

**النظرية العامة للالتزام
في القانون المدني الجزائري
محاضرات موجهة لطلاب السنة الثانية شريعة**

**ليلى جمعي
دكتورة في القانون الخاص
أستاذة التعليم العالي بجامعة وهران**

تمهيد

يعد الإنسان كائنا اجتماعيا بطبعه، حيث لا تستقيم حياته إلا داخل مجتمع منظم وفق نظم و الشرائع تتماشى و طبيعته تلك.لذا لازمت القواعد القانونية الحياة الاجتماعية للإنسان على مر العصور و إن اختلفت أشكالها و مصادرها من مجتمع لآخر و من زمن لآخر. إلا أن يعيش الإنسان

ضمن مجتمع لا يعني نكران لفرديته و حرّيته، و ما جاء القانون إلا ليتمكن الأشخاص من الحصول على أكبر قدر من تلك الحرية من خلال إلزامهم ببعض القيود التي يفرضها عليهم القانون.

ولقد نتج عن تنظيم القانون للحياة الاجتماعية اعترافها بمجموعة من الحقوق للأشخاص، منها ما هو غير مالي مثل الحال الحقوق السياسية و حقوق الأسرة، و منها ما هو مالي لأنه ينجر عليه ثراء الإنسان.

و تشتمل الحقوق المالية على الحقوق العينية، وهي تلك الحقوق التي يكون محلها الأعيان و هي تتميز بوجودها المادي، مقارنة بالحقوق الشخصية، و هي نوع الثاني من الحقوق المالية ، أو ما يعرف أيضا بالالتزامات، لأن محلها هو دين الذي يكون للدائن في ذمة المدين.

و لقد تنظيم الالتزامات في الكتاب الثاني من القانون المدني و ذلك من خلال إحدى عشر بابا، خص أولاها لمصادر الالتزام و هذا ما سنحاول الوقوف عليه في هذا العمل. وذلك من خلال ثلاث فصول، فصل تمهيدي و فصلين مستقلين، نخصص الأول لمصادر الالتزام و الثاني لأحكام الالتزام.

الفصل التمهيدي

تمهيد

يعد تنظيم الحق أحد أثار التنظيم القانوني للحياة الاجتماعية، ونعني بالحق
:"ذلك الاستثناء و التسلط بقيمة معينة الذي يعترف به القانون لشخص
معين و يحميه." و ينقسم الحق بحسب طبيعة القيمة محل الاستثناء إلى
حق مالي و حق غير مالي، كما يوجد حقوق ذات طبيعة مختلطة بسبب
اشتمالها على الجانبين المالي و الغير المالي.

كما يقسم الحق المالي إلى حق عيني و آخر شخصي، بحيث ينصب الحق
العيني كما يظهر من اسمه على عين معينة، في حين يتمثل الحق الشخص
في حق مالي للدائن في ذمة المدين، بمقتضاه يلزم الدائن مدينه بتقديم
عطاء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل لمصلحته، و بذلك يمكن
اعتبار الحق الشخصي مرادف للالتزام، و حتى نتأكد من هذا الأمر
سنتطرق في هذا المدخل إلى مجموعة من النقاط يمكن إجمالها في ما يلي:

أولاً: تقسيمات الحق

ثانياً: مفهوم الالتزام في الفقه القانوني

أولاً: تقسيمات الحق

ينقسم الحق بالنظر إلى القيمة التي ينصب عليها، إلى حق مالي و حق غير مالي و آخر مختلط.

1 – الحقوق الغير مالية:

يقصد بالحقوق الغير مالية تلك الحقوق التي تنصب على قيمة غير مالية، و التي تثبت للإنسان بصفته، إنسان ،أو بكونه ينتمي إلى دولة معينة، أو باعتباره عنصر ضمن أسرة ما.

- حقوق الإنسان

تثبت هذه الحقوق للشخص تأكيدا على صفته و كرامته الإنسانية، بحيث لا يمكن له الصفة أن تكتمل، إلا إذا تم الاعتراف له بهذه الحقوق وصيانتها.حي يهدف جانب من هذه الحقوق إلى حماية الجانب المادي لشخصية الإنسان في حين تتجه مجموعة أخرى إلى حماية الجانب المعنوي للإنسان..

(أ) الحقوق الذي تحمي الجانب المادي للإنسان

يمكن إجمال هذه الحقوق في الحق في الحياة و الحق في السلامة الجسدية.

- الحق في الحياة:

جاء النص على هذا الحق في كل المواثيق الدولية، إضافة إلى الدساتير الوطنية.حيث نص الدستور الجزائري في هذا الصدد، بل و لقد جرم المشرع الجزائري على غرار من التشريعات العقابية في العالم الاعتداء على الحق في الحياة بأقصى العقوبات، حيث عد مثل هذا الفعل جنائية

تتراوح عقوبتها بين الإعدام و السجن المؤبد، و السجن المؤقت بحسب الظروف و الملابس التي تمت فيها جريمة القتل.

_ الحق في السلامة الجسدية

نعني بالسلامة الجسدية، حماية الجسد الإنساني من أي اعتداء من شأنه المساس بسلامة جسده و عافيته. و على غرار الحق في الحياة تعترف العديد من المواثيق الدولية و القوانين الوطنية بهذا الحق و تحميه.

كما جرمت التشريعات الاعتداء على هذا الحق و اعتبرت المساس به جنحة يعاقب عليها قانون العقوبات . كما كرس الدستور الجزائري الاعتراف بهذه الحقوق التي تهدف إلى حماية الإنسان في أمنه ، وفق ما جاء النص عليه في المادة 34 من الدستور .

(ب) الحقوق المتعلقة بالكيان المعنوي للإنسان

تكتمل الانسانية الإنسان بحماية بعديه المادي و المعنوي ، و هو ما نصت عليه المادة 34 من الدستور و التي جاء فيها : "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان.

و يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة ."

يتم حماية الجانب المعنوي للإنسان عبر حماية مجموعة الحقوق ذات الصلة بهذا الجانب ، مثل حقه في الكرامة و حقه في السلامة المعنوية ، كما جاء النص عليها في المادة 34 و 35 من الدستور ، الحق في الحياة الخاصة بما فيها سرية المراسلات و الاتصالات الخاصة بكل أشكالها ، كما جاء التأكيد في المادة 40 من ذات الدستور على أن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن ، فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون ، و في إطار احترامه ، و لا تفتيش إلا بمقتضى القانون و إطار احترامه.

- الحقوق السياسية

تعد الحقوق السياسية من بين الحقوق الغير المالية التي تثبت للشخص باعتباره ينتمي بجنسيته إلى دولة معينة. و تتمثل هذه الحقوق في حق في الترشح و الحق في الانتخاب و الحق في تولي الوظائف العامة. بحيث تثبت هذه الحقوق للشخص باعتباره مواطناً.

- الحقوق الأسرية

نعني بها الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره ينتمي لأسرة معينة، وتقوم الأسرة وفق قانون الأسرة الجزائري على مبدأين هما الزوجية و القرابة.¹ حيث يثبت لكل من الزوجين مجموعة من الحقوق استناداً إلى الرابطة الزوجية التي تربطهما، وفق ما نصت عليه المادة من ق أ

كما أن القرابة ترتب مجموعة من الحقوق لمصلحة الأقارب في علاقتهم ببعضهم البعض سواء تعلق الأمر بالقرابة المباشرة² أو القرابة الغير المباشرة³

حيث توجب القرابة المباشرة مثلاً الانفاق على بعضهم البعض على عمود النسب بحسب الحاجة و المقدرة و درجة القرابة على النحو ما هو منصوص عليه في 77 من ق أ ، و تعطى الأولوية أيضاً فيما يخص حضانة الطفل لأصوله على الأقل على مستوى الدرجة الأولى و الدرجة الثانية حيث يقدم أبواه أولاً ثم جدته لأمه و بعدها جدته لأبيه فيما ينافي ذلك مصلحة الطفل ، كما تنتقل الحضانتة إذا تعذر ذلك على أبويه إلى قرابته من الحواشي بحسب على نحو الترتيب التالي الخالة ثم العمة ، الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون المادة 64 من ق أ . و تكون الولاية عليه لأبيه أثناء حياته و قيام رابطة الزوجية بأمر الطفل ،

- انظر المادة من قانون الأسرة¹

2 - نعني بالقرابة المباشرة هي العلاقة التي تجمع الأصول بالفروع

3 - أما القرابة الغير مباشرة أو ما يعرف أيضاً بقرابة الحواشي، فهي القرابة التي تربط بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهما أصل أو فرع للآخر.

لتنقل بعد الطلاق إلى الحاضن و بعد الوفاة إلى الأم و يمكن للجد أن يعين له وصيا ، متى ثبت عدم أهلية أم الطفل لتولي شؤونه.⁴

الأصل هو اتسام حقوق الأسرة بكونها غير المالية ، إلا أن هذا لا يمنع وجود الميراث كحق مالي صرف ينقل ملكية المال بين الاقارب من ميت إلى حي وفق ما تقتضيه قواعد الميراث ، و لكنه الحق المالي الصرف الوحيد ضمن الحقوق الأسرية ، باعتبار أن الحقوق المالية زمرة مستقلة سنقف في النقطة الموالية.

2 - الحقوق المالية

نعني بالحقوق المالية ، مجموع الحقوق التي تنصب على قيمة مالية و هي تنقسم إلى حقوق عينية و حق شخصي.

- الحقوق العينية

تعد الحقوق العينية حقوق مالية ، وهي تعرف بالحقوق العينية لأنها تنصب على شيء المادي أو ما يعرف بالعين ، و يمكن تعريفها على أنها : " سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على شيء معين ."⁵ يكون له بمقتضاها حق الاستعمال المباشر للشيء دون حاجة لتدخل شخص آخر كوسيط بين صاحب الحق و الشيء موضوع الحق .⁶

تنقسم الحقوق العينية إلى حقوق أصلية و أخرى تبعية

أ - الحقوق العينية الأصلية

يقصد بالحقوق العينية الأصلية ، تلك الحقوق التي تقوم و تنشأ بذاتها استقلالاً و دون أن تستند في وجودها إلى حق آخر . و هي مجموع

4 - المادة 87 و 92 من ق أ

5 - انور سلطان : المبادئ القانونية العامة ، ط 4 دار النهضة العربية ، بيروت لبنان ، 1983 ، ص 189

6 - فريدة محمدي - زواوي - : المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، LES EDITIONS INTERNATIONALES ، الجزائر ، ص 18

الحقوق التي جاء النص عليها في الكتاب الثالث من القانون المدني من خلال بابين ، خصص الأول لحق الملكية ، أما الثاني فتعرض فيه المشرع لتنظيم الحقوق المتجزئة عن حق الملكية ، وهي حق الانتفاع و حق الاستعمال و حق السكن و حق الارتفاق.

ب – الحقوق العينية التبعية

تنشأ الحقوق العينية التبعية لتأمين حق الدائن في استفاء دينه الذي هو في ذمة المدين ، لذا تعرف بالتأمينات العينية ، و يطلق عليه تسمية الحقوق العينية التبعية ، لأنها على عكس الحقوق العينية الأصلية لا تنشأ مستقلة بنفسها ، بل هي تتبع في نشأتها حقا شخصا قامت لضمان الوفاء به .

تولى المشرع تنظيم هذا الحقوق في الكتاب الرابع و الأخير من القانون المدني و ذلك من خلال أربعة أبواب ، حيث خصص الباب الأول للرهن الرسمي ، بينما تضمن الباب الثاني حق التخصيص ، و افرد الباب الثالث الرهن الحيازي ، و أخيرا جاء تناول حقوق الامتياز في الباب الرابع من الكتاب الرابع من قانون المدني.

- الحق الشخصي

تشكل الحقوق العينية التبعية كما سبق ذكره ، تأميننا عينيا لضمان استفاء حق شخصي ، فماذا نعني بالحق الشخصي؟

يعد الحق الشخصي حقا ماليا ، بموجبه يقرر القانون سلطة لشخص هو الدائن قبل شخص اخر يعرف بالمدين ، تمكنه من إلزامه بأداء عمل أو الامتناع عن عمل أو تقديم عطاء ، تحقيقا لمصلحة مشروعة للدائن

7 .

ثانيا : مفهوم الالتزام

سبق أن بينا أن الحق الشخصي هو "سلطة يعترف بها القانون للدائن قبل شخص المدين ، بموجبها يتمكن من إلزامه بأداء عمل أو الامتناع عن عمل ، و تقديم عطاء"

حيث يكشف هذا معنى للحق الشخصي و كأن هناك ترابط بين مفهوم الحق الشخصي و الالتزام . هذا ما سنكشف عنه من نقطتين الأولى علاقة الحق الشخصي بالالتزام و الثانية تعريف الفقه القانوني للالتزام.

1 - علاقة الحق الشخصي بالالتزام

يعد الحق الشخصي تلك السلطة القانونية التي يقررها القانون لشخص هو الدائن قبل آخر يسمى المدين و التي يمكن بموجبها للدائن أن يلزم المدين بوجوب القيام بعمل أو الامتناع عن عمله و تقديم عطاء ، و يسمى الحق الشخصي ، حقا شخصيا إذا نظرنا إليه من جهة الدائن .⁸ و يتميز هذا الحق بأن صاحبه لا يستطيع تحصيله إلا بواسطة المدين ، لذا إذا نظرنا إلى هذا الحق من جهة المدين بالحق يصبح التزاما ، هذا ما يجعل الالتزام هو ذاته الحق الشخصي و لكن من جهة الملتزم به لا من جهة صاحب الحق .

إذن يعد كل من الحق الشخصي و الالتزام وجهان متقابلان للرابطة القانونية التي بين الدائن و المدين .⁹

2 - تعريف الفقه القانوني للالتزام

8 - محمد حسنين : المرجع السابق ، ص 36 .

9 - محمد حسن قاسم : المرجع السابق ، ص 249 .

يقصد بالالتزام قانونا وفق جانب من الفقه رابطة قانونية تجمع بين شخصين يلتزم أحدهما ، و يسمى المدين بالقيام بأداء ذا قيمة مالية لمصلحة شخص آخر هو الدائن .و بذلك تتمثل عناصر الالتزام في أنه رابطة قانونية شخصية بين الدائن و مدينه ، و في كون هذه الرابطة ذات قيمة مالية .

اختلف الفقه القانوني و انقسم على نفسه حول مفهوم و حقيقة الالتزام بسبب تركيز كل طرف منه على احد عنصري تلك العلاقة ، حيث يرى جانب منه أن محور حقيقة الالتزام في كونه رابطة شخصية ، بينما يذهب الجانب الثاني على أنه قيمة مالية .يعرف الفريق الأول بالمذهب الشخصي بينما يشكل الفريق الثاني بالمذهب المادي .

أ _ حقيقة الالتزام من منظار المذهب الشخصي

ركز اصحاب هذا الاتجاه على كون الالتزام رابطة قانونية شخصية تربط الدائن و المدين ، و عليه ، لا يمكن أن ينشأ عند هذا الجانب من الفقه التزام دون وجود دائن و مدين ابتداء ، بل لا يمكن تصور أي تغيير في طرفي الالتزام وفق ما ذهب إليه اصحاب هذه النظرية دون أن يمتد ذلك التغيير ليشمل الرابطة القانونية في حد ذاتها .إلا أن التطورات الاقتصادية و الاجتماعية التي عرفتها المجتمعات الانسانية في نهاية القرن الثامن عشر و القرون التي تلتها جعلت النظرية الشخصية عاجزة عن استيعاب الأوضاع القانونية الجديدة التي صاحبت تلك التغييرات مما انجر عنه ظهور جديدة تعرف النظرية المادية .¹⁰

ب _ مفهوم الالتزام في ميزان المذهب المادي

يعتبر الالتزام من وجهة نظر المذهب المادي " قيمة مالية " بغض النظر عن شخصية كل من الدائن و المدين مما يعني جواز انشاء التزام حتى و لو لم يكن هناك دائن في وقت النشأة متى كان قابلا للتعين حتى يتحدد

10 - محمد حسن قاسم المرجع السابق ، ص 250

شخصه عند التنفيذ على الأقل¹¹ . و اعتبار الالتزام رابطة ذات طبيعة مالية يفتح الباب لانتقالها بتغيير اطراف الالتزام عن طريق ما يعرف بحوالة الحق و حوالة الدين .

ذهبت كثير من الأنظمة القانونية إلى المزج بين بالمذهبين معا ، ففرنسا و هي مهد المذهب الشخصي اخذت بنتائج المذهب المادي مثل حوالة الحق و حوالة الدين و التأمين لمصلحة الغير . و كذا المشرع الجزائري الذي اعترف بمقتضى القانون رقم 05-10 بالإرادة المنفردة كمصدر مستقل للالتزام حيث نصت المادة 123 مكرر على أنه : " يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير . " و في هذا اعتراف من المشرع بأن الالتزام رابطة ذات قيمة مالية يمكن أن تنشأ بوجود مدين على أن يتحدد الدائن وقت التنفيذ و هو ما نستشفه أيضا من نص الفقرة الثانية من المادة 123 مكرر التي جاء فيها: " و يسري على الالتزام بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء احكام القبول." اضافة إلى ذلك اعترف المشرع الجزائري بحوالة الحق في المواد 239 الى 250 من ق م و حوالة الدين في المواد 251 الى 257 من ق م ، وبالتأمين لمصلحة الغير في المادة 619 من ق م .

إلا أن اعتبار الالتزام يعبر عن قيمة مالية و الأخذ تبعا لذلك بنتائج المذهب المادي لا ينفي حقيقة أن الالتزام يولد عن رابطة شخصية بين طرفين هما المدين و الدائن . إذ كل التزام لابد فيه من دائن و مدين . يتعين المدين منذ البداية و يلزم أن يتعين الدائن اما عند البداية أو أن يكون قابلا للتعيين مستقبلا على أن معين عند التنفيذ ، و هو ما يؤكد على أن الالتزام في حقيقته هو رابطة شخصية بين شخصين هما الدائن و المدين¹² .

11 - محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 251 .

12 - توفيق فرج ص 14 لابد من التحقيق .

و إن تحديد شخص المدين بالالتزام منذ نشأته هو ما يميز الحق الشخصي عن الحق العيني ، حيث يتميز الحق الشخصي بوجود واجب خاص يقع على عاتق شخص معين هو المدين ، بينما يكون واجب احترام الحق العيني واجب عام يقع على عاتق كافة بعدم التعرض لصاحب الحق في مباشرته لحقه .

زيادة على ما سبق قوله يدخل الواجب الذي يقع على عاتق المدين في الحق الشخصي في الجانب السلبي لذمته المالية لذا يوصف بأنه مدين ، بينما يندرج الواجب الذي يقع على كافة اتجاه صاحب الحق العيني ضمن عناصر الذمة المالية للأشخاص .

و تتميز الرابطة التي تربط الدائن بالمدين بأنها رابطة قانونية و هي تتكون من عنصري المديونية و المسؤولية .

بمقتضى العنصر الأول يوجد عنصر المديونية أو الالتزام المدين تجاه المدين بقيمة مالية ، و بمقتضى العنصر المسؤولية تكفل احترام تنفيذ الالتزام عن طريق الجزاء القانوني الذي توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء .

فعنصر المسؤولية يمكن الدائن من حماية حقه و المطالبة به قضاء ، إذا تخلف المدين عن القيام بتنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات .¹³ فغياب عنصر المسؤولية في الالتزام أو الحماية إذا نظرنا من جهة الحق الشخصي ، يجعل الالتزام طبعياً و هو التزام ذي طبيعة القانونية إلا أنه فقد عنصر المسؤولية فيه فأصبح اداؤه منوط بأخلاق صاحبه و صدق تدينه¹⁴ لتعذر اجبار المدين به على ادائه قضاء.

اضافة إلى كون مصدر الالتزام هو الرابطة القانونية فهو اداء ذا قيمة مالية يلتزم بها المدين اتجاه دائن ، و الملاحظ أن كون الأداء في الالتزام

¹³ - و هذا ما يميز الالتزامات القانونية عن الالتزامات الخلقية و الدينية ..
¹⁴ و يعرف بالالتزام الطبيعي أو خلقي و عرف عند بعض الفقه الاسلامي بالالتزام الدياني

ذي طبيعة مالية لا يعني بالضرورة أن تكون المصلحة التي يتوخاها الدائن في هذا الأداء مالية ، بل قد تكون معنوية إلا أنه يمكن تقييمها مالياً و مثال ذلك أن يبرم شخص اتفاق مع طبيب لتولى معالجته من مرض ما فالالتزامات طبيب اتجاه المريض ليست مالية لكنه يمكن تقويمها مالياً .

إن الطبيعة المالية للأداء هو ما يميز الالتزام عن غيره من الواجبات المالية ، و لكن ما هي المصادر التي ينشأ و يتولد عنها هذا الالتزام ؟ و ما هي الأحكام التي تحكمه .

و هذا يعني أن : " الالتزام واجب قانوني ينشأ في ذمة المدين استناداً الى احد الاسباب التي يعترف بها القانون و يجبره على القيام بعمل و الامتناع عن العمل أو القيام بعتاء بمصلحة الدائن . "

سنحاول الاجابة عما اطرحناه من اسئلة في الفصول الموالية

الفصل الأول مصادر الالتزام

مدخل تمهيدي: مصادر الالتزام في قانون المدني الجزائري

عدد المشرع مصادر الالتزام في الكتاب الثاني من القانون المدني الذي جاء تحت عنوان الالتزامات و العقود فما هي هذه المصادر؟ و هل توافق فيه المشرع مع تصنيفات الفقه لمصادر الالتزام .

