إبرام العقد النهائي كعدم توافر مبلغ مالي...

*** أنواعه**

- ← **وعد ملزم لجانب واحد**، أي أن أحدهما واعد والآخر موعود له.
- ← **وعد ملزم لجانبين**، كل من الطرفين واعد وموعود له في نفس الوقت

وبمرور المدة دون أن يبدي أحدهما قبولا فإن الوعد يعتبر كأن لم يكن.

شروط الوعد بالتعاقد:

أولا: الشروط العامة لانعقاد العقد (التراضي والحل والسبب)

1- التراضي في الوعد

أ- شرط تطابق الإيجاب والقبول: نفرق بين عقد الوعد بالتعاقد والعقد النهائي محل الوعد:

- **عقد الوعد بالتعاقد** = إيجاب ملزم بالوعد + قبول بالوعد

قد يرفض الإيجاب بالوعد فلا ينعقد عقد الوعد.

- **العقد النهائي موضوع الوعد** = عقد الوعد بالتعاقد + قبول بالعقد النهائي في الأجل.

ولا يشترط موافقة الواعد على العقد النهائي مادام القبول قد صدر في الأجل.

ب- الأهلية وعيوب الإرادة في الوعد بالتعاقد:

يشترط في الواعد الأهلية الكاملة وخلو إرادته من العيوب وقت صدور الوعد لأنه هو الملتزم، فقد عبر عن إرادته بشكل بات ونهائي.

أما الموعد له فيكفي فيه أن يكون مميزاً أثناء فترة الوعد، على أنه يجب أن يكون كامل الأهلية وإرادته خالية من العيوب يوم إبداء الرغبة في العقد النهائي، لأنه في هذا التاريخ يكون الموعد له قد عبر عن إرادته بشكل بات ونهائي، وبالتالي يجب عليه تحمل التزامات العقد المبرم.

2- المحل: هو العقد النهائي المراد إبرامه، ويشترط فيه الشروط العامة الواجبة في محل العقد من الوجود والإمكان والمشروعية.

3- السبب: ويشترط فيه الشروط العامة الواجبة في سبب العقد من وجود ومشروعية.

ثانياً: الشروط الخاصة بالوعد بالتعاقد

1- تعيين جميع المسائل الجوهرية في العقد الموعد به م 71 / 1 ق م

(مثال في الوعد بالبيع يجب تعيين طبيعة العقد وهو عقد البيع وتعيين المبيع والتمن)

2- تعيين المدة الزمنية التي يلتزم خلالها الواعد بالبقاء على وعده وإبرام العقد النهائي إن أبدى الموعد له موافقته خلالها م 71 / 1 ق م.

- ويرى الفقه أن الاتفاق على هذه المدة قد يكون صريحاً كما قد يكون ضمناً (عملاً بنص المادة 63 ق م المتعلقة بالإيجاب الملزم). وقد قضت المحكمة العليا بأن المدة الواجب تحديدها في الوعد بالبيع بخصوص إبرام عقد البيع تحدد إما بتاريخ وإما باتفاق ضمني وإما بحصول أمر معين (قرار 247607 مؤرخ في 2001/5/23).

3- إذا كان العقد النهائي شكلي وجب أن يجرر الوعد بالعقد في الشكل الذي حدده القانون وإلا كان الوعد باطلاً م 71 / 2 ق م، فالوعد ببيع عقار مثلاً يجب أن يجرر في عقد رسمي.

آثار الوعد بالتعاقد**أولاً: قبل إبداء الموعود له القبول بالعقد النهائي**

إذا قام الوعد صحيحاً نشأ التزام في ذمة الواعد بعدم قيامه بأي عمل يحول دون استفادة الموعود له من عقد الوعد، كما يلتزم بتنفيذ وعده إن صدر قبول خلال المدة المتفق عليها.

لا يمكن للواعد العدول عن وعده إلا بفوات الأجل دون صدور قبول أو برفض الموعود له أو هلاك محل الوعد واستحالة التنفيذ للسبب الأجنبي، حيث في هذه الحالات يسقط الوعد ويكون الواعد في حل منه.

يبقى الشيء الموعود به ملكاً للواعد وله حق الاستغلال والاستعمال وجميع الثمار ملك له. فإن تصرف الواعد في الشيء الموعود به عدّ تصرفاً صحيحاً لأنه تصرف في ماله المملوك ملكية تامة. ولكن يعد ذلك مخالفة لوعده، أي لالتزامه بإبرام العقد النهائي مما يستوجب التعويض إن أبدى الموعود له موافقته في الأجل.

إذا هلك الشيء قضاء وقدرًا تحمل الواعد تبعة هلاكه، لأنه لا يزال المالك. ولكنه لا يكون مسئولاً عن تعويض نحو الموعود له إذ المفروض أن الشيء قد هلك قضاء وقدرًا.

ينتقل حق الموعود له بحوالة الحق والميراث ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك. كما أن التزام الواعد بالبقاء على وعده وعدم قيامه بأي عمل يحول دون استفادة الموعود له من عقد الوعد ينتقل إلى ورثته.

ثانياً: بعد إبداء الموعود له القبول بالعقد النهائي في الأجل

إذا صدر القبول في الأجل كان الواعد ملزماً بتنفيذ وعده دون حاجة إلى رضا جديد منه، ويكون مديناً للموعود له بحق شخصي.

إذا صدر القبول قبل انتهاء الأجل المتفق عليه اعتبر العقد منعقداً من تاريخ إبداء القبول لا من تاريخ الوعد، فليس له اثر رجعي.

يعتبر الموعود له هو المالك لمحل الوعد من تاريخ إبداء الموافقة، وبالتالي إذا هلك محل الوعد بعد صدور القبول تحمل الموعود له تبعة الهلاك. كما أن جميع ثمار وحاصلات محل الوعد ملك للموعود له من تاريخ صدور القبول.

ماذا لو امتنع الواعد عن تنفيذ الوعد بالرغم من إبداء القبول في الأجل وتوافر جميع شروط الوعد؟

حسب م 72 ق م إذا نكل الواعد عن وعده ورفض تنفيذ الوعد وكانت جميع شروط الوعد متوافرة خاصة ما تعلق منها بالشكل، جاز للموعود له اللجوء إلى القضاء لإجبار الواعد على إبرام العقد النهائي الموعود به، ويقوم **الحكم القضائي مقام العقد الموعود به**.

مثال: وعد مالك المنزل المستأجر بأن يبيعه المنزل بقيمة مليار سنتيم إن أبدى موافقته خلال 6 أشهر، وتمت كتابة هذا الوعد لدى موثق، وبعد مرور 4 أشهر أبدى الموعود له موافقته على إبرام العقد النهائي وهو شراء المنزل، إلا أن المالك امتنع عن التنفيذ وقال بأنه غير رآيه، ففي هذه الحالة لا يمكن إجبار المالك على الذهاب إلى الموثق وإمضاء العقد النهائي لأن في ذلك مساس بحريته الشخصية، وحفاظا على حق الموعود له، فإن القانون بموجب م72 ق م أعطى له حق رفع دعوى للمحكمة واستصدار حكم نهائي يقوم مقام عقد البيع ولا حاجة لموافقة أو إمضاء المالك، وبالتالي يصبح المستأجر مالكا للعقد بموجب الحكم القضائي.

لكن، ماذا لو خرج الشيء الموعود به من يد الواعد بتقصير منه، كما لو تصرف فيه للغير ؟ فهل هذا التصرف باطل؟

لو خرج الشيء الموعود به من يد الواعد بتقصير منه، كما لو كان قد تصرف فيه للغير، بحيث يكون التنفيذ العيني للالتزام مستحيلا، فالتصرف صحيح ولا يمكن طلب إبطاله لعدم وجود سبب من أسباب البطلان، وللموعود له الرجوع على الواعد على أساس المسؤولية العقدية (عقد الوعد) للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه جراء عدم التنفيذ.

لكن ماذا لو لم يتوفر الشكل المطلوب قانونا، فهل للموعود له طلب تعويض عند نكول الواعد أم أنّ الواعد يفلت من المسؤولية بسبب عدم توفر الشكلية ؟

مثال: عقد وعد ببيع عقار كتب في ورقة عرفية ولم يكتب عند موثق، وبعد صدور القبول في الأجل المتفق عليه امتنع الواعد عن تنفيذ العقد، فهنا لا يمكن إجبار الواعد على التنفيذ العيني لأن ذلك يتطلب تدخله الشخصي لإتمام الرسمية، وأيضا لا يمكن أن يحل الحكم القضائي محل العقد لأن الوعد لا تتوافر فيه الشكلية مما يجعله باطلا.

يذهب الفقه بهذا الخصوص إلى أنه عند عدم توافر الشكلية في الوعد بالتعاقد يعتبر باطلا، إلا أنه يترتب أثر قانوني باعتباره عقد غير مسمى (تحول العقد م 105 ق م) مما يستوجب **التعويض**.

-وذهب قضاء المحكمة العليا في مثل هذه الحالة إلى أن للموعود له أن يطلب **التعويض** كأثر قانوني لعدم تنفيذ التزام قانوني. (قرار المحكمة العليا رقم 154260 في 1996/04/12 المجلة القضائية لسنة 1996 العدد 1 ص 99).

خامسا: النيابة في التعاقد م 73-77 ق م

الأصل: أن يبرم الشخص العقد بنفسه ولحسابه.

الاستثناء: قد يبرم شخص العقد بواسطة شخص آخر ينوب عنه.

تعريف النيابة: حلول إرادة شخص معين - يسمى النائب - محل إرادة شخص آخر - يسمى الأصيل - في إبرام تصرف قانوني بحيث تنصرف آثاره إلى ذمة الأصيل وحده.

أهمية النيابة:

-الأشخاص الذين لا يستطيعون مباشرة تصرفاتهم القانونية كفاقد الأهلية والمسجون....

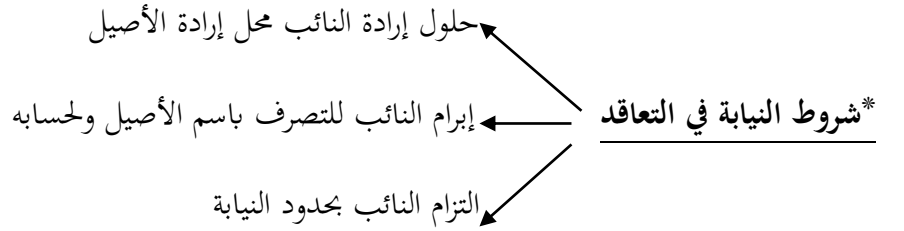
-إمكانية تمثيل الشخص المعنوي عن طريق نائب يعبر عنه.

-أشخاص لا تسمح لهم الظروف بإبرام التصرف كمن هو مسافر أو مريض أو كشخص ناقص الخبرة....
*أنواع النيابة (من حيث المصدر المقرر لها)

1- نيابة قانونية: يستمد فيها النائب سلطته في التعاقد من القانون مباشرة . كالولي ...

2- نيابة قضائية: يستمد فيها النائب سلطته في التعاقد من حكم القضاء. كالقيم والحارس القضائي ونائب الغائب والمفقود..

3- نيابة اتفافية: يستمد النائب سلطته من إرادة الأصيل بموجب عقد الوكالة م 571- 589 ق م



الشرط الأول: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

وبهذا يختلف النائب عن الرسول:

الرسول	النائب
ينقل إرادة مرسله	يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل
تعاقد بين غائبين	تعاقد بين حاضرين إذا اجتمع النائب والمتعاقد معه أي كان مكان تواجد الأصيل.

