

كلية الحقوق و العلوم السياسية  
جامعة لونيبي علي البليدة 02

ملخص محاضرات في مصادر الالتزام

السنة الثانية ل م د - السداسي الثالث -  
المجموعة "د"

من إعداد :  
- الدكتورة مكيد نعيمة

السنة الدراسية  
2022/2021

## مقدمة :

صدر القانون المدني الجزائري في 26 سبتمبر 1975 تحت رقم 58-75 تضمن 1003، عدل بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، وكان آخر تعديل بموجب القانون 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007 .

تضمن القانون المدني أربعة كتب، الكتاب الأول بعنوان الأحكام العامة وعالج فيها المشرع القواعد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث الزمان والمكان، والكتاب الثاني تضمن الالتزامات والعقود، أما الكتاب الثالث والرابع تضمننا الحقوق العينية الأصلية والتبعية على التوالي. دراستنا في هذا السداسي تتمحور حول مصادر الالتزام (النظرية العامة للالتزام)، وهي من أهم المواضيع في مجال الدراسات القانونية، إذ يعتبر القانون المدني الأصل العام الذي يجب الرجوع إليه في المسائل التي لا يوجد نص خاص فيها، فالقانون المدني يسمى الشريعة العامة، فنظرية الالتزام تتضمن القواعد العامة التي تنظم مختلف العلاقات القانونية بين أفراد المجتمع.

لقد تعددت مصادر الالتزام في القانون الجزائري، والمصدر هو السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام، وتتمثل في خمسة مصادر هي:

- 1- القانون
- 2- العقد
- 3- الارادة المنفردة
- 4 - الفعل المستحق للتعويض (المسؤولية التقصيرية)
- 5- شبه العقود (الفعل النافع) .

### المصدر الأول : القانون

لكي ينشأ أي التزام لابد له من سبب يؤدي إلى وجوده، ويسمى هذا السبب بمصدر الالتزام، ويرجع إلى القانون نشأة الالتزامات جميعا، فلا يقوم أي التزام إلا إذا أقره القانون. تنص المادة 53 من القانون المدني أنه: " تسري على الالتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيره النصوص القانونية التي قررتها"، معنى ذلك أن أي التزام مصدره القانون على المعنيين به تطبيقه، وبالتالي تطبق عليهم النصوص التي فرضت هذه الالتزامات. ذلك أن القانون يولد الالتزامات بطريقة غير مباشرة بحيث يعلق نشؤها على حدوث وقائع معينة يحددها، وهذه الوقائع هي إما تصرفات قانونية كالعقد أو أعمال مادية كالفعل الضار، فالقانون هو الذي يعطي للمصادر الأخرى القدرة على إنشاء الالتزامات. ومن ثم تكون الالتزامات التي تنشأ عن نص القانون دون أن يتوسط بينها وبين النص القانوني مصدر من المصادر الأخرى يعتبر القانون مصدرا مباشرا لها. غير أن الالتزامات الناشئة عن القانون مباشرة لا نجد في قانون واحد، وإنما نجدها في عدة قوانين متفرقة. وعليه نجد أن الالتزامات التي تنشأ عن القانون مباشرة تخضع في نشأتها وفي أحكامها وفي انقضائها للنصوص القانونية التي تنظمها.

### المصدر الثاني : العقد

يعد العقد أهم مصدر من مصادر الالتزام في الحياة الاجتماعية، سنقسم دراستنا فيه كما يلي :

- أولا : تعريف العقد وتحديد أقسامه
- ثانيا : أركان العقد
- ثالثا : جزاء الاخلال بركن من أركان العقد (نظرية البطلان )
- رابعا : آثار العقد
- خامسا : المسؤولية العقدية
- سادسا : زوال العقد

### أولا : تعريف العقد وأقسامه

#### 1 - تعريف العقد

طبقا لنص المادة 54 من القانون المدني فإن " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما " .  
فيمكن تعريف العقد على أنه " اتفاق يقوم بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية (كالبيع)، أو تعديلها ( تمديد أجل الوفاء بالالتزام)، أو إنهائها (زوالها كالوفاء) " .  
فالعقد هو ارتباط بين إرادتين أو أكثر توافقتا على إحداث أثر قانوني، وأن إرادة الأطراف هي صاحبة السلطان في تكوين العقد وفي تحديد آثاره.

## 2 - تقسيمات العقود

تعرف العقود عدة تقسيمات فهي ليست نوع واحد، إذ لها عدة تقسيمات وفق الأساس الذي تم التقسيم وفقه، وتجمع كل ما يتشابه من العقود في قسم واحد لمعرفة الأحكام الخاصة التي تطبق على كل قسم.

### أ - التقسيم على أساس تكوين العقد :

و ينقسم العقد على أساس تكوين العقد إلى العقد الرضائي و العقد الشكلي و العقد العيني :  
\* **العقد الرضائي** : يكفي لانعقاده توافق إرادة الأطراف دون أي شرط شكلي، والقاعدة العامة في العقود هي الرضائية ، فالرضا كاف لإنشاء العقد أما الشكلية فهي الاستثناء ، وحدد القانون طريقة التعبير عن الإرادة تطبيقا لمبدأ الرضائية وهي اللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفا، واتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه .

\* **العقد الشكلي** : هو العقد الذي لا تكفي فيه إرادة الطرفين وإنما يشترط أن يفرع في شكل معين يحدده القانون كتحرير العقد في شكل رسمي مثل بيع العقار، كما قد يتفق الطرفين على الشكلية في التصرف المنعقد بينهم فإذا اشترطها لانعقاد فلا يقوم العقد بينهما إلا بتوفر هذا الشكل.

\* **العقد العيني** : هو العقد الذي لا تكفي فيه الرضائية والشكلية وإنما يشترط فيه التسليم ، أي تسليم العين محل التعاقد، فيعتبر التسليم ركنا من أركان العقد، مثل عقد الوديعة، عقد الرهن الحيازي.

### ب - التقسيم على أساس الآثار المترتبة عنه

فيه تقسيمين، الأول العقد ملزم للجانبين والعقد ملزم لجانب واحد، والثاني عقد معاوضة وعقد تبرع.  
\* **العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد**، تناولتهما المادتين 55 و56 من القانون المدني.

يكون العقد الملزم للجانبين هو عقد يترتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، فيكون كل متعاقد منهما دائنا ومدينا في نفس الوقت مثلا: عقد البيع ، عقد الإيجار ، عقد العمل .... ففي عقد البيع مثلا البائع مدين بنقل ملكية وتسليم الشيء المبيع ودائن باستلام الثمن ، أما المشتري فمدين بتسليم الثمن ودائن بتسليمه الشيء المبيع .

أما العقد الملزم لجانب واحد فهو العقد الذي يترتب التزامات في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر مثل عقد الهبة ، الوصية ، عقد الوكالة بغير أجر.

\* **عقد المعاوضة وعقد التبرع** : نصت المادة 58 من القانون المدني على العقد بعوض أنه هو الذي يحصل فيه المتعاقد على مقابل لما التزم به تجاه المتعاقد الآخر مثال : عقد العمل ، عقد البيع.

أما عقد التبرع فهو العقد الذي لا يحصل فيه المتعاقد على مقابل لما التزم به من المتعاقد الآخر، مثل عقد الهبة .

وعقود المعاوضات هي عقود ملزمة للجانبين، وأغلب التبرعات هي عقود ملزمة لجانب واحد.

### ج - التقسيم على أساس طبيعة العقد:

يقسم العقد على أساس طبيعته إلى العقد المحدد والعقد الاحتمالي، والعقد الفوري والعقد الزمني  
\* **العقد المحدد والعقد الاحتمالي**: العقد المحدد هو الذي تحدد فيه كل من الحقوق والالتزامات وقت إبرام العقد، أي أن كل من المتعاقدين على علم وقت إبرام العقد مقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطي، حيث تنص المادة 57 فقرة 1 أنه يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له.

أما العقد الاحتمالي فهو العقد الذي لا يستطيع فيه المتعاقد وقت إبرام العقد تحديد ما سيحصل عليه، مثل عقد التأمين، فالمؤمن لا يستطيع وقت إبرام العقد أن يعرف ما سيحصل عليه من تعويضات، فقد نصت

المادة 57 فقرة 2 أنه إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر.

**\* العقد الفوري والعقد الزمني :** العقد الزمني هو العقد الذي يكون تنفيذه فوريا، حتى لو تراخى في بعض الحالات، كما هو الحال في العديد من التعاملات اليومية.

أما العقد الزمني يسمى أيضا العقد المستمر، فهو العقد الذي يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيه، حيث تكون الأداءات مستمرة بطبيعتها كعقد الإيجار وعقد التوريد.

#### د - التقسيم على أساس موضوع العقد

تقسم العقود على أساس الموضوع إلى العقود المسماة و العقود غير المسماة .

**\* العقد المسمى :** هو العقد الذي وضع له المشرع اسما خاصا به، وأفرد له أحكاما خاصة به تبين كيفية انعقادها وآثاره مثل عقد الهبة ، البيع ، الشركة وهذا بسبب شيوع هذا النوع من العقود بين الأفراد في معاملاتهم، وهي متنوعة ومتعددة.

**\* العقد غير المسمى :** هو العقد الذي لم يضع له المشرع اسما خاصا به ولم يقرر له أحكاما خاصة به تبين كيفية إبرامه و آثاره ، لكن هذا لا يعني أن هذا النوع من العقود لا يخضع للقانون، وإنما تخضع للقواعد العامة، و تبقى مسألة وصف العقد من مهام القاضي ، فلا يعتمد على تسمية المتعاقدين للعقد، والحكمة من عدم تنظيم هذه العقود بسبب عدم شيوعها بين الناس، مثال عقد الفندقة.

#### هـ - التقسيم على أساس كيفية حدوث التراضي

تقسم العقود على أساس كيفية حدوث التراضي إلى عقود مساومة و عقود إذعان.

**\* عقد المساومة :** وهو العقد الذي تتساوى فيه إرادة الأطراف في مناقشة شروط العقد .

**\* عقد الإذعان:** هو العقد الذي لا يملك فيه أحد الأطراف الحرية الكاملة مقارنة مع الطرف الثاني بحكم وضعه القانوني أو الفعلي في وضع شروط العقد ، أي ليس له إلا حرية قبول العقد بكامله أو رفضه كاملا فليس له مناقشة بنود العقد أو تعديلها مثل عقد النقل ، عقد التأمين.

#### ثانيا : أركان العقد

عرفنا العقد على أنه " اتفاق يقوم بين شخصين أن أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها، لذلك يتطلب إنشاء العقد رضا الطرفين، ومحل ينصب عليه التصرف المراد إبرامه، بالإضافة إلى سبب يدفع إلى هذا التعاقد.

وعليه يقصد بأركان العقد الشروط اللازمة لإنعقاده صحيحا حتى يترتب آثاره القانونية في ذمة المتعاقدين، وتحدد أركان العقد في ثلاثة هي ركن التراضي، ركن المحل و ركن السبب، كما قد يضيف القانون أو المتعاقدان ركنا رابعا يتمثل في الشكلية.

#### الركن الأول : التراضي

يشترط في هذا الركن وجود الإرادة لكل من الطرفين، ومعنى ذلك أن يكون كلا من الطرفين مدركا للتصرف الذي سيقوم به، وأن تتجه إرادتيهما إلى إحداث نفس الأثر القانوني.

#### 1 - التعبير عن الإرادة

طبقا لنص المادة 59 من القانون المدني يتم إبرام العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية، فمن خلال هذا النص القانوني نجد أن العقد لا يتم إلى برضا الطرفين أي بتعبيرهما عن إرادتيهما قبل إنعقاد العقد وإخراجها إلى حيز الوجود، ويشترط أن تكون هذه الإرادة صحيحة وغير معيبة بعيب من عيوب الإرادة الذي قد ينقصها أو يعدمها.

#### أ - طرق التعبير عن الإرادة :

الأصل في التعبير عن الإرادة هو حرية التعبير بأي طريقة تطبيقا لمبدأ الرضاية، لكن قد يقيد القانون طريقة التعبير في بعض الحالات كأن يفرض شكل معين، وقد حدد القانون طرق التعبير عن الإرادة في نص المادة 60 من القانون المدني.

حيث جاء فيها ما يلي " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالاته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريح" .

من خلال هذه المادة نجد أن التعبير عن الإرادة يأخذ صورتين :

### الصورة الأولى : التعبير الصريح عن الإرادة

وفيه تتخذ إرادة الطرفين مظهرا خارجيا يعرف فيه كل من المتعاقدين إرادة الآخر، باتخاذ مظهر يدل دلالة مباشرة على ما يريده، والتي تتخذ عدة مظاهر :

1- التعبير باللفظ باللغة التي يفهما المتعاقدين فيكون التعبير باللسان مباشرة أو عن طريق الهاتف أو رسول يكلف بنقل التعبير كما هو للمتعاقد الآخر.

2- التعبير عن الإرادة بالكتابة، ويستوي فيها أن تكون كتابة رسمية أو عرفية، أو تكون نشرة أو إعلان.

3- التعبير بالإشارة المتداولة عرفا، مثلا هز الرأس عموديا يدل على الموافقة، وهزه أفقيا دليل على عدم الموافقة.

4- إتخاذ موقف لا يدع ظروف الحال الشك في دلالاته مثال : كعرض تاجر سلعته كالخضر للجمهور مع بيان ثمنها، أو وقوف سائقي سيارات الأجرة في موقفها في انتظار الركاب .

### الصورة الثانية : التعبير الضمني عن الإرادة

يكون ذلك في حالة ما إذا قام الشخص بعمل ما أو إتخاذ موقفا يدل على إرادته بدون أن يتكلم أو يستعمل طريقة من طرق التعبير الصريح، فالإرادة لا تكون مكشوفة وإنما يتم استنتاجها من ظروف الحال، فيتخذ صاحبها مظهرا يدل بطريقة غير مباشرة عن مقصده.

ومثال التعبير الضمني كأن يسلم الدائن سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت العكس، أو بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار دليل على رغبته في تجديد عقد الإيجار.

ويكون التعبير الضمني صحيحا ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان أن يكون التعبير صريحا، ومن الحالات التي يشترط فيها القانون التعبير الصريح عن الإرادة مثل حالة التضامن بين الدائنين أو بين المدينين الذي لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو بنص القانون.

### \* مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة

إن التعبير عن الإرادة سواء كان صريحا أو ضمنيا فإنهما متساويان في القيمة من الناحية القانونية، فيعتد بالإرادة سواء كان صريحة أو ضمنية، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول ما إذا كان السكوت يمكن اعتباره وسيلة للتعبير عن الإرادة ؟

إن السكوت موقف سلبي لا يمكن أن يكون تعبير عن الإرادة في الإيجاب أبدا، ونقصد بالإيجاب ذلك العرض الذي يتقدم به أحد المتعاقدين للآخر تاركا له أمر قبوله أو رفضه، والسكوت لا يمكن أن يتم عن طريقه هذا العرض، حيث أن فقهاء الشريعة الإسلامية يأخذون بمبدأ " لا ينسب لساكت قول " .

كأصل عام لا يصلح السكوت أن يكون تعبير عن الإرادة ، فلا يكون لا إيجابا ولا قبولا ، إلا أن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات، فقد قرر المشرع في نص المادة 68 من القانون المدني ثلاثة حالات يكون فيها السكوت قبولا وهي :

1. إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول، مثلا أن يرسل البنك كشف حساب جاري لعميل لديه فسكت العميل ولم يعترض اعتبر سكوته قبولا، أو تاجر الجملة الذي يبعث بسلعة لتاجر تجزئة بشروط جديدة ولم يبين اعتراضه اعتبر ذلك دليل على القبول .

2. إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، مثلا تاجر أرسل بضاعة إلى عميل دون أن ينتظر منه ردا لوجود تعامل سابق بينهما فسكوت العميل دليل على قبوله .

3. إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، مثال الهيئة لا ينتظر الواهب قبول الموهوب له .

### ب- الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها :

تتحول الإرادة عن طريق التعبير عنها من ظاهرة نفسية إلى ظاهرة إجتماعية يعتد بها القانون، وهذا ما يدفعنا إلى البحث فيما إذا كان التعبير يتفق مع ما أراده المتعاقد أم لا، أي في حالة اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، فهذا بأي الإرادتين يعتد ؟

في هذا الصدد ظهرت نظريتان :

## النظرية الأولى : نظرية الإرادة الباطنة

تأخذ هذه النظرية بالنية الخفية وليس بالمظهر الخارجي للإرادة، فعلى القاضي التأكد من النية الحقيقية لمن صدر عنه التعبير عن الإرادة، فالتعبير عن الإرادة ما هو إلى وسيلة للكشف عنها، فالأصل أن تكون العبارة كاشفة عن الإرادة الحقيقية لأن التعبير ما هو إلا مظهر خارجي لها ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

## النظرية الثانية : نظرية الإرادة الظاهرة

وتسمى كذلك بنظرية الإرادة المعلنة، ويرى أصحابها أن الإرادة الباطنة لا يصح أن يكون لها أثر في القانون لأنها شيء كامن في النفس، فإذا ظهر تعبير عن الإرادة فإنه يحدث أثره القانوني دون الحاجة للبحث عن النية الخفية، لأن الإعلان عن الإرادة يؤدي إلى الاستقرار في التعامل بين الناس.