أولاً: تعدد مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري

مصادر الالتزام وفق ما جاء النص عليه في القانون المدني هي القانون حيث جاء في المادة 53 من ق م أنه: " تسري على الالتزامات الناتجة مباشرة عن القانون دون غيرها من النصوص القانونية التي تقرها . "

أما المصدر الثاني فهو العقد و جاء التنظيمه في الفصل الثاني من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات و العقود في المواد 54 إلى 123 من ق م ، بينما خص الفصل الثاني مكرر للاعتراف بالإرادة المنفردة كمصدر مستقل للالتزام في المواد من 123 مكرر و 123 مكرر 1 و ذلك استنادا إلى التعديل رقم 05- 10 ، بينما خصص الفصل الثالث للكلام عن الفعل المستحق للتعويض في المواد من 124 إلى 140 من القانون المدني ، و تعرض في آخر فصل من الباب المتعلق بمصادر الالتزام للشبهه العقد كمصدر أخير للالتزام و ذلك في المواد من 141 إلى 159 من قانون المدني .

و يكشف المشرع بهذا الترتيب تبنيه للرأي الفقه التقليدي في تقسيم مصادر الالتزام إلى خمسة و هي القانون ، و العقد و شبه العقد و الجريمة و شبه الجريمة ، مع اضافته للإرادة المنفردة تأسيا بالمذهب الحديث بعد التعديل الذي ادخله على القانون المدني بمقتضى القانون 05 – 10 ، بإضافته للفصل الثاني مكرر و الذي جاء في مادة 123 مكرر منه أنه يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير . " و بذلك يكون

المشرع الجزائري قد اقترب من الفقه الاسلامي الذي يعتبر الارادة مصدر اصيلا من مصادر الالتزام¹⁵.

ثانيا: تقييم موقف المشرع على ضوء مذهب الفقه الحديث

يلاحظ على المشرع الجزائري و كأنه بعثر مصادر الالتزام دون أن ينتبه أن اصل مصدر الحق أو الالتزام هي الواقعة القانونية ، و هي أما تصرف قانوني أو فعل مادي ، اما اعتبار القانون مصدر مستقل للالتزام فلا معنى له لأن القانون هو مصدر كل التزام لأنه هو من ينص على اسباب نشأته فهو من اعترف بالعقد و بالفعل الضار و الفعل النافع ثم هو من اضاف الارادة المنفردة كمصدر مستقل للالتزام .

يتجه الفقه الحديث إلى ارجاع اسباب الالتزام إلى الواقعة القانونية سواء كانت تصرفا قانونيا أو فعلا ماديا .لذا لا يوجد سبب لتخصيص القانون بالنص لأنه السبب الغير مباشر للالتزام و الحق لأنه يستأثر بتنظيم أثر الواقعة القانونية التي تنقسم إلى مصادر ارادية و أخرى غير ارادية¹⁶، هو ما سنقف عليه في المباحث الموالية .

المبحث الأول : المصادر الارادية

تجد هذه المصادر سببها في الارادة التي اعترف لها القانون بسلطة ترتيب الآثار القانونية ، ذهبت بعض التشريعات و جانب من الفقه إلى اعتبار

15 - انظر في هذه المسألة الحطاب الرعيني المالكي ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، تحقيق يوسف أحمد ، دار كتاب ناشرون ، بيروت لبنان ، ط1

16 - سليمان بوذياب : مبادئ القانون المدني ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت لبنان ط1 ، 2003 ، ص 101 .

العقد هو مظهر الوحيد للتصرف القانوني ، فماذا نعني بالتصرف القانوني و ما هي الآثار التي يترتبها التصرف في ذمة أطرافه.

المطلب الأول : حقيقة التصرف القانوني

يعد التصرف القانوني سبب من اسباب الالتزام جاء التنظيمه في الفصل الثاني و الفصل الثاني مكرر من الباب الأول من الكتاب الثاني من القانون المدني فماذا نعني بالتصرف القانوني ؟ سنجيب عن السؤال في الفرعين المواليين .

الفرع الأول : مفهوم التصرف القانوني

يعد التصرف صورة من صور الوقائع القانونية التي تعد سببا لنشأة حق أو الالتزام فماذا نعني بالتصرف و ما هي صورته .

الفقرة الأولى : تعريف التصرف القانوني

نعني بالتصرف في اللغة و مصدره فعل تصرف أي فعل ما يشاء و يريد¹⁷

اما اصطلاحا فنعني به: اتجاه الارادة إلى احداث أثر قانوني ، باتجاه النية إلى استهداف الغاية ، بسعي صاحبها إلى احداث أثر قانوني ، أو على الأقل اتجاهه إلى تحقيق اثار التصرف في صورتها المألوفة عنده بحسب ممارسته اليومية .¹⁸

تشكل النية أو الارادة عنصر اساسي في اتيان التصرف و ترتيب اثاره لذا توصف التصرفات القانونية بأنها مصادر ارادية للالتزام تميزا لها عن الأفعال المادية التي توصف بأنها مصادر غير ارادية .

الفقرة الثانية : صور التصرف القانوني

17 - لايد من الرجوع إلى مصادر اللغة العربية

18 - عيد الحي حجازي لايد من التأكد ص 242

تتخذ التصرفات القانونية عدة صور ،منها ما هو رضائي و منها ما هو شكلي ،قد نميز ايضا بين التصرفات منشئة للحق و تلك التي تكشف عن الحق أو ناقلة له ، تندرج بعض التصرف ايضا ضمن التبرعات بينما تكون غيرها من المعاوزات ،اضافة إلى وجود تصرف بين الأحياء و أخرى مضافة لما بعد الموت.

من صور التصرفات ايضا وجود التصرفات صادرة عن جانبين و تلك التي تتم بالإرادة المنفردة و هو التقسيم الذي يهمننا في مجال دراستنا .

أولا :التصرف بالإرادة المنفردة

التصرف بالإرادة هو اتجاه الارادة إلى احداث اثر قانوني بالإرادة المنفردة للمدين على أن يتعين الدائن أثناء التنفيذ .

كانت الارادة مصدر استثنائي للالتزام بمقتضى نصوص الأمر 58 – 75 المتضمن القانون المدني ، و لكنها تحولت بمقتضى التعديل التشريعي الذي مس القانون المدني بمقتضى القانون 10 – 05 إلى مصدر مستقل تشكل إلى جانب العقد زمرة المصادر الارادية للالتزام .و هو ما نستشفه من اضافة الفصل الثاني مكرر التي جاء تحت عنوان الالتزام بالارادة المنفردة و هو ما تؤكد صراحة نص المادة 123 مكرر من ق م التي نصت على أنه : " يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير ."

ثانيا : العقد

هو تصرف بين جانبين عرفته المادة 54 من ق م على أنه اتفاق "... و هو ما يميزه عن التصرف بالإرادة المنفردة التي تتم بإرادة المدين وحده و لا يظهر الدائن إلا في وقت التنفيذ ، أما العقد فهو توافق ارادتين على احداث اثر قانوني معين قد يكون موضوعه إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه .

فالعقد يقتضي تواجد ارادتين لأن الارادة المنفردة قد تنشأ التزاما لكنها لا تنشأ عقداً و هو ما دفع بالمشرع الجزائري إلى تعديل النص العربي للمادة 54 من ق م بمقتضى القانون 10-05 الذي كان قد اكتفى فيه بالنص على تعريف العقد على أنه : " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة اشخاص آخرين بفعل أو عدم فعل شيء ما ... " فبدى و كأن في التعريف خلط بين مفهوم الإرادة المنفردة و العقد .

جاء نص المادة 54 المعدل من ق م معرفاً للعقد على أنه اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة اشخاص تجاه شخص أو عدة اشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما . " رغم التعديل الذي أدخله المشرع على نص المادة 54 من ق م إلا أنه مازال يخلط بين غاية من ابرام العقد و هو احداث الأثر القانوني و محل الالتزام الذي يتمثل في منح عطاء و القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

الفرع الثاني : اركان التصرف القانوني

يشكل الرضا الركن الأساس للتصرف القانوني مقارنة بركني المحل و السبب ، و ذلك أمر طبيعي باعتباره أي التصرف القانوني يمثل المصدر الارادي للالتزام .

الفقرة الأولى : الرضا الركن الجوهرى للتصرف القانوني

يعد الرضا الركن الجوهرى في التصرفات القانونية التي اعترف فيها القانون للأشخاص بسلطة إحداث و ترتيب آثار قانونية بملء ارادتهم و اختيارهم ، لذا لا قيمة للتصرفات القانونية إلا بوجود عنصر الرضى صحيحاً و هو ما سنقف عليه في هذه الفقرة من خلال جزئيتين :

أولاً : وجود الرضا

نصت المادة 89 من القانون المدني على أن العقد: " يتمبمجرد تبادل الطرفين التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون اخلال بالنصوص القانونية ". و اكدت المادة 123 مكرر من القانون 05- 10 على أن: " يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير .

و يسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء احكام القبول . " و هو ما يقتضي منا تقسيم هذه الجزئية إلى نقطتين ، التعبير عن الارادة و تطابق الارادة في العقود .

1 – التعبير عن الارادة

تتم التصرفات القانونية بمجرد التعبير عن الارادة بالوسائل المعترف بها قانون سواء عبر الشخص عن ارادته بنفسه او بواسطة .لذا سنقف هنا عند بحث وسائل التعبير عن الارادة و طرق التعبير عنها .

أ_ وسائل التعبير عن الارادة

نصت في هذا الصدد المادة 60 من القانون المدني على أن: " التعبير عن الارادة يكون باللفظ و بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه ."

أما في الحالة التي يشترط فيها المشرع أن يكون التعبير بالكتابة فنكون بصدد تصرفات شكلية ، التي يشترط فيها المشرع ان يفرغ التعبير عن الرضا في وثيقة مكتوبة سواء كانت رسمية أو عرفية .

ب_ طرق التعبير عن الارادة

نبهنا القانون أن الارادة كأمر معنوي يمكن تعبير بعده و سوائل و طرق لإخراجها من عالم النفس إلى عالم المعاملات القانونية التي يجري عليها النظام القانوني حكمه .

- يمكن أن يكون التعبير صريحا أو ضمنيا

تعد الارادة أمر نفسي داخلي عالمها مكنونات النفس ، و تظهر إلى العالم الخارجي إلا بعد التعبير عنها سواء تم ذلك التعبير بطريقة صريحة أو ضمنية .

و نعني بالتعبير الصريح هو تبني وسيلة من الوسائل التي تكلمنا عنها صراحة لتعبير الشخص عن ارادته .

و يعتبر تعبير عن الارادة ضمنيا إذا قام الشخص بإتيان تصرف بوسيلة من ذات الوسائل التي ذكرناها و لكن دون قصد التصريح بإرادته و إن كان قد عبر عنها بحيث يمكننا استخلاصها ضمنا ، مثال ذلك انتهاء مدة عقد الايجار مع بقاء الشخص المستأجر في عين المؤجرة ، ثم تذكير المؤجر له بموعد تحصيل الايجار فمثل التصرفات تكشف ضمنا عن نيتها في تجديد عقد الايجار المنتهية مدته لمدة جديدة .

الأصل أنه لا فرق في الأثر بين التعبير و التعبير الضمني ما لم يشترط المشرع أو الأطراف عكس ذلك و هو ما نستشفه من نص المادة 2/60 من ق م التي جاء فيها : " ...يجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الأطراف على أن يكون صريحا . " أي التعبير الضمني هو تعبير نستنتجه من الوسائل التي استعملت في التعبير عن الارادة .

السؤال الذي قد يتبادر الى ذهننا هل يصلح السكوت ليكون آلية تعبير ، المبدأ المتعارف عليه بين الفقه أنه لا ينسب لساكت القول و مع ذلك يمكن للسكوت أن يكون إليه تعبير اذا اعترف له المشرع بذلك لأثر كما هو جاء النص عليه في المادة 355 من ق م و التي نصت على أن : " في بيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه و على البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فإن لم يكن هناك الاتفاق على المدة ، ففي مدة معقولة يعينها البائع فإذا انقضت هذه المدة و سكت المشتري مع تمكنه من تجربة

المبيع اعتبر سكوته قبولا . " أو كان السكوت مقترن بظروف و ملابسات تجعله تعبيراً عن الإرادة و هو ما يعرف بالتعبير الملابس كما جاء النص عليه في المادة 68 من ق م ج .

- التعبير المباشر او التعبير بواسطة النائب

تؤكد نصوص القانون المدني أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يصدر من المعني أو من نائبه . و نعني بالنيابة في التعاقد هي الإذن أو السلطة التي تثبت لشخص النائب استناداً إلى القانون أو الاتفاق و تخوله إبرام التصرفات القانونية باسم و لحساب شخص الأصيل ، الذي تتصرف آثار تلك التصرفات إليه أي الأصيل .

تنقسم النيابة من حيث مصدرها إلى نيابة قانونية و أخرى اتفاقية .

توصف النيابة بأنها قانونية عندما يكون مصدرها القانون الذي يحدد كيفية تعيين الولي و يضبط نطاق سلطاته كما هو مبين في نظام النيابة الشرعية في قانون الأسرة .¹⁹

أما النيابة التعاقدية أو ما يعرف بالوكالة فنعني بها وفق ما جاء النص عليه 571 من ق م : " الوكالة أو الانابة ... عقد بمقتضاه يفوض شخص شخص آخر للقيام بعمل باسم الموكل و لحسابه . "

و هذا يعني أن النيابة في التعاقد يقصد بها ، الاتفاق الذي بمقتضاه يفوض الأصيل شخص آخر لينوب عنه في إبرام عقد تعود آثاره للأصيل .

+ شروط النيابة

تتوافر النيابة بتوافر الشروط التي تضمنها نص المادة 73 و ما بعدها من ق م و هي :

- ارجع إلى المواد من 81 إلى 125 من ق أ¹⁹

1- أن تحل ارادة النائب محل ارادة الأصيل : نستشف هذا الشرط من نص المادة

73 من ق م التي جاء فيها : " إذا تم التعاقد بطريقة النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضا أو في اثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما . " إلا إنه قد يعتد استثناء بإرادة الأصيل عوضا عن ارادة النائب إذا ثبت أن النائب كان يتصرف وفق تعليمات محددة من الأصيل ، حيث ليس للأصيل في هذه الحالة أن يتمسك بعدم علم النائب بظروف كان هو يعلمها أو يفترض حتما أن يعلمها (المادة 37 من ق م) .

أما من حيث الأهلية الازمة لإبرام التصرف ، فينظر في شأنها للأصيل لا نائب بشرط أن يكون هذا الأخير مميزا ، لأن اثار التصرف تتصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل ، ما لم تكن النيابة قانونية ، حيث يشترط في النائب تمام الأهلية .²⁰

2 - تصرف النائب باسم الأصيل و لحسابه

يعد النائب محض ممثل للأصيل ، لذا لا تتحقق النيابة في التعاقد إلا إذا تعاقد نائب باسم الأصيل و لحسابه . و هو ما أكدت عليه المادة 74 من ق م التي نصت على أنه : "إذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق و التزامات يضاف إلى الأصيل . "

غير أنه إذا لم يعلن المتعاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا فإن اثر العقد لا ينصرف إلى الأصيل دائنا أو مدينا إلى إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب .²¹

20 - محمد حسن قاسم المرجع السابق ، ص 282

21 - المادة 75 من ق م .

و تؤول أثر العقد سواء كانت حق أو التزاما للأصيل حتى إذا النيابة منقضية وقت ابرام العقد و لكن أن يعلم النائب و من تعاقد معه بذلك .²²

3 – أن لا يتجاوز النائب حدود نيابته

نستشف هذا الشرط من النصوص المنظمة للنيابة خاصة المادة 74 من ق م ، التي نصت على أنه: " إذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق و الالتزامات يضاف للأصيل ."

إذا نستنتج من هذا النص بمفهوم المخالفة أن إذا تجاوز النائب حدود نيابته فإن آثار التصرف الذي آتاه لا تأول إلى الأصيل و هو ما جاء التأكيد عليه أيضا في المادة 575 من ق م ، إلا إذا جاز الأصيل ذلك العقد بما فيه من تجاوز.

و السؤال الذي يطرح نفسه هو يعد تعاقد النائب مع نفسه تجاوزا لحدود النيابة ؟

اجابت عن هذا السؤال المادة 77 من ق م التي نصت على أنه : " لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل..."

إلا أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة استنادا إلى نفس المادة أن يجيز تعاقد النائب مع نفسه مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون و قواعد التجارة.

+ اثار النيابة

²² - المادة 76 من ق م

إذا صدر التصرف صحيحا بنيابة مستكملة الشروط ، رتب التصرف اثاره بما فيها من حقوق و التزامات في ذمة الطرفين و هما الدائن و المدين الأصيل .

أما علاقة النائب بالأصيل فيرجع فيها إلى قواعد قانون الأسرة فيما يخص النيابة الشرعية أو قواعد الوكالة كما جاء النص عليها في القانون المدني عندما تكون النيابة اتفافية .²³

2 – وجوب تطابق الارادة المتعاقدان في العقود

يتم التعاقد بتلاقي ارادتين متطابقتين تتجهان إلى احداث اثر قانوني معين و هو ما اشارت إليه المادة 59 من ق م التي نصت على أنه : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن التعبير عن ارادتهما المتعاقدين دون الاخلال بالنصوص القانونية . "

تتضمن هذه ارادة عرض ابرام العقد على طرف آخر و تعرف بالإيجاب يقابله تعبير الموافقة على ابرام العقد و يسمى قبولا . فإذا اقترن و تطابق القبول مع الايجاب انعقد العقد .

أ – الايجاب

الايجاب ، أو العرض و نعني به التعبير عن الارادة الذي يتضمن عرض اقتراح ابرام العقد على الطرف الآخر ، و يشترط فيه أن يكون في صيغة بعينها و إنما يكفي أن يفيد المعنى المطلوب بأن يكون واضحا ، باتا و يحتوي على جميع العناصر الاساسية لانعقاد العقد .²⁴

²³ - انظر المادة 571 و ما بعدها

²⁴ - سليمان بو دياب : المرجع السابق ، ص 111 ، محمد حسن قاسم : المرجع السابق ، ص 286

و لقد صرح المشرع أن التعبير عن الارادة يكون صحيحا سواء كان صريحا أو ضمنيا و سواء صدر مشافهة أو كتابة أو بالهاتف أو بأي وسيلة أخرى متداولة عرفا .²⁵

إذا صدر الايجاب من الموجب الأصل أنه غير مجبر على البقاء على ايجابيه ، فله أن يعدل عنه ما لم يعين صراحة أجل للقبول و هو ما نصت عليه المواد 63 و 64 من ق م ، حيث جاء 63 أنه : " إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه إلى انقضاء هذا الأجل " أو استخلص الأجل و فق ما أكدت المادة 63 على أنه من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة .

و يترك تحديد المدة في الحالة الأخيرة لتقدير القاضي تبعا للظروف و العادات السائدة²⁶

يسقط الايجاب بموت الموجب أو فقدان أهليته أو بتراجع الموجب عن ايجابيه أو إذا انفض مجلس العقد أو انتهاء الأجل المحدد للقبول دون أن يصدر قبول من طرف الآخر أو إذا اعلن الطرف الآخر رفضه للعرض .

ب – القبول

القبول هو الوجه الثاني من الارادة التي تصدر عن طرف الآخر لتكوين الرضا الذي هو الركن الجوهري في التصرفات القانونية عموما و التعاقد على وجه الخصوص .

و القبول كالإيجاب إلا أنه يعبر عن ارادة الطرف الآخر في ابرام العقد ، إذا قد يكون صريحا أو ضمنيا كما يمكن أن يصدر مشافهة أو بأي وسلة أخرى ، إلا أن السكوت لا يعبر عن الرضا ، لأن القاعدة أن ينسب لساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان ،²⁷ مثل أن تضمن الايجاب

²⁵ - المادة 64 من ق م .

²⁶ - محمد قاسم ص 287 لا بد من التدعيم بمراجع جديدة

²⁷ - القاعدة رقم 67 من مجلة الأحكام العدلية

على بند يقضي بتجديد العقد حكما بعد انتهاء مدته مع سكوت الطرف الآخر ، حيث يستفاد من هذا السكوت معنى القبول .

أو كما هو الحال عند وجود تعامل سابق بين الطرفين يتضمن بنود و شروط لم يتم الاحتجاج عليه من أي منهما ، أو إذا كان القبول في مصلحة الساكت .²⁸

الملاحظ أن من وجه إليه العرض ليس مجبرا على القبول ، بل له كامل الحرية في قبول الاقتراح التعاقد أو رفضه . و لا يرتب القبول اثره إلا إذا جاء مطابقا للإيجاب أو العرض ، باعتباره قبولا له ، لذا يعد القبول المقيد أو المعلق على شرط عرض جديد و ما نستشفه من نص المادة 59 من ق م التي نصت على أنه : " يتم العقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون إخلال بالنصوص القانونية . "

ت _ زمن و مكان اقتران الايجاب بالقبول

يظهر تحديد زمن و مكان ابرام اعقد بسبب النتائج الذي تترتب في هذه الحالة و هي ضبط مكان و زمن نشأة العقد و ترتيبه لأثاره ، خاصة بسبب اختلاف الحالات و الظروف التي تقترن ارادات الأطراف في ظلها و حل تم لك في ذات المكان و الزمان ، أم في أماكن و أزمنة مختلفة أو ربما في نفس الزمن و لكن أماكن مختلفة كما يتم الآن بسبب تطور وسائل الاتصال الحديثة . لذا لابد من التميز في هذه الحالة بين يكون التعاقد بين حاضرين أو بين غائبين .