يترتب على اعتبار النائب يتعاقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل عدة نتائج هامة:

1- الأهلية:

- في النيابة الاتفافية:

-يشترط في النائب التمييز على الأقل لأن آثار التصرف الذي يجريه لا تنصرف إليه بل تنصرف إلى الأصيل، وإذا أبطل عقد الوكالة لنقص أهلية الوكيل فإنّ التصرف الذي أجراه النائب لا يتأثر بهذا البطلان .

-أما الأصيل فيشترط فيه الأهلية الكاملة يوم إبرام النائب للتصرف لأنه هو الملتزم وتنصرف آثار العقد إليه.

بينما في النيابة القانونية والقضائية فإن القانون عادة ما يشترط أن يكون النائب كامل الأهلية والأصيل قد يكون ناقص الأهلية أو عديمها، كولاية الأب (نائب كامل الأهلية)على ابنه القاصر(وهو الأصيل).

2- عيوب الإرادة وحسن وسوء النية (العلم ببعض الظروف)

الأصل: ينظر في حسن وسوء النية للنائب،

الاستثناء: أحيانا ينظر في نية الأصيل لا النائب (م 73 / 2 ق م)

*الأصل: أنه ينظر في حسن وسوء النية للنائب،

م 73 / 1 ق م ” 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 حكما.“

أمثلة:

- فإذا وقع النائب في غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلا للإبطال، ولا يمكن الاعتراض على ذلك بأن إرادة الأصيل سليمة لم يشبها عيب.

- أما إذا وقع الأصيل في غلط أو تدليس أو غير ذلك فالعقد صحيح لأن العبرة بإرادة النائب.

- وإذا كان النائب على علم بوجود عيب في الشيء الذي اشتراه لحساب الأصيل لا يحق للأصيل الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية حتى لو كان الأصيل غير عالم بهذه العيوب، والعكس صحيح فيجوز إبطال البيع إذا لم يكن النائب على علم كاف بالمبيع ولو كان الأصيل على علم.

الاستثناء: أحيانا ينظر في نية الأصيل لا النائب (م 73 / 2 ق م)

إذا كان النائب وكيفا يتصرف وفق تعليمات صارمة ومحددة من موكله بحيث تكون لإرادة الأصيل دور في إبرام التصرف، فإنه لا يجوز للموكل التمسك بجهل النائب بظروف كان يعلم بها هو أو من المفروض حتما أن يعلم بها. ويرى الفقه أن الوكيل في هذه الحالة أقرب إلى الرسول أكثر منه نائب لأنه يعبر عن إرادة الأصيل.

أمثلة:

- فإذا وكل شخص آخر في شراء شيء معين بالذات، وكان الموكل يعلم بما فيه من عيب والوكيل يجهل ذلك فلا يجوز في هذه الحالة للموكل الأصيل أن يرجع على البائع بدعوى الضمان لأنه كان يعلم بذلك العيب.

- وإذا وقع الأصيل في غلط أو تدليس كان العقد قابلا للإبطال حتى ولو كان رضا النائب سليما، فإن إرادة الأصيل ساهمت في إبرام التصرف عن طريق التعليمات الموجهة للنائب.

الشرط الثاني: إبرام النائب التصرف باسم الأصيل وحسابه م75 ق م

يجب أن يكون تعامل النائب مع الغير باسم الأصيل. وبالتالي لا بد أن يعلن أنه يتعاقد بصفته نائبا عن شخص آخر. فإذا لم يعلن عن صفته كنائب فإن آثار العقد لا تنصرف إلى الأصيل بل تضاف إلى النائب.

* وقد لا يرغب الأصيل في الظهور في التعامل فيتعاقد النائب باسمه هو دون أن يفصح عن اسم الأصيل، وبمقتضى عقد الوكالة المبرم بينهما ينقل إليه آثار العقد الذي عقده مع غيره، وهذا هو ما يعرف بالاسم المستعار أو التسخير. (وكالة مستترة).

* وطبقاً للقواعد العامة للمتعاقد الذي تعامل مع النائب ظناً منه أنه إنما يتعاقد لنفسه، أن يطلب إبطال العقد للغلط في شخص المتعاقد إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار في هذا العقد م 82 ق م.

الاستثناء:

المادة 75 ق م " إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائماً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب".

وبالتالي يضاف أثر العقد إلى الأصيل رغم عدم إعلان النائب عن صفته كنائب في حالتين:

- 1- إذا كان من المفروض حتماً أن الغير المتعاقد معه يعلم بوجود النيابة من خلال ظروف الحال. كمن يشتري من محل تجاري سلعة معروضة للبيع فيه من أحد عماله، فيفترض علم المشتري بأن العامل أجرى البيع نيابة عن صاحب المحل .
- 2- إذا كان يستوي عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب. فصاحب المحل يستوي لديه أن يتعامل مع الأصيل أو النائب، لذلك فإن آثار البيع تضاف مباشرة إلى الأصيل حتى ولو كان صاحب المحل بجهل النيابة.

الشرط الثالث: التزام النائب بحدود النيابة

م 74 ق م " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل "

يجب أن يلتزم النائب بحدود نيابته التي يحددها الاتفاق إذا كانت النيابة اتفافية أو القانون إذا كانت النيابة قانونية أو الحكم القضائي إذا كانت النيابة قضائية.

فإذا خرج عن هذه الحدود لم ينتج التصرف أثره في ذمة الأصيل (م 74 ق م)، كما أنه لا يلزم النائب إذ أنه لم يقصد أن يلزم نفسه به، ولا يكون أمام المتعاقد الآخر إلا أن يرجع على النائب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة عدم تنفيذ العقد في حق الأصيل.

استثناء: تنفذ تصرفات النائب في ذمة الأصيل بالرغم من تجاوز حدود النيابة أو انتهائها في بعض الحالات هي:

1- فكرة الفضالة:

فيكون في تجاوز النائب حدود سلطته نفعاً للأصيل وذلك إذا وجد فرصة سانحة ولم يستطع الرجوع إلى الأصيل وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الأصيل كان سيوافق على هذا التصرف، وعلى النائب في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الأصيل عن خروجه عن حدود نيابته (المادة 575 ق م).

2-فكرة النيابة الظاهرة:

ينفذ تصرف النائب في حق الأصيل رعاية لحسن النية وضمانا لاستقرار المعاملات، وذلك إذا كان الغير، بسبب خطأ الأصيل أو إهماله، قد اعتقد بحسن نية أن تصرف النائب في حدود سلطته كنائب. كأن يترك الأصيل سند النيابة في يد النائب بعد انتهاء النيابة.

3-إقرار الأصيل لتصرف النائب:

إذ أن الإقرار اللاحق كالإذن السابق، ويسري أثر العقد إلى الأصيل من يوم إبرام العقد لا من يوم صدور الإقرار .

4- انقضاء النيابة دون علم النائب ومن تعاقد معه م 76 ق م:

حماية للغير حسن النية ولاستقرار المعاملات قرر القانون أنه في حالة كون النائب ومن تعاقد معه مجهلان انتهاء النيابة، كما في حالة وفاة الموكل أو عزل النائب دون وصول قرار العزل له (م586ق م)، واستمرار النائب في التصرف باسم الأصيل، فإن التصرف يعتبر أنه قد تم من نائب وتنصرف آثاره إلى الأصيل إن كان حيا وإلى ورثته من بعده إن كان قد مات (هذه أيضا صورة من صور النيابة الظاهرة)

آثار النيابة**1- العلاقة بين النائب والأصيل**

يحكم هذه العلاقة المصدر المنشئ للنيابة: الاتفاق (عقد الوكالة) أو القانون.

2-العلاقة بين النائب والمتعاقد معه

ينتهي دور النائب بمجرد إبرامه للعقد الذي كلف به ما لم تمنح له سلطة متابعة تنفيذ العقد. وفي حالة وقوع خطأ من النائب، فليس للغير المتعاقد معه الرجوع عليه إلا وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية (و ليس العقدية لأنه لا يوجد عقد يربط بين النائب والمتعاقد معه).

3-العلاقة بين الأصيل والمتعاقد معه

-تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير المتعاقد معه، فهما المتعاقدان، وهما اللذان ينصرف إليهما آثار العقد دون أن تمر بذمة النائب، بحيث يضاف إلى الأصيل والمتعاقد معه ما ينشأ عنه من حقوق والتزامات م 74 ق م.

-إذا أحل أحدهما بالتزاماته اتجاه الطرف الآخر جاز للمتضرر منهما المطالبة بالتعويض استنادا إلى قواعد المسؤولية العقدية لوجود عقد بينهما.

حكم تعاقد الشخص مع نفسه

يقصد بتعاقد الشخص مع نفسه بأن العقد يتم عن طريق الجمع بين صفتين في شخص واحد، بحيث يقوم هذا الشخص بدور الطرفين، فيصدر تعبيرين عن الإرادة متقابلين في شأن مصالحهما المتعارضة.

صوره:

الصورة الأولى: أن يتعاقد شخص بصفته نائبا عن طرفي العقد.

كأن يوكل عمر أحمد في بيع منزل، وفي نفس الوقت يكون أحمد نائبا لشخص آخر يبحث عن منزل للشراء، فيشتري أحمد المنزل لصالح الشخص الآخر، وبالتالي يكون أحمد نائبا عن الطرفين معا، عن البائع - وهو عمر - وعن المشتري .

الصورة الثانية: أن يتعاقد شخص بصفته نائبا عن شخص آخر وأصيلا عن نفسه.

كأن يكلف عمر أحمد ببيع منزل، فيقوم أحمد بشراؤه هو لنفسه، وبالتالي يكون أحمد ممثل للطرفين، فهو نائب عن البائع وفي نفس الوقت هو المشتري.

الإشكال المطروح في هذه الطريقة من التعاقد:

في هاتين الصورتين نجد أن شخصا واحدا، وهو النائب، ينفرد وحده بالتوفيق بين مصلحتين متعارضتين، وهذا وضع لا تتوافر فيه الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل. فإذا كان المتعاقد نائبا عن الطرفين نشأ تضارب في المصالح قد يؤدي إلى التضحية بمصالح أحد الطرفين لفائدة الآخر. وإذا تعاقد أصيلا عن نفسه ونائبا عن الطرف الآخر كان الوضع أخطر، لأن التعارض حينئذ يقوم بين مصلحة النائب الشخصية ومصلحة الأصيل، وهذا ما يخالف مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود م 107 ق م.

موقف المشرع الجزائري من تعاقد الشخص مع نفسه:

م 77 ق م " لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو 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 "

الأصل: منع تعاقد الشخص مع نفسه

جزاء مخالفة هذا المنع: إذا تعاقد الشخص مع نفسه يعتبر ذلك خروج عن حدود النيابة وبالتالي لا ينفذ التصرف في حق الأصيل إلا إذا أجاز الأصيل. ومن الفقه من يقول أن هذا التصرف قابل للإبطال وذلك تأسيسا على نص المادة 412 ق م التي تنص على أن بيع النائب لنفسه صحيح إذا أجاز من تم البيع لحسابه وبمفهوم المخالفة فإنه إن لم يجزه كان له أن يطلب إبطاله.

الاستثناء: يجوز أن يتعاقد الشخص مع نفسه في هذه الحالات:

1- وجود نص في القانون يجيز ذلك مثال م 410 ق م تجيز للنائب التعاقد مع نفسه إذا حصل على إذن قضائي.

2- الإذن السابق أو الإقرار اللاحق من الأصيل . قد يأذن الأصيل مسبقا للنائب بذلك. كما يجوز للأصيل أن يقر التصرف بعد وقوعه، فالإقرار اللاحق كالإذن السابق. كأن يعلم أن النائب هو المشتري ويوافق على ذلك التصرف.