## \* موقف المشرع الجزائري من النظريتين :

بالمقارنة بين النظريتين نجد أنهما تختلفان من حيث الأساس النظري، لكن من الناحية العملية والقانونية لا يظهر هذا الاختلاف، فلا يمكن الأخذ بإحدى النظريتين دون الأخرى، وهذا ما فعله المشرع الجزائري.

فأخذ بالنظرية الباطنة في بعض الحالات، مثل في حالة العقد الصوري يعتد بالعقد الحقيقي بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام، وفي كثير من الحالات أخذ بالإرادة الظاهرة ضمنا لاستقرار المعاملات، مثال ذلك أن القانون يعتد بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد، فليس للقاضي أن ينحرف عن العبارات الواضحة في العقد للتعرف على إرادة المتعاقدين.

## ج - أثر الموت أو فقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة :

نص المشرع الجزائري في المادة 62 عن الأثر المترتب عن موت من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقدانه لأهليته إذ جاء فيها أنه " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهلية قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل "

من هذه المادة فإن التعبير عن الإرادة ينتج أثره القانوني إذا اتصل بعلم من وجه إليه، إلا إذا كانت طبيعة التعامل تحول دون ذلك، كما في حالة إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار (كالرسم أو الفنان)، ففي حالة وفاة الرسام أو الفنان بعد صدور تعبير منه لا ينعقد العقد مع الورثة، مما فرضته طبيعة التعامل.

## 2 - كيفية تطابق الإرادتين

حتى يكتمل ركن الرضا لا يكفي أن توجد الإرادة في كل من طرفيه وأن يصدر التعبير عنهما، بل يجب أن تتوافق إرادة طرفي العقد على إنشائه، ويكون ذلك باتفاق إرادتين أولهما هو العرض الذي يتقدم به الطرف الأول ويسمى بالإيجاب، وتقابله إرادة ثانية تسمى القبول، وأن يتم الإقتران بين الإيجاب والقبول.

## أ. الإيجاب:

\* **تعريف الإيجاب:** هو التعبير عن الإرادة من جانب واحد يوجهه شخص إلى شخص آخر بقصد إبرام العقد، فالموجب يعرض على الغير إبرام عقد فهو الإرادة الأولى المتعاقد. كما يمكن تعريفه أنه التعبير عن الإرادة البات و النهائي المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد الذي ينصب عليه، إذا لحقه قبول مطابق له .

\* **شروط الإيجاب:** يجب أن تتوفر في الإيجاب ثلاثة شروط هي :

**الشرط الأول:** يجب أن يكون الإيجاب جازما، أي أن يكون صادر عن نية باتة في التعاقد، ويكون ذلك بإبراز الإرادة إلى حيز الوجود من طرف الموجب بوسائل التعبير عن الإرادة المنصوص عنها قانونا، فإذا لم يعقد الموجب العزم على التعاقد فإننا نكون أمام مجرد دعوة للتعاقد.

ويتميز الإيجاب عن الدعوة إلى التعاقد في أن انعقاد العقد قد يتم عن طريق دعوة موجهة من أحد الطرفين إلى الآخر وهو الإيجاب، أو عن طريق دعوة موجهة للجمهور كالإعلان عن بضائع في الصحف وواجهات المحل وهو ما يعرف بالدعوة للتعاقد، وقد ينتج عن الدعوة للتعاقد إلى الدخول في مفاوضات تنتهي بمجرد مشروع.

**الشرط الثاني:** يجب أن يكون الإيجاب كاملاً، أي يشمل العناصر الجوهرية للعقد مثلاً في عقد البيع يحدد الثمن والشئ المبيع، كذلك في عقد الإيجار يحدد محل الإيجار والثلثن والمدة، فإذا لم تحدد هذه العناصر يكون الإيجاب غير ملزم.

**الشرط الثالث:** يجب أن يصل الإيجاب إلى علم وجه إليه، لأنه إذا لم يصل الإيجاب إلى علم الطرف الآخر فلا ينتج أثره.

**\* القوة الملزمة للإيجاب :** كقاعدة عامة الإيجاب غير ملزم، إذ لا يتوجب على الموجب البقاء على إيجابه بعدما صدر منه، ويمكنه الرجوع عنه سواء اتصل بعلم من وجه إليه أم لا، غير أنه استثناء عن ذلك يكون الإيجاب ملزم ولا يجوز الرجوع عنه إذا اتجهت إرادة الموجب إلى إلزام نفسه، ويمكن استخلاص هذه الإرادة من الظروف التي صدر فيها الإيجاب.

فقد نصت المادة 63 من القانون المدني أنه " إذا عين أجل للقبول، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل. و قد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة" فوجد أنه إذا حدد الموجب أجلاً لإيجابه فهو يلتزم بالبقاء على إيجابه طوال هذه المدة، وتحديد الأجل قد يكون صريحاً أو ضمناً، أما إذا لم يقترن بأجل فإنه يكون غير ملزم وللموجب أن يتحلل من إيجابه.

**\* حالات سقوط الإيجاب :** يسقط الإيجاب في الحالات التالية :

1- برفض من وجه إليه الإيجاب سواء كان ملزماً أو غير ملزم.

2- بانقضاء الأجل المحدد في الإيجاب الملزم.

3- بعدول الموجب إذا لم يكن مقترناً بأجل ولكن بشرط عدم وصوله إلى علم من وجه إليه.

4- بانفضاض مجلس العقد بين حاضرين دون أن يصدر قبولا يقترن مع الإيجاب.

#### **ب - القبول**

**\* تعريف القبول :** هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه له الإيجاب بقصد الارتباط بالتعاقد في حالة تطابقه تطابقاً تاماً مع الإيجاب، ويتم عن طريق وسائل التعبير عن الإرادة ، وتتجه إلى إحداث آثار قانونية، وهو الإرادة الثانية .

وللقابل الحرية في القبول أم لا إذ لا تترتب عليه أية مسؤولية، لكن هذه الحرية ليست مطلقة، وإنما يكون مسؤولاً إذا ثبت رفضه دون مبرر، وذلك إذا كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد بعد أن حدد شروطه، فلا يجوز له رفض الإيجاب إلا لسبب مشروع (عدم التعسف في استعمال الحق).

**\* شروط القبول :** يشترط في القبول ما يلي :

**الشرط الأول :** مطابقة القبول للإيجاب، إذ يجب أن يكون القبول مطابقاً تماماً للإيجاب، أي رضا القابل بجميع شروط الموجب، فإذا تضمن القبول تعديلاً بالزيادة أو النقصان فلا يعتبر قبولا وإنما إيجاباً جديداً، فقد نصت المادة 66 من القانون المدني أنه لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجاباً جديداً.

**الشرط الثاني :** صدور القبول قبل سقوط الإيجاب في حالة الإيجاب الملزم، أي قبل انقضاء الأجل المحددة للقبول، وإلا اعتبر إيجاباً جديداً، وإذا كان الإيجاب قد صدر في مجلس العقد فيجب أن يكون القبول قبل انفضاض مجلس العقد.

كما نص المشرع على حالات ينعقد فيها العقد دون أن يصدر قبولا من القابل، وهي الحالات التي تفرضها طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، والتي لم يكن الموجب ينتظر فيها قبولا صريحاً (المادة 68 من القانون المدني).

**\* حالات خاصة في القبول :** هناك بعض العقود تنعدم فيها حرية القبول كما هو الحال في عقد الإذعان و عقود المزايدات.

فالعقد الإذعان ينفرد فيه أحد الطرفين بوضع شروط العقد وما على الطرف الثاني إلا قبولها كلها أو رفضها كاملة، ويتميز عقد الإذعان بأنه يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية للجمهور لا يستطيع الناس الاستغناء عنها، كذلك في حالة احتكار أحد المتعاقدين للسلعة أو الخدمة سواء كان الاحتكار قانونياً أو فعلياً، وتعرض هذه السلعة أو الخدمة للجمهور وفق شروط مقرر مسبقاً ولا تقبل النقاش.

وقد نصت المادة 70 من القانون المدني أن القبول في عقد الإذعان يتم بمجرد التسليم من طرف القابل بالشروط التي قررها الموجب والتي لا تقبل المناقشة، وللقاضي سلطة التدخل في التعديل أو إلغاء الشروط التعسفية (المادة 110 من القانون المدني).

أما التعاقد بالمزايدة فيتم إما في حالات يقررها القانون مثلا حالة بيع أموال المدين بسبب عدم وفائه بديونه وإما إختياريا، وقد يكون هذا البيع علنيا أو سريا ( في صورة أظرفة مغلقة ).

يعتبر التعبير الصادر من المكلف بالمزاد دعوة للتعاقد، أما الإيجاب فهو التقدم بالعطاء الذي تحدد فيه جميع العناصر الجوهرية للتعاقد، والذي يسقط بعطاء أعلى منه ولو كان هذا العطاء الأخير باطلا، ويتم القبول برسو المزاد على أحد الأشخاص المشتركين في المزاد (المادة 69 من القانون المدني).

### ج - تطابق الإيجاب والقبول (إقتران الإيجاب بالقبول)

نفرق بين حالتين حالة التعاقد بين حاضرين وحالة التعاقد بين غائبين .

\* **التعاقد بين حاضرين:** أي أن يجتمع المتعاقدين في مجلس واحد يسمى "مجلس العقد"، فهنا يطبق مبدأ فورية القبول طبقا لنص المادة 64 من القانون المدني.

فالإيجاب يبقى مادام أن مجلس العقد لم ينفذ وعلى القابل إصدار قبوله في مجلس العقد فوراً، وبذلك يتم العلم به من طرف الموجب وقت صدوره وينعقد العقد، ويعتبر التعاقد عن طريق الهاتف أو بطريقة مماثلة تعاقدًا بين حاضرين فهو يعتبر كمجلس العقد حكماً، حيث أن الإيجاب في مجلس العقد غير الملزم أي غير محدد المدة، يستطيع صاحبه التحلل منه إذا لم يصدر القابل قبوله في مجلس العقد.

\* **التعاقد بين غائبين:** هو التعاقد بين طرفين لا يجتمعهما مجلس عقد واحد، أي وجود فترة زمنية بين صدور الإيجاب وصدور القبول، فيتم هذا التعاقد عن طريق رسول أو مراسلات بريدية أو برقية، لذلك يثور التساؤل عن مكان وزمان إنعقاد العقد، وللإجابة على ذلك ظهرت نظريات مختلفة هي:

### النظرية الأولى: نظرية إعلان القبول:

يرى أصحاب هذه النظرية أنه يتم العقد بمجرد إعلان القبول من طرف القابل للإيجاب الموجه إليه، لكن انتقدت هذه النظرية على أساس أن القابل يعلن قبوله والموجب لا يعلم به فلا ينتج أثره القانوني بذلك، وقد يعدل القابل عن قبوله أو ينكره بعد صدوره.

### النظرية الثانية: نظرية تصدير القبول:

أي أن يتم العقد بمجرد أن يصدر القابل رسالته التي تتضمن القبول وليس له حق العدول عنه. وانتقدت هذه النظرية على أساس أنها لم تضيف شيئاً للنظرية السابقة من الناحية القانونية، حيث أن مجرد إرسال خطاب للموجب لا يكفي فهو لا يعلم بالقبول، كما أن القابل قد يسترد رسالته من البريد لأنه هو مالكها، طالما أنها لم تصل للمرسل إليه.

### النظرية الثالثة: نظرية استلام القبول:

العقد يتم بمجرد وصول الرسالة التي تتضمن القبول إلى الموجب، ووضع الرسالة في صندوق بريد الموجب يكفي لانعقاد العقد، ولا يشترط علم الموجب به ما دام أنه استلم القبول، إذ أن وصول القبول قرينة على العلم به، وانتقدت كذلك هذه النظرية على أساس أنه بالرغم من أن القبول وصل إلى الموجب إلا أنه لم يطلع عليه.

### النظرية الرابعة: نظرية العلم بالقبول :

أن العقد يتم في الزمان والمكان الذي يصل فيه القبول إلى علم الموجب، أي أن الإرادة لا تنتج أثرها القانوني إلا من وقت العلم بها من طرف الموجب، وهو ما يتفق مع القواعد العامة.

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية حيث نص في المادة 61 من القانون المدني على أنه "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

كما نص في المادة 67 من القانون المدني على أنه "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".



وعلم الموجب واقعة مادية يثبت بجميع وسائل الإثبات المذكورة في القانون المدني، ولما كان علم الموجب أمر داخلي قد يصعب إثباته جعل المشرع وصول التعبير قرينة على علم الموجب، وهي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

### 3 - صور خاصة بالتراضي :

هناك ثلاثة صور خاصة بالتراضي في التعاقد هي: النيابة في التعاقد، الوعد بالتعاقد، التعاقد بالعربون. سنتناول كل صورة بالتفصيل.

#### أ - النيابة في التعاقد

عادة ما يبرم الشخص العقد بنفسه ولحسابه، غير أنه قد يبرم العقد بواسطة شخص آخر ينوب عنه، وهو ما يعرف بالنيابة في التعاقد، وقد نظمها المشرع في مواد من 73 إلى 77 القانون المدني:

#### \* تعريف النيابة في التعاقد :

تعرف النيابة في التعاقد على أنها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في التعبير عن الإرادة مع إنصراف الآثار القانونية المترتبة عنه إلى شخص الأصيل كما لو كان شخصيا الذي صدر منه التعبير عن الإرادة.

تحقق النيابة في التعاقد فوائد عملية، إذ تسمح لمن يرغب في التعاقد لكن تمنعه ظروف (كالمرض- السفر- عدم الخبرة) من إبرام العقد بنفسه أن يتم ذلك بواسطة النيابة.

#### \* شروط النيابة في التعاقد :

لا يكون تصرف النائب نافذا في حق الأصيل إلا إذا تحققت الشروط التالية :

#### الشرط الأول : حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

التعبير عن الإرادة يكون صادرا من طرف النائب فهو لا ينقل تعبير الأصيل وهو الفرق بين النائب والرسول ويترتب على ذلك أن تعاقد بين النائب والمتعاقد معه يعتبر تعاقدًا بين حاضرين، إذا كان النائب حاضرا في مجلس العقد، ولو كان الأصيل غائبا، أما التعاقد بين الرسول ومن معه فيعد تعاقدًا بين غائبين. لذلك إرادة النائب هي التي تكون محل اعتبار من حيث سلامتها وصحتها من عيوب الإرادة، حيث لو شاب العقد عيبا من هذه العيوب فيحق للأصيل طلب إبطال العقد، كما يعتد بحسن نية أو سوءها النائب في التعاقد وليس الأصيل، وإذا كان النائب يتصرف وفق تعليمات الأصيل، فليس للأصيل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها (المادة 73 من القانون المدني).

أما بالنسبة للأهلية فتشترط أهلية التعاقد بالنسبة للأصيل رغم أن النائب هو الذي يبرم العقد بإسمه ولحسابه لأن آثار العقد تنصرف للأصيل، ويكفي في النائب التمييز للتعبير عن إرادة:

#### الشرط الثاني : أن يلتزم النائب حدود نيابته

على النائب أن يتعاقد في الحدود التي وكل فيها، فلا تنصرف آثار العقد إلى الأصيل إلا في هذه الحدود، وفي حالة تجاوزها يتحمل النائب مسؤولية ذلك، وتحدد حدود النيابة إما بالإتفاق بين الأصيل والنائب أو يفرضها القانون أو القاضي.

غير أن الأصيل يتحمل المسؤولية في حالة تجاوز النائب حدود نيابته في حالة ما إذا كان الغير الذي تعاقد معه النائب حسن النية لا يعلم أن النائب تجاوز حدود نيابته، فتتصرف آثار العقد إلى الأصيل وليس للنائب .

وفي حالة انقضاء النيابة يفقد النائب صفته النيابة لذلك لا يجوز له أن يتصرف باسم الأصيل بعد ذلك، ولكن وجد استثناء بنص المادة 76 من القانون المدني " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه".