يفترض أن ينشأ العقد بتبادل الرضا بمجلس العقد و ذلك ما يسمى بالتعاقد بين حاضرين سواء كان ذلك حقيقة بأن يتم الاقتران الايجاب و القبول في ذات المكان و الزمن ، أو حكما بأن يتم تبادل الرضا في ذات الوقت تقريبا و لكن يتواجد الأشخاص بأماكن مختلفة كما هو الحال في ابرام العقد عن

طريق الهاتف أو غيره من الوسائل التي تشبهه مثل النت مثلا ، و هو ما نستشفه من نص المادة 64 ق م ، و يعد مكان انعقاد العقد هو مكان الذي علم فيه الموجب بالقبول استنادا إلى المادة 61 من ق م ، و مع ذلك يعد تعاقدًا بين الحاضرين حتى و لو وقع بعض التراخي بين وقت صدور الإيجاب و القبول إذا لم يثبت أن الموجب قد عدل عن إيجابه خلال تلك البرهة من زمن مثلما جاء النص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 64 السالفة الذكر و التي جاء فيها : " غير أن العقد يتم و لو لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب و القبول و كأن القبول صدر قبل انقضاء مجلس العقد . " و يعد زمن إبرام العقد في هذه الحالة هو زمن الذي اقترن فيه القبول بالإيجاب .

إلا أن العقد قد ينعقد بين غائبين كما هو الحال في التعاقد بالمراسلة ، حيث يتعذر على المتعاقدين أن يجتمعا في مكان و زمان واحد كما هو الحال في التعاقد بالمراسلة الالكترونية أو الفاكس ، و لقد اختلف الفقه في الوقت الذي ينعقد فيه العقد في هذه الحالة إلى عدة آراء .

نظرية اعلان و تصدير عن القبول ، حيث ينعقد العقد في اللحظة التي يعلن فيه الشخص قبوله لعرض الموجب ، بينما هناك من يرى أن العقد ينعقد في اللحظة التي يتم فيه الشخص تصدير أو ارسال قبوله للموجب .

نظرية وصول و العلم بالقبول على عكس النظرية السابقة يعول اصحاب نظرية الوصول على اللحظة التي يصل فيه القبول إلى الموجب سواء علم به أو لم يعلم ، بينما تعند نظرية العلم بالزمن الذي يصل فيه القبول إلى علم من وجه إليه ، مما يعني أن العقد ينعقد في الزمن و المكان الذي وصل فيه القبول إلى علم الموجب و هو ما تبناه المشرع الجزائري الذي مزج بين نظرية العلم و الوصول ، حيث اعتد بعلم موجب و اعتبر الوصول قرينة على ذلك العلم ما لم يقم الدليل على عكس ذلك وفق ما نصت عليه المادة 61 من ق م .

ثانيا : صحة الرضا

يشترط في الرضا ليكون منتجا أن يصدر صحيحا من صاحبه ، و يكون الرضا كذلك متى صدر عن شخص قد توافرت لديه أهلية التعاقد و ارادة سليمة و توصف الارادة بأنها سليمة متى صدرت عن صاحبها خالية من عيوب الرضا .

و بما أنه سبق لنا الكلام عن أهلية و أحكامها بمناسبة التعرض لأشخاص الحق ،²⁹ سنقف في هذه الجزئية بالتفصيل عيوب الرضا ، و هي الغلط و التدليس و الاكراه و الاستغلال و الغبن .

1- الغلط

تناول المشرع المدني الجزائري الغلط كغيره في المواد من 81 إلى 85 من ق م ج ، حيث جاء النص في مادة 81 من ق م ج على أنه يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت ابرام العقد أن يطلب ابطاله . " و يعرف الغلط على أنه : " وهم ينشأ في ذهن الشخص فيصور الأمر على خلاف الواقع ."³⁰

و ينقسم الغلط إلى غلط غير مؤثر و غلط مانع و آخر مبطل للعقد الغلط الغير مؤثر و هو الغلط المادي الذي يمكن تصحيحه مثل الغلط في الحساب أو الكتابة و هو غلط على يؤثر على الارادة و صحة العقد و هو ما نستشفه صراحة من نص المادة 84 من ق م : " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب و لا غلطات القلم ، و لكن يجب أن تصحح . " الغلط المانع ، يوصف الخطأ بأنه مانع لأنه يمنع انعقاد العقد لانصبابه على ماهية العقد أو حقيقة المحل ، و مثال عن الحالة الأولى أن يعطي

29 - انظر ص من نظرية الحق

30 - محمد حسن قاسم : المرجع السابق ص 295

شخص آخر مبلغ من المال على سبيل السلف ، فيقبله على الآخر معتقدا أنه تبرع .

أما في حالة الثانية أن يبيع شخص احدى سيارتين يملكهما فيظن المشتري أنه اشترى منه الأخرى .

لا يندرج الغلط المانع ضمن عيوب الرضا لأنه يعدم الارادة و العقد .

الغلط المبطل هو الغلط الذي يصيب الرضا و هو الذي يعنينا في هذا الموضوع و يشترط فيه أن يكون جوهريا ليرتب اثاره القانونية .

أ - أن يكون الغلط جوهريا

هو الشرط الذي نستشفه صراحة من نص المادة 81 التي اجازت للمتعاقد الذي وقع في غلط سلطة ابطال العقد إذا كان الغلط جوهريا .

يوصف الغلط بأنه جوهرى استنادا إلى نص المادة 82 من القانون المدني إذا جسيما ، بحيث بلغ من الجسامة حدا يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط .

و هذا يعني أن معيار الغلط في القانون المدني الجزائري ذاتي يرجع في تقديره إلى الشخص المتعاقد و مدى تأثير رضاه بذلك الغلط ، الذي لولاه من المتعاقد ليبرم ذلك العقد .

و جسد المشرع هذا الغلط في صورتين أن يقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو أن يقع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته .

- أن يقع الغلط في صفة جوهرية للشيء محل التعاقد ، تعبر الصفة جوهرية عندما

عندما تعد السبب الدافع للتعاقد ، بحيث لو علم المتعاقد بعدم توافرها في الشيء لما اقدم على ابرام العقد ، مثال ذلك أن يشتري شخص منتج ظنا منه أنه صناعة أصلية ، بينما هو محض تقليد ، بحيث لو علم بذلك ابتداء لما اقبل على ابرام العقد ، أو أن يشتري حصانا على أنه اصيل ثم يظهر أنه هجين .

- إذا وقع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة جوهرية من صفاته

عد المشرع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته متى كانت الدافع على التعاقد ، و مثال ذلك أن يتم التعاقد مع شخص ظننا منه أنه زيد ثم يظهر أنه قريب له أو يتعاقد مع شخص على أنه طبيب مختص في مجال ما ثم يظهر أنه ليس كذلك .

ماثل المشرع بين الغلط في الواقع كما جاء ذكره الأعلى و الغلط في القانون وفق ما جاء النص عليه في المادة 83 من ق م التي أكدت أن العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و 82 ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، و يقصد بذلك أن يكون الغلط جوهرية و من أمثلة الغلط في القانون ، توهم وجود حق غير موجود ، كأن يدفع من باب توهم دين لغير دائنه .

ب - اثار الغلط

إذا توفرت في الغلط المبطل الشروط التي تكلمنا عنها اعلاه جاز لمن وقع في هذا الغلط أن يتمسك ببطلان العقد بسبب العيب الذي مس ارادته و ذلك استنادا إلى نص المادة 81 من ق م .

غير أنه لا يجوز لمن وقع في غلط التمسك به نحو يتعارض مع ما يقضي به حسن نية و يبقى ملزما بإبرام العقد خاصة إذا اظهر الطرف الثاني استعدادا لتنفيذ هذا العقد ، و ذلك استنادا إلى المادة 85 من ق م التي نصت

على أنه : " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع يقضي به حسن النية .

و يبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد ابرامه إذا اظهر اطراف الآخر استعداداه لتنفيذ هذا العقد . "

2- التدليس

التدليس هو تحايل و الخداع و نعني به كعيب من عيوب الرضا هو : " هو اللجوء أحد المتعاقدين إلى تحايل و الخداع لإبهام المتعاقد الآخر بشيء يخالف الحقيقة و تضليله ، بغية الدفع به إلى التعاقد . "

نص المشرع على التدليس كعيب من عيوب الرضا في المواد 86 و 87 من القانون المدني ، مبينا شروط المطلوبة قانونا في التدليس ليرتب آثاره و هي قابلية العقد للإبطال .

أ- شروط التدليس

يعد التدليس احد العيوب التي تؤثر على صحة الرضا ، و هو يتمثل في تبني احد المتعاقدين لوسائل احتيالية لخلق وهم في ذهن المتعاقد بغية الدفع به إلى التعاقد . و هو ما سنقف عليه في النقاط التالية :

- اللجوء إلى التحايل

نصت في هذا الصدد المادة 86 من ق م على أنه : " يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ... من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف التصرف . "

وهذا يعني أن التدليس الذي يعتبر معيبا للرضا هو تلك الحيل التي بلغت من الجسامة إلى الحد الذي كانت السبب للإبرام التصرف ،

+ استعمال طرق احتيالية بنية تضليل المتعاقد

يجب لتوافر التدليس استعمال طرق احتيالية بغية تزوير الحقيقة أو إخفائها عن المتعاقد الآخر ، بغية إيهامه بواقع غير موجود و قد يتم ذلك بإدعاء أشياء غير موجود أو بسكوت أو إخفاء حقائق أو عيوب موجودة . و هو ما أكدت عليه المادة الفقرة الثانية من المادة 86 من ق م التي نصت على أنه : " يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة . "

و قد يكون مصدر الالتزام بإعلام المتعاقد الآخر هو القانون كما هو الحال في عقد الاستهلاك أو عقد التأمين .³¹

ليقوم التدليس يجب أن يتوافر عنصر في استعمال الحيل هو قصد تضليل المتعاقد الآخر بغية الدفع به للتعاقد .

+ أن يكون التدليس دافعا للتعاقد

اشترط المشرع لقيام التدليس أن يكون الدافع الأساسي للتعاقد ، و هو ما نستشفه من تكرار المشرع لعبارة : " لولاها يقصد اتباع الطرق الاحتياطية لم أبرم الطرف الثاني العقد . "³²

و المعيار الذي يعتمد في هذه الحالة هو المعيار الذاتي ، لأن تأثير تدليس قد يختلف من شخص لآخر بحسب جنسه و سنه و ثقافته وخبرته و طبيعة شخصيته .

- أن يصدر عن احد المتعاقدين أو بعلمه

يشترط في التدليس ليعتبر عيب من عيوب الرضا أن يصدر من أحد المتعاقدين أو نائبه أو من الغير بعلم المتعاقد اتجاه المتعاقد الآخر بغية

31 - لايد من الرجوع إلى قانون حماية المستهلك

32 - الفقرة الأولى و الثانية من المادة 86 من ق م .

تحايل عليه و خداعه للدفع به للتعاقد و هو ما نصت عليه المادة 86 من ق م -

أما إذا صدر التدليس من الغير و لكن من غير علم المتعاقد فلا يكون له وجود و لا أثر على صحة الرضا و هو ما نصت عليه المادة 87 من ق م التي نصت على أن: " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفترض أن يعلم بهذا التدليس .

ب - اثار التدليس

إذا ثبت وجد التدليس متوفرا على الشروط المنصوص عنه قانون ، عد رضا المتعاقد الذي كان ضحية لوقعه معيبا مما يعطيه الحق في ابطال العقد استنادا إلى نص المادة 86 من ق م ، التي نصت على: "أنه يجوز ابطال العقد للتدليس"

3- الاكراه

يعتبر الاكراه عيب آخر من عيوب الرضا نص عليه المشرع في المواد 88 و 89 من ق م . و نعني بالاكراه: "الضغط الغير مشروع الذي يمارس على الشخص بغية حمله على التعاقد ،مما يجعل رضاه معيبا . " و هو يقوم على عنصرين أحدهما مادي و الآخر معنوي .

العنصر المادي :و نعني بها اساليب التي يعتمدها التي يتبناها المتعاقد أو الغير بعلمه للضغط على المتعاقد الآخر بغية الدفع به إلى التعاقد و هو العنصر المعنوي :هو عنصر الرهبة و الخوف الذي يتولد في نفس المتعاقد بسبب الضغط الممارس عليه و الذي يدفعه للتعاقد تحت سلطان تلك الرهبة و بسببها .و هو ما نستشفه من نص المادة 88 من ق م التي نصت على أنه: " يجوز ابطال العقد للإكراه إذا تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه . "

ماذا تتعني بالرهبة البينة أو متى توصف الرهبة بأنها بينة ؟ للإجابة عن هذا السؤال لابد من التعرّيج على الشروط التي يتوجب توافرها في الإكراه ليكون عيباً من عيوب الإرادة و يرتب اثاره القانونية .

أ - شروط التي يتطلبها القانون في الإكراه

لا يعتد بالإكراه كعيب من عيوب الرضا إلاّ توفرت في الشروط التي نص عليه القانون

- استعمال وسائل للضغط الغير المشروع

يمثل هذا الشرط العنصر المادي للإكراه ، و يتوافر باستعمال وسائل للضغط على المتعاقد سواء تم بذلك باستعمال العنف الجسدي أو التهديد المتعاقد أو على أحد اقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف و المال وفق ما نصت عليه المادة 88 من ق م .

و يوصف الضغط بأنه غير المشروع ، إلاّ تم بوسيلة غير مشروعة مثل العنف أو التهديد سواء كان محل ذلك العنف أو التهديد نفس الانسان ، جسمه ماله أو شرفه أو نفس أو جسم أو شرف أو مال قريب له .

و يعتبر التهديد غير مشروع حتى و لو تم توصل إليه بوسيلة غير مشروعة إذا كانت الغاية المقصودة منه غير مشروعة ، كأن يهدد شخص بالإبلاغ عن المخالفة ارتكبها ضد القانون للضغط عليه لإبرام تصرف ما .

أما إذا كانت كل من وسيلة التهديد و غايته مشروعة فلا يتحقق الإكراه ، كأن يضغط الدائن على مدينه بطلب اعلان اعساره لتوقفه عن دفع الديون إذا لم يعطيه تأمين عني على أحد أمواله . أو كأن تضغط السلطة على شخص للدفع للتنازل عن ملكيته العقارية مقابل تعويض للمصلحة العامة .

- أن يولد التهديد رهبة في نفس المتعاقد الآخر تدفعه للتعاقد

يجب لكي يتحقق الاكراه أن يتولد عن الضغط الغير المشروع الذي يأتيه أحد المتعاقدين ، رهبة في نفس المتعاقد الآخر تدفعه للتعاقد حماية لنفسه أو لغيره لا رغبة في التعاقد .

و تعتبر الرهبة قائمة على بينة استنادا إلى المادة 88 من ق م ، إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو ، أو أحد أقاربه في النفس ، أو الجسم ، أو الشرف و المال .

و يجب أن تكون تلك الرهبة هي دافع للتعاقد بحسب نص المادة 1/88 إذ لولاها ما كان للمتعاقد أن يبرم ذلك العقد .

يراعى في تقدير الاكراه المعيار الذاتي بالنظر للظروف الذاتية المتعاقد المكره و يراعى في ذلك استنادا إلى الأخيرة من المادة 88 من ق م ، جنس من وقع عليه الإكراه ، و سنه و حالته الصحية و الاجتماعية و جميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه.

- أن يصدر الاكراه عن احد المتعاقدين

لكي يتحقق الاكراه لا بد أن يكون صادر عن المتعاقد الآخر و هو ما نستشفه من نص المادة 88 من ق م الذي جاء فيه : " يجوز ابطال العقد للإكراه إذا تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق . " و هو نفس ما أكدت عليه المادة 89 من ذات القانون التي نصت على أنه لا يكون للإكراه أي اثر : "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقد .." ما لم يثبت أن المتعاقد كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه .

ب _ اثار الاكراه

إذا وجد الاكراه بكامل شروطه عد الرضا معيبا ، و جاز لمن وقع عليه الإكراه طلب ابطال العقد و هو ما نصت عليه صراحة المادة 88 من ق م الذي جاء فيها : " يجوز ابطال العقد للإكراه... "

4- الاستغلال و الغبن

نص المشرع على الاستغلال في المادة 90 من ق م و على الغبن³³ في المادة 358 من ذات القانون .

و نعني بالاستغلال كما يظهر من اسمه و من مضمون نص المادة 90 من ق م : " هو استغلال احد المتعاقدين لهوى جامع و طيش بين موجود في المتعاقد الآخر بغرض الحصول على فائدة أكبر بكثير مما يلتزم به من التزامات اتجاه ذلك المتعاقد المستغل . "

أما الغبن فيبدل و فق نص المادة 358 من ق م على " التفاوت الفاحش بين ما يعطيه المتعاقد و ما يحصل عليه بمقتضى العقد الذي ابرمه . " و يظهر من تعريف كل واحد منهما أن الاستغلال غبن يتوافر على سوء النية و هي الاستغلال المتعمد للطيش أو هوى أو ضعف يعاني منه المتعاقد الآخر .

حصر المشرع الغبن في حالة بيع العقار بخمس قيمته الحقيقية ،³⁴ فما هي شروط كل منهما و ما هي التي تترتب على التعامل تحت طائلة الاستغلال أو الغبن .

أ – شروط الاستغلال

يتوافر الاستغلال إذا اكتملت شروطه و هي وجود تفاوت بين حقوق و الالتزامات العلاقة التعاقدية ، و يكون سبب ذلك التفاوت هو استغلال احد المتعاقدين لطيش أو هوى موجود عند الطرف الآخر .

33 - عدل نص المادة 05 - 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005

34 - سنعود للحديث عن هذه النقطة في شروط و اثار الاستغلال و الغبن .

- أن يوجد تفاوت فاحش بين حقوق الالتزامات المتعاقدين

يمثل هذا الشرط أو العنصر الجانب المادى و هو وجود التفاوت أو فقدان التعادل بين حقوق المتعاقدان و التزاماتهما و هو ما يعرف بالغبن استنادا إلى المادة 90 و 358 من ق م .

إلا أنه لا نكون بصدد غبن إلا إذا كان التفاوت بين حقوق المتعاقدين و التزاماتهما فاحشا ، لأن التفاوت طفيف في المعاوضات أمر مألوف لدى الناس فهو أمر طبيعي يستحيل تفاديه .

حصر المشرع هذا التفاوت في بيع العقار بأربعة أخماس تقريبا وفق ما نستشفه من نص المادة 358 من ق م .

أما في غيرها من التعاملات فترك الأمر للقاضي الذي يقدر مدى فحش التفاوت الموجود بين التزامات و حقوق المتعاقدان بحسب ظروف الحال و المألوف في التعامل وفق ما نستشفه من الفقرة الأخيرة من نص المادة 90 من ق م .

- أن ينتج التفاوت عن استغلال احد المتعاقدين لطيش أو هوى بالمتعاقدا الآخر

يتميز الاستغلال عن الغبن بوجود شرط اضافي أو عنصر نفسي يتمثل في استغلال أحد المتعاقدين لطيش بيّن أو هوى جامع لدى المتعاقدا الآخر ، إذ لو لا ذلك الاستغلال لما ابرم المتعاقدا المغبون العقد .

و نعني بالبطيش البيّن : " الاندفاع لفعل أو اتخاذ قرار ما دون اهتمام بمآلاته و نتائجه ، أما الهوى الجامح فيقصد به وجود رغبة شديدة و مستحكمة بالنفس اتجاه شخص أو شيء معين تعمي بصيرة الشخص و تأثر على حكمه و حرية اختياره و ارادته .

و لا نكون بصدد استغلال إلا استغل المتعاقد وجود هذا الهوى و الطيش في نفس المتعاقد الآخر على النحو الوارد ذكره في المادة 90 من ق م ق م التي جاء فيها: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بيّنا أو هوى جامحا ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد ... "

إن وجود عنصر الاستغلال من المتعاقد للهوى و الطيش الموجود لدى المتعاقد الآخر قد يجعل من الاستغلال عيب من عيوب الرضا ، و لكن الغبن لا يظهر فيه اعتلال الرضا كما هو الحال في الغلط و التدليس و الاكراه . و هو ما سيتأكد لنا بمناسبة الكلام عن اثار الغبن و الاستغلال.

ب - اثار الاستغلال و الغبن

نصت المادة 90 على اثار الاستغلال و هي تتمثل اكمال الثمن أو ابطال العقد .

- ابطال العقد

إذا توافرت شروط الاستغلال كما هي منصوص عليها في نص الفقرة الأولى من المادة 90 من ق م ق م جاز للمتعاقد مغبون بسبب الاستغلال على عكس المغبون في بيع العقار ، طلب ابطال أمام القضاء العقد استنادا إلى ذات النص - أي المادة 90 من ق م - ، على أن ترفع الدعوى استنادا إلى الفقرة الثانية من المادة 90 خلال سنة من تاريخ العقد و إلا كانت غير مقبولة .

إلا أنه يمكن في عقود المعاوضة للطرف الآخر توقي دعوى ابطال العقد إذا عرض اكمال الثمن .

- اكمال الثمن

نصت الفقرة الأخيرة من المادة 90 من ق م على أنه: "يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن." و هو ما أكدت عليه الفقرة الأولى من ذات المادة باعترافها للقاضي: "...بناء على طلب المتعاقد المغبون أن....ينقص التزامات هذا المتعاقد."

بل يعد خلق التوازن بين التزامات و حقوق المتعاقدان هو الأثر الوحيد للغبن في بيع العقار وفق ما جاء النص عليه في المادة 358 من ق م التي أكدت على أنه: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل."

و لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن أربعة أخماس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع.³⁵ هذا ما يجعل الغبن أقرب لحماية التعسف في المعاملات العقدية منه إلى كونه عيب من عيوب الإرادة، لأن إرادة المتعاقد ليست معيبة و لكن بالعقد خلل في تكافؤ ما حصل عليه كل طرف من حقوق و ما تحمله من التزامات مقابلة بالطرف الآخر، لذا كان الأثر تصحيح الوضع بزيادة الثمن و ليس القابلية للإبطال كما هو الحال في عيوب الإرادة.