3- إذا قضت قواعد التجارة بإجازة تعاقد الشخص مع نفسه

كتعاقد سمسار الأوراق المالية مع نفسه عند التعامل في البورصة، إذ يستطيع أن يكون نائباً عن كل من البائع والمشتري خلافاً لما هو مستقر عليه في القواعد العامة التي تحظر تعاقد الشخص مع نفسه.

تطبيقات لمنع تعاقد الشخص مع نفسه في أحكام عقد البيع

المادة 410 من ق م " 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 بيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى "

المادة 411 ق م " لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار "

المادة 412 ق م "يصح البيع في الأحوال المشار إليها في المادتين 410 و 411 إذا أجازته من تم البيع لحسابه"

شروط صحة التراضي

1- أن يكون من صدر منه الرضا متمتعاً بأهلية التعاقد م78-80 ق م

(19 سنة+ الخلو من عوارض الأهلية. و عوارض الأهلية هي: جنون، عته، سفه، غفلة)

2- إن يكون رضاه خالياً من العيوب م 81-91 ق م (عيوب الرضا هي: الغلط، الاستغلال، التدليس، الإكراه).

أولاً : أهلية التعاقد

تعريف الأهلية: يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية على وجه يعتد به قانوناً.

الأهلية نوعان:

- 1 - أهلية الوجوب: وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل التزامات التي يقرها ويرتبها القانون. وبهذا ترتبط أهلية الوجوب بالشخصية القانونية (طبيعية أو معنوية) دون الإرادة، بحيث تثبت لكل شخص منذ كونه جنيناً وولادته حياً إلى تاريخ تصفية تركته وسداد ديونه بعد موته.
- 2- أهلية الأداء: صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية على وجه يعتد به قانوناً (العقد والإرادة المنفردة). وهي موضوع دراستنا وهي الأهلية المطلوبة عند التعاقد.

وأحكام الأهلية من النظام العام، لذا فلا يجوز التنازل عن الأهلية ولا تغيير أحكامها (م45 ق م)، فاتفق شخص مع آخر على التنازل عن أهليته في التصرف في ماله هو اتفاق باطل.

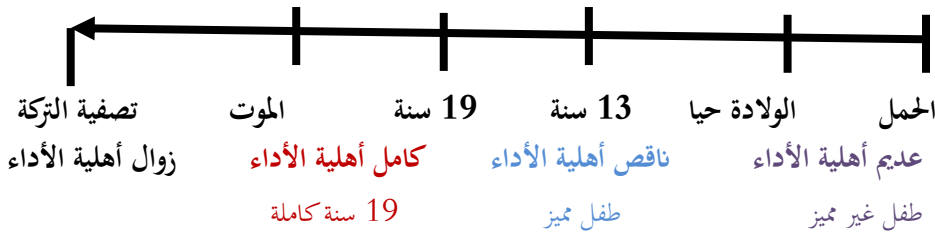
ويمكن تقسيم العقود من حيث الأهلية إلى أقسام أربعة:

- 1 - عقود اغتناء، هي عقود يغتني من يباشرها دون أن يدفع عوضاً لذلك. كالهبة بالنسبة إلى الموهوب له .
 - 2 - عقود إدارة، وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله. كالإيجار بالنسبة للمؤجر .
 - 3 - عقود تصرف، وترد على الشيء للتصرف فيه بعوض كالبيع بالنسبة إلى كل من البائع والمشتري .
 - 4 - عقود تبرع، وترد على الشيء للتصرف فيه بغير عوض كالهبة بالنسبة للواهب .
- فمن توافرت فيه الأهلية كاملة كان صالحاً لمباشرة هذه الأقسام الأربعة من العقود. ومن كان ناقص الأهلية فهو لا يصلح إلا لمباشرة بعض هذه الأقسام ، كالصبي المميز يصلح لمباشرة عقود الاغتناء، ولا يصلح وحده لمباشرة عقود الإدارة والتصرف، ولا يصلح أصلاً لمباشرة عقود التبرع.
- وقد تكون الأهلية معدومة كما هي حال الصبي غير المميز، فهو لا يصلح لمباشرة أي قسم من هذه الأقسام الأربعة

*كمال الأهلية:

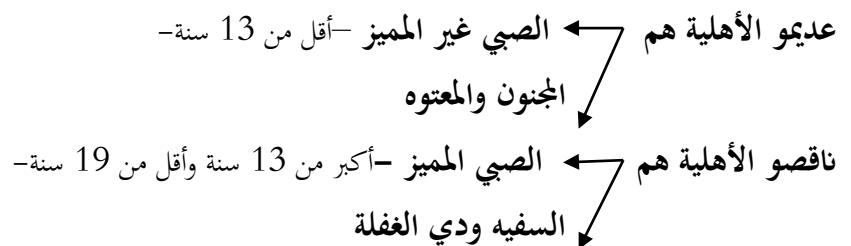
م 40 ق م "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يجبر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر سنة (19) كاملة ."

تدرج أهلية الاداء: لما كانت أهلية الأداء متعلقة بالإرادة فإنها تنعدم بانعدام الإرادة وتكون ناقصة بنقصها.

*عوارض الأهلية:

- 1- جنون: حالة مرضية تصيب الشخص في عقله فتفقده القدرة والإدراك على تمييز العمل النافع من الضار.
- 2- عته: الحالة التي تعترى عقل الإنسان فتفقده القدرة على التمييز، على الرغم من أنه لا يفقد العقل تماماً كالمجنون.
- 3- سفه: حالة تصيب الشخص تدفع به إلى إنفاق ماله بدون تدبير.
- 4- غفلة: عاهة نفسية تؤدي لوقوع الشخص بسهولة في غبن بسبب سلامة نيته وطيب قلبه، وكثيراً ما يخطئ إذا تصرف.

وبالتالي فإن الأشخاص عديمي الأهلية وناقصي الأهلية هم كالاتي :



حكم تصرفات عديمي الأهلية وناقصي الأهلية1- حكم تصرفات عديمي الأهلية :

السبب	حكم التصرفات	نص المادة
عدم بلوغ سن التمييز -أقل من 13 سنة-	تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا والبطلان هنا يشمل كل التصرفات، حتى لو كانت نافعة له فهي باطلة، كقبوله هبة.	م 42 ق م " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ 13 سنة " م 82 ق أسرة: من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة.
الجنون والعته	1- قبل الحجر تصرفات المجنون والمعتوه صحيحة وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات. إلا إذا كانت حالة الجنون والعته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر الذي تعاقد مع المجنون أو المعتوه على علم بهذه الحالة، فإنّ هذه التصرفات تكون باطلة بطلانا مطلقا. 2- بعد الحجر تكون تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا	م 42 ق م " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته أو جنون يعتبر غير مميز من لم يبلغ 13 سنة " م 101 ق أسرة: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه" م 107 ق أسرة: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها"

2-حكم تصرفات ناقصي الأهلية:

السبب	حكم التصرفات	نص المادة
		يختلف حكم تصرفات الصبي المميز بين القانون المدني وقانون الاسرة.
بلوغ سن التمييز وعدم بلوغ سن الرشد. صبي	<u>1-موقف القانون المدني:</u> البطلان النسبي. حيث أن تصرفات ناقص الأهلية تكون قابلة للإبطال.	م 43 ق م: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون" م 101 ق م: يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات ويبدأ سريان هذه المدة في <u>حالة نقص الأهلية</u> من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب.
تميز أكبر من 13 سنة وأقل من 19 سنة.	<u>2-موقف قانون الأسرة:</u> * إذا كان تصرف الصبي المميز ضارا ضررا محضا كهبة أمواله = البطلان المطلق. * إذا كان تصرف الصبي المميز نافعا نفعاً محضاً كقبول هبة = تصرف صحيح. * إذا كان تصرف الصبي المميز دائرا بين النفع والضرر كالبيع والمقايضة = تصرف صحيح موقوف النفاذ على إجازة الولي أو الوصي.	م 83 ق أ: من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء.
السفه والغفلة	<u>1- موقف القانون المدني</u> البطلان النسبي.	م 43 ق م: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون" م 101 ق م يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات ويبدأ سريان هذه المدة في <u>حالة نقص الأهلية</u> من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه غير انه يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو أكراه إذا انقضت 10 سنوات من وقت تمام العقد
	<u>2- موقف قانون الاسرة</u> - نص على السفه ولم ينص على ذي الغفلة . - لم يفرق في الحكم بين المجنون والمعتوه وبين السفه. وحكم تصرفات السفه كالتالي:	م 101 ق أسرة: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه" م 107 ق أسرة: تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا

1- قبل الحجر :

تصرفات السفه صحيحة وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات، إلا إذا كانت حالة السفه شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر الذي تعاقد مع السفه على علم بهذه الحالة، فإنّ هذه التصرفات تكون باطلة بطلانا مطلقا.

2- بعد الحجر :

تكون تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا

كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها.

موانع الأهلية

1- حالة المفقود والغائب: (مانع مادي) وهو غياب الشخص بحيث لا يستطيع مباشرة تصرفاته القانونية بشكل يعطل مصالحه ويحدث به الأضرار, ففي هذه الحالة تعين له المحكمة وكيلًا ليمارس عنه التصرفات القانونية، وحسب م 31 ق م تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي. (قانون الأسرة)

2- العاهة المزوجة: (مانع طبيعي) فإذا كان الشخص كامل الأهلية مصاب بعاهتين على الأقل من العاهات الثلاث الصم, البكم والعمى, مما يتعذر معه التعبير عن إرادته تعبيرًا صحيحًا, يجوز للمحكمة أن تعين له مساعدًا قضائيًا يعاونه في التصرفات التي يجريها تحقيقًا لمصلحته, وتكون تصرفاته قابلة للإبطال طبقًا للمادة 80 ق م إذا أبرم التصرف دون حضور المساعد القضائي الذي تم تعيينه.

3- الحكم بعقوبة جنائية: (مانع قانوني) في حالة الحكم بعقوبة جنائية لا يجوز أن يتولى المحكوم عليه إدارة أمواله خلال مدة حبس حرته، وكل تصرف يقوم به بنفسه يكون باطلا بطلانا مطلقا. وطالما ظل الحكم مستمرا في التطبيق تعين له المحكمة قيما نيابة عنه في إدارة أمواله، م 7 ق العقوبات “الحجر القانوني، وهو حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية عليه من مباشرة حقوقه المالية، وتكون إدارة أمواله طبقًا للأوضاع المقررة في حالة الحجر القضائي”. وهذه العقوبة التبعية تطبق بقوة القانون.

المنع من التعاقد الخاص ببعض الأشياء وبعض الفئات:

1* منع خاص ببعض الأشياء سواء كانت أشياء خارجة عن التعامل بطبيعتها كالهواء ومياه البحر.. أو أشياء خارجة عن التعامل بحكم القانون كأموال الدولة ..

2* منع خاص ببعض الفئات رغم اكتمال أهليتهم. مثال المادتين 402 و 403 ق م تنص على منع شراء القضاة والمحامين للحقوق المتنازع عليها....

ترشيده قاصر

يمكن للقاضي أن يقوم بترشيده القاصر إذا رأى أنه ورغم عدم بلوغه 19 سنة إلا أنه أصبح مدركاً وناضجاً، فيصبح القاصر المرشد في حكم كامل الأهلية بحيث تكون تصرفاته صحيحة.