#### الشرط الثالث : أن يتعامل النائب لحساب الأصيل وباسمه

رغم أن الإرادة التي يعتد بها في العقد هي إرادة النائب، إلا أنه عليه أن يصرح بأنه يتعامل باسم الأصيل ولحسابه حتى يعلم المتعاقد معه بذلك، حتى يستطيع المطالبة بحقوقه والتزاماته من الأصيل،

حيث تقضي المادة 75 من القانون المدني أنه إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن آثار العقد لا يضاف إلى الأصيل دائما أو مدينا، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب.

### \* آثار النيابة في التعاقد :

1. **العلاقة بين النائب والمتعاقد معه** : لا تنشأ بينهما أية علاقة لأن آثار العقد تنصرف إلى الأصيل، فلا يلتزم النائب بأي التزام ولا يكسب أي حق، إلا إذا ارتكب النائب خطأ يعتبر مسؤولاً عنه أمام المتعاقد معه وأمام الأصيل .
2. **العلاقة بين النائب والأصيل** : تحدد العلاقة إما بالاتفاق أي يستمد النائب سلطته في التعاقد من إرادة من يوكله بموجب عقد الوكالة، أو بالقانون وفيها يستمد النائب سلطته في التعاقد بنص مباشر من القانون مثل الولي، وقد يفوض القانون للقاضي تحديد شخص النائب مثل الوصي والقيم والحارس القضائي.
3. **العلاقة بين الأصيل والمتعاقد معه** : تقوم علاقة مباشرة بينهما بمجرد إتمام العقد فتنصرف آثاره إليهما طبقاً لنص المادة 74 من القانون المدني " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل "

### \* حالة تعاقد النائب مع نفسه

تنص مادة 77 من القانون المدني " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز بالأصيل في هذه الحالة أن تجيز التعاقد، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة".  
من خلال هذا النص نجد أن المشرع منع النائب من التعاقد مع نفسه في حالتين :

**الحالة الأولى** : أن يبرم النائب العقد بصفته أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره، كأن يكون مكلف ببيع ويكون هو المشتري.

**الحالة الثانية** : أن يبرم النائب العقد بصفته نائباً عن الطرفين في آن واحد، كأن يكون مكلفاً بالبيع والشراء لشخصين في نفس الوقت، فيقوم بالبيع والشراء لهذين الشخصين في عقد واحد.

غير أن واستثناء اشتراط المشرع لصحة هذه العقود أن يكون هناك ترخيصاً من الأصيل قبل إبرام العقد أو إجازته من طرف الأصيل بعد التعاقد، ما لم يخالف ذلك القانون أو قواعد التجارة.

إن الحكمة من عدم جواز تصرف النائب مع نفسه تتمثل في أن النائب قد يغلب إحدى المصلحتين على الأخرى، أو أن يغلب مصلحته هو إذا تصرف نائباً عن متعاقد وأصيلاً عن نفسه، في حين أنه ملزم بتحقيق مصلحة الأصيل.

### ب - الوعد بالتعاقد

تناول المشرع الوعد بالتعاقد في مادتين 71 و 72 القانون المدني:

### \* تعريف الوعد بالتعاقد

تنص المادة 71 من القانون المدني على أن " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه العقد فيها ... "

من خلال هذه المادة نجد أن الوعد بالتعاقد هو مرحلة تسبق إبرام العقد النهائي، وقد يكون وعد من جانب واحد أو من جانبين، فيلتزم فيه شخص يسمى الواعد بقبول إبرام عقد آخر في المستقبل مع شخص ثان يسمى الموعد له، إذا ما أظهر هذا الأخير رغبة في التعاقد خلال فترة معينة.

وتظهر أهمية هذا العقد من الناحية العملية بصورة ملحوظة، خاصة فيما يتعلق ببيع العقارات، فإذا أراد شخص شراء عقار وهو لا يملك المال الكافي لذلك يستطيع الحصول على قرض بنكي شرط أن يكون في ملفه عقد وعد بالبيع من طرف مالكة خلال مدة معينة .

والوعد بالتعاقد قد يكون ملزماً لجانب واحد بحسب الأصل فهو يرتب التزامات على الواعد فقط دون الموعد له، كما يمكن الوعد بالتعاقد ملزماً للجانبين بحيث يكون الطرفين واعداً و موعوداً.

### \* شروط الوعد بالتعاقد

الشروط اللازمة لصحة الوعد بالتعاقد هي :

**الشرط الأول** : الوعد بالتعاقد عقد وبالتالي لا بد لوجوده من توافق إرادتين هما إرادة الواعد وإرادة الموعد له، وهو بذلك يتميز عن الإيجاب الملزم في أن الوعد بالتعاقد يتكون من إيجاب مقترنا بقبول مطابق له.

**الشرط الثاني :** يجب أن تتوفر في الوعد بالتعاقد جميع أركان العقد وشروط صحته من رضا ومحل وسبب، وسلامة الإرادة من العيوب، وتمتع المتعاقد بالأهلية، ففي الوعد الملزم لجانب واحد يشترط أن يكون الواعد أهلا للتعاقد، ولا يشترط في الموعد له الأهلية إلا وقت إبرام العقد الموعد به.

**الشرط الثالث :** يشترط في كلا النوعين من الوعد توافر العناصر الجوهرية (المادة 71 فقرة 1 من القانون المدني)، أي تحديد جميع أركان التصرف مثلا في عقد الإيجار تحدد العين المؤجرة ومدة الإيجار وثمنه .  
**الشرط الرابع :** يشترط في الوعد تحديد المدة أو الفترة التي يجب إبرام العقد النهائي فيها(المادة 71 فقرة 1 من القانون المدني)، وهذا التحديد قد يكون صريحا أو ضمنيا يستخلص من ظروف الحال، وعدم توافر هذا الشرط يبطل الوعد بالتعاقد.

**الشرط الخامس :** يجب أن يستوفي عقد الوعد نفس الشكل الذي يتطلبه القانون في العقد الموعد به، حيث تنص الفقرة 2 المادة 71 من القانون المدني أنه " ... وإذا اشترط القانون لتتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد"، من العقود الشكلية مثلا الوعد ببيع عقار أو حق عيني عقاري أو الوعد برهن رسمي، وإلا كان الوعد باطلا.  
**\* آثار الوعد :**

إذا قام الوعد بالتعاقد صحيحا أنتج أثره وهو إنشاء التزام في ذمة الواعد بإبرام العقد ويقابله حق شخصي للموعد له، ويلتزم الواعد بالبقاء على وعده حتى يظهر الطرف الآخر رغبة في التعاقد خلال المدة المحددة في الوعد.

ويلتزم الواعد بالمحافظة على الشيء محل الوعد، فلا يجوز له أن يتلفه أو يغير من طبيعته أو أن يرتب عليه حقا للغير كالرهن، فإذا أخل الواعد بهذا الالتزام ترتبت المسؤولية العقدية والتزم بتعويض الموعد له وهذا الالتزام ينتقل إلى الورثة.

فإذا انتهت مدة الوعد دون إظهار الرغبة يسقط الوعد بالتعاقد، أما إذا أظهر الطرف الثاني رغبته في التعاقد في المدة المحددة، يتم العقد دون أي إجراء جديد لأن الوعد يتوفر على جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه دون أي أثر رجعي، وفي الوعد الملزم للجانبين يتم إبرام العقد النهائي عند حلول الأجل المحدد لإبرامه.

عند إظهار الرغبة في الوعد الملزم لجانب واحد وحلول الأجل للوعد الملزم لجانبين يجب إبرام العقد النهائي، فإذا تقاعس أحدهما على إبرام العقد، يحق للطرف الثاني إجباره على ذلك برفع دعوى قضائية. حيث تنص المادة 72 من القانون المدني " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا لتنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

يستخلص من هذا النص أن الوعد بالتعاقد إذا تم فيه تحديد العناصر الجوهرية والمدة بالإضافة للشكل اللازم، يكون ملزما لصاحبه ولا يجوز النكول عنه أي الرجوع عنه، فإذا عدل الواعد يحق للموعد له رفع دعوى قضائية للمطالبة بتنفيذ الوعد.

وهنا يبحث القاضي في صحة الوعد بالتعاقد ومدة مطابقته للشروط القانونية، ثم يقرر القاضي في حكمه إلزام الواعد بتنفيذ الوعد أو اعتبار الحكم القضائي بمثابة عقد نهائي.

### ج - التعاقد بالعربون

العربون هو مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت إبرام العقد، ويكون الهدف منه إما أن العقد قد تم نهائيا و الهدف من دفع العربون هو ضمان تنفيذه، وإما تقرير حق كل من المتعاقدين في العدول عن العقد ويعد العربون في هذه الحالة تعويض مسبق، ودفعه شائع في البيع والإيجار.

وقد حدد المشرع الجزائري دلالة العربون في المادة 72 مكرر من القانون المدني كما يلي : "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك. فإذا عدل من دفع العربون ففقد. وإذا عدل من قبضه رده و مثله و لو لم يترتب على العدول أي ضرر".

يتضح من هذا النص أنه إذا تم تحديد دلالة للعربون من طرف المتعاقدين فإن هذه الدلالة هي التي تطبق ويعمل بها، وإذا لم يتم تحديد ذلك بين المتعاقدين، اعتبر العربون دليلا على رغبة كل منهما في

الارتباط النهائي على أنه يحق لكل منهما العدول عنه، مع اعتبار العربون جزءا لهذا العدول، فإذا عدل من قدم العربون فإنه يخسره أما إذا عدل من قبض العربون فيرده و مثله.

دفع العربون وقت إبرام العقد يدل على حق كل من المتعاقدين في العدول عن إبرامه خلال المدة المتفق عليها، وإذا انتهت المدة دون أن يبين أحد المتعاقدين رغبته في العدول فيتأكد العقد ويعتبر العربون تنفيذا جزئيا للعقد.

#### 4 - صحة التراضي:

تنتج الإرادة آثارا قانونية إذا كانت صادرة من شخص له أهلية وخالية من العيوب، إذ أن وجود الرضى وحده لا يكفي لقيام العقد بل لابد أن يكون صحيحا، لذلك يلزم أن يصدر التراضي من شخص يتمتع بالأهلية، وأن يكون خاليا من عيوب الرضا.

#### أ - الأهلية :

الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب حقوق وتحمل التزامات ومباشرة التصرفات القانونية، وهي نوعان أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب وتحمل التزامات، وتثبت للشخص منذ ولادته حيا، كما تثبت للجنين في بطن أمه فهي لا ترتبط بالقدرة العقلية للإنسان.

أما أهلية الأداء فهي قدره الشخص على التصرف في أمواله، وهذه القدرة تختلف من شخص إلى آخر ومناطقها التمييز ويرجع ذلك لصغر السن أو لتأثرها بعوارض الأهلية أو موانعها. وقد حدد المشرع سن التمييز بثلاثة عشر (13) سنة، وربط المشرع الجزائي قدرة الإنسان على التصرف بثلاثة مراحل :

**المرحلة الأولى:** تبدأ منذ ولادة الإنسان إلى سن التمييز (13 سنة)، ويسمى الشخص فيها "عديم الأهلية" أو "غير المميز"، وتكون تصرفاته في هذه المرحلة باطلة بطلانا مطلقا لأنه ليس أهلا لممارسة حقوقه المدنية (المادة 42 من القانون المدني) ويخضع فيها لأحكام الولاية، الوصاية، القوامة (المادة 44 من القانون المدني).

**المرحلة الثانية:** هي مرحلة التمييز، وتبدأ من سن 13 سنة إلى 19 سنة، وهي مرحلة نقص الأهلية، ويكون فيها الشخص مميزا (المادة 43 من القانون المدني)، ويخضع ناقص الأهلية أو المميز لأحكام الوصاية، الولاية، القوامة. وتصرفات الشخص في هذه المرحلة تأخذ الأحكام التالية :

1. تكون باطلة بطلانا مطلقا إذا كانت ضارة ضررا محضا.

2. تكون قابلة للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر.

3. تكون صحيحة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً .

**المرحلة الثالثة:** تبدأ من سنة 19 سنة إلى الوفاة، يصبح فيها الشخص بالغاً عاقلاً وتكون تصرفاته صحيحة سواء كانت نافعة أو ضارة، وهذا ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

فالشخص الذي يبلغ سن 19 سنة وكان عاقلاً وبالغا تعتبر تصرفاته صحيحة، لكن إذا اعترضه عارض من عوارض الأهلية كالجنون، أو العته، السفه، الغفلة. فالمجنون والمعتوه يأخذان حكم عديم الأهلية وبالتالي تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقاً، أما السفهيه وذو الغفلة فيأخذان حكم ناقص الأهلية وبالتالي تصرفاتهم تأخذ نفس حكم تصرفات ناقص الأهلية.

أما بالنسبة للأصم والأبكم والأعمى، فنصت المادة 80 من القانون المدني " إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته".

فمن خلال هذه المادة نجد أن المشرع أجاز للمحكمة أن تعين مساعدا قضائياً للشخص ذو العاهتين الذي لا يستطيع التعبير عن إرادته في التصرفات التي تكون في مصلحته، والتصرفات التي يقوم بها هذا الشخص قابلة للإبطال إذا عين له مساعدا قضائياً من أجله وقام به بدون حضور المساعد.

#### ب - عيوب الإرادة:

عيوب الرضا هي تلك الأمور التي تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد الرضا دون أن تزيله، فالتراضي موجود إلا أن الإرادة لم تأتي بطريقة سليمة، وقد حددها المشرع في المواد من 80 إلى 91 من القانون المدني، وتتمثل هذه العيوب في كل من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

## 1- الغلط :

\* **تعريف الغلط :** الغلط هو وهم يقع في ذهن المتعاقد يصور له أمرا على غير حقيقته، ويكون هو الدافع للتعاقد، وقد تناول المشرع الغلط في المواد من 81 إلى 85.

### \* شروط الغلط :

تنص المادة 81 من القانون المدني أنه " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد ، أن يطلب إبطاله".  
كما تنص المادة 82 من القانون المدني أنه " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة في صفة للشيء، يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية. إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

وفقا لهذين النصين يلزم لإبطال العقد بسبب الغلط توفر شرطان هما :

**الشرط الأول :** أن يكون الغلط جوهريا، فليس كل غلط يقع فيه المتعاقد يؤدي إلى إبطال العقد، بل لابد أن يبلغ حدا من الجسامة يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد، أي أن يكون هو الدافع الرئيسي للتعاقد.

والمعيار الذي يحدد ذلك هو معيار ذاتي أو شخصي وليس ماديا أي مدى تأثير الغلط على إرادة المتعاقد ذاتها، ويخضع لتقدير قاضي الموضوع.

**الشرط الثاني :** أن يقع المتعاقد الآخر في الغلط، فلا يكفي أن يقع أحد المتعاقدين في الغلط، فالغلط الفردي لا يبطل العقد، إلا إذا علمه المتعاقد الآخر أو كان من السهل عليه تبين ذلك، لذلك حماية لحسن النية واستقرار المعاملات يظل العقد صحيحا ولا يبطل إذا أظهر استعداده لتصحيح العقد.

حيث تقضي المادة 85 من القانون المدني أنه " ليس لمن وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ العقد".

### \* أنواع الغلط :

أورد المشرع الجزائري بعض أنواع الغلط نذكر منها :

#### النوع الأول : الغلط في الصفة الجوهرية للشيء

هو أن الشخص وقع في غلط في الصفة المعتادة أن توجد في الشيء (أي المعروفة لدى كافة الناس) مثال: أن شخص اشترى قطعة على أنها أثرية ثم تبين له غير ذلك أي أنها مقلدة، أو شراء قطعة أرض لبناء مصنع ثم يكتشف أن السلطات الإدارية تمنع إقامة مصانع في هذه المنطقة.

#### النوع الثاني : الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته

إن الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته له أهمية كبيرة في العقود التي يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار، والغلط في ذات المتعاقد أقل وقوعا من الغلط في صفة المتعاقد، لأن المؤهلات المهنية هي التي تكون في الغالب سببا في التعاقد.

#### النوع الثالث : الغلط في القانون

نصت عليه المادة 83 من القانون المدني أنه " يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت معه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82 ما لم يقض القانون بغير ذلك "

فالغلط في القانون مثل الغلط في الواقع أي هناك غلط في القانون في صفة الشيء والغلط في القانون في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، ويشترط فيه توفر نفس شروط الغلط في الواقع ليجعل العقد قابلا للإبطال، ويكون في حالة ما يتصور أحد الأشخاص حكم القانون على غير حقيقته، مثال أن يبيع شخص نصيبه في الميراث على أنه الثلث ثم يتبين أنه يرث النصف.

ويكون غلط في القانون في ذات المتعاقد أو صفته مثلا حالة هبة رجل لمطلقة مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلا أن الطلاق الرجعي يصبح بانئا بعد مرور مدة العدة، وتصبح مطلقته أجنبية عنه.