الفقرة الثانية: المحل و السبب

يعد كل من المحل و السبب اركان للحق و الالتزام على حد سواء، يقصد بالأول بما أن في الالتزامات الإرادية هي العملية القانونية التي تتجه إرادة الأطراف إلى تحقيقها بواسطة الالتزام، و نعني بالثاني الباعث الذي يحرك الإرادة على التصرف.

أولاً: المحل

35 - يوجد بنص 358 خطأ بالصياغة

نعني بالمحل مثلما سبق لنا ذكره ، هي العمليات القانونية التي يسعى الأطراف إلى تحقيقها بواسطة الالتزام . و هو يعبر عما يلتزم به المدين اتجاه الدائن هو إما يكون :

- الالتزام بعتاء أو تقديم شيء كالتزام البائع بنقل ملكية الشيء للمشتري
- الالتزام بعمل كالتزام المدين بأداء العمل المتفق عليه
- الامتناع عن عمل مثل امتناع التاجر من المنافسة الغير المشروعة ضد من اشترى منه محله تجاري .

يشترط القانون استنادا إلى نص المادة 92 و ما بعدها مجموعة من شروط سبق لنا الإشارة إليها بمناسبة الكلام عن محل الحق الشخصي وهي : أن يكون المحل موجود أو ممكنا ، و أن يكون معيننا أو قابلا للتعيين و أن يكون مشروعا .

1- أن يكون المحل موجود أو ممكن

إذا كان محل التزام بعتاء شيء يقدمه المدين للدائن ، فيجب أن الشيء محل العطاء موجودا وقت التعاقد و إلا كان العقد باطل لانعدام ركن من أركانه و هو المحل ، أما إذا وجد محل الالتزام وقت إبرام العقد إلا أنه هلك بعد ذلك ، أي بعد انعقاد العقد انعقادا صحيحا ، إلا أن تنفيذ العيني قد يكون مستحيلا فيتم الاتجاه إلى التنفيذ عن طريق التعويض أو فسخ إذا كانت هناك ظروف تمنع التعويض .³⁶

إلا أن المشرع نص في المادة 92 من على أنه : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبليا و محققا . " مثلا يجوز بيع محصول لم ينضج بعد ، أو بيع ثوب قبل خياطته .

36 - المادة 176 من ق م

و مع ذلك عد المشرع التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل و لو تم برضاه إلا في المنصوص عليها في القانون.³⁷

أما إذا كان محل التزام المدين هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، فيشترط أن يكون محل الالتزام ممكنا ، فإذا كان مستحيلا استحالة مطلقة على الناس كافة أو كما عبر عنه المشرع بالمستحيل في ذاته وفق ما جاء النص عليه في المادة 93 من ق م التي اكدت على أنه : " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا . "

أما إذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة نسبية و توصف الاستحالة بأنها نسبية إذا قامت في حق المدين وحده فهي لا تؤثر على قيام العقد و لكن تؤثر على تنفيذه ، بأن يتحول إلى التنفيذ عن طريق التعويض أو فسخ العقد إذا تعذر التنفيذ.³⁸

2- أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين

يشترط المشرع في محل الالتزام أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعين و إلا كان العقد باطلا لغياب محله ، و يشترط في لحالة الأولى إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته و جب أن يكون معيناً بنوعه استناداً إلى نص المادة 94 من ق م التي جاء فيها : " إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته و جب أن يكون معيناً بنوعه و مقداره و إلا كان العقد باطلا . "

يوصف الشيء بأنه محدد بالذات إذا كان محددًا تحديداً منافي للجهالة عن طريق وصفه بما يؤدي إلى تمييزه عن غيره ، فبيع سيارة مثلاً يقتضي تحديد نوعها و اوصافها و ما بها من خصائص و عيوب خفية.

37 - المادة 92 / 2 من ق م ،

38 - المادة 176 من ق م .

يمكن أن يكون الشيء معيناً بنوعه فقط استناداً إلى الفقرة 94 من ق م إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره . إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة المعين بنوعه من حيث جودته و لم ي تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط .
أما إذا كان محل الالتزام نقوداً فيجب تعيين نوعاً و مقدارها و يكون المدين ملتزم بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي اثر .³⁹

3- أن كون مشروعاً

يشترط في محل الالتزام أن يكون مشروعاً و هو ما نستشفه من نص المادة 96 من ق م التي نصت على أنه : " إذا كان محل الالتزام مخالف للنظام العام و الآداب العامة كان العقد باطلاً . "

فإذا كان محل الالتزام المدين ، التزم بعبء و يجب أن يكون شيء محل العطاء قابلاً للتعامل فيه بحسب الشروط المنصوص عليها في المادة 682 من ق م .

أما إذا كان محل الالتزام عمل و امتناع عن عمل ، يتوجب أيضاً أن يكون ذلك العمل أو الامتناع عن عمل مشروعاً ، فمثلاً لا يجوز الاتفاق مع شخص على إيذاء أو قتل غيره و لا مع امرأة على الدعارة أو الاتفاق مع أم على أن تمتنع عن إرضاع ابنها مقابل إيوائها ، إلى غيره من الصور التي قد يكون فيها محل الالتزام غير مشروع .

إذا اختلف شرط مشروعية بأن كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام ، كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً .

ثانياً : السبب

39 - هل كان المشرع موفقاً في اختياره

نعني بالسبب الغاية التي لأجلها اتجهت إرادة المتعاقدين إلى انشاء الالتزام ،لذا لا يتصور السبب بهذا المعنى إلا في التصرفات الارادية .⁴⁰

إذا نظرنا للغاية التي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقها ، قد نميز بين الغاية المباشرة و الغاية الغير مباشرة .

توصف الغاية بأنها مباشرة ، إذا كانت الغرض أو الغاية القريبة التي توخاها المتعاقدان من ابرامهما للعقد ،مثل نقل الشيء المبيع للمشتري من قبل البائع و نقل الثمن للبائع من قبل المشتري .و تعرف هذه الغاية بسبب الالتزام و هو سبب موضوعي يشترك في كل العقود من نفس الواعد فنقل الملكية و تسليم الثمن توجد في كل عقود البيع و لا يختص بها عقد بعينه .

و تعد الغاية غير مباشرة أو ما يعرف بالغرض البعيد ، الغاية التي يسعى إليها المتعاقدان من جراء تحملهما للالتزامات التي يولدها العقد .و تعرف بالبائع الدافع على التعاقد .ففي مثالنا سابق قد يكون دافع البائع من بيع الشيء هو الحصول على مال بغية استثماره أو لشراء شيء هو في حاجة إليه .لذا فمثل هذا السبب ذاتي قد يختلف من عقد لآخر و من متعاقد لآخر ، فهو سبب شخصي يخص المتعاقد دون غيره .

انقسم الفقه حول السبب الذي يجب اعتباره في العقد هل هو السبب المباشر أم السبب الغير المباشر .⁴¹

حيث اتجهت المدرسة التقليدية إلى اعتبار السبب المباشر في العقد ، الذي لا يختلف في العقود ذات النوع الواحد من عقد لآخر . و اشترطت هذه النظرية في سبب الالتزام أن يكون موجودا و صحيحا و مشروعا .⁴²

اما المدرسة الحديثة فزيادة على السبب المباشر هي تأخذ بعين الاعتبار السبب الغير المباشر ، أي البائع على التعاقد .و الذي يختلف باختلاف

40 - محمد حسن قاسم المرجع السابق ، ص 312

41 - حليلة آيت حمودي : نظرية الباعث في الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي دار الحدائث للطباعة و النشر و التوزيع ، لبنان ، بيروت ط2

42 - محمد قاسم : المرجع السابق ، ص 313 .

العقود و المتعاقدين . و لا تشترط لصحة العقد إلا مشروعية هذا الباعث ، و يظهر أن هذا هو ما أخذ به المشرع الجزائري وفق ما يبدوا من نص المادة 97 من ق م التي جاء فيها : " إذا التزم المتعاقدان لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف نظام العام و الآداب العامة كان العقد باطلا . " و هو ما جاء التأكيد عليه في المادة 98 من ق م التي نصت على أن : " كل التزام له سبب مشروع ما لم يقم الدليل على غير ذلك . "

إلا أن الفقرة الثانية من ذات المادة تكشف و كأن المشرع أخذ بالنظريتين معا في ذات الوقت ، حيث جاء فيها : " يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبب آخر مشروع أن يثبت ما يدعيه . "

السبب كركن للعقد في الفقه الاسلامي ، لأنه اذا كان يقصد به السبب المباشر يعد جزء من المحل الذي ينصب عليه التعامل ، اما اذا يقصد به السبب الغير مباشر و يعني به غايات و مقاصد فذلك يعد جزء من بند المشروعية و عدم التعسف في توظيف الارادة بما يهدم النظام الشرعي أو القانوني أو يجر اذى للمتعاقد الآخر سواء قصدا أو لفقدان عنصر التوازن العقدي ، و ذلك جزء اصيل من الرضائية كركن اساسي في العقد و هو اتجهت بعض التشريعات الحديثة منها المشرع الفرنسي الذي ألغى السبب بإعتباره ركن من اركان العقد في تعديل الذي مس القانون المدني الفرنسي بمقتضى الامر 2016-131 المؤرخ في 10 فيفري 2016⁴³

الفقرة الثالثة : البطلان

⁴³ - Clément François : Présentation de l'article 1128 de la nouvelle section 2 la validité du contrat ; <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/> le 04 /02/2020 a 18h38mn

بعد أن انهينا الكلام عن اركان العقد ، سنخرج لنبحث في جزئية البطلان باعتباراه الأثر الذي يترتب على تخلف ركن من الأركان العقد ، و لعدم توافر شرط من شروطه .

أولا : تعريف البطلان

البطلان هو الجزاء الذي يترتبه القانون على تخلف ركن من اركان العقد أو شرط من شروط صحته.

ينقسم البطلان ، إلى بطلان مطلق و بطلان نسبي ، يكون البطلان مطلق عندما يتخلف ركن من أركان العقد ، كما هو الحال عند انعدام الرضا أو المحل أو السبب . يعد العقد الباطل بطلانا مطلقا معدوم و غير موجود ، لأنه فقد الأساس الذي قوم عليه .

أما البطلان النسبي أو كما يعرف بالقابلية للإبطال فيكون في حالة اعتلال الرضا بعيب من العيوب ،⁴⁴ أو في حالة نقص اهلية احد المتعاقدين . يترتب العقد القابل للإبطال آثاره كاملة إلى أن يتقرر ابطاله بناء على طلب من تقرر لمصلحته .

ثانيا : تقرير البطلان

يعد العقد الباطل بطلانا مطلقا عقد معدوم قانونا ، يعد البطلان المطلق من النظام العام لذا جاز لكل ذي مصلحة التمسك به ، كما يمكن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها (المادة 102 من ق م) .

أما في حالة البطلان النسبي ، فالعقد يكون موجود و منتج لجميع اثاره إلى حين تمسك المتعاقد الذي تقرر لمصلحته بحقه في ابطاله .⁴⁵ و لا يتمسك بهذا البطلان إلا من تقرر لمصلحته ، و لا يمكن للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه .

44 - يمكن الرجوع إلى ص من هذا المؤلف

45 - انظر المواد 81 ، 86 و 88 و 90

يعاد المتعاقدان بعد الحكم ببطلان العقد إلى حالتها قبل إبرام العقد وفق ما نصت عليه المادة 103 من ق م ق م التي جاء فيها: " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو ابطاله ... " إلا أن ذات النص أكد على أنه في حالة ما إذا استحال إعادة المتعاقدان إلى حالتها الأولى جاز الحكم بالتعويض .

غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته أن يرد إلا ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد الفقرة الأخيرة من المادة 103 من ق م .

نص المشرع أيضا في الفقرة الأخيرة من نص المادة 103 من ق م ق م على أنه يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما بذلك .

يسقط حق التمسك في رفع دعوى البطلان المطلق بمضي خمس عشرة سنة وفق ما جاء النص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 102 من ق م .

أما دعوى البطلان النسبي فتسقط بإجازة العقد من المتعاقد الذي شرع البطلان لمصلحته ، كما تسقط استنادا إلى المادة 101 من ق م ⁴⁶ إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات . يبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، و في حالة عيوب الرضا غير الاستغلال من يوم انقطاعها ، و لا يجوز في كل الأحوال ابطال العقد للإكراه أو التدليس أو الغلط إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد .

أما في حالة الاستغلال فلا تقبل دعوى ابطال العقد إذا لم ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ إبرام العقد استنادا لما جاء النص عليه في المادة 90 من ق م .

46 - كانت عشر سنوات في النص القديم قبل التعديل رقم 10- 05

الأصل أن العقد كل متكامل ، لذا فهو يبطل كله و إن اقتصر سبب البطلان على جزء منه فقط . غير أن المشرع رعاية منه لمصلحة المتعاقدين من خلال تقريره لما يعرف بالبطلان النسبي ، و هو ما نستشفه من نص المادة 104 من ق م و التي نصت على أنه : "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال يبطل العقد كله ."

و هذا طبعاً منوط بإرادة المتعاقدان لأننا في إطار التصرفات الإرادية ، و يمكن للمتعاقدان استناداً 105 من ق م ، إذا كان العقد باطلا أو قابلاً للإبطال و توفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره ، العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد .

قد يمتد أثر بطلان من المتعاقدين ليمس بحقوق الغير ، إلا المشرع قد يحاول التخفيف من هذا الأثر حماية للغير حسن النية . و هو ما نستشفه على سبيل المثال من نص المادة 417 من ق م التي جاء فيها : "تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً معنوياً غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون . و مع ذلك إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فإنه يحق للغير بأن يتمسك بتلك الشخصية ."

لا يفرق الفقه الإسلامي بين أنواع البطلان النسبي و المطلق ، باعتبار أن آثار البطلان هي واحدة في جميع الأحوال ، لكنه يميز بين سلطات المتصرف اتجاه البطلان ، بين بطلان يعدم التصرف و يمنع المتصرف من إجازته و هو البطلان الذي يرتبط بتعثر ركن من أركان العقد و البطلان الذي يحمي حرية المتصرف والذي يجعل العقد في مرحلة الأولى موقوفاً أي لا يرتب آثاره إلا إذا إجازته المتعاقد الذي شرع لمصلحته أو

مصلحة من هو مسئول عنه كما هو الحال في التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر التي يجريها ناقص التمييز و التي تتوقف على اجازة وليه .

المطلب الثاني : آثار التصرفات القانونية

متى قام التصرف صحيحا ، بعد أن توافرت اركانه و شروطه التي يتطلبها القانون ، فإنه يرتب اثاره ، و هي الالتزامات الناشئة عنه و الي يتحملها الطرفان أو احدهما و التي يتوجب تنفيذها . و لقد جاء النص على اثار العقد في المواد 106 إلى 118 من ق م

الفرع الأول : القواعد التي تحكم آثار العقد

نص المشرع على القواعد التي تحكم آثار التصرفات القانونية ، خاصة العقد في المواد 106 من ق م و هي العقد شريعة المتعاقدين و الأثر النسبي للعقد .

الفقرة الأولى : العقد شريعة المتعاقدين

إذا قام التصرف مستكملا اركانه التزم اطرافه بتنفيذ ما تولد عنه من التزامات ، حيث يصبح التصرف ملزما مثل القانون و هو ما نستشفه من نص المادة 106 من ق م التي جاء فيها : " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون." و كذا نص المادة 123 م ذات القانون التي جاء فيها و يسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء احكام القبول . " إلا أن هذا لا يمنع المشرع من الاعتراف للقاضي بسلطة تعديل التصرف مراعاة لاعتبارات معينة .

أولا : القواعد التي تحكم تنفيذ التصرفات

يعتبر العقد مثلما سبق لنا ذكره شريعة المتعاقدين ، يجب التقيد بعباراته وفق ما عبرت عنه ارادة المتعاقدين و بحسن نية على أن يشمل تنفيذ ما يعد من مستلزماته ايضا .

1- التقيد بإرادة المتعاقدين

اكد نص المادة 107 من ق م ق على أن تنفيذ العقد يجب أن يتم طبقا لما اشتمل عليه ، و هو ما نستشفه من نص المادة 111 من ذات القانون التي جاء فيها : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على ارادة المتعاقدين . "

اما اذا قامت هناك دواعي لتأويل العقد ، كأن كانت عبارة العقد غير واضحة و تحتمل اكثر من معنى واحد و يجب على القاضي تفسيرها بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، يستهدي القاضي في البحث عن النية الحقيقية بمجموعة من الضوابط ذكرتها المادة 111 من القانون المدني في فقرتها الثانية و هي : طبيعة التعامل ، بما ينبغي أن تتوافر من امانة و ثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات .

يمكن الاعتماد ايضا على عبارات العقد في تفسير و توضيح معانيه باعتبار العقد كل متكامل ، على أن يفسر كل شك لمصلحة المدين استنادا الى المادة 112 من ق م ق التي جاء فيها : " يؤول الشك في مصلحة المدين ، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة ضار بمصلحة الطرف المدعن . " أي سواء كان دائنا أو مدينا لأن هدف المشرع في هذه الحالة هو حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية و هذا الطرف هو طرف المدعن .

2- ضرورة استيعاب التنفيذ لمشتملات العقد

يجب التنبيه أن العقد يلزم اطرافه بكل ما اشتمل عليه في مضمونه و ما يعد من مستلزماته ، و هو ما نصت عليه المادة 107 من ق م التي اكدت على أنه زيادة على ما ورد فيه يشمل ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب ما تقتضيه طبيعة الالتزام .

و نعني بمستلزمات العقد ما هو لازم له و إن لم يتضمن العقد النص عليه صراحة ، فوفقا لطبيعة الالتزام ، يلتزم بائع بتسليم المشتري بالإضافة إلى الشيء المبيع ما يعد من ملحقاتها و كل ما عد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء فإذا كان المبيع مثلا بيت فلا يكتفي البائع باستكمال اجراءات نقل الملكية ، بل لابد من تسليم مفتاح البيت للمشتري و تمكينه من سكن البيت .و كذلك إذا كان الالتزام بنقل الأشخاص او البضائع فيجب أن تشمل التزامات الناقل اضافة إلى توصيل المنقول سواء كان شخصا او شيء مع ضمان و تأمين سلامته

47 .

يمكن للقاضي استنادا إلى المادة 107 من ق م أن يعتمد على القانون في تحديد ما يعد من مستلزمات العقد ، إذ كثير ما يترك المتعاقدان الاهتمام ببعض المسائل التفصيلية لاتفاقهما دون تحديد ، مما قد يفتح الباب لكثير من النزاعات وهو ما قد يعرقل الاتفاقات و المعاملات بين الناس ، لذا ضمن المشرع نصوص القانون بقواعد مكلمة و المفسرة مهمتها تكميل النقص الذي قد يشوب العقود و يفسر ما لف ارادة المتعاقدان من سكوت . لذا يمكن أن يلجأ القاضي إلى القواعد القانونية المكملة لتحديد ما يعد من مستلزمات العقد ، مثلا إذا اتفق البائع و المشتري على المبيع و الثمن تاركين زمن و مكان تسليم المبيع دون تحديد ، فيسري في حقهم عند ذلك ما يقضي به القانون وفق نصوص المواد 393 ق م : " إذا يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم

المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع و أن يتسلمه دون تأخير بإستثناء الذي تقتضيه عملية التسليم .

أما في حالة عدم وجود نص قانوني مكمل فيمكن للقاضي أن يعتمد على العرف لتحديد ما يعد من مستلزمات العقد ، و تعد العادات المألوفة في مرتبة العرف مثل دروج الناس على أن يعطي الزبون عمولة أو بقشيش للقائمين على خدمة الزبائن في المطاعم و الفنادق و مقاهي .

يستطيع القاضي استنادا إلى المادة 107 من ق م الاعتماد أيضا على قواعد العدالة في تحديد مستلزمات العقد ، التي يمكن أن تلزم المتعاقد بأمور لم يأتي النص عليها في العقد استنادا الى مبدأ العدالة بالقيام بكل ما هو ضروري لنقل الحق المباع الى مشتري .

إذا تحدد نطاق العقد على نحو السابق تبينه التزم المتعاقدان بتنفيذه ، بحيث لا يمكن لأحدهما أن ينقض العقد أو أن يدخل عليه تعديلات بإرادته المنفردة دون موافقة الطرف الآخر ، و هو ما نستشفه من نص المادة 106 من ق م التي اكدت على أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون .

إلا أن العقد قد يتضمن بعض الاختلالات في التزامات و حقوق المتعاقدين لأسباب كثيرة فهل من سلطة القاضي تعديل بعض بنوده بما يحقق نوع التوازن بين طرفيه ؟ستتم الاجابة عن هذا السؤال في النقطة الموالية .

ثانيا : نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد

الأصل كما سبق لنا قوله أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز لغيرهما نقض العقد أو تعديله ضمانا لاستقرار المعاملات و احتراماً لإرادة

المتعاقدان التي اعترف لها القانون بسلطة انشاء التصرفات و ترتيب الآثار القانونية ، غير أن مراعاة العدالة قد دفع بالتشريعات الحديثة إلى الاعتراف للقاضي بسلطة تعديل بعض بنود العقد بما يعيد للعقد توازنه التي اختلت بسبب الظروف التي قد تعود لأحد المتعاقدين أو لأسباب لا لا قبل لهم ، أو بسبب شروط صيغت في العقد . و هو ما سنقف عليه من خلال ما يلي :

1- حالة وجود ظروف طارئة :

يحدث كثيرا عند تنفيذ العقود المستمرة أو التي تراخي تنفيذها أن تطرأ حوادث مفاجئة لم تكن عند تعاقد في الحسبان لا يد فيها للمتعاقدان و لكنها تجعل وفاء المدين بالتزامه مرهقا هو ما نستشفه من نص المادة 107 في فقرتها الأخيرة التي جاء فيها : " غير أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلا إلا أنه صار مرهقا للمدين يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك . " 48

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لا بد من توافر مجموعة من اشروط مثلما نصت عليه المادة 107 يمكن اجمالها في :

(أ) أن تطرأ ظروف خارجة عن نطاق المتعاقدان بين فترة انعقاد العقد و تنفيذه .