1- الترشيد المدني

م 84 ق أسرة: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله بناء على طلب من له مصلحة وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك"

2- الترشيد للزواج

م 7 ق أ "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

3- الترشيد التجاري

م 5 ق ت "لا يجوز للقاصر المرشد، ذكر أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشداً بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية:

- إذا لم يكن قد حصل مسبقاً على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفياً أو غائباً أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب أو الأم.

- ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعماً لطلب التسجيل في السجل التجاري"

إثبات الأهلية

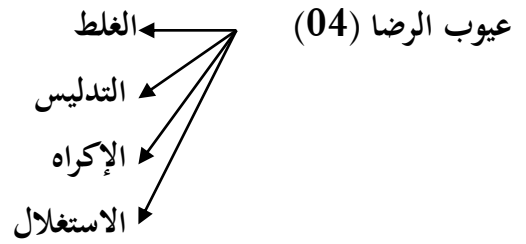
تنص المادة 78 ق م على أن: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تطراً على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون"

لهذا يقع عبء إثبات نقص الأهلية أو انعدامها على من يدعيه، فإذا أراد أحد المتعاقدين إبطال العقد لنقص أهليته أو انعدامها فعليه إثبات هذا النقص.

Vices du consentement

عيوب الرضا م 81 - 91 ق م

هي عيوب تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كلاهما فتفسد الرضا.

أولاً: **الغلط (l'erreur)** م 81-85 ق م

م 81 ق م: " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله. "

تعريف الغلط: هو وهم تلقائي يقع فيه المتعاقد عند إبرامه للتصرف يجعله يتصور أمراً على غير حقيقته.

مثال: من يشتري خاتم على أنه ذهب فإذا به من معدن آخر

شروط الغلط:

- 1- أن يكون الغلط جوهرياً
- 2- أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر

الشرط الأول: يجب أن يكون الغلط جوهرياً

م 81 ق م: " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله. "

م 82 ق م: " يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ..".

ليس كل غلط يقع في المتعاقد يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال ولكن يشترط لجواز طلب إبطال العقد للغلط أن يكون هذا الغلط جوهرياً، ويكون كذلك إذا كان هو الدافع الرئيسي للتعاقّد أي إذا بلغ حدّاً من الجسامة بحيث لولاه لما دخل في العقد.

ومعيار تقدير ما إذا كان الغلط جوهرياً أم لا معيار شخصي ذاتي وليس مادي، فالأمر يختلف من شخص لآخر مما يستتبع بالضرورة البحث في نفس كل متعاقد لمعرفة ما إذا كان الغلط الذي وقع فيه جوهرياً أم لا ويخضع هذا الأمر لتقدير قاضي الموضوع

ولمعرفة ما إذا كان الغلط جوهرياً أم لا نسأل سؤالاً : هل كان هذا المتعاقد سيقبل بإبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط؟ فإذا كان الجواب لا جاز له إبطال العقد وإذا كان نعم فهنا يعتبر الغلط غير جوهري ولا يؤثر في صحة العقد.

الشرط الثاني: اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر

يشترط إلى جانب كون الغلط جوهريا أن يكون الغلط متصلا بالمتعاقد الآخر وذلك في إحدى هذه الحالات الثلاث:

الحالة الأولى: إذا وقع المتعاقد الآخر أيضا في نفس الغلط (الغلط المشترك)

كأن يعتقد كل من المشتري والبائع أن الشيء أثري وهو حديث الصنع.

الحالة الثانية: إذا كان المتعاقد الآخر على علم بأن المتعاقد قد وقع في الغلط كمن يشتري خاتم على أساس أنه من ذهب وهو ليس كذلك وكان البائع يعلم أن المشتري يريد خاتما من ذهب.

الحالة الثالثة: إذا كان من السهل على المتعاقد الآخر أن يعلم بوقوع المتعاقد في الغلط كمن يشتري خاتم على أساس أنه من ذهب وهو ليس كذلك وكان البائع يعلم أن المشتري يريد خاتما للزواج أو كان يظهر ذلك من خلال الثمن المرتفع الذي عرضه المشتري.

أما إذا لم يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر بأن لم يقع في الغلط ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه معرفة ذلك (الغلط الفردي) فلا مجال لإبطال العقد حفاظا على استقرار المعاملات.

الملاحظ أن المشرع لم ينص صراحة على هذا الشرط على عكس المشرع المصري (م 120 مدني مصري)، إلا أنه يمكن استنتاج هذا الشرط من خلال نص م 82 ق م التي تنص على: "...صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية"

وكذلك نص المادة 85/ 1 ق م "ليس لمن وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية". وكل ذلك تأكيدا على المبدأ العام الوارد في المادة 107/ 1 ق م التي تقضي بأنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية

وبالتالي فإنه ليس للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى متصل بالمتعاقد الآخر طلب ابطال العقد إذا عرض المتعاقد الآخر استعداده لتنفيذ العقد وفقا لما توهمه المتعاقد. ففي هذه الحالة لا مجال للتمسك بالغلط لإبطال العقد لأن ذلك يعد تعسفا في استعمال الحق في الإبطال (م 124 مكرر). حيث تنص الفقرة 02 من م 85 ق م على انه: ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد.

مثال لو عرض البائع على المشتري خاتما من ذهب بدل الخاتم المعدني الذي توهم المشتري أنه من ذهب فلا يمكن للمشتري الإصرار على إبطال العقد بحيث يعتبر سيء النية ومتعسفا في استعمال حقه في الإبطال.

- أنواع الغلط
- 1- الغلط في الواقع م 81 و 82 ق م
 - 2- الغلط في القانون م 83 ق م
 - 3- الغلط المادي م 84 ق م

أولاً- الغلط في الواقع: وهو الغلط في واقعة مادية متعلقة بالعقد، ومن صوره :

* نصت م 82 ق م على مثالين للغلط الجوهري يستعين بهما القاضي في تقدير الغلط "ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية

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

1- الغلط الواقع في صفة في الشيء محل العقد يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد

وحسن النية

كشراء قطعة ارض لبناء مصنع ثم يتضح أن السلطات الإدارية تمنع إقامة المصانع في تلك المنطقة. أو كمن يشتري شيء يعتقد أنه قديم(تحفة أثرية) بينما هو حديث الصنع.

2- الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد

وذلك إذا كان شخص المتعاقد أو صفة من صفاته محل اعتبار في العقد، كالغلط في شخص الموهوب له(مثلا كان يعتقد أنه من أحد أقربائه)، أو كمن يؤجر منزل لآخر على أساس أنه متزوج فيتضح أنه أعزب.

إضافة إلى ذلك يوجد صور من الغلط لم ينص عليها القانون واختلف الفقه حول بعضها كالغلط في القيمة (كمن باع حصته في الميراث على أساس أنه سيرث قطعة أرض صغيرة فاتضح أنه سيرث ممتلكات أخرى) والغلط في الباعث (كمن باع أحد ممتلكاته معتقدا أنه في مرض الموت ثم يشفى).

وأيا كانت صورة الغلط، فإنه وحتى يعتبر سببا لقابلية العقد للإبطال يجب أن تتوفر شروطه بأن يكون جوهريا ومتصلا بالمتعاقد الآخر.

ثانيا- الغلط في القانون م 83 ق م

م 83 ق م: " يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و 82 ما لم يقض القانون بغير ذلك

يقصد بالغلط في القانون توهم قاعدة قانونية على خلاف حقيقتها.

مثال: بيع الشخص نصيبه في التركة ظنا منه أنه يرث الربع بينما القانون يفرض له نصف التركة، فيجوز في هذه الحالة إبطال العقد لغلط في القانون.

أو كمن يوفي بدين طبيعي معتقدا بأنه دين مدني واجب الأداء، فيجوز في هذه الحالة إبطال العقد لغلط في القانون.

ويشترط في الغلط في القانون نفس الشروط الواجبة في الغلط في الواقع م 81 و 82 ق م كما يشترط أيضا :

- عدم وجود حكم في القانون يقضي بغير ذلك. مثلا م 465 ق م " لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون . "
- أن يقع هذا الغلط في قاعدة قانونية ثابتة، أي واردة في التشريع وليست محل أي خلاف

الفرق بين الغلط في القانون والجهل بالقانون

تنص المادة 78 من دستور 2020 على أنه لا يعذر أحد بجهل القانون.

الجهل بالقانون م 78 دستور	الغلط في القانون م 83 ق م
هو عدم العلم بالقانون	هو العلم الخاطئ بالقانون
غير جائز، فالجهل بالقانون ليس عذرا	يجوز الدفع به، فالغلط في القانون هو سبب لإبطال العقد باعتباره من عيوب الإرادة
الهدف من التمسك بالجهل بالقانون هو عدم تطبيق القانون. لذا لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون منعا لاستبعاد تطبيق حكم القانون بحجة عدم العلم به.	الهدف من التمسك بالغلط في القانون هو أعمال صحيح القانون وليس استبعاده.

ثالثا-الغلط المادي م 84 ق م

م 84 ق م " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط "

فإذا قام العقد صحيحا والرضا كان سليما فإن الأخطاء المادية من أخطاء مطبعية أو أخطاء في الحساب فإن هذا الخطأ لا يؤثر على صحة العقد. وبالتالي فهو ليس عيبا من عيوب الإرادة.

مثال كمن يشتري 5 بقرات سعر الواحدة 200.000 دج ويذكر في العقد أن السعر الإجمالي 100.000 دج بدل 1.000.000 دج فهنا لا مجال لإبطال العقد وإنما يتم تصحيح الخطأ فقط.

إثبات الغلط والجزاء المترتب عليه

يقع عبء إثبات الغلط على من يدعيه بكافة طرق الإثبات، وعليه أن يثبت أن الغلط جوهرى وهو الدافع للتعاقد وأن يثبت اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر، وعليه إثبات أن الغلط كان وقت إبرام العقد م 81 " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله. " وبالتالي لا يعتد بالغلط إذا لم يكن قائما وقت إبرام العقد.

ويترتب على إثبات الغلط بشروطه قابلية العقد للإبطال لمصلحة المتعاقد الواقع في الغلط (م 99 ق م)

ولا يجوز التمسك بالغلط بوجه يتعارض مع حسن النية، فإذا عرض المتعاقد الآخر استعداده لتنفيذ العقد وفقا لما توهمه المتعاقد فلا مجال للتمسك بالغلط (م 85 ق م).

ثانيا: التدليس (le dol) م 86، 87 ق م

تعريفه: هو استعمال طرق احتيالية قصد تضليل المتعاقد وحمله على إبرام العقد.

مثال: كتقديم مالك الأرض للراغب في شرائها مخططات لبناء يقام عليها في حين أنها لا تصلح لذلك.

عناصر التدليس ← عنصر مادي (موضوعي) استعمال طرق أو وسائل احتيالية
← عنصر معنوي (نفسي) نية التضليل للوصول لغرض غير مشروع

شروط التمسك بالتدليس ← 1 - التدليس هو الدافع للتعاقد
← 2 - اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر

عناصر التدليس:

أولا. العنصر المادي: استعمال طرق احتيالية

يجب أن يستخدم المدلس وسائل احتيالية لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد وتضليله ومن ثم دفعه إلى التعاقد تحت هذا التأثير سواء كانت قولية، كقوله هذه تحفة أثرية بينما هي ليست كذلك، أو فعلية، كتقديم شهادات مزورة أو انتحال شخصية أو صفة رجل آخر ...