#### النوع الثالث : الغلط في الحساب وغلطات القلم

نصت المادة 84 من القانون المدني أنه " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط"، ففي حالة حصول غلط في الكتابة أو في الحساب، يكون العقد صحيح، ويقتصر الأمر على تصحيح ما جار مغلوطاً.

## (2) - التدليس :

\* **تعريف التدليس :** هو عبارة عن طرق إحتيالية أو أكاذيب أو كتمان يلجأ إليه أحد المتعاقدين لإيقاع المتعاقد الثاني في غلط يدفعه إلى التعاقد، ونص عليه القانون المدني في المادة 86 أنه "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه. من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

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

من خلال المادة يتبين أن التدليس ليس هو العيب في حد ذاته الذي يؤثر في الإرادة، وإنما الغلط الناتج عن إيهام المتعاقد بغير الحقيقة عن طريق بعض الحيل التي يستعملها المتعاقد الآخر أو الغير.

## \* شروط التدليس :

يشترط في التدليس حتى يمكن الطعن فيه ما يلي :

### الشرط الأول : أن يكون هناك تدليس

أي استعمال طرق أو أساليب إحتيالية بقصد إيهام وتضليل المتعاقد الآخر بنية إيقاعه بالغلط، وهذه الطرق إما أن تكون مادية أو أكاذيب، مثل تقديم شهادة مزورة أو إنتحال صفة.

ويعتبر الكتمان تدليسا، فالسكوت في حالة ضرورة الإفصاح والبيان يعتبر من طرق التدليس، حين تكون طبيعة المعاملة أو القانون يستلزم عدم الكتمان، ويجب أن هناك نية التضليل لدى المدلس، لأن التدليس خطأ عمدي.

### الشرط الثاني : أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد

بالرجوع لنص المادة 86 من القانون المدني يجب أن يكون الاحتيال دافعا لإبرام العقد أي التصرف، بحيث يكون الإحتيال الذي وقع فيه المتعاقد جسيميا، أي أثر في إرادته وجعله يبرم العقد بحيث أنه لو علم به وقت تكوين إرادته والتعاقد لما أبرم العقد.

إن الاحتيال ومدى قدرته على إيقاع الطرف في الغلط يقدر بمعيار شخصي ذاتي بمعنى أننا ننظر إلى الشخص المدلس عليه ومدى تأثر إرادته بهذا الاحتيال دون النظر إلى الاحتيال ودرجة تأثيره، وهي أمور يستخلصها القاضي من الواقع وظروف الحال.

### الشرط الثالث : إتصال التدليس بالمتعاقد الآخر

يجب أن يصدر التدليس من المتعاقد الآخر أو أن يكون على علم به أو من السهل عليه تبينه، أي أن تكون الطرق الاحتيالية صادرة من المتعاقد أو من نائبه.

فإذا كان صادرا من الغير فلا يمكن أن يعتد به، وليس للمتعاقد المدلس عليه طلب إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد المستفيد من التدليس على علم به، أو كان من المفروض حتما أن يعلم به.

ويجب على المتعاقد الذي وقع عليه التدليس إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، فيمكن إثباته بشهادة الشهود، وإذا تحقق التدليس يحق للمدلس عليه إبطال العقد والمطالبة بالتعويض.

## (3) - الإكراه :

\* **تعريف الإكراه :** هو ضغط يتعرض له المتعاقد فيولد رهبة وخوفا في نفسه يحمله على التعاقد، والإكراه يعيب الرضا، حيث أن الإرادة موجودة لكنها معيبة بفقدانها لأحد عناصرها الأساسية وهو عنصر الحرية والاختيار.

نصت على الإكراه المادة 88 من القانون المدني أنه " 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 جسيميا محققا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال.

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

#### \* شروط الإكراه :

بالرجوع لنص المادة 88 من القانون المدني يشترط في الإكراه حتى يعيب الرضا ما يلي :

#### الشرط الأول : التعاقد تحت سلطان الرهبة

يقصد بالرهبة الخوف أو الخشية من الأذى التي تولد الاعتقاد بوجود خطر محقق، ويكون ذلك باستعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم وشيك الوقوع، وأن تكون هذه الوسائل مادية غير مشروعة تؤدي إلى غرض غير مشروع، كالضرب والإيذاء بأنواعه الواقع عليه أو الغير. ومعيار تحديد الإكراه هو معيار شخصي، ذلك أن الناس يتفاوتون في تأثرهم بالأخطار التي تهددهم، كما أن للظروف المحيطة بهم أثرها في ذلك، لذلك يراعى في تقدير الإكراه جنس وسن والحالة الاجتماعية والصحية للمكروه.

ويشترط أن يكون الخطر محققا أي وشيك الوقوع، فلم يشترط المشرع أنه وقع فعلا، ويستوي الخطر الحال أو وشيك الوقوع وكذلك الخطر المؤجل إذا بعث في نفس الشخص الرهبة إلى دفعته للتعاقد.

#### الشرط الثاني : أن تكون الرهبة هي الدافع للتعاقد

لا يكفي استعمال الوسائل المادية لتحقيق الإكراه وإنما لابد أن تتولد عنها رهبة وهي الخوف الذي يقع في نفس المتعاقد، والتي تكون هي الدافع للتعاقد فلولاه لما أبرم العقد . وبما أن الرهبة حالة نفسية يصعب كشفها قرر المشرع وسيلة مادية لمعرفة الحالة النفسية للمكروه وهي الخطر الجسيم المحقق، ولا يهم ذلك أن يكون الأذى حالا، وإنما الخوف من الأذى هو الذي كان حالا، فقد أخذ بالمعيار الذاتي أي الاعتبار الشخصية والاجتماعية.

#### الشرط الثالث : اتصال الإكراه بعلم المتعاقد الآخر

يشترط أن يكون الإكراه متصلا بالطرف الثاني في العقد أي صدر منه شخصيا، أو صدر من الغير بشرط أن يكون المتعاقد معه على علم به أو من المفروض عليه حتما أن يعلم به، وهذا ما نصت عليه المادة 89 من القانون المدني "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكروه أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه". فإذا صدرت الوسائل الغير المشروعة من الغير لا تعد وسائل إكراه إلا أثبت المتعاقد المكروه أن المتعاقد الآخر المستفيد منها سيء النية أي كان على علم بها أو كان من المفروض أن يعلم بها، أما إذا كان المتعاقد الثاني حسن النية فلا يجوز إبطال العقد.

لذلك يجب على من يدعي وقوعه تحت إكراه إثبات وجود هذا الإكراه حتى يكون العقد قابلا للإبطال، أي إثبات وسيلة الضغط غير المشروع التي استخدمت ضده وأنها ولدت في نفسه الرهبة دفعته للتعاقد.

#### (4) - الاستغلال ( الغبن الاستغلالي) :

#### \* تعريف الاستغلال :

هو حالة نفسية مصحوبة بعدم التعادل في الإلتزامات، وللاستغلال عنصرين، عنصر مادي هو عدم التعادل في الإلتزامات، وعنصر معنوي هو استغلال المتعاقد حالة الضعف الناجمة عن الطيش البين والهوى الجامح الذي وقع فيه المتعاقد الآخر.

نصت على الاستغلال المادة 90 من القانون المدني أنه " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي، بناء على طلب المتعاقدين المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد ...".

#### \* شروط الاستغلال :

يلزم لقيام الاستغلال توفر شرطين أساسيين هما :

#### الشرط الأول : وجود تفاوت

يجب أن يكون هناك عدم التعادل بين ما يلتزم به المتعاقد وما يحصل عليه، أي يكون اختلال في التوازن بين التزامات الطرفين بصورة كبيرة، ولم يحدد المشرع الجزائري نسبة معينة لما يعتبر غبنا فادحا، لذلك مسألة التفاوت هذه تخضع للسلطة التقديرية للقاضي وفقا لظروف كل حالة.

### **الشرط الثاني : أن يكون التفاوت نتيجة استغلال الطيش البين والهوى الجامح**

الهوى الجامح هو الرغبة التي تملك على الإنسان زمام نفسية فيجد نفسه مدفوعا إلى الرضوخ إلى كل ما يمليه عليه هذا الهوى دون مناقشة أو خيار. أما الطيش فهو الخفة والتسرع في اتخاذ القرارات وعدم المبالاة بنتائجها، ويشترط أن يكون بينا أي واضحا ومشهورا به.

ولا يكفي الهوى الجامح والطيش البين في الشخص بل يجب أن يستغل الطرف الآخر هذا الضعف ليحمل المتعاقد على إبرام التصرف الذي أدى إلى غبنه.

ولقد أقر المشرع الجزائري لوجود غبن من نوع آخر يرتكز على الركن المادي دون الركن المعنوي، حيث نصت المادة 91 من القانون المدني " يراعي في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود".

حيث يعند في هذا النوع من الغبن بالتفاوت المحدد بقيمة معينة وهو الغبن في بيع العقار، والمقدر بالخمس طبقا لنص المادة 358 من القانون المدني.

### **\* الآثار المترتبة عن الاستغلال :**

على من يدعي وقوعه في الاستغلال إثبات ذلك بكافة الطرق، حيث يقيم الدليل على عدم التعادل واستغلال الطرف الآخر للضعف القائم فيه.

فإذا توفرت في الاستغلال الشروط السابق بيانها، أنتج أثره، ويحق للطرف المغبون أن يرفع دعوى إبطال العقد أو إنقاص في الالتزامات، فإذا اختار المستغل أن يرفع دعوى إبطال يحكم القاضي إما بالإنقاص في الالتزامات أو الإبطال.

أما إذا اختار المستغل رفع دعوى الإنقاص فالقاضي ملزم بالحكم بالإنقاص وليس بالإبطال، وليس للقاضي الحكم بالزيادة في التزامات المستغل، فقد نصت المادة 90 فقرة 3 من القانون المدني : " ... يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن". وترفع دعوى الاستغلال خلال سنة من يوم إبرام العقد طبقا لنص المادة 90 فقرة 2 من القانون المدني " ... ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة... "

## **الركن الثاني : المحل**

### **1 - تعريف المحل :**

هو الأداء الذي يلتزم به المدين في مواجهة الدائن، وهذا الأداء يكون نقل حق عيني أو القيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام بعمل لصالح الدائن.

وقد نظم المشرع الجزائري المحل في المواد من 92 إلى 95 من القانون المدني.

### **2 - شروط المحل :**

يشترط في المحل ثلاثة شروط هي :

#### **أ - أن يكون المحل موجودا وممكنا :**

يجب أن يكون المحل وهو الشيء الذي يرد عليه الحق موجودا أو ممكنا أو قابلا للوجود وقت إبرام العقد وليس مستحيلا. فإذا تعاقد المتعاقدان ثم تبين أن المحل قد هلك قبل التعاقد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، لكن إذا هلك المحل بعد نشوء الالتزام ينشأ صحيحا وينعقد العقد ونكون في هذه أمام استحالة التنفيذ. إذا كان المحل عبارة عن عمل وجب أن يكون ممكنا حتى يمكن إنجازها وتنفيذها، فإذا كان هذا العمل غير ممكن لا يمكن تنفيذه، وبالتالي يكون مستحيلا، فطبقا للمادة 93 من القانون المدني " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام و الآداب العامة ، كان باطلا بطلانا مطلقا ".

ويقصد بالاستحالة التي تحول دون نشأة الالتزام تلك الاستحالة المطلقة وليس النسبية، الاستحالة المطلقة هي عدم إستطاعة الناس كافة القيام بمحل الالتزام يعجز، وليس بالنسبة للمدين فقط، والاستحالة



المطلقة قد تكون استحالة قانونية مثل: تعاقد محامي برفع طعن خارج الأجل القانونية، وقد تكون طبيعية مثل : إلزام شخص بنقل ملكية منزل تهدم.

أما الاستحالة نسبية فهي لا تحول دون قيام العقد وإنما تقوم بالنسبة لشخص المدين نفسه في حين يوجد شخص غيره يستطيع القيام بالأمر، مثلا : يتعهد الطبيب بإجراء عملية وهو طبيب عام .  
كما أن التعاقد على محل سيوجد مستقبلا صحيح ما دام أنه قابل للوجود مستقبلا، مثلا بيع محصول زراعي سيوجد مستقبلا. فالمشرع الجزائري أجاز التعامل في الأشياء المستقبلية واستثنى من ذلك التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة.

تنص المادة 92 من القانون المدني " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا. غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها قانونا ".  
والحكمة من المنع هو أن التصرف في التركة المستقبلية يعوق حرية الإيضاء ويمس بنظام الميراث، كما يتضمن هذا التصرف مخالفة للنظام العام والآداب العامة لأنه يوحى لتطلع لوفاة المورث واستعمالها.  
**ب - أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعين :**

نصت المادة 94 من القانون المدني " إذا لم يكن المحل معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا أصبح الحق باطلا. ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط، إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط ".  
يشترط في المحل أن يكون معينا أي تحديده تحديدا دقيقا لنفي الجهالة به وقت إبرام العقد، كما يكفي أن يكون قابلا للتعين في المستقبل وإلا كان العقد باطلا، ويختلف تعيينه حسب صورته.  
فإذا كان محل الالتزام شيء فإن تحديده يختلف بحسب ما إذا كان معين بذاته أو بنوعه، فإذا كان شيء معين بالذات يجب أن يحدد تحديدا دقيقا بشكل يميزه عن غيره، فمثلا إذا كان منزلا مثلا يجب تحديد موقعه، مساحته، عدد غرفه.

أما إذا كان شيء معين بالنوع يجب تحديد نوعه ومقداره وصفه، كأن يكون محل العقد حبوبا يحدد نوعها كالقمح وصفه صلب وجودته ممتازة ومقداره، لكن إذا لم تحدد درجة الجودة في العقد، ولم يمكن تحديدها بالعرف أو بأي ظرف آخر كالتعامل السابق بين المتعاقدين فيلتزم المدين بمتوسط الجودة.  
وإذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عنه، يجب تحديده، أو يكون قابلا للتعين، فإذا تعهد مقاول ببناء منزل، فلا بد من تحديد مواصفاته على الأقل أو أن يكون قابلا للتعاقد من ملابسات العقد، مثل بناء منزل أو مصنع.

أما إذا كان محل الالتزام مبلغ من النقود يلتزم المدين بالمقدار المحدد في العقد سواء ارتفعت أو انخفضت قيمتها وقت الوفاء، هذا ما جاء في نص المادة 95 من القانون المدني " إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير ".  
**ج - أن يكون المحل مشروعا :**

وفقا لنص المادة 93 من القانون المدني يجب توفر شرط المشروعية في المحل، فإذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب كان العقد باطلا، ويكون محل الالتزام غير مشروع إذا كان المحل الذي يرد عليه الحق يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون .

ومثال الشيء الذي يرد عليه الحق يخرج عن التعامل بطبيعته كالهواء والبحر، أما بحكم القانون كالأموال الوطنية العمومية، والحقوق اللصيقة بالشخص كالحق في الحياة، الأهلية، وسبب عدم الإباحة هو مخالفتها للنظام العام والآداب العامة، ويلاحظ أن عدم القابلية للتعامل هي فكرة نسبية، فالمال العام يجوز تأجيله دون بيعه، كذلك التعامل في المخدرات لأغراض طبية في حدود القانون.

أما إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناع عن عمل يشترط أن يكون مشروعا، ويكون غير مشروع إذا كان مخالفا للقانون أو أمر متعارض مع النظام العام أو الآداب العامة مثلا شراء القضاة وأعوانهم أو المحامين للحقوق المتنازع عليها، أو التعامل في تركة مستقبلية.

وفكرة النظام العام أساسها المصلحة العامة وتتضمن المصلحة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، والآداب العامة أساسها الرأي العام المتأثر بالمثل الاجتماعية والأخلاقية لمبنية على الدين والعرف والتقاليد، وكل منهما فكرة نسبية تختلف من مجتمع إلى آخر ومن زمان إلى آخر في نفس المجتمع فهما يتأثران بالظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والخلفية.