(ب) أن تكون هذه الحوادث عامة و استثنائية و غير متوقعة .

(ت) أن يجعل الحادث الالتزام مرهقا و ليس مستحيلا . 49

48 - هي آلية لتحقيق العدالة و إن مست باستقرار التعاملات القانونية .، عرفت هذه النظرية بعض التشريعات الحديثة مثل القانون الايطالي و اليوناني و المصري و الجزائري و لم يكن معروفة في القانون الجزائري فهل لها وجود في الشريعة الاسلامية .

49 - اما اذا كان التنفيذ مستحيلا .

إذا توافرت هذه الشروط في حادث كان للقاضي بناء على طلب المدين استنادا إلى المادة 107 من ق م أن يخفف عبء الالتزام عنه إلى الحد المعقول الذي يتناسب مع مقتضيات العدالة و مبدأ حسن النية بعد قيامه بالموازنة بين مصالح الطرفين و هو ما صرحت به المادة 107 من ق م . حيث يمكن للقاضي أن يحقق ذلك بالآليات التالية.

- إذ قد يرى القاضي انقاص التزام المدين
- كما قد يرى زيادة للالتزام المقابل للالتزام المرهق
- أو للقاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الظرف

و تقف سلطة القاضي وفق المادة 107 عند رد الالتزام المرهق إلى حد المعقول و لا يملك سلطة فسخ العقد حيث نصت : " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلا إلا أنه صار مرهقا للمدين يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك . " و يكشف لنا هذا النص في مؤخرته أن رد الالتزام المرهق إلى حد المعقول يعد من النظام العام .

2 – حالة احتواء العقد على شروط تعسفية

حرص المشرع على منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية و التي يكون فيها ارهاق للمدين حيث نصت في هذا الصدد المادة 110 من ق م على ما يلي : " اذا تم العقد بطريق الإذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها و ذلك وفق لما تقضي به العدالة ، و يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك . " ، كما نصت المادة 281 من ق م على ما يلي : " يجب أن يتم الوفاء فور ترتب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ،

غير انه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين و مراعاة لحالته الاقتصادية أن يمنحوا لجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة و أن يوقفوا التنفيذ مع ابقاء جميع الأمور على حالها , و في حالة الاستعجال يكون منح الأجال من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة ..."

حيث تكشف كل هذه النصوص أن القضاء عين تحرس العدالة في الالتزامات العقدية التي اعطاها المشرع الأولوية على استقرار المعاملات .⁵⁰

الفقرة الثانية : الأثر النسبي للعقد

العقد شريعة المتعاقدين هو اجازة من القانون للمتعاقدان بإنشاء نظام يلزمان فيه نفسيهما و بعضهما بإرادتيهما المتوافقتان بالتزامات معينة تكون كأنها قانون لهما على أن لا تخالف القانون الكلي للمجتمع ، بحيث يقتصر انصراف اثاره إليهما دون غيرهما تطبيقا لمبدأ الأثر النسبي للعقد الذي يقابل مبدأ الأثر العام للقانون باعتبار القاعدة القانونية عامة ومجردة ، إلا أن المشرع اجاز أن تمتد اثار العقد لخلفهما العام و الخاص و لكن لا تمتد للغير إلا استثناء .

أولا : تقييد نطاق اثار العقد مبدئيا بالمتعاقدين و خلفهما

تنصرف اثار العقد بمجرد قيامه صحيحا إلى المتعاقدين ، غير أن القانون قرر أن ينصرف ايضا لخلفهما العام و الخاص .

و نعني بالخلف هو من يخلف الشخص في ماله أو جزء منه و هو من تنتقل ليه اموال الشخص و حقوقه كلها أو جزء منها و ينقسم إلى خلف عام و خلف خاص .

50 - يحرص المشرع عادة على ضمان الاستقرار و احقاق العدالة ، فإذا تعذر عليه الجمع بينهما رجح احدهما بحسب تقتضيه المصلحة في الحال و المال ، حيث قد يقدم الاستقرار في بعض الحالات مضحيا بالعدالة و يقدم العدالة في أخرى مضحيا بالاستقرار ...

1- انتقال اثار العقد إلى الخلف العام

يقصد بالخلف العام كما سبقت لنا الإشارة إليه في التمهيد هذه الجزئية ، هو من يتلقى أو يخلف الشخص في كل حقوقه أو خلفه فيها مع غيره بنسبة معينة قد تكون الثلث أو ربع كما هو حال الموصى له . و هذا يعني أن الخلف العام هم الورثة و موصى لهم .

تنصرف اثار العقد إلى الخلف العام للمتعاقد ، فإذا قام شخص بإبرام عقد ما ، ثم توفي فأثار هذا العقد بما تتضمنه من حقوق و التزامات تنصرف إلى خلفه عام كل بحسب حصته و نصيبه في التركة .

نص المشرع على امتداد اثار العقد إلى الخلف عام في المادة 108 من ق م التي جاء فيها ما يلي : " ينصرف العقد إلى المتعاقدين و للخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذه الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث. "

و يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام ، أنه يسري في حقه ما يسري على سلفه في كل ما يتعلق بهذا العقد ، طالما انه نشأ صحيحاً و كان لازماً .⁵¹

إلا أن نص المادة تضمن بعض الاستثناءات التي لا تؤول فيها اثار العقد و لا تنتقل للخلف العام هي :

- النص الصريح للقانون على انقضاء العقد بوفاة احد المتعاقدين كما هو الحال بالنسبة للعقد الشركة الذي نصت بصدده المادة 439 م ج على أنه تنتهي الشركة بموت احد الشركاء ... ، و كذا بالنسبة لعقد الوكالة وفق ما نستشفه من نص المادة 586 م ج . و كذا الحال في العقد الذي يترتب حق الانتفاع المادة 852 م ج

51 - فلا يشترط ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة له أو عليه لأنه يحل محل سلفه .

- اذا لم تسمح طبيعة الالتزام بانتقال اثار العقد إلى الورثة و ذلك اذا كانت شخصية المتعاقدين محل الاعتبار مثل طبيب و مريضه أو محامي و موكله .
- لا تركة إلا بعد سداد الديون ، اذا كان في ذمة المورث ديون فهي لا تنتقل إلى وراثته ولكنها تنتقل للتركة و هو ما نصت عليه المادة 108 م ج و المادة 180 من ق أ ج ، و لقد عد المشرع الورثة من الغير الذي لا تمتد له اثار العقد بسبب اضرارها للورثة في حالتين ، حالة تصرف المورث في مرض الموت وفقا لما جاء النص عليه في المادة 408 من ق م التي اكدت أنه اذا باع المريض مرض الموت لو ارث للغير فإن البيع لا يكون ساريا في حق الورثة إلا اذا اجازوه . اما فيما يخص الوصية لو ارث فكذلك لا تكون سارية في حق الورثة متى تجاوزت الثلث إلا اجازها الورثة وفق ما هو منصوص عليه في المادة 185 من ق أ ج

2- انتقال اثار العقد إلى الخلف الخاص

الخلف الخاص هو من يتلقى و يخلف المتعاقد في حق بعينه سواء كان حقا عينيا أو حق شخصيا و يستوي أن يكون بعوض أو تبرعا .
و قد تنصرف اثار العقد إلى الخلف الخاص وفق المادة 109 من ق م التي نصت على أنه اذا انشأ العقد التزامات و حقوق شخصية تتصل بشي انتقل إلى خلف خاص فإن هذه التزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف بشروط التالية :

- أن تسبق نشأة العقد انتقال الشيء الى الخلف الخاص .
- أن تكون تلك الحقوق و الالتزامات من مستلزمات الشيء
- أن يعلم بها الخلف الخاص

مثال على ذلك نشأة تأمين على شيء محل العقد بغية حفظه ، فينتقل معه ذلك التأمين الشيء بإعتباره من مستلزماته ، حيث يقع على عاتق المشتري هنا مواصلة دفع اقساط التأمين بشرط أن يكون على علم بذلك .

ثانيا : امتداد اثار العقد للغير استثناء

الاصل أن تقف اثار التصرفات القانونية و العقود عند اطرافها و خلفهما العام و الخاص كما سبق شرحه في الفقرات السابقة ، و لا تمتد لتشمل الغير⁵² الا أن لكل قاعدة استثناء لذا قد تمتد اثار العقود استثناءا الى الغير بناء على ارادة المتعاقدان كما سنقف عليه في حالة الاشتراط لمصلحة الغير و حالة التعهد على الغير .

1- الاشتراط لمصلحة الغير

المبدأ أن العقود تولد حقوقا و التزامات لمصلحة اطرافها و عليهم ، لأن العقد هو اتجاه ارادة المتعاقدان لأحداث قانوني يعود عليهما أو على احدهما بالنفع ، لذا يقال أن الاصل في العقود انها لا تنفع الغير . لأن العقد لا ينفع الا اطرافه أو خلفهما العام و الخاص أم الغير الخارج عن العقد أو الذي ليس من خلف المتعاقدان فليس له أن ينتفع من العقد إلا أن تفشي الحوادث و خوف الناس و تمدد ظاهرة التأمين على الحياة لمصلحة الغير اضافة الى التأمين على الاشياء و تشابك مصالح الناس قد فتح الباب امام امكانية انتفاع الغير من عقد لم يبرمه و هو نستشفه من نص المادة 113 من ق م ج التي جاءت على شكل قاعدة عامة كأنها مكملة لقاعدة أنه لا يمكن للعقد أن ينفع الغير ، حيث نصت على أنه : " لا يرتب العقد التزامات في ذمة الاخرين و لكن يجوز أن يكسبه حقا ."

⁵² قد تمتد اثار العقود الى الغير في بعض الحالات كآثر لإرتباط مصالح الاشخاص و تناقضها في ذات الوقت ، مثل ابرام المدين لعقد بيع صوري يضر بمصلحة دائنه في هذه الحالة يكون العقد الذي يجمع المدين بالغير ضار بمصالح دائنه الذي يعد من الغير بالنسبة للعقد الجديد لذا زود القانون دائن لحماية نفسه بألية قانونية هي دعوى عدم نفاذ التصرفات القانونية المنصوص عليه في المواد 191 و ما بعدها من القانون المدني .

و نعني بالاشتراط لمصلحة الغير استنادا الى المادة 116 من ق م أن يقوم شخص يسمى المشتراط بإبرام عقد مع شخص اخر يسمى الملتزم بمقتضاه يكسب شخص ثالث يسمى المستفيد حقا مباشرا يمكن المطالبة بالوفاء به في مواجهة الملتزم .

يظهر جليا من هذا التعريف أن العقد يبرم بين المشتراط و الملتزم و المستفيد منه هو من ينتفع من العقد الذي ليس طرفا فيه .

من الصور التقليدية للاشتراط لمصلحة الغير مثل تأمين رب العمل لعماله ضد اصابات العمل و الشيخوخة أو تأمين الشخص على حياته لمصلحة أولاده بموجب عقد يبرمه مع شركة التأمين يلتزم فيه بدفع الاقساط المتفق عليها على أن تقوم الشركة بدفع مبلغ محدد للمستفيد دفعة واحدة أو في شكل دفعات شهرية .

من صورها ايضا ما نراه في عقود المقاولات حيث يشترط رب العمل شروطا لمصلحة العمال في مواجهة المتعامل معه يضمنها دفتر الشروط مثل تحدد الاحد الادنى من الاجور و الحد الاقصى للتشغيل ، اضافة الى تحديد اوقات الراحة و التعويضات التي يمكن الحصول عليها في حالة التعرض لإصابات بالعمل ، حيث تمكن هذه الشروط رب العمل من تحصين عماله في عقد المقاوله الذي يجمعه بصاحب العمل .

شروط المطلوبة للاشتراط لمصلحة الغير تضمنتها المادة 116 التي سبق لنا الاشارة إليها و هي ، أن يتعاقد المشتراط بإسمه ، و أن يرتب عقد الاشتراط منفعة للمستفيد و أن يكون للمشتراط في تنفيذ عقد الاشتراط مصلحة أو منفعة مادية أو ادبية .

- تعاقد المشتراط بإسمه لا باسم المستفيد و هذا ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة في التعاقد حيث يتعاقد النائب بإسم

الاصيل و لحسابه ، و هو ما نستشفه من نص المادة 116 التي نصت على أنه : " للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ... "

- أن تتجه ارادة المتعاقدان على إنشاء حق مباشر للمستفيد ، أن الارادة المتعاقدان و هما المشترط و الملتزم غايتها انشاء حق مباشر للمستفيد في ذمة الملتزم ، و هو ما أكدت عليه المادة 116 السالفة الذكر ايضا و التي نصت في الفقرة الثانية منها على أنه : " و يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط ... "

ينتج عن ذلك حق المستفيد بالمطالبة بتنفيذ المتعهد لالتزامه اتجاهه استناد لعقد الاشتراط الذي جمع بين الملتزم و المشترط ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك . يمكن للمشرط ايضا أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، الا اذا تبين من العقد أن المنتفع وحده يجوز له ذلك .

اذن لنكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير يجب أن يكون هناك عقد واحد يجمع بين المشترط و الملتزم يلتزم بموجبه المتعهد بتنفيذ العقد لمصلحة المستفيد .

يمكن أن يكون المستفيد من عقد الاشتراط شخص مستقبلي أو شخص غير محدد بذاته استنادا الى نص المادة 118 من ق م التي نصت على انه يجوز الاشتراط لمصلحة الغير اذا كان الشخص وقت ابرام عقد مستقبليا أو هيئة مستقبلية لم توجد بعد كما هو الحال في اشتراط لمصلحة جنين لم يولد أو لهيئة لم تنشأ ، أو أن يكون المستفيد شخصا غير معين بالذات أو هيئة غير معينة بالذات مثل تأمين رب العمل على عماله في مجملهم و دون تحديد لذواتهم ، بشرط أن يكون تعيين المستفيد ممكنا حين حلول وقت انتاج العقد لأثاره طبقا لما تضمنه عقد المشاركة.

- أن يقترن الاشتراط لمصلحة الغير بوجود مصلحة ادبية أو مادية مشروعة للمشتري وفق ما جاء النص في المادة 116 من ق م .

من امثلة مصالح المادية أن يشترط بائع الشيء أو مؤجره على المشتري أو المستأجر بدفع ما هو مستحق له في ذمته لدائن له وفاء لدين كان عليه اتجاهه . و من المصالح الادبية أن يضمن الاب الذي امن على حياته أن يحصل ابناؤه على تأمين يحفظ كرامتهم و يضمن عليهم حياة خالية من المفاجئات .

اذن تتمايز في الاشتراط لمصلحة الغير ثلاث انواع علاقات ، علاقة المشتري بالملتزم أو المتعهد و الذي يحدد نطاقها عقد الاشتراط ، و يمكن للمشتري أن يراقب تنفيذ الملتزم لالتزامه كما يمكنه أن يطلبه بالتنفيذ استنادا الى المادة 116 من ق م ، اما عن علاقة المشتري بالمستفيد فهي تتضمن المنفعة التي توصل اليها المشتري عبر عقد الاشتراط لمصلحة المستفيد و التي قد تختلف من حالة لأخرى ، اما عن علاقة الملتزم بالمستفيد فهي علاقة دائن بمدين حيث يثبت للمستفيد حق مباشر في ذمة المتعهد كما نصت عليه صراحة المادة 116 من ق م ،

في الاخير يمكننا التنبيه على حق المشتري في نقض المشاركة استنادا الى نص المادة 117 من ق م التي أكدت على خصوصية هذا الحق للمشتري دون دائنيه أو ورثته قبل أن يعلن المنتفع الى المشتري أو المتعهد عن قبوله و رغبته في الاستفادة من المنفعة التي رصدت له بمقتضى عقد الاشتراط ، و في ذلك تأكيد أن ليس للورثة نقض المشاركة بعد موت مورثهم و دائنيه اذا حل أجلهم ديونهم ، و لا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري قبل أن يعلن له بذلك أو اتفق صراحة أو ضمنا على ذلك ، و للمشتري في هذه الحالة احلال منتفع آخر .

2- التعهد على الغير

المبدأ في العقود أنه لا يمكنها أن تضر الغير و تلزمه جبرا عنها لأن العقود شريعة للمتعاقدان لا للغير و هي اشبه بقانون خاص بأطرافه ، و مع ذلك نص المشرع في المادة 114 من ق م على أنه : " اذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده ... " و في ذلك تأكيد على مبدأ أن العقد لا يرتب التزاما في ذمة الغير المنصوص عليه في المادة 113 من ق م .

نعني بالتعهد على الغير ، اتجاه ارادة المتعاقدان و هما المتعهد و المستفيد الى ابرام عقد يلتزم فيه المتعهد بأن يجعل الغير يلتزم اتجاه المتعاقد معه المستفيد . أي أن التعهد على الغير عقد يجمع بين المتعهد و المستفيد يلتزم بموجبه المتعهد بجعل الغير يلتزم اتجاه المتعاقد المستفيد .اي أن في التعهد على الغير هناك ثلاث اطراف المتعهد و المتعهد له و هما طرفا عقد التعهد على الغير و الطرف الثالث و هو المتعهد عنه .

من شروط التعهد وفق نص المادة 114 من ق م

- أن تتجه ارادة المتعهد الى ابرام العقد باسمه لا باسم الغير ، لذا اثار العقد تنصرف اليه هو لا للغير .
- أن تتجه ارادة المتعهد على الغير الى إلزام نفسه _ بجعل الغير يلتزم اتجاه المتعهد له _ لا إلزام غيره ، لأنه لا يمكن إلزام شخص بأثار عقد لم يكن طرفا فيه و هو ما اكدت عليه المادة 113 من ق م .
- التزام المتعهد بحمل المتعهد عنه على الالتزام بقبول التعهد اتجاه المتعهد له ، و هو إلزام بعمل موضوعه حمل المتعهد عنه على قبول التعهد اتجاه المتعهد له ، و هو التزام بتحقيق النتيجة وفق ما تثبته المادة 114 من ق م ج ، يؤدي التعثرها الى انتقال الالتزام الى المتعهد و الا كان مسئولا عن اخلاله بالتزامه ، حيث نصت المادة 114 / 1 من ق م في هذا الصدد على ما يلي : " اذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده ، فإن رفض الغير أن يلتزم وجب على

المتعهد أن يعرض من تعاقد معه و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به ."

يترب على التعهد على الغير استنادا المادة 114 من ق م أن يجعل المتعهد عنه امام فرضين ، اما قبول المتعهد أو رفضه ، لأن التعهد لا يجبر المتعهد عنه على الالتزام بعقد لم يبرمه و لكن يلزم المتعهد بحمل المتعهد عنه بقبول التعهد لمصلحة المتعهد له .حيث اذا قبل المتعهد عنه التعهد انتج ذلك القبول اثره من وقت صدوه عن عن المتعهد عنه لا من وقت ابرام المتعهد لعقد التعهد على النحو الذي اكدت عليه المادة 114 من ق م التي نصت في الفقرة الثانية منها على أنه اذا قبل الغير التعهد فإن قبوله لا ينتج اثره إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أنه قبل ذلك التعهد من وقت صدوره .

اما اذا رفض المتعهد عنه التعهد فإنه ليس امام المتعهد الا تنفيذ الالتزام بنفسه أو تعويض من تعاقد معه استنادا الى نص الفقرة الأولى من المادة 114 من ق م السالفة الذكر .

الفرع الثاني : جزاء الاخلال بالعقد

تعد العقود احد صور الالتزام بالارادة الذي مكن القانون الاشخاص منه ليساعدهم على امتلاك سلطة احداث اثار قانونية استنادا الى ارادتهم الحرة ، معترفا لهم أن العقود تعتبر بمثابة شرائع خاصة تلزم اطرافها ببندوها ، في حدود ما يسمح به القانون ، فإذا برموا عقودهم كان عليهم الوفاء بها ، إلا أن ذلك لا يمنع أن البعض قد يخل بالتزاماته التعاقدية فينجر عن ذلك امكانية حل أو فسخ الرابطة التعاقدية أو قيام شروط المسؤولية العقدية .و هو ما سنقف عليه في هذا الفرع .

الفقرة الأولى : جواز حل الرابطة العقدية

إذا اخل أحد المتعاقدين بالتزاماته في الرابطة العقدية للعقود الملزمة لجانبين جاز للمتعاقد الآخر طلب حل الرابطة العقدية ، كحل متاح إلى جانب إمكانية دفعه بعدم تنفيذ العقد أو المطالبة بتنفيذ العقد ، في حين لا يكون أمام الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد إلا المطالبة بتنفيذ العقد لأنه ليس عليه أي التزامات اتجاه المتعاقد الآخر .

أولاً : فسخ العقد

يعد فسخ العقد في العقود الملزمة لجانبين أحد الخيارات المتاحة للدائن في تعامله مع اخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته التعاقدية فماذا نعني بالفسخ وما هي شروطه وكيفية وقوعه .

1- مفهوم الفسخ

الفسخ هو حل الرابطة العقدية بناءً على طلب أحد المتعاقدين إذا اخل الطرف بتنفيذ التزاماته التعاقدية ، وهذا يعني أن الفسخ جزاء قانوني يترتب على اخل أحد طرفي العلاقة التعاقدية بالتزاماته العقدية مما يعطي للطرف الآخر سلطة طلب فسخ الرابطة التعاقدية ليتخلص هو أيضاً من الإلتزامات التي رتبها العقد في ذمته.

قد يقع الفسخ بحكم قضائي بناءً على طلب أحد المتعاقدين أو استناداً لاتفاق أطراف العلاقة التعاقدية أو استناداً إلى القانون .