ولا يشترط أن يصل التدليس من الجسامة إلى الحد الذي تستلزمه جريمة النصب الجنائية (م 372 ق ع)

لكن هل الكذب والكتمان يمكن أن يشكل كل منهما عنصرا ماديا كافيا لقيام التدليس؟

1- الكذب: الأصل في الكذب أنه لا يعتبر تدليسا يعيب الرضا إذا كان بالإمكان إدراكه بقليل من التفكير وبذل الحد الأدنى من الاحتياط. إذ أن الكذب البسيط الذي يسهل اكتشافه لا يعد تدليسا ولا يكفي لطلب إبطال العقد، كالتاجر الذي يبالي بمدح بضاعته لترويجها، حتى وإن وصل إلى حد الكذب مادام ذلك مألوف في التعامل. ولكن قد يعتبر الكذب طريقا احتياليا إذا بلغ درجة معينة من الخطورة بحيث لا يتمكن المتعاقد الآخر من اكتشاف الحقيقة بنفسه رغم ما اتخذ من احتياطات وما بذله من جهد وكان له تأثير على هذا في إبرام العقد، كالكذب في البيانات المقدمة لشركة التأمين.

ويتولى القاضي تقدير خطورة الكذب غير المباح فيراعي في تقديره هذا الظروف التي تم فيها العقد وصفة المتعاقد الذي صدر منه الكذب والمتعاقد معه والعلاقات المختلفة الموجودة بينهما.

2-السكوت أو الكتمان: الأصل أن الكتمان لا يكون تدليساً لأن التدليس يفترض قيام المدلس بعمل ايجابي وفي مقابل ذلك لا يكون المتعاقد ملزماً بالإدلاء بجميع البيانات والمعلومات المحيطة بالعقد وبمحلّه، كما يجب على من يقدم على التعاقد أن يتخذ الحيطة ويتحرى بنفسه عن كل ما يهيمه معرفته من شؤون تخص العقد.

غير أن السكوت العمدي يعد تدليساً إذا كان الكتمان يتعلق بالالتزام بالإفشاء الذي رتبّه عليه القانون أو طبيعة العقد أو الاتفاق، وتنص م 86 ف 2 " ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة "

إذ يلتزم المتعاقد بالإفشاء على وجه الخصوص كلما تعذر على المتعاقد المدلس عليه التعرف على وقائع وملابسات مؤثرة من دون إفشاء المتعاقد الآخر له بها، كحالة مرور أنابيب الغاز تحت الأرض محل العقد مما يعيق عملية البناء، أو كما لو كنتم بائع العقار عن المشتري بأن العقار المبيع قد شرع في نزع ملكيته للمنفعة العامة. أو كتمان المؤمن عليه عن بعض الظروف التي من شأنها أن تزيد احتمال وقوع المخاطر المؤمن ضدها .

وحتى يكون الكتمان تدليساً يجب توافر الشروط الآتية في الأمر الذي بقى مكتوماً:

1- أن يكون هذا الأمر خطيراً بحيث يؤثر في إرادة المتعاقد الذي يجمله تأثيراً جوهرياً

2- أن يعرفه المتعاقد الآخر ويعرف خطره

3- أن يتعمد كتمه عن المتعاقد الأول.

4- أن يجمله المتعاقد الأول أو لا يستطيع أن يعرفه إلا عن طريق إفشاء المتعاقد الآخر.

ثانياً.العنصر المعنوي: قصد التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع

التدليس خطأ عمدي يستوجب وجود نية التضليل لدى المدلس، أما إذا قام الشخص بعمل دون قصد وأدى هذا العمل إلى تضليل المتعاقد الآخر فلا نكون بصدد تدليس، وليس له في هذه الحالة إلا التمسك بالغلط إن توافرت شروطه. وبالتالي لا يعد تدليسا الخداع المتعاقد بمظهر الثراء الذي يبدو عليه المتعاقد الآخر إن لم يتعمد الظهور بهذا المظهر، أو حالة التاجر الذي يعرض بضاعته في أحسن صورة بقصد ترويجها وترغيب العملاء فيها.

كما يجب أن تكون الحيل لغاية غير مشروعة قصدها المدلس، حيث أخفى الحقيقة عن المدلس عليه حتى ينتزع رضاه لإبرام العقد، أما إذا كان غرض من قام بالوسائل الاحتيالية مشروعاً فلا يقوم التدليس، ومثال ذلك الشخص الذي يستعمل أساليب احتيالية تضليلية بقصد الحصول من مدينه على رهن يضمن به دينه بعد أن اتضح له أن مدينه غير أمين، فهذه الخدعة لا تشكل تدليسا لأن المدين كان يهدف من ورائها ضمان استيفاء حقه، وهو غرض مشروع، في حين أن التدليس يتطلب لقيامه أن تكون الوسائل الاحتيالية المستعملة ترمي إلى تحقيق غرض غير مشروع.

شروط التمسك بالتدليس:

إضافة إلى ضرورة توافر عنصري التدليس يشترط في التدليس:

أولاً- أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد

يشترط أن تكون الحيلة التدليسية مؤثرة أي أن تبلغ حداً من الجسامه بحيث تدفع المتعاقد إلى إبرام العقد.

م 86 / 1 ق م "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها احد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامه بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد"

وجسامه الحيلة يرجع فيها إلى معياري ذاتي أي متعلق بشخصية الشخص المدلس عليه، فالمهم ليس الحيل في حد ذاتها وإنما تأثير المتعاقد بها، حتى لو كانت لا تؤثر في غيره. فهناك أشخاص يسهل خداعهم واخرين من الصعب خداعهم.

والمسألة مرجعها لتقدير قاضي الموضوع الذي يبت فيها وفق ظروف المتعاقد وحالته النفسية ودرجة ثقافته وذكائه وخبرته وسنه وجنسه.

ثانياً اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر

قد يصدر التدليس من شخص آخر ليس طرفاً في العقد، وفي هذه الحالة نفرق بين:

أ- صدور الطرق الاحتمالية عن المتعاقد أو نائبه

م 86 الفقرة 1 ق م: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامه بحيث لولاها لما إبرم الطرف الثاني العقد".

ب- صدور الطرق الاحتمالية من الغير

م 87 ق م "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم، بهذا التدليس"

إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فهناك احتمالين أو حالتين:

1- المتعاقد الآخر المستفيد من التدليس يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بالتدليس الصادر من الغير. في هذه الحالة يمكن للمتعاقد المدلس عليه طلب إبطال العقد+ المطالبة بالتعويض.

2- المتعاقد الآخر غير عالم بالتدليس الصادر من الغير ولا يمكنه أن يعلم به .

في هذه الحالة التدليس لا يعيب الإرادة وبالتالي فالعقد غير قابل للإبطال، لأن المتعاقد الآخر حسن النية، ولضحية التدليس الرجوع بالتعويض على الغير الذي صدر منه التدليس طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

لكن يجوز إبطال العقد للغلط إذا أثبت المتعاقد المخدوع أن المتعاقد الآخر كان مشتركاً معه في الغلط الذي وقع فيه من جراء هذا التدليس، أو أن هذا المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان يستطيع أن يعلم بهذا الغلط . فإذا لم يثبت شيئاً من ذلك، فإن العقد لا يكون باطلاً لا للتدليس ولا للغلط .

إثبات التدليس وأثره

على من يدعي التدليس إثباته بكافة طرق الإثبات وعليه إثبات عنصر التدليس المادي والمعنوي وشروطه.

ويترتب على ذلك أنه يمكن للمدلس عليه: طلب إبطال العقد + المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

التمييز بين الغلط والتدليس

الغلط	التدليس
يتفق الغلط مع التدليس في أن كل منهما توهم يصوّر للمتعاقد الأمر على غير حقيقته	
التوهم يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه	التوهم يقع فيه بفعل المتعاقد الآخر أو بعمله (التغليب).
وهو حالة نفسية كثيراً ما يكون إثباته عسيراً	من السهل إثبات التدليس بإثبات الوسائل الاحتمالية التي كثيراً ما تكون وقائع خارجية - ويجوز إثباتها بكل طرق الإثبات حتى بشهادة الشهود.
مجرد الغلط في القانون لا يؤدي إلى قابلية عقد الصلح للإبطال م 465 ق م	إذا استعملت وسائل احتمالية لإيقاع المتصلح في غلط في القانون كان الصلح قابلاً للإبطال.
للوابع في الغلط الحق في طلب إبطال العقد	للمدلس عليه إلى جانب الحق في طلب إبطال العقد الحق في طلب التعويض عما أصابه من ضرر بسبب الوسائل الاحتمالية.
حق المتعاقد الغالط في الإبطال استناداً إلى الغلط ليس مطلقاً، فلا يقبل منه التمسك بالغلط على نحو يتعارض مع مقتضيات حسن النية.	للمدلس عليه دائماً الحق في طلب الإبطال.
يقتصر على المتعاقد الآخر ونائبه فقط.	يمتد ليشمل المتعاقد الآخر ونائبه والغير إذا كان المتعاقد يعلم أو من المفروض أن يعلم بذلك

ثالثا: الإكراه (La violence) م 88 و 89 ق م

م 88 ق م: " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق. وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في نفس، أو الجسم أو الشرف، أو المال.

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

م 89 ق م: " 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 حتما أن يعلم بهذا الأمر"

تعريف الإكراه: هو ضغط غير مشروع يتعرض له المتعاقد، فيولد في نفسه رهبة وخوف من خطر جسيم ويحمله على التعاقد من أجل تلافي نتائج التهديد الذي تعرض له.

مثال: كمن يبيع منزله تحت التهديد بالقتل...

ومنه فإن الإكراه هو الذي يصيب اختيار الشخص، فهو يعلم بما هو مقدم عليه، وإنما يقوم به تحت تهديد وإجبار. مما يجعل هذا الإكراه مفسدا للرضا لكنه لا يعدمه مطلقا (الإكراه المعنوي)

وبالتالي فهو يختلف عن الإكراه المعدم للرضا (الإكراه المادي) كمن يمسك بيد المكره ويجبره على وضع بصمته على العقد. فهنا تكون الإرادة معدومة وبالتالي يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا.

عناصر الإكراه

← عنصر مادي (موضوعي) استعمال وسائل غير مشروعة
لتهديد المتعاقد والضغط عليه ليتعاقد

← عنصر معنوي (نفسى) تولد رهبة جدية في نفس المتعاقد

شروط التمسك بالإكراه

← 1- الإكراه هو الدافع للتعاقد

← 2- اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر

عناصر الإكراه**العنصر المادي (موضوعي) استعمال وسائل غير مشروعة قصد تهديد المتعاقد والضغط عليه ليتعاقد**

لا بد أن تكون هناك وسائل ضغط أو تهديد تولد رهبة في نفس المتعاقد مما يدفعه لإبرام عقد كرها. وقد تكون هذه الوسائل إيجابية كالخطف والضرب. كما قد تكون سلبية عن طريق الامتناع عن القيام بعمل إذا كان المتعاقد مهدد بخطر جسيم، كطبيب يتفق مع مريض في حالة حرجة لإجراء عملية جراحية له ثم يوم العملية يطلب منه زيادة الأجر.

ويجب أن تكون وسائل الإكراه و الهدف منه غير مشروع "دون حق" حتى يكون العقد قابلاً للإبطال، كمن يهدد شخص بقتله إن لم يحصل على قطعة أرض يملكها (إكراه غير مشروع من حيث الوسيلة)، أو كمن فاجأ شخصاً متلبساً بارتكاب جريمة فأمضاه على سند بمبلغ كبير من المال لا حق له فيه تحت تهديد الإبلاغ عنه (إكراه غير مشروع من حيث الغاية).