### الركن الثالث : السبب

#### 1 - التعريف السبب

هو الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة التزامه، و يختلف سبب الالتزام عن محل الالتزام ، فهذا الأخير هو الأمر الذي يلتزم به المدين إما بإعطائه أو بعمله أو بالامتناع عن عمله، وتتضمنه الإجابة على السؤال بماذا التزم المدين؟، أما السبب كركن في العقد فهو الغاية أو الغرض الذي يسعى الملتزم على تحقيقه من وراء تحمله الالتزام، وتتضمنه الإجابة على السؤال لماذا التزم المدين؟

#### 2 - نظريات السبب

مرت فكرة السبب بتطور فقهي من خلال نظريتين في السبب :

##### أ - النظرية التقليدية في السبب :

مفاد هذه النظرية أن السبب هو الغرض المباشر المجرد الذي يريد المدين تحقيقه بالتزامه، وإذا تعددت الأسباب نأخذ بالسبب المباشر، وأساس النظرية هو السبب المباشر وإغفال الباعث الدافع ، حيث أن العقد قد تكون له عدة دوافع أما الالتزام فله غرض واحد للنوع الواحد من الالتزام. ويتميز السبب في هذه النظرية بأنه هو سبب الالتزام وليس سبب العقد، وأنه شيء داخلي في العقد فهو عنصر من عناصره، والسبب واحد في العقود من النوع الواحد، وأن السبب يجب أن يتوفر فيه ثلاثة شروط وهي أن يكون موجودا ، صحيحا و مشروعا .

تعرضت هذه النظرية إلى عدة انتقادات يمكن تلخيصها في أنها قاصرة وضيقة، وذلك لاستبعادها فكرة الدافع أو الباعث على التعاقد، مثلا في عقد التبرع إذا كان محله مشروعا والدافع إليه غير مشروع فلا يمكن إبطال العقد بتطبيق هذه النظرية لأن السبب في عقود التبرع وفق هذه الأخيرة هو نية التبرع. كما انتقدت أنها عديمة الفائدة، حيث أن هذه النظرية تحدد السبب في أنواع العقود تحديدا أليا، في حين أنه يمكن الاستغناء عنها دون أية خسارة، فمثلا فيما يتعلق بعقود المعاوضة تكون التزامات الطرفين متقابلة فلا يمكن تصور التزام دون الالتزام المقابل له، وفي عقد التبرع يمكن إبطال العقد لعدم وجود الرضا ولا حاجة للقول لعدم وجود السبب وهو نية التبرع، وفي العقد العيني يعتبر التسليم ركن في العقد وعدم وجوده يؤدي إلى بطلانه، فلا داعي للإبطال لعدم وجود السبب.

##### ب - النظرية الحديثة للسبب :

اعتبرت هذه النظرية السبب الباعث الدافع للملتزم هو سبب الالتزام ، لذلك لم يقتصر القضاء على الاعتماد بسبب الالتزام بل اهتم بسبب العقد لكي يقضي بإبطال العقد، أي الباعث الدافع إلى التعاقد كلما كان متصلا بالمتعاقد الآخر أي أنه كان عالما به أو كان يستطيع أن يعلم به. ولا يشترط في الباعث الدافع إلا شرط المشروعية أي عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة الذي يؤدي إلى بطلان العقد، و لو كان محله مشروعا.

وبما أن الباعث الدافع إلى التعاقد أمر شخصي يتغير من شخص إلى آخر، فيجب أن يكون من الأمور الجوهرية التي دفعت المتعاقد إلى تحمل الالتزام كما يشترط علم المتعاقد الآخر بهذا الباعث.

##### ج - السبب في القانون الجزائري :

يأخذ المشرع بالسبب كعنصر جوهري في العقد، فإذا تخلف يعد العقد باطلا، فأخذ بالنظرية الحديثة في السبب بمعنى الباعث الدافع، وهذا ما جاء في نص المادة 97 من القانون المدني " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا "، كما نصت المادة 98 من القانون المدني على أنه " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقر الدليل على غير ذلك. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه".

#### 3 - شروط السبب

من خلال المادتين 97 و 98 يشترط المشرع الجزائري في السبب شرطين هما :

### **الشرط الأول : أن يكون السبب موجودا**

فإذا لم يكن موجودا عد العقد باطلا، وهو عنصر موضوعي يدخل في العقد ولا يتغير في النوع الواحد من العقود، ويعتبر السبب غير موجود إذا كان المتعاقدان على علم بعدم وجود السبب وقت التعاقد مثلا كتفويض وصية كان صاحبها قد رجع عنها قبل وفاته. والالتزام كقاعدة عامة يكون مسببا، وكاستثناء قد يكون التزام مجرد، أي أن الالتزام غير مسبب، مثلا التزام الكفيل نحو الدائن.

### **الشرط الثاني : أن يكون السبب مشروعاً**

يشترط المشرع في الباعث الدافع إلى التعاقد أن يكون مشروعاً، لا يخالف النظام العام والآداب العامة، ويستوي أن يكون المتعاقد الآخر على علم به أم لا، حيث أن نص المادة 97 جاء عاماً. و نجد أن المشرع الجزائري ركز على شرط المشروعية، وأن المقصود بالسبب في هو الباعث الدافع إلى التعاقد لا مجرد الغرض المباشر المقصود في العقد، ويشترط فيه شرطان الأول يتعلق بذاتيته أي أن يكون مشروعاً، والثاني يتعلق باستقرار المعاملات وحماية حسن النية من بطلان عقد، فقد اشترط المشرع مشروعية السبب لحماية المجتمع من العقود التي تمس بالنظام العام وتخالف الآداب العامة.

### **الشرط الثالث : أن يتصل السبب غير المشروع بعلم المتعاقد الآخر**

قد يبرم الطرفان العقد رغم أن كل واحد منهما على علم بالباعث غير المشروع، ففي هذه الحالة يكون العقد باطلاً.

إلا أنه في بعض الحالات قد يكون أحد المتعاقدين على علم بعدم مشروعية السبب دون المتعاقد الآخر، ففي هذه الحالة يصعب القضاء ببطلان العقد حماية لحسن النية، لذلك فإن العبرة في العلم بمشروعية السبب أو عدم مشروعيته تكون أثناء إبرام العقد.

كما أجاز القانون للطرف الآخر إذا تبين له سبب آخر للعقد، وكان هذا السبب غير مشروع أن يقيم الدليل على عدم مشروعيته، حيث تنص المادة 98 فقرة 2 من القانون المدني: " ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

فالمشرع قرر قرينة على أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، وعلى من يدعي صورية السبب أن يثبت ذلك، فإذا أثبت صورية السبب كان على من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً لم يذكر في العقد أن يثبت ذلك.

أما إذا لم يذكر السبب في العقد، فيفترض المشرع في هذه الحالة أن للالتزام سبب موجود، وأن للعقد سبب مشروع، وعلى من يدعي العكس أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات.

### **الركن الرابع : الشكلية**

#### **1 - تعريف الشكلية**

تعد الشكلية استثناءً عن الرضائية، حيث أنها لا تعد ركناً في جميع العقود، إلا ما اشترطه القانون أو اتفق عليه الطرفان، فهنا الإرادة لا تثبت إلا وفق الشكل.

#### **2 - أنواع الشكلية**

الشكلية نوعين هما الشكلية المباشرة والشكلية غير المباشرة.

##### **أ - الشكلية المباشرة:**

يقصد بها الشكلية التي تشترط كرك في العقد، والمقصود بها أن التصرف القانوني الذي يكون فيه الشكل ركناً من أركانه فلا بد من توافره لقيام التصرف، وبالتالي يشترط في العقد الشكلي إضافة إلى التراضي والمحل والسبب ركن رابع هو ركن الشكلية، وتدعى هذه الشكلية بالمباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني، حيث يترتب على انعدامها انعدام التصرف، وقد تكون الكتابة التي تترجم ركن الشكل إما كتابة رسمية أو كتابة عرفية.

##### **\* الكتابة الرسمية :**

عرف المشرع العقد الرسمي في المادة 324 من القانون المدني على أنه: " عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"، من خلال نص هذه المادة نجد أن للعقد الرسمي ثلاثة شروط تتمثل في محرر العقد، والاختصاص، والأشكال القانونية الواجب إتباعها.

فمحرر العقد يشترط أن يكون إما موظف، وقد ورد تعريفه في القانون الأساسي للتوظيف العمومي في المادة 4 منه "يعتبر موظفاً كل عون عيّن في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري". ويشمل هذا التعريف موظفي الوزارات والولاية والبلدية، وألحق القضاة الشرعيون بالأعوان العموميين. أو أن يكون ضابط عمومي هو الشخص الذي يخول له القانون سلطة إصدار وإعطاء الصبغة الرسمية للعقود أو الوثائق كرئيس البلدية، والموثق وكاتب الضبط لدى المحاكم... إلخ.

أو أن يكون الشخص مكلف بخدمة عامة، وهم الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية كالمحامين والموثقين والمحضرين القضائيين، وتتولى السلطة العمومية تعيين هؤلاء إلا أنهم يتقاضون أتعابهم من المستفيدين من خدماتهم، ولما كان الأمر يتعلق بتسيير مرافق عمومية تولى القانون تنظيم هذه المهنة.

ويشترط إلى جانب صفة الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة الاختصاص الإقليمي والنوعي، فيجب على الموظف، أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة أن يتقيد بحدود سلطته واختصاصه، فإذا كانت صلاحياته لا تسمح له بمباشرة تحرير العقود الرسمية فلا يمكنه القيام بذلك، وإذا قام بها فلا يعتبر العقد رسمياً، ويحدد الاختصاص بموجب القواعد المنظمة للمرفق العام أو الخدمة فمثلاً حدد الاختصاص الإقليمي للموثق بكامل التراب الوطني.

وإضافة إلى ذلك يجب أن يحزر العقد الرسمي وفق الأشكال القانونية التي يفرضها القانون، مثلاً تحرر العقود من طرف الموثق باللغة العربية في نص واحد واضح تسهل قراءته بدون اختصار أو بياض أو نقص أو كتابة بين الأسطر، وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف، وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام، ويصادق على الإحالات في الهامش أو إلى أسفل الصفحات، وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد، بالتوقيع بالأحرف من قبل كل من الأطراف والشهود والموثق... إلخ.

ومن بين التصرفات القانونية الواجب إفراغها في شكل رسمي تحت طائلة البطلان ما حدد بنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني كما يلي " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو تنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد. كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي".

#### \* الكتابة العرفية :

وهو العقد الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه، ولقد نصت عليه المادة 327 من القانون المدني أنه " يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقع أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار.."، فالعقد العرفي يشترط فيه توفر شرطين أن يكون مكتوباً بخط المتعاقد الذي ينسب إليه، أو أن يكون موقفاً من أحد المتعاقدين.

فالأصل هو أن يكون العقد مكتوباً بخط المتعاقد، إلا أنه قد يصعب تحقيق هذا الشرط في بعض الحالات مثلاً في حالة ما إذا كان المتعاقد أمياً أو تعاقداً بواسطة وكيل، أو أن يكون موقفاً، فالتوقيع هو الإمضاء، ويعرف على أنه علامة مميزة لصاحبها يعرف بها عادة، وتتمثل في كتابته مثلاً اسمه ولقبه في آخر الورقة بخط يده، فالمشرع فلم يحدد كيفية التوقيع.

ويجب التوقيع من طرفي العقد إذا كان العقد ملزماً لجانبيين، أما إذا كان العقد ملزماً لجانباً واحد فتوقيع المدين يكون كافياً، ولا يشترط أن يتم التوقيع من الأطراف في نفس التاريخ، فمتى تم توقيع المتعاقد ارتبط بالوضع القانوني الذي يتضمنه العقد العرفي، ويعادل التوقيع وضع المتعاقد بصمة أصبعه.

#### ب - الشكلية غير المباشرة :

وتتمثل هذه الشكلية في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد لتحقيق أغراض مختلفة، وقد سميت بالشكلية غير المباشرة لأنها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني، فهي لا تؤثر على صحته، لكنها قد تحد من فعاليته ونفاذه.

نظم المشرع طرق الإثبات بوضع قواعد تلزم المتخاصمين، على عكس الوقائع القانونية يمكن إثباتها بكل الوسائل، فإثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مبلغ معين يكون بمحرر عرفي أو رسمي.

وقد نصت على ذلك المادة 333 في فقرتها الأولى من القانون المدني أنه " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك..."، بمقتضى نص هذه المادة في حالة وجود دين يجب على الدائن لاستيفاء حقه أن يثبتته بالكتابة، لذلك كثيرا ما يحتاط المتعاقد لنفسه من سوء نية المتعاقد معه بمحرر مكتوب يجسد العقد.

غير أن معظم الفقهاء يميزون بين شكلية الانعقاد وشكلية الإثبات، في أنه إذا ما أغفلت الشكلية للانعقاد فإنه يمنع قيام العقد، حيث يكون منعدها ولا يترتب أي أثر، أما في حالة إغفال شكلية الإثبات فيصعب على المتعاقد إثبات وجود العقد، وليس استحالة الإثبات، فيمكن اللجوء إلى وسائل الإثبات الأخرى كالإقرار والقرائن واليمين، كما يجوز لغير المتعاقدين إثبات العقد بكل الوسائل.

إلى جانب ذلك هناك قواعد الشهر، فالعقد يرتب التزامات فيما بين المتعاقدين دون غيرهما، كما أنه يسري في حق الغير، بمعنى أنه لا يمكن للغير تجاهل التصرفات القانونية التي تتم بين المتعاقدين، فيمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير ولفائدته.

وفي بعض الحالات الخاصة يؤدي عدم القيام بالشهر عدم ترتيب أي أثر للعقد بين المتعاقدين نفسهما أو في حق الغير، حيث نصت على ذلك المادة 793 من القانون المدني: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

### ثالثا : جزاء الإخلال بركن من أركان العقد ( نظرية البطلان )

لتكوين العقد لابد من توافر ثلاثة أركان هي التراضي والمحل والسبب، وقد يضيف القانون أو المتعاقدين ركنًا رابعا هو الشكلية، فإذا تخلف ركن من هذه الأركان كان العقد باطلا.

#### 1 - مفهوم البطلان

##### أ - تعريف البطلان :

البطلان هو الجزاء الذي فرضه القانون على عدم توافر ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، والعقد تنعدم آثاره القانونية فلا ينتج لا حقا ولا التزاما.

تختلف قوة الجزاء باختلاف القاعدة التي لم تراعى في تكوين العقد، فإذا كانت القاعدة تحمي مصلحة عامة كان البطلان مطلقا، أما إذا كانت القاعدة تحمي مصلحة خاصة كان البطلان نسبيا أعطى القانون لمن له المصلحة الحق في إبطاله.

##### ب - أنواع البطلان :

يقسم أغلب الفقه البطلان إلى نوعين هما البطلان المطلق والبطلان النسبي.

#### \* البطلان المطلق

البطلان المطلق يلحق العقد فور انعقاده، فالعقد الباطل بطلانا مطلقا هو عقد معدوم من الناحية القانونية، لذلك لا يترتب عليه أي أثر ولا تصححه الإجازة ولا التقادم، ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك به. يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا في حالات التالية :

- إذا تخلف ركن الرضا، إما لعدم تطابق الإرادتين أو لأن أحد المتعاقدين عديم الإرادة.
- إذا تخلف ركن المحل، كأن لا يكون للعقد محل، أو كان غير معين أو مستحيلا أو غير مشروع.
- إذا تخلف ركن السبب، كان يكون السبب غير مشروع.

#### \* البطلان النسبي

يسمى أيضا العقد القابل للإبطال، وهو يكون في العقد الذي توفرت أركانه، ولكن ركن الرضا جاء معيبا بعبء من عيوبها كالتدليس والإكراه..، أو كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية. وفيه العقد يبقى صحيحا لكنه مهدد بالزوال إذا طالب من تقرر لمصلحته الحق في الإبطال، فقد يبطل العقد ويأخذ نفس حكم البطلان المطلق، وقد يجيزه صاحب الحق فيبقى صحيحا.

### ج - تقرير البطلان :

تنص المادة 102 من القانون المدني على أنه " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد".

### \* صاحب الحق في التمسك بالبطلان

يختلف حق التمسك ببطلان العقد بحسب نوعية البطلان ما إذا كان بطلان مطلق أو نسبي. فإذا كان العقد باطلا بطلانا مطلق يمكن لمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، كما يمكن لكل ذي مصلحة الحق في التمسك فيه، ويشترط أن تكون هذه المصلحة متصلة بسبب البطلان، سواء كان أحد المتعاقدين أو خلفهما العام أو الخاص أو الغير. ويجوز التمسك بالبطلان المطلق في أية حالة كانت عليها الدعوى لأنه يتعلق بالنظام العام.

أما الحق في البطلان النسبي فيتقرر فقط للمتعاقد الذي قرر القانون لمصلحته هذا الإبطال، أو من ينوب عنه نيابة قانونية، مثلا المتعاقد الذي تعرضت إرادته لعيب من عيوب الإرادة مثل الإكراه، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ولا للغير طلب الإبطال.

وينتقل الحق في طلب الإبطال للخلف العام، أما الخلف الخاص فلهم حق طلب الإبطال عن طريق الدعوى غير المباشرة، ويجوز التمسك بالبطلان النسبي لأول مرة أمام مجلس القضاء.