أ- الفسخ القضائي : نصت المادة 119 من ق م على أن في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعدار المدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين ، إذا اقتضى الحال ذلك.

و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجل حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى

كامل الالتزامات . و هذا يعني أن القاضي يملك سلطة تقديرية في اجابة طلب الدائن بالفسخ أو رفضها و ايجاد بدائل أخرى مثل التنفيذ أو الارجاء .

ب- الفسخ الاتفاقي : يمكن للفسخ أن يكون اتفاقي استنادا الى المادة 120 من ق م التي أكدت على أنه يجوز ان يكون الفسخ اتفاقي ، باتفاق اطراف العقد على أن اعتبار العقد مفسوخا بحكم القانون عند الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها و دون حاجة الى حكم قضائي .⁵³

ت- الفسخ بمقتضى القانوني : هي الحالة التي نصت عليه المادة 121 من ق م و التي أكدت أن في العقود الملزمة لجانبين اذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه معه الالتزامات المقابلة له و انفسخ العقد بحكم القانون .

2- شروط الفسخ

أكدت المادة 119 من ق م في فقرتها الأولى أن مجال الفسخ هو العقود التبادلية أي الملزمة لجانبين التي ترتب التزامات متبادلة في ذمة اطرافها ، و لقد أكد ذات الفقرة أن الفسخ ليس امر حتمي بل خيار متاح امام الدائن الذي يمكن اللجوء الى الفسخ أو المطالبة بتنفيذ العقد .

لا يقع الفسخ غالبا الا بحكم قضائي⁵⁴ بناء على طلب المدين متى توافرت شروطه .

وهي :

- أن يخل المدين بالتزاماته التعاقدية اتجاه الدائن ، لأن الفسخ جزاء قانوني مقرر استنادا الى المادة 119 من ق م لمصلحة الدائن في

53 - و استنادا الى ذات النص فسخ العقد بتحقق الشرط المتفق عليه لا يعفي من الاعذار .
54 - يمكن أن يكون اتفاقي كما الحالة المنصوص عليه في المادة 120 من ق م أو يكون قانوني كما هو الحال في الحالة المنصوص عليها في المادة 121 من ق م ..

موجهة مدينه الذي اخل بالتزاماته التعاقدية .فإذا تعذر على المدين اداء ما عليه من إلتزامات لسبب خارج عن اراداته لا قبل له بدفعه انفسخ العقد بقوة القانون استنادا الى المادة 121 من ق م .

لم يفرق نص المادة 119 السالفة الذكر بين عدم التنفيذ الكلي و الجزئي بشرط أن لا يكون الجزء الذي لم يوفي به المدين قليل الأهمية بالنظر لقيمة كامل الإلتزامات التي وفى بها .

- أن يكون الدائن طالب الفسخ قد نفذ التزامه التعاقدي أو هو على استعداد لتنفيذه وفق ما نستنتج من نص مادة 119 من ق م ، صف الى ذلك انه ليس من الانصاف أن يرفع المتعاقد الذي لم يوفي بالتزاماته دعوى فسخ ضد المتعاقد الأخر الذي لم يفي بالتزاماته ايضا .

3- كيفية الفسخ

يحتاج الفسخ الى اعدار المدين و رفع دعوى قضائية إلا في الحالات التي يسمح فيها القانون بوقوع الفسخ دون حاجة للاستصدار حكم قضائي .

- اعدار المدين : نستنتج هذا الشرط من نص المادة 120 من ق م التي نصت على أن الاعذار شرط في الفسخ القضائي و الاتفاقي على حد سواء ، و انه يحدد اما عرفا أو اتفاقا .

- رفع دعوى فسخ ، يم الفسخ اما اتفاقا أو استنادا الى القانون ، لكنه لا يتقرر بالارادة المنفردة ، لذا اجاز القانون المدني للدائن الذي اخل مدينه بالوفاء بالتزاماته التعاقدية أن يرفع دعوى قضائية يطلب فيها اما بتنفيذ تلك الإلتزامات أو فسخ العقد ، حيث يمكن للقاضي استنادا الى الفقرة الثانية من المادة 119 من ق م منح المدين اجل حسب الظروف كما يمكنه أن يرفض الفسخ اذا كانت الإلتزامات التي اخل بها المدين اقل اهمية بالنسبة لكامل الإلتزامات ، و هذا يعني أن

الفسخ اذا لم يتم استنادا الى القانون بسبب ظروف جعلت تنفيذ الالتزام مستحيل أو بناء على اتفاق بين المتعاقدين ، فلا يمكن أن يتم بالإرادة المنفردة و لكن يمكن للمتعاقد أن يرفع دعوى فسخ الذي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي .

يترتب على الفسخ سواء تم استنادا الى القانون أو الى اتفاق المتعاقدان أو نطق به القاضي ارجاع المتعاقدان الى حالتها الأولى و هو ما اكدت عليه المادة 122 من ق م التي نصت على أن اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالة التي كان عليها قبل العقد ، اما اذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض .

ثانيا : الدفع بعدم التنفيذ

نستنتج من نص المادة 119 و 123 من ق م أن في العقود الملزمة لجانبين يكون الدائن اذا اخل المدين بالتزاماته التعاقدية اتجابه مخير بين المطالبة بفسخ العقد أو المطالبة بتنفيذ العقد أو بالدفع بعدم التنفيذ .

نعني بعدم التنفيذ أن يعلن الدائن عن وقف تنفيذ التزاماته اتجاه المدين الذي اخل اتجابه بتنفيذ الالتزامات التي اتفقا عليها في العقد المبرم بينهما ، اساس هذا الدفع هو تبادلية و تقابل التزامات المتعاقدان في العقود الملزمة لجانبين .

1- شروط الدفع بعدم التنفيذ

اكذ المواد من 119 حتى 223 من ق م أن المطالبة بالفسخ و الدفع بعدم التنفيذ من خصوصيات العقود الملزمة لجانبين ، لذا يجب ليستطيع المتعاقد الدفع بعدم التنفيذ من توافر الشروط التالية :

- أن نكون بصدد عقد ملزم لجانبين و هو ما اكدت عليه المادة 223 من ق م ، مثل عقود البيع و الايجار و العمل و غيرها من العقود الي تضع في ذمة اطرافها التزامات تبادلية ، يستطيع فيها المتعاقد

الذي تعرض لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته أن يدفع هو ايضا بعدم التنفيذ .

- أن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته : لا يستطيع المتعاقد الدفع بعدم التنفيذ الا في حالة اخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته الحالة مستحقة الدفع لا المؤجلة .

لأن الالتزامات المؤجلة لم يحين أجلها بعد و هو ما نصت عليه المادة 223 من ق م ج ، التي اكدت على أن : " في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يتم المتعاقد الاخر بتنفيذ ما التزم به ..

- يجب أن لا يكون الجزء الذي لم ينفذ من التزام قليل الاهمية بالنسبة الى قيمة كامل الالتزام .

2- كيفية الدفع بعدم التنفيذ

يعتبر الدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية و ليس هجومية أي أن المتعاقد لا يتمسك بها الا اذا طُلب بما عليه التزامات ، فيرد المطالبة و يدفعها بعدم التنفيذ لأن المتعاقد الاخر لم ينفذ التزاماته .⁵⁵

يستطيع المتعاقد توجيه هذا الدفع بإرادته المنفردة و دون حاجة الى اعدار او حكم قضائي كما هو مطلوب في الفسخ ، غاية المتعاقد من الدفع هو التمسك بالامتناع عن تنفيذ التزاماته التعاقدية الى حين قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته .

يترتب على الدفع بعدم التنفيذ توقيف اثار العقد لا حله أو الغائه ، حيث يتوقف المتعاقد التي تمسك بالدفع عن تنفيذ جانبه من العقد الى حين قيام الطرف الآخر بتنفيذ الجزء الخاص به من الالتزام .

الفقرة الثانية : المسؤولية العقدية

اعترف القانون للأشخاص بسلطة ترتيب التزامات في ذمم بعضهم البعض استنادا الى ارادتهم الحرة ، و ألزمهم باحترام و اداء تلك الالتزامات أو فسخ تلك الروابط العقدية اذا تعثر تنفيذها اما استنادا الى القانون أو جراء اتفاق بين اطراف العقد على فسخ علاقتهما التعاقدية أو استنادا الى حكم قضائي الذي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ، حيث يمكن للقاضي إلزام الاطراف على تنفيذ ما اتفق عليه من التزامات عينيا أو تعويضا و تسمى الصورة الاخيرة المسؤولية العقدية التي تترتب عن تعذر التنفيذ العيني للعقد و هو اخلال بالالتزامات العقدية و هو ما سنقف عليه من خلال نقطتين :

اولا: اركان المسؤولية العقدية

تقوم المسؤولية العقدية كمسؤولية التقصيرية على ثلاث اركان هي الخطأ و الضرر و علاقة السببية .

1- الخطأ العقدي : يقصد بالخطأ عقدي عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية

سواء كان ذلك عمدا أو اهمالا ، و لا فرق بين أن يكون عدم التنفيذ كلي أو جزئي و قد يتخذ شكل تأخرا في التنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية ، و حتى نقف على مضمون الخطأ التعاقدي علينا أن نميز بين الصورة التي قد يتخذها الاخلال في حالة الالتزام ببذل العناية أو التزام بتحقيق النتيجة .

نعني بالالتزام ببذل النتيجة هو التزام الذي يكون فيه المدين ملتزم بعمل يفضي الى تحقيق نتيجة ما ، مثل إلتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع

في عقد البيع ، أو التزام الناقل بنقل الاشخاص أو البضائع الى وجهة معينة ، حيث يتوافر الخطأ في هذا النوع من العقود بإخلال المدين النتيجة التي التزم بها مع المتعاقد اخر .

اما اذا كان التزام المدين التزام ببذل العناية ، فيتمثل خطأ المدين في الإخلال في بذل العناية التي يقتضيها منه الالتزام .حيث يقتضي هذا النوع من الالتزامات من المدين أن يبذل جهده و يتخذ كل الوسائل الضرورية من اجل الوفاء بالتزامه مثل الطبيب الذي يبذل جهده لعلاج المريض و المدرس الذي يستفرغ جهده لتدريس المتمدرس ، فمثل اخل المدين باستفراغ جهده وفق ما يقتضيه الالتزام الذي يقع على عاتقه .

2- الضرر

يعد الضرر الركن الثاني في المسؤولية المدنية سواء كانت تقصيرية أو عقدية ، و نعني به الاذى الذي قد يصيب الشخص في مصلحة مشروعة ، أو يمكن وصفه بأنه ما يلحق الانسان من خسارة أو ما يفوته من كسب .

في المسؤولية العقدية التي تنصب على اخلال احد المتعاقدين بالتزاماته العقدية و هي التزامات مالية ، يكون فيها الضرر ماديا حتما .

نعني بالضرر المادي ذلك الضرر الذي يمس بمصلحة مادية للمضرور و الذي قد يقابل الضرر الادبي ، يكون الضرر في المسؤولية العقدية ماديا دائما لأنه ينجر عن الاخلال بالتزام له قيمة مالية ، مثل اخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه العقدي مما افضى اليه من ضرر بالمتعاقدا الاخر مما يعطيه الحق في التعويض عما فاتته من كسب و ما لحقه من خسارة.

3- علاقة السببية

لا تقوم المسؤولية الا اذا اكتملت اركانها مجتمعة و هي الخطأ و الضرر و رابطة السببية بينهما ، اذا لابد أن يرتبط الخطأ و الضرر بعلاقة السببية ، بأن يكون الضرر نتيجة لوقوع الخطأ ، و يقع على المضرور أي الدائن واجب اثبات كل من الخطأ ، و الضرر و علاقة السببية ، بإثبات أن الضرر يعد نتيجة طبيعية للخطأ المرتكب من قبل المدين .

يستطيع المدين التخلص من المسؤولية بالإثبات أن الضرر الذي لحق الدائن وقع لسبب لا دخل له فيه ، و أن وقوعه لم يكن نتيجة لعدم الوفاء بالتزامه ولكنه يعود لسبب الاجنبي خارج عن نطاق مسؤوليته ، مثل خطأ الدائن نفسه أو خطأ الغير أو انه يعود لقوة القاهرة أو حادث مفاجئ .⁵⁶

ثانيا : الطبيعة القانونية للمسئولية العقدية

تتعلق المسؤولية العقدية بإخلال المدين بالتزاماته العقدية اتجاه الدائن ، الا أن قواعد هذه المسؤولية ليست من النظام العام مما يجعلها قابلة للتعديل باتفاق المتعاقدين .

1- المسؤولية العقدية ليست من النظام العام

تتعلق المسؤولية العقدية بإخلال بالتزامات ارادية ، لذا هي قد تخضع لتحكم الارادة لأنها لا تتعلق بالنظام العام كما هو حال المسؤولية التقصيرية التي تضع على عاتق الاشخاص التزام قانوني عام بعدم الاضرار بالغير .

56 - ستفصل في تلك النقاط بمناسبة كلامنا عن المسؤولية التقصيرية .

الا أن تطور قواعد حماية المستهلك قد ادخلت استثناء في مجال المسؤولية العقدية التي تندرج ضمن علاقات الاستهلاك و جعلتها اقرب للمسؤولية التقصيرية منها للمسؤولية العقدية .⁵⁷

2- قابلية احكام المسؤولية العقدية للتعديل

مثلما سبق لنا توضيحه يمكن للمسؤولية العقدية أن تخضع لما تنص عليه اتفاقات طرفي العقد ، نصت في هذا الصدد المادة 178 من ق م أنه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو قوة القاهرة ، و يجوز ايضا الاتفاق على اعفاء المدين من اية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية ، الا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم غير انه يجوز للمدين أن يشترط اعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من شخص يستخدمه في تنفيذ التزامه .

و هذا يعني أنه يمكن الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية كما يمكن الاتفاق على تخفيفها ، الا أنه لا يستحق الدائن التعويض الا بعد اعدار المدين ما لم يوجد نص يخالف ذلك .

المبحث الثاني: المصادر الغير الارادية

57 - انظر خاصة المادة 13 من القانون رقم 03-09 من القانون المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش المؤرخ في 25 فبراير 2009 و المادة 140 مكرر من ق م .

قد تتخذ الواقعة القانونية التي تشكل مصدرا للحق أو الالتزام شكل تصرف ارادي أو قد تأتي في شكل فعل مادي ، هو ما اصطلح على تسميته في الفقه الاسلامي بالتصرف الفعلي تميزا له عن التصرف القولي الذي يقصد به المصادر الارادية .

تنقسم الافعال المادية الى عدة اقسام منها ما هو صادر عن الانسان و منها ما ليس كذلك لذا سنتعرف في المطلب الأول على صور تلك المصادر ثم سنخصص المطلب الثاني لأركان المسؤولية و نرصد المطلب الثالث لأثار المسؤولية .

المطلب الأول : انواع المصادر المادية

نعني بالمصادر المادية للالتزام تلك الاسباب التي يرتب عليها القانون التزاما في ذمة المدين لمصلحة الدائن . و هي تنقسم الى افعال صادرة عن الطبيعة و افعال صادرة عن الانسان ، فالموت و الميلاد تعتبر مصادر مادية للالتزام .

يشكل الفعل المادي للإنسان اهم المصادر المادية للالتزام و هو ينقسم الى افعال نافعة أو كما سماها المشرع بشبه العقد و التي خصص لها الفصل الرابع من الباب الاول من الكتاب الثاني من القانون المدني ، و فعل موجب للتعويض و الذي جاء النص عليه في الفصل الثالث من ذات الباب .

الفرع الأول : الافعال النافعة

نص المشرع على هذا النوع من الافعال ضمن الباب الأول من الكتاب الثاني من القانون المدني الذي جاء تحت عنوان مصادر الالتزام ، و اطلق عليه اسم شبه العقد . و هي الاثراء بلا سبب ، الدفع الغير مستحق و الفضالة .

أولاً: صور الفعل النافع

يتخذ الفعل النافع صورة الاثراء بلا سبب و ليس الدفع المستحق و الفضالة الا صور من صور الاثراء بلا سبب ، على اساس أن استفادة من مال الغير أو عمله لا تكون دون رضاه و لا دون سبب يوجبه القانون .

1- الاثراء بلا سبب

جاء النص عليه في المادة 141 من ق م ج التي نصت على مبدأ عام مفاده أن كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بالتعويض .

حيث نلاحظ توافر اثناء شخص على حسابه غيره دون سبب بأن

- أن يحصل على منفعة من مال أو عمر غيره
- أن لا تستند تلك الافادة الى سبب يبررها
- و أن تكون بحسن نية حتى نميز الاثراء بلا سبب من الاعتداء على ممتلكات الغير بالسرقة أو الاغتصاب أو تسخير جهوده جبرا عنه دون سبب مشروع .

2- الدفع الغير مستحق

جاء النص على هذه الصورة من الفعل النافع في المادة 143 من ق م ج التي أكدت على أنه كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده .

- اذن يجب أن يتسلم شخص من الغير مال على سبيل الوفاء: مثال ذلك أن يقوم شخص بتسليم غيره مبلغ مالي تسديدا لدين ظن أو توهم وجوده في ذمته اتجاهه و الحقيقة ليست كذلك .

- و أن يكون ذلك الدفع غير مستحق : حتى نكون بصدد دفع غير مستحق يجب أن يكون ذلك التسليم ليس له سبب يقتضيه كما هو الحال في ما جاء النص عليه في المادة 144 من ق م .
- و أن لا يكون الدافع على علم بعدم وجود سبب يبرر ما قم به من دفع و أن لا يكون الدافع قد قدم ذلك المبلغ و هو يعلم وفق ما نصت عليه المادة 143 / 2 التي جاء فيها : " غير انه لا محل للرد اذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه بشرط أن لا يكون ناقص الاهلية لأن الدفع في هذه الحالة يكون تبرع و يشترط في المتبرع أن يكون كامل اهلية الاداء ، ⁵⁸ أو أن يكون قد اكره لأن في هذه الحالة نكون في حالة فعل اعتداء على ممتلكات الغير بالسرقة .

3- الفضالة

جاء النص على الفضالة كصورة من صور الفعل النافع في المواد من 150 الى 159 من ق م .

حيث عرفها نص المادة 150 من ق م على نحو التالي : الفضالة هي : أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص دون أن يكون ملزماً بذلك .

أي لنكون بصدد الفضالة يجب أن تتوافر الشروط التالية :

- أن يتولى شخص شؤون غيره ، أي حتى نكون بصدد الفضالة أن يتولى الشخص بشأن لحساب غيره ، سواء ارتبط هذا الشأن بقيامه بشأن له على النحو المنصوص عليه 151 من ق م أو انفصل عنه . حيث جاء في المادة 151 من ق م تتحقق الفضالة و لو كان الفضولي اثناء توليه شأن نفسه قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر . مثل قيام احد الجيران باعادة تشييد الحائط المشترك بين حديقة منزله و

⁵⁸ المطلوب الرجوع الى احكام اهلية الاداء في محاضرات نظرية الحق

حديقة منزلة جاره الذي اسقطته الرياح و جاره غائب فاعاد بناء الحائط المشترك بمفرده ، حيث يعتبر متفضل عن جاره و منجز للعمل لخاصة نفسه .

- أن يتم ذلك عن قصد حتى نكون بصدد الفضالة يجب أن يقصد الشخص التفضل على غيره حتى لا تختلط لدينا صورة التفضل بحالة التبرع ، لأن في التفضل الشخص لا يقصد التبرع لذا عد المشرع فعله في حكم الوكالة كما اكدت عليه المواد من 152 الى 157 من ق م .

- أن لا يكون ملزما بذلك لا نكون بصدد الفضالة الا اذا كان المتفضل غير ملزم بالعمل الذي قام به استنادا الى عقد ما ، حيث يجب عليه في هذه الحالة أن يمضي في العمل الذي باشره تفضلا الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، كما يجب عليه أن يخطر متى استطاع رب العمل بتدخله .⁵⁹

يلزم الفضولي اثناء قيام بشأن الغير أن يبذل في عمله عناية الشخص العادي⁶⁰ و ذلك استنادا الى المادة 154 من ق م التي اكدت ايضا على أن المتفضل يكون مسئول عن خطئه ، الا أنها اجازت للقاضي أن ينقص مبلغ التعويض المترتب على الخطأ المرتكب من طرف الفضولي اذا كانت الظروف تبرر ذلك .
اما اذا عهد الفضولي انجاز العمل الذي تكفل به و المتعلق بشأن غيره كله أو جزء منه الى شخص ثالث ، كان مسئول عن افعال نائبه ، دون اخلال بما لرب العمل من الرجوع على ذلك النائب مباشرة استناد لما جاء النص عليه في المادة 154 / 2 من ق م ، اما اذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية .

59 - انظر المادة 153 من ق م
60 - هو معيار يرمز لعموم الناس و هم ما يعرفون بالأشخاص العادين و هم اواسط الناس الذين يشكلون الاغلبية و هم يتميزون بحرص و اهتمام متوسط مقارنة بغيرهم من ذوي الحرص الشديد أو منخفضي الحرص و الانتباه .

ثانيا : اثار الفعل النافع

الفعل النافع كما سبق لنا تبينه هو اداء يجر نفعا للغير حسن النية في شكل مال أو عمل ، يحصل عليه من جهد غيره أو ماله أو شيء يملكه دون أن يكون لذلك الانتفاع ما يبرره ، لأن كسب الحقوق اتجاه الغير و الزامهم بواجب القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو تقديم عطاء لغيرهم لا يكون الا بسبب يعترف به القانون سواء كان ذلك السبب تصرف قانوني أو فعل مادي لذا كانت نتيجة تلك الاستفادة الغير مبررة اما التعويض أو الرد .