أما إذا كانت الرهبة تولدت عن حق فلا وجود للإكراه، كالمودع الذي يهدد المودع له بإبلاغ النيابة العامة (خيانة الأمانة) إن لم يوقع له على سند بما أودعه عنده في حالة تبديد المودع عنده بالوديعة، وكالدائن الذي يهدد المدين بالتنفيذ على ماله إذا لم يقرر له رهنا لضمان دينه، فهنا على الرغم من أن الإكراه له تأثير على الإرادة إلا أنه يعتبر مشروعاً ولا يمكن الاعتداد به.

العنصر المعنوي: تولد رهبة جدية في نفس المتعاقد تحمله على التعاقد

الإكراه في ذاته لا يعيب الرضا وإنما يعيبه ما يولده في نفس المكره من رهبة، وهي الخوف من الأذى مما يجبره على التعاقد تفادياً للخطر الجسيم الحال به.

ويجب أن تكون الرهبة جدية أي ناتجة من خطر جسيم حال أو محقق أي وشيك الوقوع لا يمكن تفاديه.

وهذه الرهبة عادة ما تنبعث من التهديد بإلحاق الأذى بالنفس كالقتل أو بالجسم كالضرب أو بالمال كالإتلاف أو الشرف كتشويه السمعة.

ولا يشترط في الرهبة أن يكون التهديد بإلحاق الأذى خاصاً بشخص المتعاقد أو بماله وشرفه وإنما يشمل كل من يرتبط معه برابطة القرابة والنسب. ولم يحدد المشرع درجة القرابة على عكس المشرع الفرنسي الذي حصرهم في الزوج والزوجة والأصول والفروع، والملاحظ أن المشرع المصري نص أيضاً على الأذى الذي يلحق شخص آخر غير المتعاقد حتى لو كان من غير أقاربه (أو غيره) كالصديق والجار.... وبالتالي حسب القانون الجزائري لو تعاقد شخص بناءً على تهديد بقتل صديقه فلا يمكن إبطال العقد مما يستدعي ضرورة تعديل المشرع لهذا الحكم.

وقد أخذ القانون الجزائري في تقدير الرهبة بالمعيار الذاتي م88 ق م.

فالناس يتفاوتون في تصوّرهم للأخطار التي تهددهم، فالقروي الأمي أكثر خوفاً من أعمال الشعوذة، كما يعد إكراهها إذا هدد شخص المتعاقد معه ببندقية حتى ولو كان ليس بها عيار ناري إذا كان المكره لا يعلم بذلك، والرجل أشجع من المرأة والشاب أقوى تحملاً من الشيخ.... لذا يراعى في تقدير الإكراه سن المتعاقد وحالته الاجتماعية والصحية وجنسه.

شروط التمسك بالإكراه**1- الإكراه هو الدافع للتعاقد**

يجب أن يكون الإكراه الذي تولدت عنه الرهبة هو الدافع للتعاقد، أي أن التصرف أبرم تحت سلطان الرهبة، فإذا ثبت أن المتعاقد كان سيبرم التصرف حتى لو لم يسلط عليه التهديد فإن الإكراه في هذه الحالة لا يعتبر مفسدا لرضاه. وجسامة الإكراه لا تقاس بحجم وجسامة وسيلة الإكراه وإنما بحسب حجم الأثر الذي ترتبه وتتركه في شخص من وقع عليه (معيار ذاتي شخصي).

2- اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر

يجب أن يكون الإكراه متصلا بمن يتعاقد معه المكره، وقد يصدر الإكراه من شخص آخر ليس طرفا في العقد، وفي هذه الحالة نفرق بين:

أ- صدور الإكراه عن المتعاقد

م 88 ق م: " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق....

ب- صدور الإكراه من الغير

م 89 ق م: " 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 حتما أن يعلم بهذا الأمر".

إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فهناك احتمالين أو حالتين:

1- المتعاقد الآخر المستفيد من الإكراه يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بالإكراه الصادر من الغير

يمكن للمتعاقد المكره طلب إبطال العقد + طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه ممن صدر عنه الإكراه لأنه عمل غير مشروع

2- المتعاقد الآخر غير عالم بالإكراه الصادر من الغير ولا يمكنه أن يعلم به .

الإكراه هنا لا يعيب الإرادة وبالتالي فالعقد صحيح غير قابل للإبطال، فالمتعاقد الآخر في هذه الحالة حسن النية، ولضحية الإكراه الرجوع بالتعويض على الغير الذي صدر منه الإكراه طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

*** الرهبة المتولدة من الظروف**

قد تكون الظروف هي التي تجعل الشخص في تهديد يولد في نفسه رهبة تدفعه للتعاقد.

كما في حالة تعرض الشخص لحادث خطير كالغرق فيلجأ لطلب المساعدة من شخص آخر ويبرم تصرفا تحت رهبة الموت من الغرق فيتعهد له مثلا بمبلغ كبير إن قام بمساعدته. أو من يعاني من مرض خطير يحتاج تدخل جراحي فيتعاقد مع طبيب مختص لإجراء العملية مقابل مبلغ باهظ.

والرأي الغالب فقها وقضاء يعتبر الإكراه كأصل متوفر في هذه الحالة، فالإرادة غير مختارة والمتعاقد الآخر استغل هذه الظروف لصالحه وهو عالم بها، مما يجعل العقد المبرم قابلاً للإبطال.

أما إن كان لا يعلم بهذه الظروف ومدى تأثيرها، وكان قد أدى مقابلاً معقولاً لما قدمه، فلا مجال لإبطال العقد على أساس الإكراه، لما يقضي به حسن النية ونزاهة التعامل.

*النفوذ الأدبي كوسيلة للإكراه

وفي هذه الحالة لا يكون هناك استعمال لوسائل غير مشروعة قصد تهديد المتعاقد والضغط عليه ليتعاقد بل أن المتعاقد يجبر على التعاقد تحت رهبة النفوذ الأدبي للمتعاقد الآخر، ومثال النفوذ الأدبي نفوذ الأب على ابنه، والزوج على زوجته، والأستاذ على تلميذه، والرئيس على المرؤوس، ورجل الدين على المتدين.

فهل يعتبر التصرف المبرم بناء على نفوذ أدبي تصرفاً قابلاً للإبطال بسبب الإكراه الدافع للتعاقد؟

حسب الفقه فإن القاعدة العامة أن النفوذ الأدبي لا يعد ولا يعتبر إكراهاً إلا إذا أبرمه المتعاقد تحت رهبة وخوف وكان الهدف منه الحصول على مصلحة غير مشروعة.

فإذا استغل الأب نفوذه على ابنه ليهب لأخيه المحتاج من ممتلكاته أو أثر رجل الدين على المتدين مما يجعله يتبرع للفقراء، ففي هذه الأحوال نكون بصدد رهبة، لكن الهدف مشروع، فلا مجال لإبطال العقد.

أما إذا استهدف النفوذ الأدبي الوصول لغرض غير مشروع، كما إذا دفع الرئيس مرؤوسه إلى أن يبيعه مالا من أمواله، كان الإكراه الذي يشوب الإرادة متوفراً، لأن النفوذ الأدبي هنا يولد في النفس رهبة دون حق.

-إثبات الإكراه وأثره

على من يدعي الإكراه إثباته بكافة طرق الإثبات، ويقع على عاتقه إثبات عنصرى الإكراه المادي والمعنوي وشروطه.

ويترتب على ذلك أنه يمكن للمكروه طلب إبطال العقد + طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه ممن صدر عنه الإكراه لأنه عمل غير مشروع

رابعاً: الاستغلال (L'exploitation) م 90 و 91 ق م

م 90 ق م " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بينا أو هوى جامعاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو 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 الأبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن. "

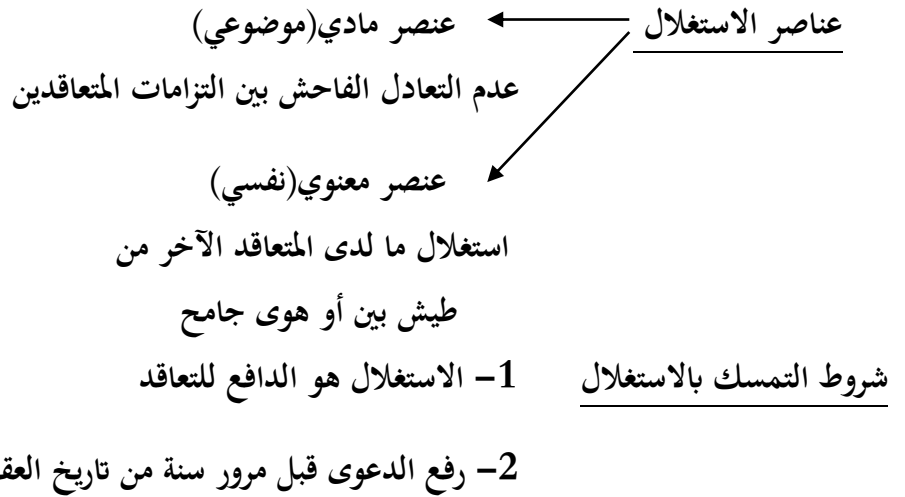
تعريف الاستغلال: أن ينتهز أو يستغل شخص في شخص آخر طيشا بينا أو هوا جامحا كي يبرم معه عقدا يحوي غبنا فاحشا.

وبالتالي فالاستغلال يتسبب في اختلال في الأداءات بين طرفي العقد إن كان العقد معاوضة وفي عقود التبرع يعطي المتعاقد دون مقابل، كل ذلك بسبب استغلال أحد الطرفين للضعف النفسي الموجود في الطرف الآخر مما يلحق بالطرف الضعيف غبنا فاحشا، ويتمثل هذا الضعف إما في طيش بين أو هوى جامح. ويقع الاستغلال في جميع العقود، المحددة والاحتمالية وعقود المعاوضة والتبرعات .

مثال:- استغلال زوجة شابة تستغل تعلق زوجها كبير السن بها ليهب لها ماله.

- استغلال شخص لطيش شاب صغير السن ورث ثروة كبيرة لبيعه أشياء بقيمة مبالغ فيها.

- استغلال زوج لرغبة زوجته الطلاق منه له مالا مقابل طلاقها.



عناصر الاستغلال

العنصر المادي: عدم التعادل الفاحش بين التزامات المتعاقدين

- و يجب أن يكون عدم التعادل أو الاختلال فادحا أو فاحشا م 90 ق م

“..متفاوتة كثيرا ..” ولا يشترط أن يبلغ الاختلال نسبة معينة، وتقرير ذلك يرجع لقاضي الموضوع بحسب ظروف العقد والمتعاقد وقيمة المتعاقد عليه.

كبيع شيء قيمته الحقيقية 10 مليون دج ب 5 مليون دج

وينظر إلى الاختلال وقت تمام العقد، ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك،

أما الاختلال اللاحق الذي يحدث نتيجة تغير الظروف فتحكمه نظرية الظروف الطارئة (م 107 ق م)

العنصر النفسي: استغلال ما لدى المتعاقد الآخر من طيش بين أو هوى جامح

وقد حصر المشرع الضعف النفسي في حالتين هما الطيش البين والهوى الجامح دون حالات نقص الخبرة أو الحاجة....

1- الطيش البين: هو الخفة الزائدة والتسرع وسوء تقدير الأمور، مثال: شاب ورث مالا ثم بدأ يبذره في القمار وبعد خسارته طلب منه صاحب القمار أن يشتري سيارته بثمان زهيد. أو كمن يبرم تصرفا بناء على حماس زائد أو استفزاز..

2- الهوى الجامح: هو الرغبة الشديدة التي تعمي الإنسان وتجعله لا يفرق بين الصحيح والخطأ والضرار والنافع، أو هو الميل الذي يتضمن غلبة العاطفة وضعف الإرادة، وقد يتعلق بشخص أو بشيء.