### \* سقوط الحق في التمسك بالبطلان :

العقد الباطل بطلانا مطلقا هو العدم، لذلك لا يصححه التقادم أو الإجازة، أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فإن الحق في إبطاله يسقط بالإجازة والتقادم.

#### ■ الإجازة :

الإجازة هي عمل قانوني يتم بإرادة منفردة، يصدر من جانب من تقرر لمصلحته البطلان النسبي، ولا تحتاج إلى قبول ولا يمكن الرجوع فيها على أساس أن القبول لم يصدر، وتختلف الإجازة عن الإقرار، حيث أن الإقرار تصرف قانوني صادر عن الغير ويضيف به آثارا قانونية مثل إقرار الأصيل تصرف النائب الخارج عن حدود نيابته.

ويشترط في الإجازة أن تكون في العقد القابل للإبطال وليس الباطل بطلانا مطلقا، بالإضافة إلى شرط علم المجيز بالعبء ليستطيع التنازل عن حقه في الإبطال، ولا يعد التنفيذ دون علمه إجازة ضمنية، كما يشترط فيها أن يكون العيب قد زال وإلا استمر نفس العيب في الإجازة نفسها.

والإجازة قد تكون صريحة تظهر في شكل شفوي أو مكتوب وإثباتها يخضع للقواعد العامة، وإما أن تكون ضمنية تستفاد من الوقائع التي تدل عليها دلالة قاطعة، حيث تنص المادة 100 من القانون المدني "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير"، ويقع عبء إثبات الإجازة على المتعاقد غير المجيز بجميع وسائل الإثبات.

ويترتب عن الإجازة أثر رجعي بنص المادة 100 من القانون المدني، لكن لو أخذنا بالأثر الرجعي للإجازة فهذا يتعارض مع اعتبار العقد القابل للإبطال صحيحا منذ قيامه حتى يطالب من له مصلحة بإبطاله، لذلك فمن المفروض أن يكون أثر الإجازة هو إزالة العيب الذي يشوبه.

#### ■ التقادم :

تسقط دعوى البطلان المطلق طبقا لنص المادة 102 من القانون المدني إذا مضى على إبرام العقد خمسة عشر سنة، غير أن الدفع بالبطلان لا يسقط، أي أن الدعوى تسقط بالتقادم بمضي 15 سنة، أما إذا طالب أحد المتعاقدين الآخر بعد هذه المدة بالتنفيذ يستطيع الطرف الثاني الدفع بالبطلان، لأن الدفع لا يسقط بمرور الزمن.

وما تجدر الإشارة إليه أن التقادم لا يصحح العقد الباطل بالرغم من عدم سماع الدعوى، فهو مازال باطلاً، ولكن دعوى البطلان هي التي سقطت.

أما بالنسبة للبطلان النسبي فتتص المادة 101 من القانون المدني أنه "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه. غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد".

أي يسقط حق من تقرر البطلان لمصلحته بالمدد القانونية المحددة لرفع دعوى البطلان وبالتالي يبقى العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية، ولا يمكن الدفع بالإبطال بعد سقوط الدعوى بالتقادم. ففي البطلان النسبي لا يجوز لمن تقرر لمصلحته الإبطال طلبه بعد مضي المدة المذكورة في نص المادة 101، وبذلك يعتبر تنازلاً عن حقه في طلب الإبطال، ومثالها في حالة الغلط والتدليس خمس سنوات من تاريخ كشفهما، وفي الإكراه فالمدة خمس سنوات من يوم انقطاعه، وفي هذه العيوب الثلاثة ترفع الدعوى خلال 10 سنوات من تاريخ إبرام العقد، أما عيب الاستغلال فحددت المدة بسنة من تاريخ إبرام العقد، وهو ما تنص عليه المادة 90 فقرة من القانون المدني "ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة".

#### د - آثار البطلان

تنص المادة 103 من القانون المدني: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل...".

وتنص المادة 104 من القانون المدني: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ل يتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله".

يتضح من هذين النصين أنه إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو نسبياً فإنه يترتب عليه أثر واحد وهو زوال العقد من يوم إبرامه بأثر رجعي.

كما تنص المادة 105 من القانون المدني: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

تتمثل آثار البطلان في:

#### \* زوال العقد بأثر رجعي

يترتب على بطلان العقد زواله بأثر رجعي وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي قبل كان عليها قبل التعاقد، طبقاً لنص المادة 103/1 التي تنص "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله".

فإذا نفذ العقد كلياً أو جزئياً وجب على كل متعاقد رد ما تسلمه، أما إذا استحال الاسترداد حكم القاضي بتعويض عادل، ويستثنى من ذلك ناقص الأهلية، فإذا تقرر إبطال العقد لنقص أهلية أحد المتعاقدين فلا يلتزم ناقص الأهلية إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، وعلى المتعاقد الآخر إثبات أن ناقص الأهلية قد استفاد من تنفيذ العقد.

#### \* تحول العقد الباطل

بالرجوع للمادة 105 من القانون المدني فإن العقد الباطل يمكن تحويله إلى عقد آخر، لكن بشرط أن يتضمن العقد الباطل أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد.

ويلزم لتحويل العقد الباطل إلى عقد صحيح آخر أن يكون العقد الأصلي باطلاً أو قابلاً للإبطال، ويجب أن يتوفر فيه أركان عقد آخر، وأن تنصرف نية المتعاقدين إلى العقد الآخر.

#### \* إنقاص العقد الباطل

إن العقد إذا كان باطلاً في جزء منه فقط و كان قابلاً للانقسام فإنه ينتقص ولا يتحول، وهو ما يسمى البطلان الجزئي.

ويشترط في هذه الحالة أن يكون العقد باطلاً في شق منه أو في شرط من شروطه، أو أن يكون شق منه قابلاً للإبطال، على أن يتمسك من له مصلحة بإبطال هذا الشق، كما يشترط ألا يكون الشق الباطل في العقد أو الشرط الباطل هو الباعث الدافع إلى التعاقد.

وقد يكون الانتقاص بقوة القانون وذلك لاشتراط المتعاقدين شروطاً تجاوز بعض الحدود القانونية، مثلاً كاشتراط عم جواز تدخل القاضي في تعديل العقد في نظرية الظروف الطارئة أو في عقود الإذعان.

#### رابعاً : آثار العقد

ينشأ العقد صحيحاً بتوفر أركانه ويرتب التزامات وحقوق في ذمة كلا المتعاقدين، وتتصرف آثار العقد إلى المتعاقدين بالإضافة إلى خلفهما العام والخاص والغير.

#### 1 - القوة الملزمة للعقد (آثار العقد من حيث الموضوع)

طبقاً للمادة 106 من القانون المدني فإن العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يجيزها القانون، فلا يملك أحد المتعاقدين تعديل أو نقض العقد بمفرده فأي تعديل يكون باتفاق جديد بين الطرفين كما أنه ليس للقاضي الحق في أن يتدخل في العقد إلا فيما يخص حقوق والتزامات الأطراف.

#### أ - مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والاستثناءات الواردة عليه

نتيجة لاعتبار العقد شريعة المتعاقدين فإن كل واحد من المتعاقدين مطالب بتنفيذ التزاماته وفقاً لما اتفق عليه وبحسن نية (المادة 107 من القانون المدني)، واستظهار حسن النية يكون من خلال السعي إلى تنفيذ الالتزامات حسب القدرة والطاقة بمقياس الرجل العادي.

غير أن القول أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإرادة الطرفين أو للأسباب التي يجيزها القانون ترد عليه استثناءات أهمها نظرية الظروف الطارئة.

#### \* إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للمتعاقد

يمكن إنهاء العقد بالإرادة المنفردة إذا كان هناك شرط في العقد يسمح بذلك، فعقد الهبة يجوز فيه للواهب الرجوع فيه بعد إبرامه وبعد تنفيذه، كذلك عقد الوكالة يمكن إلغائه من طرف الموكل، أو يتنازل عنها الوكيل المواد (586 - 588 من القانون المدني).

#### \* إنهاء العقد بقوة القانون

يمكن إنهاء العقد أو تعديله بقوة القانون، وهذا رغم إرادة المتعاقدين، فقد ينص القانون على إنهاء العقد بقوة القانون مثلاً في حالة وفاة أحد المتعاقدين في عقد الشركة تنقضي الشركة، إنتهاء الوكالة بوفاة الموكل أو الوكيل، إنتهاء عقد العارية بوفاة أحد طرفيها.

#### \* سلطة القاضي في تعديل العقد

منح المشرع للقاضي سلطة التدخل في العقد تحقيقاً للعدالة والصالح العام، فالقاضي له أن يعدل من الشروط التعسفية في عقد الإذعان، أو يعفي الطرف المدعن منها طبقاً لقواعد العدالة هذا ما نصت عليه المادة 110 من القانون المدني.

كما يمكن للقاضي أن يمنح المدين المعسر أجلاً للوفاء طبقاً للمواد 119 فقرة 2 و 281 فقرة 2، وللقاضي أن يخفض من قيمة الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه طبقاً للمادة 184 فقرة 2، وللقاضي كذلك رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة طبقاً لنص المادة 107.

#### □ نظرية الظروف الطارئة :

نصت المادة 107 فقرة 3 على نظرية الظروف الطارئة كما يلي: "... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

من خلال المادة نجد أنه لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية لا بد من توفر الشروط التالية :



**الشرط الأول :** أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه، أي تنفيذه ليس فوريا أي عقد زمني، وهو ما تقتضيه النظرية لأنها تقوم على أساس حدوث طارئ مفاجئ أثناء تنفيذ العقد يؤدي إلى جعل الالتزام مرهقا وليس مستحيلا في تنفيذه من طرف المدين مما يهدده بخسارة فادحة، مثلا في عقود الإيجار لأنها عقود زمنية مستمرة.

**الشرط الثاني :** حدوث طارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه، أي أن الحادث لا يمكن توقعه من المتعاقدين وقت إبرام العقد ودون أن يكون للمدين يدا فيه كالزلازل، ارتفاع الأسعار، الحرب، وتشتت أن يكون الحادث نادر الوقوع، وأن يكون عاما أي لا يقتصر على شخص معين، إضافة إلى أن يكون كذلك ليس في الوسع توقعه ولا يمكن دفعه من طرف الرجل العادي، فإذا كان يمكن توقعه لا تطبق نظرية الظروف الطارئة.

**الشرط الثالث :** أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين وليس مستحيلا، أي أن يتهدد المدين خسارة فادحة إذا قام بالتزامه، أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا على المدين فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، لأن الاستحالة إذا كانت بسبب المدين يكون هو المسؤول أمام الدائن، أما إذا كانت بسبب قوة القاهرة ينقضي الالتزام.

ولا تكفي الخسارة العادية للمدين إذا ما نفذ التزامه في هذه الحالة، وإنما يشترط أن تكون الخسارة فادحة مرهقة، وتقدير الإرهاق متروك للقاضي الموضوع، فلا يأخذ بشخص المدين وظروفه الخاصة فقط، وإنما ينظر إلى ما يجاوز المألوف من خسارة التعامل، وينظر أيضا إلى الصفة ذاتها منفصلة عن المدين، فإذا كان تنفيذها يؤدي إلى خسارة فادحة تطبق النظرية ولو كانت لم تؤثر على المدين ماديا.

بتوفر هذه الشروط للقاضي السلطة التقديرية في تعديل العقد عن طريق رد الالتزام المترتب عنه والمرهق في تنفيذه إلى الحد المعقول، بخلاف القوة القاهرة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام ويتحمل تبعه الهلاك أحد المتعاقدين، فإذا زال أثر الحادث الطارئ قبل انتهاء العقد، تعود القوة الملزمة الكاملة للعقد.

والقاضي حر في الطريقة التي تحد من الإرهاق إما بزيادة في التزام الدائن بما يؤدي إلى توزيع الخسارة بالعدل بين الطرفين، كما للقاضي أن يوقف تنفيذ العقد حتى يزول أثر الحادث الطارئ إذا رأى أنه سرعان ما يزول وأن الدائن لا يتضرر من وقف التنفيذ.

وليس للقاضي أن يفسخ العقد، لأن ذلك سيؤدي بالدائن إلى تحمل تبعه الحدث الطارئ، مع أن النظرية تقوم على أساس توازن في الخسارة ما بين الطرفين، ويجوز للدائن أن يطلب الفسخ إذا لم يوافق على الحلول التي جاء بها القاضي، وهذا الفسخ لا يؤثر على المدين لأنه سيتخلص من التزام فيه خسارة فادحة له.

وليس لطرفي العقد الاتفاق على استبعاد أحكام نظرية الظروف الطارئة لأن ذلك يعد باطلا بطلانا مطلقا طبقا للمادة 107 فقرة 3.

#### **ب - تحديد مضمون العقد وتفسيره وتكييفه**

##### **\* تحديد مضمون العقد**

طبقا لنص المادة 107 فقرة 1 و 2: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما وهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام..".

وفقا لهذا النص مضمون العقد ونطاقه لا يتحددان فقط بحسب ما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين، بل يسترشد القاضي في تحديد مضمون العقد أي تحديد الالتزامات المترتبة عن العقد في ذمة أطرافه بكل ما يعتبر من مستلزمات العقد.

**طبيعة الالتزام :** طبيعة الالتزام تقتضي من القاضي أن يستكمل نطاق التعقد بم فرضه طبيعته، فقد تقتضي طبيعة الالتزام زيادة الالتزامات المترتبة عن العقد حتى ولو لم يذكرها المتعاقدين، مثلا من باع شيء يعتبر أنه باع ملحقاته.

**القانون :** أي أن يستكمل القاضي العقد ببعض الأحكام التكميلية القانونية والمفسرة، حيث أن هناك بعض الالتزامات الموجودة في القانون يجهلها المتعاقدين، مثال: الالتزام بضمان العيوب الخفية في عقد البيع.

**العرف :** القاضي يضيف الالتزامات التي يقتضيها العرف وفقا للعادة الجارية، مثل إضافة نسبة مئوية في فواتير الفنادق أو المطاعم لفائدة الخدمة.

**العدالة :** يسترشد القاضي بقواعد العدالة في تحديد مضمون العقد، مثل إلتزام بائع محل تجاري بعدم منافسة من إشتري منه المحل منافسة غير مشروعة.

ويتم تنفيذ العقد وفقا لمبدأ حسن النية، وهو التزم قانوني فرضته المادة 107 فقرة 1 من القانون المدني، وبالتالي تترتب مسؤولية عقدية في حالة إخلال أحد المتعاقدين بمبدأ حسن النية.

#### \* تفسير العقد :

المقصود من تفسير العقد هو تحديد نية المتعاقدين وقصدهم من تصرفاتهم القانونية وتحديد وصفه أو تكييفه القانوني ( رهن، عقد شركة، بيع ...)، لتحديد الأحكام التي تطبق على هذا العقد، وبالتالي تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عنه.

هو تحديد ما إنصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وتفسير العقد من عمل القاضي، لكنه ليس حرا في ذلك إنما ألزمه المشرع بقواعد معينة (قيودا قانونية) لضمان عدم خروجه عن مهمته الأصلية وهي التفسير دون التعديل.

تنص المادة 111 من القانون المدني أنه " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

كما تنص المادة 112 من القانون المدني أنه " يؤول الشك مصلحة المدين. غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

من خلال المادتين نجد أن المشرع حدد ثلاثة قواعد لتفسير العقد هي :

#### الحالة الأولى : عندما تكون عبارة العقد الواضحة

أي لا تتحمل أي لبس أو غموض أو تأويل فلا يجوز الانحراف عن هذه العبارة للكشف عن نية المتعاقدين، لكن قد يتدخل القاضي رغم وضوح العبارات إذا كانت لا تدل على حقيقة ما قصده المتعاقدين، فالقاضي له أن يبحث عن المعنى الحقيقي الذي اتجهت إليه الإرادة، لكنه للقيام بذلك لا بد أن لا ينحرف على المعنى الواضح لعبارات العقد، إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك من ظروف الدعوى، وأن يذكر القاضي انحرافه عن المعنى الواضح للعبارة إلى معنى آخر، فعليه أن يبين في حكمه الظروف والأسباب التي دفعته إلى ترك المعنى الواضح، وإلا كان حكمه باطلا.

#### الحالة الثانية : عندما تكون عبارة العقد غير واضحة :

أي أن العبارة تحتل التأويل وتحتاج إلى توضيح، فيلتزم القاضي بموجب القانون بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للعبارة، فالقاضي يبحث في الإرادة الباطنة للمتعاقدين التي تدل على حقيقة ما اتجهت إليه الإرادة، في حالة إذا كانت عبارة العقد تحتل أكثر من معنى، ويستعين القاضي في ذلك بعدة عوامل في التفسير العقد.