1- التعويض

يثبت التعويض في حالة الاثراء بلا سبب و الفضالة ، لأن الانتفاع الذي حصل عليه من اثري بلا سبب أو حصل على فائدة من تفضل غيره ليس له ما يبرره ، استنادا الى المادة 141 من ق م بالنسبة لحالة الاثراء بلا سبب ، و المادة 157 من ق م بالنسبة للفضولي و التي نصت على أنه : " يعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل متى كان قد بذل في ادارته عناية الشخص العادي ، و لو لم تتحقق النتيجة المقصودة و في هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه و بتعويضه عن التعهدات التي التزم بها و برد النفقات الضرورية أو النافعة التي سوغتها الظروف ، و بتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل و لا يستحق الفضولي اجرا على عمله الا اذا كان هذا العمل من اعمال مهنته . و اذا لم تتوافر في الفضولي اهلية التعاقد فلا يكون مسئولا عن ادارته الا بالقدر الذي اثرى به ، ما لم تكن مسؤليته ناشئة عن عمل غير مشروع ، اما رب العمل فتبقى مسؤليته كاملة و لو لم تتوافر فيه اهلية التعاقد .⁶¹

61 - المادة 158 من ق م

و تسقط دعوى التعويض في كلا الحالتين بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض بالنسبة لحالة الاثراء بلا سبب استنادا الى المادة 142 من ق م ، أو من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه بالنسبة للفضالة ، و تنتهي في كل الاحوال بانقضاء 15 سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق استنادا الى المواد 142 و 159 من ق م .

2- الرد : ينشأ هذا الحق عن الدفع الغير المستحق استنادا الى المادة 143 من ق م

التي نصت على أنه : كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده .

و يصح الاسترداد ايضا استنادا الى المادة 144 من ق م لأن الوفاء يكون غير مستحق ، اذا كان ذلك الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه أو التزام زال سببه .

غير أنه لا يمكن المطالبة بالاسترداد في الحالات التالية ،

اذا كان من قام بالوفاء يعلم بأنه غير ملزم بما دفعه ، بشرط أن لا يكون ناقص الاهلية أو أن يكون قد اكره على ذلك الوفاء .

ايضا لا يمكن المطالبة بالاسترداد في حالة تعجيل الوفاء بدين أجل قبل أن يحل اجله و هو ما نصت عليه المادة 145 من ق م و التي نصت على ما يلي : " لا يمكن للدائن أن يطالب بحق مؤجل قبل حلول اجله ، اما اذا تم الوفاء معجلا فلا يجوز استرداد ما دفع حتى و لو كان المدين يجهل الأجل .

و في هذه الحالة يجوز للمدين أن يطالب في حدود الضرر الذي لحق به برد مبلغ الاثراء الذي حصل عليه الدائن بسبب هذا الوفاء المعجل .

ايضا لا محل للاسترداد غير المستحق اذا حصل الوفاء للغير من غير
المدين و ترتب عليه أن دائن حسن النية قد تجرد من سند الدين و مما
حصل عليه من التأمينات و ترك دعواه تسقط بالتقادم قبل المدين
الحقيقي و يلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام
بالوفاء .⁶²

اما فيما يخص مضمون ما يردده من تلقى أو تسلم غير المستحق فلقد ميز
المشرع بين حالة حسن النية و سوئها ، حيث اذا كان من تسلم غير
المستحق حسن النية فلا يلزم أن يرد الا ما تسلم ، اما اذا كان سيء النية
فأنه يلزم برد الارباح التي جناها و التي قصر في جنيها من الشيء الذي
تسلمه بغير حقه من يوم الوفاء أو من اليوم الذي اصبح فيه سيء النية .
و اذا لم تتوافر اهلية التعاقد في من تسلم غير المستحق فلا يكون ملزما
بالقدر الذي اثرى به ،⁶³ و في جميع الاحوال يلزم من تسلم غير المستحق
برد ثمرات من رفع الدعوى .⁶⁴

تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء عشر سنوات من اليوم
الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد . أو بمرور خمس
عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه هذا الحق .⁶⁵

الفرع الثاني: الفعل الموجب للتعويض

جاء النص على الفعل المستحق للتعويض في الفصل الثالث من الباب
الأول من الكتاب الثاني ، في المواد 124 الى 140 من ق م ج ، و التي
تضمنت النص عن افعال الاشخاص و الافعال الناتجة عن الاشياء .

أولا :افعال الاشخاص الموجبة للتعويض

62 - المادة 146 من ق م

63 - المادة 148 من ق م

64 - المادة 146 من ق م .

65 - المادة 149 من ق م

تشكل افعال الاشخاص مصدر للمسئولية المدنية التي توجب على صاحبها التعويض ، سواء كانت تلك الافعال شخصية أو كانت افعال للغير حمل القانون الشخص مسئوليته .

1- افعال الشخصية الموجبة للتعويض

تشكل الافعال المادية الصادرة عن الاشخاص اذا انجر عنها ضرر للغير بسبب خطأ صدر من مرتكبها سببا لنشأة الالتزام بالتعويض من مرتكب الخطأ اتجاه المضرور ، استنادا الى المادة 124 من ق م و التي نصت على ما يلي : " كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه في حدوثه بالتعويض . "

و يعتبر استنادا الى المادة 124 مكرر الاستعمال التعسفي للحق خطأ ، خاصة اذا اتخذ الصور التالية : اذا وقع بقصد الاضرار بالغير ، أو كان وسيلة للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الذي ينشأ للغير ، أو اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

و لا يسأل المتسبب في الضرر الذي احدثه بفعله أو بامتناعه أو بإهماله أو عدم حيطة الا اذا كان مميزا .

توصف المسؤولية عن الأفعال الشخصية استنادا الى مادة 124 على انها مسؤولية خطئية لأنها لا تقوم الا اذا ثبت خطأ الشخص و نتج عن ذلك الخطأ ضرر يرتبط برابط بذلك الخطأ برابطة السببية .

2- افعال الغير الموجبة للتعويض

قد يتحمل الشخص مسؤولية غيره ممن يوجدون تحت مسئوليته سواء بسبب حاجتهم الى الرقابة أو لكونهم تابعين له .

أ- مسؤولية متولي الرقابة

جاء النص على مسؤولية متولي الرقابة في المادة 134 و 135 من ق م ، حيث نصت المادة 134 على أنه : " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار ."

في حين اكدت المادة 135 من ق م على أنه يكون الاب و بعد وفاته الام مسئولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القصر المقيمين معهما ، كما يكون المعلمين و المؤدبين و ارباب الحرف مسئولين عن الضرر الذي يسببه تلاميذهم و المتمرنون عندما يكونون تحت رقابتهم .

غير أن مسؤولية الدولة تحل محل مسؤولية المعلمين و المربين ، و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة أو اثبت أن ضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية .⁶⁶

ب- مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه

نصت في هذا الصدد المادة 136 من ق م على أنه : " يكون المتبوع مسئولا عن ضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببه أو بمناسبةها .

و للمتبوع حق الرجوع على تابعه استنادا الى المادة 137 ق م ج في حالة ارتكاب هذا الاخير خطأ جسيما .

تتحقق علاقة التبعية و لو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الاخير يعمل لحساب المتبوع .

ثانيا: المسؤولية الناشئة عن الاشياء

66 - الفقرة 2 من المادة 134 و 135 من ق م .

قد يقع ضرر بسبب الاشياء سواء كانت حية أو غير حية حيث نصت في هذا الصدد المادة 138 من ق م على أنه : " كل من تولى حراسة شيء و كانت له قدرة الاستعمال و التسيير و الرقابة يعتبر مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء . "

1- المسؤولية عن فعل الاشياء الحية

يشكل الحيوان جزء من مجموعة الاشياء باعتبارها المجموعة الثانية من ضمن مجموعات القانون الى جانب مجموعة الاشخاص ، و هو يصنف على انه شيء حي يعتبر حارسه مسئولاً عما يحدثه من اضرار للغير استناداً لما جاء النص عليه في المادة 139 من ق م التي اكدت على أن : " حارس الحيوان و لو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر و لو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن الوقوع الحادث كان بسبب لا ينسب اليه . "

2- المسؤولية عن فعل الاشياء الغير حية

يوصف هذا النوع من المسؤولية بالمسؤولية عن افعال الاشياء الغير حية و هي تتضمن المسؤولية عن حريق و المسؤولية عن تهدم البناء و مسؤولية المنتج عن منتجاته ، و ذلك لما في حرائق و تهدم الابنية بسبب طبيعتها من جهة و امكانية انهيارها أو تفشي ما قد يشبّ فيها من حرائق من خطر على المارة و الجيران و لما في المنتجات من مخاطر بسبب ما تحويه من مكونات قد تهدد الصحة بالخطر .

أ- المسؤولية عن حريق البناء

جاء النص على هذه الصورة من المسؤولية في المادة 140 من ق م ج التي نصت على انه من كان حائزاً بأي وجه كان لعقار أو جزء منه أو منقولات حدث فيها حريق ، لا يكون مسئولاً نحو الغير عن الاضرار التي

سببها هذا الحريق الا اذا ثبت أن الحريق ينسب الى خطئه أو خطأ من هو مسئول عنهم .

حيث نستنتج أن المسؤولية عن الحريق تقوم على اساس خطأ واجب الاثبات اتجاه الشخص حائز الشيء أو اتجاه من هو مسئول عنهم .

ب- المسؤولية المالك البناء

يعتبر مالك البناء مسئولا عما يحدثه انهدام البناء من ضرر و لو كان انهداما جزئيا ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه الى اهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه .

و يجوز لمن كان مهددا بضرر قد يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من تدابير ضرورية ، للوقاية من الخطر ، فإذا لم يقوم المالك بذلك جاز الحصول عل الاذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه .⁶⁷

ت- مسؤولية المنتج عن سلامة منتجاته

اعتبر المشرع المنتج مسئولا مسؤولية تقصيرية عن ضرر الناتج عن عيب في منتجه اذا مس شخص لا تربطه بالمنتج علاقة تعاقدية ، و ذلك تكريسا لسياسة المشرع في حماية المستهلك من الاضرار التي قد تصيبه من جراء عدم الاحترام المنتج للشروط المطلوبة في المنتجات .⁶⁸

و يعتبر منتوجا من منظار المشرع استنادا الى الفقرة الثانية من المادة 140 مكرر ، كل مال منقول و لو كان متصلا بعقار لاسيما المنتوج الزراعي و المنتوج الصناعي و تربية الحيوانات و الصناعة الغذائية و الصيد البري و البحري و الطاقة الكهربائية .

67 - 2/140

68 - استنادا لقواعد حماية المستهلك المنصوص عليها في القانون 03-09 السابق ذكره ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 18 -09 المؤرخ في 10 يونيو 2018 ح ر رقم 35 المؤرخة في 13 يونيو 2018

حيث نلاحظ أن المشرع قصر مفهوم المنتج في نص الفقرة الثانية من المادة 140 مكرر المذكورة اعلاه على المنتج المادي و اهمل المنتج الخدماتي ، و اكيد أن ما جاء ذكره من منتجات هو على سبيل المثال لا الحصر .⁶⁹

المطلب الثاني : اركان المسؤولية التقصيرية

تشكل المسؤولية التقصيرية احد صور المسؤولية المدنية الى جانب المسؤولية العقدية التي سبق لنا الاشارة اليها في اخر جزئية تمحورت حول اثر الاخلال بالعقود كأحد صور التصرفات القانونية .

تقوم المسؤولية متى توافرت اركانها و هي الخطأ و الضرر و علاقة السببية التي تربط بينهما و هو ما سنقف عليه في هذه المطلب .

الفرع الأول الخطأ

تضع الشرائع و القوانين على عاتق المخاطبين بها التزام عام بعدم الاضرار بالغير و تعتبر ، اهمال قواعد الوقاية و الاحتياط في تحقيق تلك الغاية خطأ ، لذا كان المبدأ المتفق عليه في كل الشرائع لا ضرر و لا ضرار و مبدأ كل ضرر يزال شرعا .

يقصد بالخطأ في المسؤولية التقصيرية : الاخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الاضرار بالغير ، و يشترط لقيام الخطأ أن ينحرف الشخص عن الالتزام الملقى عاتق الكافة بعدم الاضرار بغيرهم ليحي الجميع في امن و سلام و أن يكون الشخص مرتكب خطأ مميزا مدركا يفرق بين الانحراف و الالتزام بما يقتضيه و اجب عدم الاضرار بالغير .

إلا أن هناك من اعتبر أن الخطأ هو الاخلال بالثقة المشروعة ، بينما عده البعض اخلاص بالالتزام قانوني سابق .⁷⁰ و الحقيقة أن الخطأ هو كل ذلك ،

69 - المنتج من منظور الفقرة 10 من المادة 03 من القانون رقم 03-09 و المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش .

70 - محمد حسن قاسم : مبادئ القانون ، المرجع السابق ، ص 356

لأن الخطأ كما سبق لنا شرحه هو اخلال بالتزام قانوني عام بعدم الاضرار بالغير حفاظا على الثقة المشروعة في القانون و احترام متطلبات العيش المشترك .

الفقرة الاولى : اركان الخطأ

يتشكل الخطأ من ركنين ، هما ركن التعدي و ركن الادراك ، بحيث يشكل الاول الركن المادي و يشكل الثاني الركن المعنوي .

أولا : ركن التعدي

يوصف الخطأ كما سبق لنا شرحه على انه اخلال أو انحراف عن واجب عدم الاضرار بالغير ، أي هو اخلال بما يلزمنا به القانون من واجب عدم الاضرار بالغير حماية لأمن الاشخاص و الممتلكات و امن الحياة المشتركة و حفظا للنظام العام ، لذا تعد قواعد المسؤولية التقصيرية على عكس قواعد المسؤولية العقدية من النظام العام لا يمكن تعديلها أو الاتفاق على مخالفتها .⁷¹

1- مبدأ : واجب عدم الاضرار بالغير

اذن سبق لنا ذكره يضع القانون على عاتق الناس واجب عدم الاضرار بالغير و يقاس الاخلال بذلك الواجب بمدى انحراف سلوك الشخص عن السلوك المألوف للرجل العادي في ظل ذات الظروف .

يوصف معيار الرجل العادي بأنه معيار موضوعي لأنه يعبر عن مجموع الناس و هم الأغلبية التي تشكل المجتمع و التي تتميز بكونها متوسطة الانتباه و الاهتمام و الحرص ، يوصف السلوك على انه تعدي اذا كان سلوكا منحرفا في ظل الظروف التي ارتكب فيها عن سلوك الشخص العادي في ظل ذات الظروف ، و هذا يعني أنه لا يعتد و لا يعتمد

71 - انظر ما سبق التنبيه عليه بمناسبة كلامنا عن المسؤولية العقدية التي تحكمها مبدئيا اتفاقات الاشخاص بينما تتعلق المسؤولية التقصيرية بالنظام العام .

في تحديد الانحراف على الظروف الداخلية للشخص مثل ضعف احد حواسه أو اضطراب اعصابه أو غيرها لأن الاعتداد بتلك الظروف هو اعتبار للمعيار الذاتي لا الموضوعي.

2- الاستثناءات التي تنفي التعدي

إذا كان القانون يضع مبدئياً على عاتق الأشخاص واجب عام بعدم الأضرار بالغير ، و أن معيار قياس هذا الانحراف و هو معيار الرجل العادي ، فاستثناء قد لا يشكل مثل ذلك الأضرار تعدي في بعض الحالات التي نص عليها المشرع و التي قد يضطر فيها الشخص للإضرار بغيره سواء في جسده أو ممتلكاته لاعتبارات معينة تحقق مصلحة أقوى وفق ما جاء النص عليه في المواد 128 و 129 و 130 من ق م و هي حالة الدفاع الشرعي ، حالة تنفيذ أوامر رئيس و حالة الضرورة .

أ- حالة الدفاع الشرعي

نعني بالدفاع الشرعي واقعة رد الصائل⁷² أو الحق في رد الاعتداء عن النفس أو المال أو نفس الغير أو ماله إذا تعذر على المؤسسات القانونية توفير تلك الحماية في الوقت و الظروف التي وقع فيها الاعتداء ، وفق ما جاء النص عليه في المادة 128 من ق م التي اكدت على أن من احدث ضرراً و هو حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله كان غير مسئول ، على أن لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري و عند الاقتضاء بتعويض يحدده القانوني .

أي أن الدفاع الشرعي واقعة تنفي وقوع الاعتداء و حتى نكون بصدد دفاع شرعي لأبد من توافر الشروط التالية :

72 - لأن هناك من يرى في دفاع الشرعي محض واقعة تقابل الاعتداء هدفه رده و رده و هو استثناء ينفي صفة الاعتداء على استعمال القوة اتجاه الغير ..انظر في هذا الصدد توبواش فاطمة : حق الدفاع الشرعي من روح ميثاق الأمم المتحدة نحو التوجهات التطبيقية الجديدة ، مذكرة ماجستير في القانون ، فرع تحولات الدولة ، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2013 ص 11

- أن يوجد هناك خطر حال وشيك الوقوع و غير مشروع يهدد الشخص في نفسه و ماله أو يهدد الغير في نفسه أو ماله ، أي يجب أن لا يكون الخطر وهمي و لا مستقبلي و يجب أن يكون غير مشروع ، لأنه لا يحق التدخل لدفاع عن متهم من ملاحقة الشرطة بغية القاء القبض عليه .
- أن يتعذر الاستعانة بالسلطة المختصة لاتقاء ذلك الخطر في الوقت المناسب
- أن يكون الدفاع الوسيلة الوحيدة لرد الاعتداء⁷³ و أن لا يتجاوز المدافع الحد المطلوب لرد الاعتداء ، اما اذا تجاوز كان مسئولاً بقدر ذلك التجاوز على النحو الذي تحدده الجهات القضائية المختصة .

ب- حالة طاعة أوامر رئيس

حيث نصت المادة 129 من ق م على أنه : " لا يكون الموظفون والاعوان العموميون مسئولون شخصياً عن افعالهم التي اضررت بالغير اذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت من رئيس متى كانت اطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم .

أي حتى ينتفي خطأ الشخص :

- يجب أن يكون موظفا عاما
 - و أن يتسبب في ضرر للغير
 - أن يكون وقوع ذلك الضرر سببه اطاعة اوامر مشروعة صدرت من رئيس في اطار واجباتهم المهنية ,
 - و أن يكون طاعة تلك الاوامر واجب عليهم
- ت- حالة الضرورة

⁷³ - الدفاع الشرعي ، موقع Juriste <http://middi.over-blog.com/2016/04/56fe2bf9-3503.html> تاريخ الدخول 28/2020/03/

من سبب ضرر للغير ليتفادى ضررا اكبر محققا به أو بغيره لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً .⁷⁴

أي أن الشخص الذي اجبرته حالة الضرورة على الحاق ضرر بنفس غيره أو ممتلكاته لتفادي ضرر اكبر محققا به أو بغيره ، لا يعد مرتكباً لفعل الاعتداء الا بالقدر الذي يراه القاضي مناسباً بحسب الظروف و الموازنة بين الاضرار .

ثانياً : ركن الادراك و التمييز

يشترط لقيام الخطأ أن يتوافر ركنه الثاني و هو الركن المعنوي و نعني به الادراك و التمييز ، اذ لا يكون الشخص مسئولاً عما تسبب فيه من الضرر الا اذا كان مدركاً لانحراف السلوك الذي ارتكبه في حق الغير مدركاً لمعناه مميزاً لمعنى الصواب و الخطأ ، و هو ما نستشفه من نص المادة 125 من ق م التي نصت على : " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته الا اذا كان مميزاً . "

أي أن الخطأ لا يقوم في حق مرتكبه و لا يسأل عنه مسئولية تقصيرية بمجرد توافر عنصر التعدي الذي يسبب ضرراً للغير نتيجة لانحراف ذلك السلوك عن سلوك الرجل العادي في ظل ظروف التي ارتكب فيها ، بل يجب زيادة على ذلك أن يكون مرتكب فعل التعدي مدركاً أن ما قام به هو انحراف و لا يتوافر ذلك الادراك الا اذا كان مرتكب الفعل قد بلغ سن التمييز أو كان في حكمه لذا ينجر عن ذلك أن فاقد الادراك بسبب صغر سن أو بسبب فقدان العقل أو ضعفه كما هو حال الصبي دون سن التمييز و المجنون أو المعتوه لا يكون مسئولاً عما تسبب فيه من ضرر ، و لكن الذي يتحمل مسئولية تعويض ذلك الضرر هو متولى رقابته استناداً الى نص المادة 134 و 135 من ق م . و اذا فقد أو انعدم متولى الرقابة انتقلت المسئولية الى الدولة استناداً الى المادة 140 مكرر 1 ، لكن المشرع لم

74 - المادة 130 من ق م

يحدد من يتولى التعويض عن الضرر الذي حدث بفعل عديم التمييز اذا تعذر الحصول على تعويض ممن يتولى رقابته و اكتفى بتحميل الدولة مسؤولية ذلك التعويض في حالة انعدامه فقط ، أي فقدان متولي الرقابة على النحو الذي سبقت الاشارة اليه وفق ما جاء النص عليه في المادة 140 مكرر 1 من ق م .⁷⁵

الفقرة الثالثة : صور الخطأ

ينقسم الخطأ من حيث النوع الاعتداء وفق القانون المدني الى اخلال بالتزام قانوني و تعسف في استعمال الحق ، و من حيث القصد الى عمد و اهمال و من حيث الاثبات الى خطأ واجب الاثبات و خطأ مفترض .

اولا : معيار طبيعة الانحراف

قد يتخذ الخطأ صورة اخلال بالتزام قانوني يتعلق بواجب الأشخاص بعدم الاضرار بمن حولهم من خلال التزامهم بسلوك الرجل العادي في جميع الظروف ، أو ضرورة الالتزام بما يقتضيه منهم واجب رقابة الاشخاص الذين هم تحت اشرافهم و مسؤولياتهم بسبب صغر سنهم أو بسبب حالتهم العقلية و الجسدية ، أو بما يقتضيه واجب تحمل التبعة عما يعمل تحت مسؤولياته من عمال أو تابعين أو ما يتطلبه منه واجب حراسة الاشياء التي تحت يده و الحيلولة أن يتأذى الناس مما يعترئها من حالات و هو ما جاء النص عليه في المواد 124 الى 140 مكرر من ق م .