يجب أن يكون ذلك الضعف ظاهرا بحيث يستطيع المتعاقد معه أن يتبينه ويستغله، وهكذا فإن كان المتعاقد يجهل بقيام شيء من ذلك (طيش أو هوى) لدى المتعاقد الآخر فالعقد صحيح لعدم توفر الاستغلال.

شروط التمسك بالاستغلال

1- الاستغلال هو الدافع للتعاقد

م 90 ق م ..وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ..“
يجب أن تكون حالة الضعف التي لازمت التعاقد ضحية الاستغلال وقت إبرام العقد هي التي دفعته للتعاقد، بحيث لولاها ما تعاقد. ويستوي أن تكون حالة الضعف قد أدت إلى التعاقد أو إلى مجرد قبول الشروط المجحفة.

2- رفع الدعوى قبل مرور سنة من تاريخ العقد

تسقط دعوى الاستغلال بمضي سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة. (م 90 / 2 ق م)

إثبات الاستغلال وأثره

على من يدعي الاستغلال إثباته بكافة طرق الإثبات، فيقع على عاتقه إثبات عنصري الإكراه المادي والمعنوي وشروطه.
م 90 ق م ..“جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد ...“
ويترتب على إثبات ذلك أنه للمتعاقد المستغل الخيار بين أحد أمرين:

أ- طلب إبطال العقد للاستغلال

ويجوز للقاضي بعد ذلك إما:

1- الاستجابة لطلبه والحكم بإبطال العقد لعيب الاستغلال (زوال العقد)

2- أو لا يبطل العقد ويحكم بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون وردها إلى الحد المعقول الذي يزول معه الغبن الفاحش (بقاء العقد مع تصحيحه)

ب- أو طلب الإنقاص من التزاماته

أما إذا طالب المتعاقد الآخر بالإنقاص دون الإبطال، فإن القاضي يحكم بالإنقاص فقط وليس للقاضي الحكم بالإبطال لأن القاعدة تقول "لا يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر مما طلب منه". كما أن البطلان النسبي ليس للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها.

توقي دعوى الإبطال:

م 90/3 ق م " ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن. "

يجوز للطرف الآخر وحده أن يتوقى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن وكان العقد معاوضة. مثال كأن يكون قد استغل طيش شاب واشترى منه سيارة بثمن بخس فيجوز له إن كان متمسكا بالسيارة ويريد أن يتوقى إبطال العقد أن يعرض زيادة المبلغ .

وزيادة التزامات الطرف الغابن في عقود المعاوضة أمر اختياري له هو وحده، يمكن له طلبه إن أراد الإبقاء على العقد وحمايته من الإبطال، ولا يمكن لا للقاضي الحكم به ولا للمتعاقد المغبون أن يطلبه.

الغبن والاستغلال

م 91 ق م " يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود ."

نظرية الغبن المادية تطورت إلى نظرية الاستغلال النفسية، حيث أنه إلى جانب عدم التعادل في التعاقد يقوم عنصر اخر وهو عنصر نفسي مبني على استغلال ضعف نفس المتعاقد.

المشرع الجزائري كأغلب التشريعات الحديثة أخذ بفكرة الاستغلال مع الإبقاء على بعض حالات الغبن المادي بمقتضى نصوص متفرقة.

الغبن la lésion

هو عدم التعادل الفاحش بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه

وقد يقع الغبن على البائع أو المشتري

كأن يبيع شخص منزلا قيمته 9.000.000 دج ب 6.000.000 دج فهنا البائع مغبون.

أو أن يأخذه المشتري ب 15.000.000 دج فهنا المغبون هو المشتري.

تطبيقات للغبن:

1- بيع العقار بغبن فاحش م 358 ق م

إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس 5/1 فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس 5/4 ثمن المثل

2- الغبن الفاحش في عقد القسمة الرضائية للمال الشائع: م 732 ق م

إذا تضمنت القسمة الحاصلة بالتراضي غبنا بأحد الشركاء يزيد عن الخمس 5/1 وقت القسمة، كان له أن يطلب خلال السنة التالية للقسمة نقضها.

الاستغلال م 90 ق م	الغبن م 91 ق م
هو اختلال في الأداءات بين الطرفين ناتج عن استغلال طيش بين أو هوى جامح يوجد في أحد المتعاقدين	وهو عدم التعادل الفاحش بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه .
<p>للاستغلال عنصران:</p> <p>العنصر المادي: اختلال الأداءات بين المتعاقدين.</p> <p>العنصر النفسي: الضعف النفسي الذي يوجد فيه أحد المتعاقدين.</p> <p>وهو يختلف عن الغبن في العنصر النفسي</p>	<p>الاستغلال ليس شرطا في الغبن فيكفي تفاوت الأداءات وقت إبرام العقد دون حاجة إلى إثبات أنه كان ضحية غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال من الطرف الآخر.</p> <p>وبالتالي فالغبن هو المظهر المادي للاستغلال</p>
الاستغلال عيب من عيوب الرضا	الغبن عيب قائم بذاته مستقل عن عيوب الرضا، وهو عيب في العقد وليس عيب في الرضا
الاستغلال يرد على جميع العقود	الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية. أما عقود المعاوضة الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها، لأن الأولى طبيعتها تقضي بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين، والثانية يعطي فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى.
م 90 ق م حددت شروط الاستغلال كقاعدة عامة تطبق كلما توفرت شروطها	حالات الغبن محددة حصرا في القانون فلا غبن إلا بنص ولا توجد قواعد عامة تنظم الغبن، ومن تطبيقات الغبن في القانون الجزائري: الغبن في العقار م358 و 359 و 360 ق م، الغبن في القسمة الرضائية م 732 ق م
لا يشترط أن يبلغ عدم التعادل بين الاداءات نسبة معينة المهم أن يكون فاحشا	يشترط في الغبن أن يكون فاحشا بأن يبلغ نسبة معينة يحددها القانون. مثال الغبن في العقار يجب أن يزيد عن خمس 5/1 قيمة العقار وقت العقد
يجب إثبات عنصري الاستغلال المادي والمعنوي إضافة إلى إثبات شروطه	الإثبات في الغبن يكون بإقامة الدليل على عدم التعادل المادي وبالتالي فعبء الإثبات في الغبن أسهل منه في الاستغلال
يرفع المستغل دعوى الإبطال أو الإنقاص	يرفع المغبون دعوى تكملة الثمن (غبن في عقار) أو نقض القسمة (غبن في قسمة رضائية)
دعوى الاستغلال تسقط بمضي سنة من تاريخ العقد	تسقط دعوى تكملة الثمن بمرور ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع م 359 ق م. وسنة من يوم القسمة م 732 ق م

الركن الثاني من أركان العقد المحل

محل العقد هو العملية القانونية التي تراضا الطرفان على تحقيقها كالبيع والإيجار والتأمين، أما محل الالتزام فهو ما يتعهد به المدين.

ومحل العقد هو محل الالتزام الذي ينشئه، لذا فإن محل العقد يتعدد بتعدد الالتزامات الناتجة عنه، فعقد البيع يولد التزامين أساسيين التزام البائع بنقل الملكية والتزام المشتري بدفع الثمن.

محل الالتزام 1-الالتزام بالقيام بعمل

2-الامتناع عن عمل

3-الالتزام بإعطاء

شروط المحل م 92- م 95 ق م

1- موجود أو ممكن

2- معين أو قابل للتعين

3- مشروع

أولاً: يجب أن يكون المحل موجود (بالنسبة للشيء) أو ممكن (بالنسبة للعمل)

1- محل العقد شيء موجود أو مستقبلي محقق الوجود

***شيء موجود**

هلاك الشيء قبل العقد=يؤثر في قيام الالتزام=انعدام ركن المحل=بطلان العقد.

والمقصود هنا الشيء القيمي المعين بالذات مثل بيع سيارة يتضح أنها قد تلفت. أما الأشياء المثلية فالقاعدة أن المثليات قبل

الفرز لا تهلك، وبالتالي يبقى المدين ملزماً بالوفاء بها كالمحم والقطن.. لأن التنفيذ غير مستحيل.

هلاك الشيء بعد العقد=لا يؤثر في قيام الالتزام=العقد صحيح=فسخ العقد الملزم لجانبين إذا كان الهلاك لسبب أجنبي لا

يد للمدين فيه وينقضي الالتزام دون تعويض، ومع التعويض إذا كان بخطأ المدين.

***شيء مستقبلي قابل للوجود م 92/ 1 ق م**

مثل بيع المؤلف كتاب له لم يكتمل تأليفه بعد، بيع منزل قبل إتمام بنائه.

لكن قد يمنع المشرع التعامل في أشياء مستقبلية محققة الوجود لاعتبارات خاصة

مثال:-رهن المال المستقبلي رهن رسمي أو رهن حيازي باطل م 886 و966 ق م

-هبة المال المستقبلي باطل م 206 قانون الأسرة

-التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه باطل م 2/92 ق م إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون أي الوصية. فالتركة أمر مستقبلي غير محقق الوجود إذ قد لا يترك الميت شيئاً (الحكمة من المنع حتى لا يضارب الشخص على حياة مورثه + حمايته من التسرع + قد يجيب تقديره لنصيبه في التركة)

2- محل العقد عمل أو امتناع عن عمل ممكن أي غير مستحيل

الاستحالة ← استحالة مطلقة
استحالة نسبية

استحالة مطلقة: أي تنفيذ الالتزام مستحيل بالنسبة لجميع الناس مطلقاً.

استحالة مطلقة وقت العقد=تمنع قيام الالتزام= بطلان مطلق للعقد م 93 ق م

*استحالة طبيعية أو مادية (ترجع لطبيعة الالتزام): مثل التعهد

بتحصيل نتيجة سبق تحصيلها، أو تحصيل نتيجة 20/21 كمعدل.

*استحالة قانونية (ترجع لسبب في القانون)

مثل تعهد محامي برفع استئناف انقضى أجله

استحالة مطلقة بعد انعقاد العقد=ينفسخ العقد الملزم لجانين بحكم القانون م121

- دون تعويض إذا كانت الاستحالة بسبب قوة قاهرة وبخطأ من الدائن

- ومع التعويض إذا كانت بخطأ المدين

استحالة نسبية: فالالتزام مستحيل على المدين وممكن لبعض الناس الآخرين.

سواء قبل العقد أو بعده لا تمنع قيام الالتزام = لا يترتب عليها بطلان العقد.

مثال تعهد المدين برسم لوحة فنية مع جهله بفن الرسم، أو تعهد محامي بالطعن بالنقض وهو غير معتمد أمام المحكمة العليا =

للدائن في حالة الاستحالة النسبية 3 طرق لاقتضاء حقه:

1- المطالبة بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان ذلك ممكناً

2- المطالبة بالتعويض = التنفيذ بمقابل

3- المطالبة بفسخ العقد + التعويض

ثانياً: يجب أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين

محل غير معين أو مجهول = نزاع + عدم تطابق الإرادتين = البطلان م 94 ق م

يجب أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين مثال المحل القابل للتعين البيع بسعر السوق م 357 ق م... بيع مقدار بناء 4 غرف

من الاسمنت.. فإذا لم يكن المحل معيناً ولا قابلاً للتعين كان العقد باطلاً.

1- محل الالتزام شيء: والشيء إما أن يكون معيناً بالذات أو معيناً بالنوع أو يكون عبارة عن نقود.