وهنا يرجع القاضي إلى المعنى الموافق لطبيعة التعامل والثقة والأمانة، وعلى القاضي أن يفسر كامل عبارات العقد للوصول للعبارات غير واضحة، كما يلتزم القاضي بتفسير العقد وفقا للعرف الجاري في المعاملات، لأنه من المفترض أن يكون كلا من المتعاقدين على علم به، وذلك وصولا إلى النية المشتركة للمتعاقدين، إلا إذا صرحا بمخالفته.

والشك يفسر لمصلحة المدين، فالأصل براءة ذمة المدين من الإلتزام إلى أن يقوم الدليل عكس ذلك، فإذا لم تكن أدلة الدائن كافية، يحكم القاضي لمصلحة المدين.

#### \* تكييف العقد :

القاضي هو الذي يكيف العقد، وهو عمل قانوني يقوم فيه القاضي بتحديد الوصف القانوني للعقد وفقا لتفسيره، وتحديد آثاره القانونية وفقا لما اتجهت له إرادة الطرفين، فإذا سميا المتعاقدين العقد عن جهل أو عن عمد بما لا يناسب مع ما ينتج من آثار، فالقاضي يصحح التسمية من تلقاء نفسه، دون الحاجة إلى موافقة المتعاقدين، فمثلا عقد بيع بثمن تافه يحول إلى عقد هبة.

وأهمية التكيف هو تحديد موضوع العقد بالنسبة للمتعاقدين وتحديد آثاره القانونية، ويخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا.

## 2 - نسبية آثار العقد (آثار العقد من حيث الأشخاص)

الأصل أن يرتب العقد آثارا بالنسبة للمتعاقدين باعتبارهما طرفي العقد، لكن قد يرتب آثارا بالنسبة للغير كاستثناء، وهذا ما يعرف بنسبية أثر العقد.

### أ - أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما

المتعاقد هو كل شخص اشترك بنفسه في إبرام العقد أو بواسطة نائب عنه، فتتصرف له آثار العقد من تحمل الالتزامات والتمتع بالحقوق، ويكون ذلك بصورة مطلقة أي بدون قيد أو حدود، أما إنصراف الآثار بالنسبة للخلف العام أو الخلف الخاص والدائن يكون مقيدا وبشروط حددها القانون،

حيث تنص المادة 108 من القانون المدني على أنه " ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث "

### \* الخلف العام :

الخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية أو في جزء منها غير محدد، وهم الورثة أو الموصى لهم بعين غير محددة أي غير معينة من التركة.

وأثر العقد بالنسبة للخلف العام هي أن الوارث أو الموصى له بوصية غير محددة يصبح مدينا بالالتزامات المتعلقة بالتركة ودائنا بحقوقها، وبالرجوع لنص المادة 80 من قانون الأسرة وأحكام الشريعة الإسلامية وفقا لمبدأ لا تركه إلا بعد سداد الديون، فلا ينتقل إلى الوارث سوى الحقوق بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا المتعلقة بها، فإذا لم يبق من التركة شيئا فلا يرث شيئا، فإذا كانت الديون تزيد عن قيمة الورثة فلا يتحملها الوارث، كما أن هناك حقوقا لا تورث مثل حق الانتفاع.

كما ترد قيود على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام هي طبيعة التعامل ونص القانون والاتفاق. فطبيعة التعامل يعني أن الحق أو الالتزام الذي يقوم على اعتبار شخصي لا ينتقل إلى الورثة، مثلا كحق الانتفاع الذي ينقضي بموت المنتفع ولا ينتقل إلى الورثة، ونص القانون أي أن يرد في القانون يقضي بعدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مثلا انقضاء الشركة بموت أحد الشركاء في شركة التضامن طبقا لنص المادة 438 من القانون المدني، كذلك انتهاء الوكالة بموت الموكل أو الوكيل طبقا لنص المادة 586 من القانون المدني إلى غير ذلك.

أما الاتفاق فقد أضافه الفقهاء على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين إذا اتفق السلف مع المتعاقد معه على عدم انتقال حقوق والتزامات المورث إلى الخلف العام فسيتم ذلك.

### \* الخلف الخاص :

تنص المادة 109 من القانون المدني على أنه " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

الخلف الخاص هو من ينتقل إليه حق خاص من الحقوق العينية أو الشخصية أو المعنوية أو دين من ديون السلف الثابتة في ذمته المالية بإحدى الاتفاقات الناقلة للحقوق أو بنص القانون، أي هو من يتلقى من سلفه سواء أكان هذا الحق عينيا أم شخصيا، وسواء أكان بعوض أو عن طريق التبرع.

ولانتقال ذات الحق المتفق من السلف إلى الخلف الخاص يجب يكون الحق المستخلف فيه موجودا وثابتا في ذمة السلف قبل انتقاله للخلف الخاص، أي أنه من نشأ الحق في ذمته لأول مرة لا يعتبر خلفا خاصا وإنما هو دائن عادي كالمستأجر والمستأجر من الباطن، ولا يعتبر خلفا خاصا من يكسب حقا عينيا ابتداء مثال : الشخص الذي يملك عقار أو منقول بالتقادم.

كما يجب أن يكون الحق المنقول حقا معينيا ومحددا أي ليس باعتباره مجموعة من المال، وأن يكون وجود تصرف أو نص قانوني ناقل للحق من السلف إلى الخلف الخاص، والتصرفات الناقلة للحق كحوالة الحق أو حوالة الدين، والتنازل عن الإيجار، البيع، عقد شركة، قسمة، الهبة، وصية.

وما تجدر الإشارة إليه ينتقل الحق من السلف إلى الخلف الخاص بجميع توابعه وملحقاته الإيجابية منها أو السلبية، مثلا نقل الملكية إلى المشتري مع رهن رسمي.

ويشترط أولا لانتقال الحقوق والالتزامات للخلف الخاص اتصال الحقوق والالتزامات بالحق المستخلف فيه، ويتحقق هذا الشرط إذا كانت هذه الحقوق والالتزامات من مستلزمات الحق المستخلف فيه، فقد تكون التزامات من شأنها أن تحد من منفعة الحق المستخلف فيه مثلا ببيع عقار ترتب عليه حق مرور لفائدة شخص آخر.

ويتمثل الشرط الثاني في أسبقية وجود الحقوق والالتزامات على تاريخ انتقال الحق المستخلف فيه إلى الخلف الخاص، أي أن هذا التصرف الذي ترتب هذه الحقوق والالتزامات يكون تاريخه سابقا أو قبل تاريخ انعقاد تصرف السلف مع الخلف.

أما الشرط الثالث فهو ضرورة علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات التي تنتقل إليه، أي أن يكون الخلف على علم بها وقت انتقال الحق إليه وهو شرط مهم لأنها تعد قيودا.

#### ب - أثر العقد بالنسبة للغير :

يقصد بالغير كل شخص غير المتعاقدين أو خلفهما العام والخاص، والقاعدة العامة أن آثار العقد لا تنصرف للغير، لكن هذه القاعدة ليست مطلقة طبعا لمبدأ نسبة آثار العقد، حيث تنص المادة 113 من القانون المدني " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا "، لذلك قد نجد شخصا (الغير) ليس طرفا في العقد يكتسب حقوقا في الحاليتين التاليتين :

#### \* التعهد عن الغير

تنص المادة 114 من القانون المدني أنه " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يقيّد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقده معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به ".

التعهد عن الغير هو عقد بين شخصين يلتزم أحدهما وهو المتعهد بأن يجعل شخصا ثالثا يلتزم في مواجهة المتعاقد معه، مثال: الوكيل خارج حدود وكالته يلتزم أمام الغير بالحصول على رضا الموكل.

حتى نكون أمام تعهد عن الغير لا بد من توفر الشروط التالية :

**الشرط الأول :** أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير، لأنه ليس نائبا وليس فضوليا .

**الشرط الثاني :** أن تتجه إرادة المتعهد في إلزام نفسه لا إلزام الغير، لأنه لا يمكن إلزام شخص بآثار عقد لم يكن طرفا فيه، وفي حالة قبول الغير للتعهد لا ينشأ التزام الغير عن التعهد وإنما عن عقد جديد يكون بقبول التعهد والمعهد له.

**الشرط الثالث :** أن يكون موضوع التزام المتعهد هو حمل الغير على قبول التعهد، وهو التزام بتحقيق نتيجة أي حصول رضا الغير بالتعهد، فإذا عجز عن ذلك يكون مسؤولا عن إخلاله بتنفيذ التزامه لأنه لا يكفي أن يثبت أنه بذل عناية للحصول على الرضا، إنما يشترط أن يحقق نتيجة وعليه أن عليه إثبات القوة القاهرة كموت الغير مثلا هي التي أدت إلى عدم تحقق النتيجة.

لذلك يترتب عن التعهد عن الغير أثاران هما :

**الأثر الأول :** إذا قبل الغير التعهد تبرأ ذمة المتعهد، ينشأ عقد جديد بين الغير والمتعاقد معه، ولم يشترط القانون في إقرار الغير للتعهد أي شكل أن يكون صريحا أو ضمنيا.

وإقرار الغير للتعهد ليس له أثرا رجعيا إلى وقت التعهد، ذلك أن التزامه يكون من تاريخ موافقته وليس من تاريخ عقد التعهد، لكن هذا لا يمنع أن يكون لإقراره أثرا رجعيا إذا قصد الغير ذلك .

**الأثر الثاني :** إذا رفض الغير التعهد فإنه ليس مسؤولا لأنه غير ملتزم أصلا، والمتعهد هو المسؤول ويلتزم بتعويض المتعاقد معه إلا إذا أثبت القوة القاهرة، أو يتخلص من التعويض بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به متى كان ذلك ممكنا.

#### \* الاشتراط لمصلحة الغير

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

لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد. ويجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك ". يعرف الاشتراط لمصلحة الغير أنه عقد يتم بين شخصين هما المشتراط والملتزم بمقتضاه يكسب شخصا ثالثا يسمى المستفيد أو المنتفع حقا مباشرا قبل الملتزم يستطيع أن يطالبه بالوفاء به. وتطبيقاته من الناحية العملية كثيرة ومتعددة، مثلا عقد تأمين لمصنع من طرف ممثله وهو المشتراط لدى شركة تأمين وهي المتعهد لفائدة العمال وهم المنتفع، كذلك عقد هبة مع اشتراط قيام الموهوب له بأداء مبلغ مالي لفائدة شخص ثالث بصفة دورية لشخص على مدى الحياة. تتمثل شروط الاشتراط لمصلحة الغير في:

**الشرط الأول :** أن يتعاقد المشتراط باسمه دون إدخال المنتفع طرفا في العقد، وهذا ما يفرق بين الاشتراط والنيابة الاتفاقية أو القانونية، فالتصرف في النيابة باسم الأصيل ولحسابه، أما الاشتراط لمصلحة الغير فيكون باسم المشتراط ولحساب المنتفع (الغير).

**الشرط الثاني :** أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع، فالحق نشأ مباشرة في ذمة المتعهد من العقد لفائدة المنتفع رغم أنه لم يكن طرفا في العقد دون أن يمر بذمة المشتراط، ويستطيع المستفيد مطالبة المتعهد مباشرة بالحق الناشئ عن العقد وباسمه الشخصي بمقتضى دعوى مباشرة.

**الشرط الثالث :** أن تكون للمشتراط مصلحة شخصية في الاشتراط لمصلحة الغير، هذه المصلحة قد تكون مادية كأن يشترط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لشخص ثالثا دائنا للبائع، وقد تكون مصلحة أدبية كتبرع لشخص ثالثا، ولا بد أن تكون المصلحة مشروعة و غير مخالفة للأداب العامة. يترتب عن الاشتراط لمصلحة الغير أثاران هما :

**الأثر الأول :** علاقة المشتراط بالمتعهد تحكمها أحكام العقد المبرم بينهما (المشتراط والمتعهد)، كل منهما له الحق في طلب التنفيذ من الآخر، وللمشتراط أن يطلب من المتعهد تنفيذ الحق الذي اشترطه للغير، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أن الحق في المطالبة مقصور على المنتفع.

ويجوز للمشتراط طلب الفسخ في حالة عدم تنفيذ المتعهد لالتزاماته، كما له أن يدفع بعدم التنفيذ، لكن إذا فسخ العقد بعد موافقة المنتفع فلا يضيع الفسخ حقوق المنتفع إلا إذا كان الاشتراط تبرعا يجوز الرجوع فيه.

**الأثر الثاني :** علاقة المشتراط بالمنتفع تتحدد حسب قصد المشتراط في الحق الذي اشترطه على المتعهد بتنفيذه بناء على أحكام الاشتراط لمصلحة الغير، وقد يكون قصد المشتراط تبرعا أو معاوضة. فإذا كان القصد تبرعا للمنتفع كالهبة، فلا بد من توفر شروط الهبة، وهي أهلية التبرع في المشتراط؛ وإذا صدر الاشتراط في مرض الموت تطبق عليه أحكام الوصية.

أما إن كان القصد معاوضة، فالعلاقة بينهما يحددها موقف المشتراط من المنتفع، كأن يكون مدينا له أو قصد إقراض المنتفع، أو قصد إيداعه لديه. وأن القيمة التي يلتزم بها المتعهد في مواجهة المنتفع لا تزيد عن القيمة التي يلتزم بها المتعهد للمشتراط.

**الأثر الثالث:** بالنسبة لعلاقة المتعهد بالمنتفع فإنه يترتب حقا مباشرا للمنتفع، وهو ما يعد خروجاً عن مبدأ نسبية أثر العقد، فالغير ينشأ له حق عن عقد لم يكن طرفاً فيه، ويترتب على اعتبار حق المنتفع في مواجهة المتعهد حقا مباشرا من عقد الاشتراط ، وهذا الحق يكون قابلا للنقض من المشتراط وذلك إلى أن يظهر المنتفع رغبته في الاستفاد من الاشتراط.

حيث ينشأ حق شخصي ومباشر للمنتفع، وهو حق يخول للمنتفع رفع دعوى مباشرة يطالب فيها المتعهد الوفاء بما التزم به ، و يترتب على ذلك أن هذا الحق ينشأ من يوم انعقاد العقد.

وطبقا لنص المادة 117 يحق للمشتراط نقض إشتراطه، بشرط أن لا يكون المنتفع قد أظهر رغبته في الاستفادة منه، والرجوع حق شخصي للمشتراط لا يستعمله دائنوه باسمه، ولا ينتقل إلى الورثة.

والنقض قد يكون صريحا أو ضمنيا، ويسقط هذا الحق بإعلان المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط، كما أنه لا يترتب على نقض الاشتراط أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتراط إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من الاشتراط.

ويجب على المنتفع إظهار رغبته في الاستفادة من الاشتراط، إذ ينقضي حق المشتراط في الوقت الذي يظهر فيه المستفيد برغبته في الاستفادة، ويكسب حقه بأثر رجعي إلى يوم انعقاد العقد. وقبول المستفيد تصرف قانوني يترتب عليه تثبيت حقه وليس للقبول شكل معين.

كما أنه للمنتفع رفض الاشتراط، فينصرف حقه للمشتراط أو ورثته، ويجوز للمشتراط تعيين منتفع آخر الذي يثبت حقه من وقت العقد لا من وقت التعيين، ويستطيع دائني المنتفع أن يستعملوا حقه في الإقرار عن طريق الدعوى غير المباشرة إذا كان الاشتراط معاوضة بالنسبة إليه.

#### **خامسا : المسؤولية العقدية (جزاء الإخلال بالقوة الملزمة للعقد)**

إذا تم العقد صحيحا بتوافر جميع أركانه، فعلى كل واحد من المتعاقدين تنفيذ الالتزامات التي ترتبت في ذمته من العقد وفقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وإذا لم يتم بالتنفيذ يمكن إجباره على ذلك باستعمال الوسائل القانونية التي منحها القانون للدائن لحمل المدين على الوفاء، وتستعمل هذه الوسائل في حالة واحدة، وهي إذا كان تنفيذ الالتزام ممكنا وغير مستحيل طبقا لنص المادة 164 من القانون المدني أنه "يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا".

وإذا كانت الاستحالة ترجع إلى قوة قاهرة فلا يسأل المدين على عدم التنفيذ، أما إذا كانت الاستحالة بسبب المدين يكون مسؤولا عن عدم التنفيذ مسؤولية أساسها الإخلال بالتزام عقدي، وتسمى المسؤولية العقدية ولها ثلاث أركان : الخطأ العقدي، الضرر، العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر.