* **تعيين بالذات (القيميّات)** تعيين الشيء بمميزاته الذاتية على وجه يميزه عن غيره ويمنع اختلاطه به تعيينا نافيا للجهاالة، كتحديد مكان العقار ومساحته وأوصافه الأساسية، وتعيين نوع السيارة ولونها وترقيمها...

* **تعيين بالنوع (المثليات)** إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يعين بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً م 94 ق م، مثال 10 قنطار من الدقيق من النوع الممتاز مطاحن بن حمادي...

وهذا هو التعيين الكامل، وإذا لم يتم الاتفاق على درجة جودة الشيء ولم يمكن استخلاصها من العرف أو ظروف التعاقد يجب تقديم صنف متوسط م 94/2 ق م

* **تعيين النقود:** تعيين بتحديد العملة والمقدار، يلتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لتغيير قيمتها في الفترة ما بين نشوء الالتزام والوفاء به أي تأثير م 95 ق م = مبدأ القيمة الاسمية.

2- محل الالتزام قيام عمل أو امتناع عن عمل

وجب تعيينه أو أن يكون قابلاً للتعيين، كتحديد العمل المطلوب من المفاوض ومواصفات المنزل، وفي الالتزام بعدو المنافسة تعيين العمل الذي لا تجوز فيه المنافسة ومكان ذلك والمدة التي يستمر خلالها هذا الالتزام....

ثالثاً: يجب أن يكون المحل مشروعاً

أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا كان باطلاً م 93 ق م

هناك أشياء خارجة عن دائرة التعامل بحكم القانون وهي أشياء تقبل بطبيعتها الاستثناء بها بجزائها إلا أنه ولا اعتبارات معينة أخرجها المشرع من دائرة التعامل مثل أملاك الدولة م 689 ق م والأسلحة والأملاك الوقفية والمخدرات والبشر....

فالتصرف في جميع هذه الأشياء باطل لمخالفته للنظام العام والآداب العامة.

النظام العام مرتبط بالمصلحة العامة سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية... أما الآداب العامة فهي مجموع الأخلاق والقيم السائدة في المجتمع وهي متغيرة من مجتمع لآخر ومن زمان لآخر.

نظرية بطلان العقد

البطلان هو الجزاء القانوني المترتب على العقد الذي لم يستكمل أركانه أو لم يستوف شروطه

البطلان نوعان:
 ← بطلان مطلق
 ← بطلان نسبي

أهمية التمييز بينهما : يختلف النظام القانوني الذي يحكم كل واحد منهما من حيث: من له حق التمسك بالبطلان، وكيفية تقرير البطلان، وسقوط الحق في التمسك بالبطلان.....

البطلان النسبي	البطلان المطلق	
<p>البطلان النسبي هو الجزاء الذي يترتب على غياب شرط من شروط صحة الرضا أو نقص الأهلية وبصفة عامة يتقرر لحماية المصلحة الخاصة</p> <p>وحالاته هي:</p> <p>1- عيب من عيوب الرضا (غلط. تدليس. إكراه. استغلال)</p> <p>2- نقص الأهلية (مميز قام بتصرف دائر بين النفع والضرر+ سفيه + ذي غفلة)</p> <p>3- حالات خاصة ينص عليها المشرع مثال م 397 ق م (بيع ملك الغير)</p>	<p>البطلان المطلق هو الجزاء المقرر لغياب ركن من أركان العقد أو تخلف شرط من شروط ركني المحل والسبب. وبصفة عامة يتقرر البطلان المطلق لحماية الصالح العام.</p> <p>وحالاته هي:</p> <p>1- انعدام ركن الرضا إما لعدم تطابق الإرادتين أو عدم التعبير عن الإرادة أو لأن أحد المتعاقدين عديم الإرادة(غير مميز + مجنون + معتوه)</p> <p>2- انعدام المحل أو كونه مستحيلا أو غير معين ولا قابل للتعيين أو خارج عن دائرة التعامل أو غير مشروع.</p> <p>3- عدم وجود سبب للالتزام أو أن السبب غير مشروع</p> <p>4- تخلف ركن الشكلية الذي يتطلبه القانون في العقود الشكلية.</p> <p>5- حالات خاصة ينص عليها المشرع مثال م 83 ق أسرة بالنسبة لتصرفات المميز الضارة ضررا محضا م 402 ق م (شراء الحقوق المتنازع فيها من قبل القضاة والمدافعين القضائيين والمحامين.....)</p>	<p>الحالات (سبب) البطلان أو الإبطال</p>

البطلان النسبي	البطلان المطلق	
<p>العقد صحيح ومرتبب لآثاره.</p> <p>ويبقى كذلك ما لم يلجأ صاحب الحق فيه للقضاء للمطالبة بإبطاله، فإن صدر حكم بالإبطال كان له نفس أثر البطلان المطلق حيث يزول العقد ويعتبر كأن لم يكن.</p>	<p>العقد لم ينعقد أصلا فهو معدوم.</p>	<p>حك م العقد</p>
<p>يجوز فقط لمن تقرر البطلان لمصلحته م 99 ق م (كناقص الأهلية ومن وقع في غلط....) وبالتالي يمتنع على الطرف الاخر في العقد او الغير التمسك به.</p> <p>وينتقل هذا الحق إلى الخلف العام بعد الوفاة.</p> <p>أما خلفه الخاص ودائنيه فلهم التمسك به لكن عن طريق الدعوى غير المباشرة إذا توافرت شروطها وليس باسمهم الخاص. ولا يحق للمتعاقد الآخر طلب الإبطال ولا للغير ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ودون طلب صاحبه.</p>	<p>لكل ذي مصلحة التمسك به + وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها أثناء نظر الدعوى المرتبطة بالعقد دون أن يطالب به أحد م 102 ق م.</p> <p>كل ذي مصلحة = كل من له مصلحة قانونية متصلة بسبب البطلان وتتأثر حقوقه بصحة العقد أو إبطاله وهم: كلا طرفي العقد + خلفهما العام (كالورثة) والخاص (كالمشترى) ودائنيهما، وحتى الغير إذا كان له مصلحة قانونية، كالجار يطعن بالبطلان في بيع منزل جاره لشخص يقصد استغلاله لأعمال غير مشروعة كالدعارة. لكن لا يستطيع الجار أن يتمسك بالبطلان للتخلص من جاره الجديد فقط لأنه لا يرتاح له، فلا بد من وجود سبب قانوني.</p> <p>أو شخص يجوز قطعة ارض وجاءه شخص آخر لينتزعها منه وأثبت وجود عقد بيع، فللحائز الدفع ببطلان العقد ولو انه أجنبي عن العقد.</p>	<p>من له حق التمسك به</p>

البطلان النسبي	البطلان المطلق	
<p>م 101 ق م يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات ويبدأ سريان هذه المدة كما يلي:</p> <p>* في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب أي بلوغ سن الرشد أو زوال السفه أو الغفلة</p> <p>* وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكتشف فيه</p> <p>* وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه</p> <p>غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت 10 سنوات من تمام العقد</p> <p>= أقصر الأجلين = أجل 10 سنوات من إبرام العقد و 5 سنوات من تاريخ اكتشاف الغلط أو التدليس أو من انقطاع الإكراه أو من زوال نقص الأهلية.</p> <p>* أما في حالة الاستغلال فتسقط دعوى الإبطال بمرور سنة واحدة من تاريخ إبرام العقد م 90 ق م</p> <p><u>ملاحظة</u> هذا نص المادة بعد تعديل 2005 أما قبل ذلك فكانت المدة هي 10 سنوات من تاريخ اكتشاف الغلط أو التدليس أو من انقطاع الإكراه أو من زوال نقص الأهلية و 15 سنة من إبرام العقد</p>	<p>تسقط دعوى البطلان بمضي 15 سنة كاملة من يوم إبرام العقد م 102 ق م</p> <p>غير أن الدفع بالبطلان لا يسقط تطبيقاً للقاعدة الإجرائية الدفوع لا تسقط بالتقادم، ويمكن التمسك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى</p>	التقادم
<p>يسقط الحق في البطلان النسبي بالإجازة</p> <p>م 100 ق م “يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير”</p>	لا يسقط الحق في البطلان المطلق بالإجازة	الإجازة

الإجازة:

هي تصرف بالإرادة المنفردة يصدر من جانب المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته يفيد النزول عن الحق في طلب الإبطال ويترتب عليه زوال قابلية الإبطال عن العقد.

وباعتبارها تصرف بالإرادة المنفردة فهي لا تحتاج إلى قبول ولا يمكن الرجوع فيها.

تختلف الإجازة عن الإقرار رغم أن كليهما عمل قانوني

فالإجازة لا ترد إلا على عقد قابل للإبطال + لا تصدر إلا عن المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته دون غيره.

الإقرار لا يرد إلا على عقد صحيح بصفة نهائية + يصدر عن شخص أجنبي عن العقد.

مثال : إقرار الموكل لتجاوز الوكيل لحدود وكالته، وإقرار المالك لبيع ملك الغير فهو لا يسري في حقه إلا بعد إقراره.

شروط الإجازة:

- 1- أن يكون العقد محل الإجازة قابلاً للإبطال وليس باطلاً بطلاناً مطلقاً.
- 2- أن يكون المجيز عالماً بالعيب الذي جعل العقد قابلاً للإبطال وقصد إجازته وتنازله عن حقه في التمسك بالإبطال.
- 3- أن تكون الإجازة نفسها خالية من عيوب الإرادة وأن تصدر عن كامل الأهلية وإلا كانت بدورها قابلة للإبطال.

شكل الإجازة:

لا يشترط فيها شكل معين فقد تكون صريحة (كاللفظ أو الكتابة...) أو ضمنية (كما لو استمر المتعاقد الواقع في غلط جوهري في تنفيذ العقد حتى بعد اكتشافه له كمن يكتشف أن الأرض غير قابلة لبناء مصنع فيشعر في بناء منزل) وعلى المتعاقد الآخر غير المجيز الذي يدعي الإجازة إثباتها بكافة طرق الإثبات.

أثر الإجازة

سقوط الحق في إبطال العقد وبالتالي يستقر العقد الذي كان مهدداً بالزوال ويتأكد نهائياً،
نقد م 100 ق م : تتكلم المادة عن الأثر الرجعي للإجازة "... وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير" وهذا خطأ فالعقد أصلاً صحيح منتج لأثاره ودور الإجازة ليس تصحيحه بل إزالة التهديد بالإبطال عنه.

الفرق بين البطلان والفسخ

البطلان	الفسخ
أوجه التشابه	من حيث الأثر المترتب على كليهما وهو رجوع المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد (الأثر الرجعي للبطلان والفسخ) استثناء عدم الرجعية = استحالة إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد مثال العقود المستمرة ، حالة الخلف الخاص = تعويض
السبب	البطلان هو الجزاء القانوني الذي يترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط الصحة . أي أن سببه علة صاحبت العقد عند تكوينه
	الفسخ هو حل الرابطة العقدية بسبب عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه رغم كونه ممكناً....

سلطة القاضي	إذا رفعت دعوى البطلان وتوافرت أسبابه فإن القاضي ملزم بالحكم بالبطلان وليس له أي سلطة تقديرية في ذلك.	إذا رفعت دعوى الفسخ وتوافرت أسبابه فإن للقاضي سلطة تقديرية بين الحكم بالفسخ أو منح المدين أجلا للوفاء (نظرة الميسرة) أو التنفيذ العيني. م 119 / 2 ق م
الاعذار	لا يشترط الاعذار	شرط الاعذار
النطاق	كل أنواع العقود	يثار الفسخ بالنسبة للعقود الصحيحة الملزمة لجانبين فقط
المصدر	قضائي فقط	قضائي واتفاقي