#### **1- الخطأ العقدي**

هو عدم تنفيذ المدين للالتزام المترتب عن العقد أو التأخر في تنفيذه؛ والذي نشأ في ذمته باعتباره طرفا من أطراف العقد، ويستوي ذلك أن يكون عدم التنفيذ راجع إلى إهمال المدين أو عمدا، حيث تنص المادة 176 من القانون المدني أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

والالتزامات نوعين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية، فالالتزام بتحقيق نتيجة تنفيذه لا يكون إلا بتحقيق نتيجة أو غاية معينة محل الالتزام، فإذا لم يتم المتعاقد بتحقيقها يكون قد أخل بالتزامه العقدي بسبب عدم تنفيذه، وبالتالي يتحقق الخطأ العقدي بعدم تحقيق نتيجة في هذه الحالة.

أما الالتزام ببذل عناية فهو الالتزام الذي يبذل فيه المتعاقد الجهد للوصول إلى الغرض المقصود، فقد يتحقق وقد لا يتحقق، فالمهم في الالتزام هو بذل عناية الرجل العادي أي مقدار الجهد الذي يجب أن يبذله المدين في تنفيذ التزامه قد يزيد أو ينقص تبعا لما ينص عليه القانون أو الاتفاق؛ مثل التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجر.

ويقع عبء إثبات الخطأ العقدي على الدائن، فإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة على الدائن إثبات عدم تحقيق النتيجة التي أُرادها أما إذا كان التزام ببذل عناية فعلى الدائن إثبات أن المدين لم يبذل عناية الرجل العادي في تنفيذ التزامه، فإذا ادعى المدين أنه نفذ التزامه تنفيذا عينيا فيقع عليه عبء إثبات ذلك، أو أن يثبت وجود السبب الأجنبي الذي يترتب عليه عدم التنفيذ وإلا لا حكم عليه بالتنفيذ العيني.

#### **2 - الضرر**

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية أن يرتكب المدين خطأ عقديا وإنما لابد أن يترتب عنه ضرر جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي أو التأخر في تنفيذه.

يعرف الضرر أنه ذلك الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم يكن.

ويستلزم التعويض للدائن عن عدم تنفيذ المدين التزامه كاملا أو جزءا منه، أو عن تأخره في التنفيذ وهذا طبقا لنص المادة 176 من القانون المدني.

والضرر قد يكون ماديا كما قد يكون معنويا، والضرر المادي هو الأكثر وقوعا فيصيب الشخص في جسمه أو ماله، وقد يكون حالا أي وقع فعلا من جراء الخطأ العقدي، وقد يكون مستقبليا أي محقق الوقوع في المستقبل فإذا كان من الممكن تقدير الأضرار التي يمكن أن تقع بالفعل يمكن للدائن أن يطالب

بالتعويض، أما إذا لم تكن إمكانية تحديد الضرر المستقبلي فليس للدائن المطالبة به، كما قد يكون الضرر محتمل الوقوع فلا يجوز التعويض عنه إلا في حالة وقوعه.

أما الضرر المعنوي فهو نادر الوقوع في المسؤولية العقدية، وهو الضرر الذي يصيب الشخص في مصلحة غير مادية مثل السمعة و الشرف و الكرامة، وقد نص عليه المشرع في المادة 182 مكرر من القانون المدني أنه "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

ويشترط في الضرر أن يكون محققاً، أما الضرر المستقبلي فإذا كان ممكن تقدير التعويض عنه في الحال جاز للدائن المطالبة به فوراً، أما إذا لم يكن تقدير التعويض ممكناً في الحال، فإن القاضي يحكم بالتعويض على ما وقع من ضرر وقت الحكم، ويبقى للمضرور الحق في الرجوع للمطالبة بالتعويض عند استفحال الضرر في المستقبل، كما أنه لا يعرض عن الضرر الاحتمالي إلا وقت تحققه.

ويجب أن يكون الضرر مباشراً أي أن يكون نتيجة طبيعية لعدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ، ويكون إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول و هذا طبقاً للمادة 182 فقرة 1 من القانون المدني، والمدين يسأل عن الضرر المباشر المتوقع، لكنه لا يسأل عن الضرر غير المتوقع إلا في حالة إخلاله بالتزامه غشاً أو خطأ جسيماً.

ويشمل الضرر عموماً ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، شريطة أن يكون نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالتزاماته التعاقدية.

### 3 - علاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية وجود خطأ عقدي وضرر، بل يجب كذلك أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن بسبب الخطأ العقدي، أي أن يكون خطأ المدين هو السبب في حدوث الضرر، فإذا انتفت هذه العلاقة السببية فلا محل لمسؤولية المدين.

ويتم نفي العلاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي، أي أن الخطأ العقدي ليس من تسبب في وقوع الضرر الذي أصاب الدائن، و يتمثل السبب الأجنبي في :

أ - القوة القاهرة أو الحادث الفجائي: وهي أمر أجنبي لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه، وأن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وأن يكون لا يد للمدين فيه، مثال الفيضان، الزلزال، الحرب.

ب - فعل المضرور نفسه (الدائن): وهذا ما جاء في نص المادة 177 من القانون المدني " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه ".

ج - فعل الغير: أي أن يثبت المدين أن الضرر الذي أصاب الدائن كان بسبب شخص أجنبي عن العقد.

#### \* تعديل قواعد المسؤولية :

إن قواعد المسؤولية العقدية ليست من النظام العام، لذلك يجوز الإتفاق على تعديلها بشرط أن يكون ذلك في حدود النظام العام والأداب العامة، تنص عليه المادة 178 من القانون المدني " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.

و كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم. غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه...".

وفقاً لهذا النص يجوز الاتفاق بين الطرفين على الزيادة في المسؤولية (تشديدها)، أي أن يكون المدين مسؤولاً حتى ولو كان عدم التنفيذ يرجع إلى قوة القاهرة أن حادث فجائي، كما يمكن الإتفاق على التخفيف من المسؤولية أو حتى الإعفاء منها.

غير أن هناك قيد على ذلك وهو حالة الخطأ العمدي الذي ينشأ عن غش المدين أو الخطأ الجسيم، ويلاحظ أنه يجوز الاتفاق في مثل هذه الحالة على إعفاء المدين من المسؤولية الناجمة عن الغش والخطأ الجسيم الصادر من الأشخاص الذين يعملون لديه.

كما يبطل كل اتفاق يقضي بإعفاء المدين من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي أي العمل غير المشروع طبقاً للمادة 178 فقرة 3 من القانون المدني.

#### سادساً : إنحلال العقد

إن المصير الطبيعي لأي عقد يكون بتنفيذ الالتزامات التي ينشئها، غير أن العقد قد ينتهي قبل تمام تنفيذه وهو ما يعرف بالانحلال، ويقصد بانحلال العقد إزالة الرابطة التعاقدية التي تجمع بين أطرافه بعد قيامها قياما صحيحا.

أسباب انحلال العقد يمكن حصرها في سببين أساسيين هما الفسخ والدفع بعدم التنفيذ.

## 1 - فسخ العقد

هو حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد طرفي العقد أدخل الطرف الآخر بالتزامه، فالفسخ هو جزء إخلال العاقد بالتزامه ليتحرر العاقد الآخر من التزاماته.

تنص المادة 119 من القانون المدني أنه " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات."

### أ - شروط الفسخ

يشترط لطلب الفسخ توافر الشروط التالية :

**الشرط الأول :** أن يكون العقد المطلوب فسخه ملزما للجانبين : حيث يقوم نظام الفسخ على أن أحد طرفي العقد لم يقم بتنفيذ التزامه المترتب عن العقد ، فيقوم الطرف الثاني بطلب الفسخ . مما يستلزم وجود عقد ملزم للجانبين ، فلا يمكن تصور الفسخ في العقد الملزم لجانب واحد .

**الشرط الثاني :** أن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه : أي أن يكون التنفيذ العيني مستحيلا بفعل المدين، ويستوي أن يكون عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً أو كان التنفيذ معيباً، وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

**الشرط الثالث :** أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعد لتنفيذه: فلو لم ينفذ طالب الفسخ التزامه ولم يكن مستعداً للتنفيذ فليس له الحق في طلب الفسخ في الوقت الذي أدخل فيه هو بالتزامه.

### ب - حالات فسخ العقد

الأصل أن الفسخ يتقرر بحكم قضائي، لكنه قد يتقرر بقوة القانون أو بالاتفاق.

#### \* الفسخ القضائي :

للدائن أن يطالب بالفسخ أمام القضاء، لكن يشترط قبل ذلك إعدار المدين بوجوب الوفاء بالتزامه قبل طلب الفسخ بواسطة إنذار عن طريق محضر قضائي أو البريد، وحكم القاضي في هذه الدعوى هو حكم كاشف وليس منشأ.

وللقاضي السلطة التقديرية في نظر الدعوى، فإما أن يحكم بالفسخ إذا ما تبين له أن المدين تعمد عدم الوفاء أو إهماله رغم إعداره، أو يرفضه ويأمر بتنفيذ العقد في حالة إذا كان الجزء من الالتزام غير المنفذ من قبل المدين قليل الأهمية بالنسبة لكل الالتزام، كما أنه قد يمنح أجلا للمدين لتنفيذ التزامه، ويسمى الأجل القضائي أو نظرة الميسرة، ما لم يتسبب ذلك في ضرر للدائن.

وللقاضي أن يحكم بتنفيذ المدين التزامه على أفساط إذا كان حسن النية والذي يظهر من ظروف الحال، كما قد يحكم بالفسخ والتعويض للدائن، إذا ما ثبت له تعمد المدين أو إهماله الكبير.

ويبقى للدائن بعد رفعه دعوى الفسخ وقبل صدور الحكم أن يعدل عن طلبه، بطلب التنفيذ العقد عينياً أو بمقابل، كما له عكس ذلك أي أن يعدل عن دعوى التنفيذ إلى دعوى الفسخ:

ويستطيع المدين توقي الحكم في دعوى الفسخ المرفوعة من طرف الدائن، أن يقوم بتنفيذ التزامه.

تسقط دعوى الفسخ بمضي خمس عشرة سنة من وقت الإعدار وهو وقت ثبوت الحق في الفسخ.

#### \* الفسخ بحكم القانون :

ويسمى الانفساخ، نصت عليه المادة 121 من القانون المدني أنه " في العقود الملزمة للجانبين، إذا

انقضت التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون."

من خلال هذه المادة نجد أن عدم التنفيذ الذي يرجع إلى سبب أجنبي ولا يد للمدين فيه، يترتب عنه

استحالة التنفيذ وبالتالي انقضاء التزام المدين، الأمر الذي يؤدي إلى انقضاء الالتزام المقابل له وبالتالي

انفساخ العقد بحكم القانون، وهذا الفسخ لا يحتاج إلى إعدار المدين، لأن الإعدار هو تكليف بالوفاء لكن في

هذه الحالة الوفاء مستحيل.



كما لا يحتاج الفسخ القانوني إلى حكم قضائي لأنه يقع بحكم القانون، لكن إذا أقتضى الأمر اللجوء إلى القضاء للتأكد من توافر شروط السبب الأجنبي، يكون الحكم مقررا وليس منشأ.  
والاستحالة المقصودة هي الاستحالة المطلقة، ويجب أن تكون ناشئة في تاريخ لاحق لقيام العقد.

#### \* الفسخ بحكم الاتفاق :

ويسمى كذلك التقايل، نصت عليه المادة 120 من القانون المدني أنه " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين ".  
طبقا لهذا النص نستنتج أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على فسخ العقد سواء قبل البدء في تنفيذ العقد أو أثناء التنفيذ إذا كانت له مصلحة في ذلك، كما لهما الاتفاق على فسخ العقد في حالة عدم تنفيذ أحدهما التزامه في مواجهة الطرف الثاني.

لكن الاتفاق لا يعفي من اللجوء إلى القضاء فعلى الدائن أن يرفع دعوى يطلب فيها الفسخ والحكم يكون مقررا ليس منشأ للفسخ، لأن الفسخ وقع بحكم الاتفاق قبل رفع الدعوى.  
كما أن الاتفاق على الفسخ لا يمنع القاضي من سلطته التقديرية كمنح أجل للوفاء، كما أنه لا يعفي الدائن من شرط إعذار المدين قبل رفع الدعوى فسخ.

#### ج - أثر الفسخ

##### \* إعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل التعاقد:

إذا وقع الفسخ بأي صورة من صور السابقة الذكر فإن الأثر الأساسي المترتب عنه هو إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانت قبل إبرام العقد متى كان ذلك ممكنا، أي يسترد كل متعاقد ما دفعه دون حق، لكن العقود المستمرة أو الزمنية لا يكون فيها الفسخ بأثر رجعي، وهو ما تنص عليه المادة 122 من القانون المدني.

وللدائن الذي أجيب طلبه بالفسخ الحق في طلب التعويض عما أصابه من ضرر بسبب تعمد المدين أو إهمال المدين بعدم تنفيذ التزامه، والتعويض يكون على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية لأن العقد قد حكم بفسخه فلا يصلح التعويض عنه.

أما إذا طالب الدائن بالتنفيذ وليس الفسخ فله الحق في طلب التعويض على أساس المسؤولية العقدية، تنص المادة 119 فقرة 1 من القانون المدني أنه " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. "

**ثالثا- الأثر الرجعي للفسخ يسري للغير:** فتسقط حقوقه التي كسبها على الشيء محل العقد أو حقوقا عينية عليه من طرف أحد المتعاقدين بعد تسجيل دعوى الفسخ، أما الغير الذي اكتسب هذه الحقوق بعد تسجيل دعوى الفسخ فقد حظي بحماية قانونية إذا كان حسن النية فتنبى حقوقه مرتبة لأثارها.

#### 2 - الدفع بعدم التنفيذ

تنص المادة 123 أنه " في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به. "  
فالدفع بعدم التنفيذ هو حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا امتنع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه في نفس العقد، والفكرة التي أسس عليها الدفع بعدم التنفيذ هي الارتباطات بين الالتزامات المتقابلة.

#### أ - شروط الدفع بعدم التنفيذ :

من خلال نص المادة 123 من القانون المدني نجد أنه يشترط للتمسك بهذا الدفع ما يلي :

**الشرط الأول :** أن يكون العقد ملزما للجانبين

الدفع بعدم التنفيذ لا يكون له مجال في العقود الملزمة لجانب واحد، ذلك أن أساسه هو الارتباطات بين الالتزامات المتقابلة الناشئة عن العقد.

**الشرط الثاني :** أن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه

يجب أن يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، يستوي أن يكون عدم التنفيذ كلياً أم جزئياً، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كانت هذه الالتزامات حالة الأداء، فإذا كان الالتزام غير مستحق الأداء أي مؤجلاً فإن الدائن لا يستطيع التمسك بهذا الدفع.

**الشرط الثالث :** أن يكون المتعاقد المتمسك بوقف التنفيذ مستعداً لأداء التزامه، إذ لا يحق الدفع بعدم التنفيذ إلا إذا كان صاحبه مستعد الوفاء بالتزامه التعاقدى لسبب أو لآخر.

#### **ب - كيفية التمسك بعدم التنفيذ :**

الدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية، أي أن المتعاقد لا يتمسك بها إلا إذا تمت مطالبته بما عليه من التزامات، فيمتنع عن التنفيذ إلى غاية قيام المتعاقد الآخر بالتنفيذ، لذلك لا يشترط فيه الإعداء. والتمسك بعدم التنفيذ قد يقوم به كلا المتعاقدين، بحيث يمتنع كل متعاقد عن تنفيذ التزامه إلى غاية تنفيذ قيام المتعاقد الآخر بالتنفيذ، وفي حالة النزاع يحكم القاضي من عليه تنفيذ الالتزام أولاً.

#### **ج - أثر الدفع بعدم التنفيذ**

إذا توفرت شروط الدفع بعدم التنفيذ فإنه ينتج أثره بين المتعاقدين وبالنسبة للغير. فبالنسبة للمتعاقدين يترتب عليه وقف تنفيذ التزام الطرف الذي تمسك به، حتى يقوم الطرف الثاني بتنفيذ التزامه، و بالتالي يترك دفعه وينفذ التزامه إختياراً أو جبراً فلم يعد له مبرر لهذا الدفع، حيث يستعيد العقد قوته الملزمة لكلا المتعاقدين وعليهما تنفيذه، فلا يزول الالتزام كما في الفسخ: وإذا لم يقم الطرف الثاني بالتنفيذ بعد هذا الدفع، للمتعاقد المتمسك بالدفع أن يطالب بالتنفيذ الجبري أو المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية و أن يطلب الفسخ بصفة نهائية. بالنسبة للغير إذا كان الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع فإنه يسري في مواجهته هذا الدفع، أما إذا ثبت حق الغير قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع فلا يسري الدفع في حقه.