الا أن الخطأ قد يتخذ صورة أخرى يتجاوز فيها الشخص الغايات التي من اجلها منح القانون الاشخاص حقوقا و سلطات و بعض الامتيازات و هي تحقيق مصالح لهم لا الاضرار بغيرهم كما هو حال المادة 124 مكرر من القانون المدني التي جعلت من التعسف في استعمال الحق خطأ . مما يعني أن الاشخاص يمنع عليهم في جميع الحالات الاضرار بغيرهم لا فرق في

75 - كان المشرع يعتبر قبل تعديله للمادة 125 من ق م المدني بمقتضى القانون 10-05 مسؤولية عديم التمييز مسؤولية احتياطية في حالة انعدام متولي الرقابة أو تعذر الحكم عليه بالتعويض ..

ذلك بين من يتعدى على غيره عبر الانحراف عن سلوك الرجل العادي و بين من يتعسف في استعمال حقوقه .

قد ينقسم الخطأ ايضا من حيث طبيعته الى خطأ ايجابي و خطأ سلبي ، اذ قد يتحقق الخطأ بفعل ايجابي يأتيه الانسان أو بفعل سلبي . من امثلة التعدي الذي يتحقق بفعل ايجابي ، افساء الطبيب للسر المهني في مواجهة مريضه ، أما من امثلة التعدي على الغير بفعل سلبي امتناع الموظف عن القيام بواجباته اتجاه مراجعيه .⁷⁶

ثانيا : معيار طبيعة الركن المعنوي

يمكن للتعدي أن يكون عمديا أو أن يكون سببه الاهمال و الرعونة و عدم الاحتياط .

يكون التعدي عمديا كما هو الحال في الاعتداءات العمدية ، حيث يعمد الشخص الى اذية غيره ، أي أن غايته من ارتكاب الفعل هو رغبته اذية غيره حتى و لو بدى الفعل لا اعتداء فيه مثل من يستعمل حقه بنية اذية غيره ، لذا يكون معيار التعدي العمدي ذاتي و هو نية مرتكب الفعل في الاضرار بغيره ، و على من يدعي وجود تلك النية اثباتها ، و على المتسبب في الضرر اثبات أن ذلك الضرر كان نتيجة عرضية لتعارض المصالح و لم تتجه نيته أو ارادته لإحداثه في كل الاحوال ، في يقاس ما وقع من خلال بمعيار الرجل العادي على النحو المنصوص عليه مثلا في المادة 691 من ق م ق م التي نهت عن التعسف في استعمال حق الملكية ، و نهت أن ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة سواء توافر قصد الاضرار أو انتفى .

اما في حالة التعدي الغير عمدي فيتخذ الركن المعنوي في فعل التعدي شكل استهتار أو رعونة و عدم الاحتياط أو اهمال ، مما يثبت استهتار

76 - سليمان مرقس : المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، ص 262 و ما بعدها .

الشخص و اندفاعه و سوء تقديره و عدم احترامه لأمن و سلامة من يحيطون به و يقاس ذلك الاستهتار بمعيار موضوعي هو انحراف سلوك الشخص عن معيار الرجل العادي .

ثالثاً معيار وجوب الاثبات

ينقسم الخطأ من حيث اثباته و على من يقع عبء الاثبات الى خطأ واجب الاثبات و خطأ مفترض .

الأصل أن الشخص مسئول عن افعاله الشخصية التي توجب عليه التزام بعدم الاضرار بالغير ، و أن من ادعى تعرضه للاعتداء أن يثبت خطأ الشخص و انحرافه عن السلوك السوي للرجل العادي في ظل الظروف الخارجية التي ارتكب فيها الفعل .

الا أن القانون ألزم الاشخاص ايضاً مسؤلية الاضرار التي تصيب الغير من جراء افعال اشخاص يتولون رقابتهم أو يستفيدون من نشاطاتهم أو ترتبت عن حركة اشياء هم مسئولون عن حراستها .⁷⁷ حيث يفترض التقصير و الخطأ في حق الشخص في جميع الحالات ، و بذلك يعفي المشرع المضرور من الاثبات ، مع سماحه للمسئول بنفي امكانية توافر الخطأ عن نفسه في حالات و جعل الخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس في اخرى ، اخذا بعين الاعتبار يسر و صعوبة الاثبات من جهة و مدى توافر التوازن بين مصالح المضرور و المسئول عن الخطأ المرتكب سواء كان مفترض و قابل لاثبات العكس أو غير قابل لاثبات العكس .⁷⁸ هذه بعض صور الخطأ بالنظر لمجموعة من المعايير و الزاوية التي قد ينظر منها للخطأ .⁷⁹

77 - ارجع ما سبق له قوله حول المسئولية عن فعل الغير و فعل الاشياء .
78 - لمزيد من الفائدة يمكن الرجوع الى عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعة المصرية ، 1952 ص 1041 .
79 - يمكن ايضاً تقسم الخطأ بالنظر الى جسامته الى خطأ جسيم و خطأ عادي و خطأ يسير .

الفرع الثاني : الضرر

يعد الضرر الركن الثاني للمسئولية المدنية التقصيرية ، و اهم اركانها ، لأن غاية هذه المسئولية جعل المسئول عن الفعل الخاطئ يتحمل ما الحق الغير من ضرر سواء كان مادي أو معنوي ، فما هي شروط الضرر الواجب التعويض .

الفقرة الاولى : صور الضرر

الضرر كما سبق لنا ذكره هو الاذى الذي يصيب الانسان في جسمه أو ماله أو في شرفه و مشاعره و هو ينقسم الى ضرر مادي و ضرر ادبي أو معنوي .

اولا : الضرر المادي

و نعني به الضرر الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله ، حيث يعرف الأول بالضرر الجسماني و يعرف الثاني بالضرر الاقتصادي .

يصيب الضرر الجسماني أو الجسدي الشخص في سلامة جسده مثل الجروح التي قد تصيب جسد الشخص ، أن يلحقه عجز مؤقت أو أن يصاب بعاهة مستدامة أو عجز كلي ، أو قد يفضي التعدي انهاء حياة المعتدى عليه ، لذا يصنف الضرر الجسدي على انه ضرر مادي الا انه قد بخلف ضررا ادبيا الذي قد يصيب المعتدى عليه أو اقاربه بعد وفاته .

اما اذا اصاب الضرر مال الشخص أو مصلحة له ذات قيمة مالية فيوصف بأنه ضرر مالي أو اقتصادي و هو يشمل جميع الخسائر التي تصيب الشخص في ذمته المالية .

ثانيا : الضرر المعنوي

يشكل الضرر المعنوي الصورة أخرى لضرر الذي قد يلحق الشخص بسبب تعرضه للتعدي ، و نعني به الضرر الذي يصيب الشخص في قيمة

معنوية له مثل الضرر الذي قد يصيب الشخص في شرفه أو كرامته و يشكك بأخلاقه أو الضرر الذي يمس الشخص في مشاعره أو يتجاوز حقه في الخصوصية أو يمس بيمركز الاجتماعي و صورته عند الناس ، دون أن يسبب له خسارة مالية أو اقتصادية .⁸⁰

الفقرة الثانية : شروط الضرر الموجب للتعويض

الضرر هو الاذى الذي يصيب الشخص في قيمة مادية أو معنوية له ، بسبب تعدي الغير على مصلحة له ، و لا يكون الضرر موجب للتعويض الا اذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون و هو أن يكون الضرر شخصيا ، محققا و مباشر .

اولا : أن يكون الضرر شخصيا

يشترط في الضرر الذي يوجب التعويض أن يكون شخصيا ، أي أن يكون قد اصاب طالب التعويض شخصيا في مصلحة مشروعة له سواء كانت مالية أو معنوي ، حيث نصت في هذا الصدد المادة 182 من ق م أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب ، أي أن التعويض حق ثابت للدائن و هو من اصابه الضرر سواء كان مادي أو ادبي في مواجهة المدين و هو مرتكب الفعل الضار .

ثانيا : أن يكون الضرر محقق

يشترط أن يكون محققا ، يكون ضرر محققا اذا كان حال أي قد وقع فعلا ، الا أن بعض الاضرار قد لا تظهر الا مع الوقت ، و هذا يعني أن نعني الضرر المحقق هو ان يقع الضرر حقيقة حالا أو مآلا . و هو ما نستشفه من نص 131 من ق م التي اكدت أنه اذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية جاز له أن يحتفظ للمضروور بالحق في

80 - امحمد بوسيدة : معايير تقدير التعويض عن الضرر المعنوي ، مجلة البحوث و الدراسات الانسانية ، الجزائر العدد 12- 2016 ، ص 02

أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض ، و هذا يعني أن التعويض يغطي الضرر المحقق سواء كان حال أو مستقبلي .

ثالثا : أن يكون الضرر مباشر

يعتبر الضرر مباشرا اذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية لفعل التعدي اذا لم يكن في استطاعة الدائن تلافيه أو اتقائه و تفاديه ببذل جهد معقول .

الفرع الثالث : رابطة السببية

لا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية أن يكون خطأ صدر من مرتكب فعل الاعتداء و ضرر اصاب المضرور بل لا أن يكون وقوع ذلك الضرر نتيجة لارتكاب فعل التعدي و هو ما نعبر عنه بعلاقة السببية .

الفقرة الأولى : اثبات علاقة السببية

لا يثبت التعويض عن ضرر الا اذا ثبت ارتباط الضرر بفعل الاعتداء بعلاقة السببية ، و يقع اثبات تلك العلاقة على عاتق من وقع عليه الضرر . اكد أن اثبات ارتباط فعل التعدي بالضرر بعلاقة السببية لا يثير أي مشكل اذا كان هنا سبب واحد افضى الى ضرر محدد ، لكن في الواقع لا تكون الامور غالبا بهذه البساطة لأن الاسباب قد تتعدد الاسباب و الاضرار ايضا .

أولا : حالة تعدد الاسباب

قد تتعد الاسباب التي ادت الى حدوث الضرر او النتيجة الواحدة ، فيثار السؤال عن كيف يتم ربط الضرر الحادث بالسبب التي ادى الى حدوث النتيجة ، مثال ذلك يكون شخص مصاب بمرض عضال في مراحلته الاخيرة ، ثم يتعرض لحادث سيارة اثناء عودته من المشفى ، فيصاب ببعض الجروح و اثناء ادخاله الى منزله يسقط من النقالة فيموت . فما هو

السبب الحقيقي الذي ادى الى حدوث النتيجة ؟ ظهر للإجابة هذا السؤال نظريتان نظرية تعادل الاسباب و نظرية السبب المنتج .

1- نظرية تعادل الاسباب

يجب وفق هذه اصحاب النظرية يجب اعتبار كل الاسباب التي ساهمت في حدوث النتيجة ، سواء كانت مساهمتها مباشرة أو كانت عرضية ، لأن من وجهة نظر اصحاب هذه النظرية ما كان للنتيجة أن تحدث لو لا تضافر كل تلك الاسباب .

الا أن هذه التوجه انتقد لأن اعتبار تعادل الاسباب يؤدي الى ربط جميع الاسباب بالنتيجة لا فرق في ذلك بن سبب مباشر و سبب عرضي.⁸¹

2- نظرية السبب المنتج

ظهرت هذه النظرية نتيجة للانتقادات الموجهة لنظرية تعادل أو تكافئ الاسباب ، اذا يفرق اصحاب هذه النظرية بين الاسباب المنتجة و الاسباب العرضية ،⁸² و تتحدد علاقة السببية بين الخطأ و الفعل الضار من منظور هذا اصحاب هذه النظرية بربط الضرر بالسبب المباشر أو المنتج الذي نتج عنه الضرر و ادى الى حدوث النتيجة و لا عبرة بالأسباب العرضية و هو ما نستشفه من نص المادة 182 من ق م ج .

و نعني بالسبب المنتج الذي تترتب عنه نتيجة باعتبارها الاثر الطبيعي للحدث الواقع أي الضرر أما السبب العرضي فهو السبب الغير مألوف و الذي رغم حدوثه الا أنه لم يساهم بصفة مباشرة في احداث الضرر أو النتيجة المقصودة ، فمثلا لو توفي شخص اثر تعرضه لإصابة بسبب تعرضه لحادث ارتكبه في حقه شخص كان يقود سيارته على نحو مخالف لقواعد السير ، الا أن مصاب تعرض اثناء نقله الى المشفى لحادث

81 - توفيق فرج الصدة : النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول / مصادر الالتزام الطبعة 2 ، 1981 ص 396

82 - فارس حامد عبد الكريم : الخطأ و الضرر و الرابطة السببية في المسئولية عن الفعل الشخصي كاساس لتقدير التعويض ،

<http://www.alnoor.se/article.asp?id=36914>

ثاني ، و بعد ذلك اخطأ الطبيب في وصف العلاج للمصاب ، ثم اهل
المصاب الاهتمام بجراحه فمات نتيجة ذلك الاهمال فالسبب المنتج هنا في
احداث الوفاة هو اهمال المصاب و ليس غيره من الاسباب التي يكون
اصحابها مسئولين عما تسببوا فيه من ضرر لا عن الوفاة .

ثانيا : حالة تعاقب الاضرار

قد يترتب على فعل ما أو سبب ما مجموعة من الاضرار المتعاقبة ، منها
ما ترتب عن الفعل الضرر بصورة مباشرة و منها ما يرتبط به بطريقة
غير مباشرة ، في هذه الحالة لا يعتد الا بالضرر المباشر استنادا الى المادة
182 من ق م التي نصت على أن التعويض اذا لم يكن مقدرا في العقد أو
القانون يتولى تقديره القاضي و أنه يشمل ما لحق الدائن من خسارة و ما
فاته من كسب ، بشرط أن يكون ذلك الفوات نتيجة طبيعية لعدم الوفاء
بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، و يعتبر الخطأ نتيجة طبيعية وفق ذات
النص اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . فمثلا لو
حفر شخص بئر و اهل تغطيتها أو وضع علامة تدل على وجودها
فسقط فيها شخص اصيب بصدمة و بعض الرضوض ثم انجر عن ذلك ان
اصيب بالسكري ثم بضغط الدم ثم بعجز كلوي ، فلا يكون حافر البئر
مسئولا الا عن الضرر المباشر و هي الرضوض و الصدمة .

الفقرة الثانية : نفي علاقة السببية

نعني بعلاقة السببية ان يكون الخطأ السبب المباشر أو المنتج في حدوث
الضرر ، فإذا حدث الضرر نتيجة سبب اجنبي انعدمت و انتفت رابطة
السببية . حيث يمكن نفي علاقة السببية بين الخطأ و الضرر عبر اثبات احد
الحالات التي ذكرتها المادة 137 من ق م و التي نصت على انه اذا اثبت
الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه ، كحادث مفاجئ أو قوة
القاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم
بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك .

اولا : حالة القوة القاهرة و الحدث المفاجئ

نعني بالقوة القاهرة ، و هي احد صور السبب الاجنبي الذي ينفي علاقة السببية بين ضرر و فعل المدعى عليه ، كل حادث لا يمكن توقعه و يستحيل دفعه .، من مثله ذلك الزلازل و الفيضانات و الحروب و تعرف في الفقه الاسلامي بالجائحة و هي حادث لا يمكن توقعه و لا يمكن دفعه . اما الحادث الفجائي فنعني به كل حدث استثنائي لا يمكن توقع حدوثه مثل سقوط شجرة بسبب مرض اصابها وسط الطريق فتسببت بحادث السير أو مثل انتشار وباء كورونا في عصرنا الحالي ، الا أن الفقه المعاصر يميل الى عدم التمييز بين القوة القاهرة و الحدث المفاجئ من حيث اثرها في قطع علاقة السببية بين الضرر الذي اصاب المضرور و فعل المدعي عليه ، و التمييز بينهما يكمن فقط في سبب قطعها تلك العلاقة حيث تتميز القوة القاهرة باستحالة دفعها و يتميز الحدث المفاجئ باستحالة توقع حدوثه ..

لذا اذا وقعت قوة القاهرة أو حدث مفاجئ و تسببا في حدوث فعل ضار انجر عنه اصابة احد الاشخاص بضرر بسبب انحراف سيارة كانت مسرعة على الطريق العام نتيجة لحدوث فيضان أو سقوط مفاجئ لشجرة مما انجر عنه اصطدامها بأحد المارة الذي اصيب باضرار جسدية بليغة ، فرفع المضرور دعوى تعويض ضد صاحب المركبة ، جاز لمرتكب الحادث عن يمتنع عن دفع التعويض بنفي علاقة السببية بين فعله و لحق المضرور من اذى باثبات وجود قوة القاهرة أو حدوث حادث مفاجئ كان من المستحيل أن يتوقع حدوثهما و لم يكن بإمكانه دفعهما لتفادي الحادث .

ثانيا : خطأ الغير

يمكن ايضا للمدعى عليه في دعوى المسؤولية نفي المسؤولية عن نفسه كلياً أو جزئياً اذا اثبت أن المتسبب في الضرر كله أو ساهم في حدوثه بشكل مباشر هو خطأ صدر عن الغير ، مثل أن يموت شخص مصاب بمرض أنفلونزا نتيجة تناوله لدواء ما ثبت أن والدته اقتنته من بائع اعشاب خارج توصيات الطبيب فسبب الوفاة هنا هو تدخل والدة المريض على علاج الطبيب .

اما اذا اشترك الغير و مدعى عليه في دعوى المسؤولية في احداث الضرر كانا شركاء في المسؤولية استنادا الى المادة 126 من ق م التي نصت على أنه اذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامين في التزامهم بتعويض الضرر و تكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي الا اذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض .

ثالثا : خطأ المضرور

يستطيع المدعى عليه في دعوى المسؤولية نفي المسؤولية عن نفسه بإثبات خطأ المضرور ، و أن ما كان ليقع لولا خطأ المضرور ، مثل وفاة المريض بسبب تناوله لدواء اقتناه بنفسه خارج وصفة الطبيب .

يمكن لخطأ المضرور كما هو حال خطأ الغير أن ينفي مسؤولية المدعى عليه كلياً أو جزئياً ، فمثلا يمكن في حالة متولي الرقابة أن يثبت المدعى عليه أن اعتداء المجنون الذي هو تحت مسؤوليته ما كان ليحدث لو لا اثاره المضرور له ، أو أن يثبت انه الى جانب اهماله لرقابة المجنون ساهمت اثاره المضرور له في هيجان مزاجه مما جعله يؤدي المضرور .

المطلب الثالث : اثار المسؤولية التقصيرية

اذا توافر الاعتداء و ارتبط بالضرر الناتج بعلاقة السببية قامت اركان المسؤولية و ترتبت اثارها و هي وقف الاعتداء اذا كان ما زال مستمرا و تعويض ما اصاب المضرور من ضرر.

و الاصل أن يقدر التعويض بالنقد الى أنه يجوز للقاضي ، تبعا للظروف و بناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه ، أو أن يحكم على سبيل التعويض ايضا بأداء بعض الاعانات تتصل بالفعل غير المشروع .⁸³

الفرع الاول : تميز التعويض عن الغير من الجزاءات القانونية

تتميز القاعدة القانونية بأنها قاعدة سلوك اجتماعي ، ملزمة لتضع على عاتقنا التزام باحترام النظام و حق من حولنا في الامن و السلامة تقترن بجزاء توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء . ، و من صور الجزاء التعويض عن الضرر التي قد تصيب الاشخاص من جراء اخلال غيرهم بالتزامهم بعد اذية الغير .

الا أن وجود جزاءات مالية أخرى قد تجعلنا نخلط بينها و بين التعويض . يمكننا تعرف التعويض لغة على انه البديل ، اما اصطلاحا فيقصد به الاداء أو المبلغ مالي الذي يحصل عليه الدائن من المسئول عن الضرر الذي اصابه مقابل ما لحقه من خسارة و ما فاتته من كسب بسبب الضرر الذي لحقه من فعل مرتكب الخطأ .⁸⁴

الفقرة الأولى : تمييز التعويض عن الغرامة

يعد التعويض جزاء مدني ، هو اثر للإخلال بواجب السلامة و الامتناع عن اذية الاخرين ، يحكم به للدائن في مواجهة المدين جبرا عما لحقه به من ضرر ، بإعطائه بديل نقدي يعوضه عما فاتته من كسب و ما لحقه من خسارة .

اما الغرامة فهي عقوبة مالية هدفها معاقبة الشخص من خلال افقره و حرمانه من قيمة مالية ما بإفقاره ، لذا هي تلحق و تودع بالخزينة عامة

83 - 2 / 132

84 - هناك من اعتبره جبر للضرر و هناك من اعتبره جزاء مقابل الانحراف عن انحراف السلوك عن الالتزام القانون بعدم الاضرار بغير .

باعتبارها مال من الاموال التي لا مالك لها و التي تؤول الى الخزينة العامة تأجيل قبضها .

الفقرة الثانية : تمييز التعويض عن الدية

الدية هي المال الواجب بالجناية على المعتدي على النفس بالقتل أو الجسد بالجرح أو البتر أو الايذاء و هي واجبة استنادا الى احكام الشرع و هي تنقسم الى مغلظة و مخففة .

يبدو من تعريفنا لها استنادا على تفصيل دراستها في الفقه الاسلامي ان لها طبيعة خاصة و مجال تطبيق محدود ، فما طبيعتها فهي جزاء جنائي له طبيعة تعويضية لأنها تهدف الى افقار الجاني بإخراج المال من ذمته و تعويض المجني عليه بجبر ضرره بإدخال ذات المال الى ذمته ، و هي محدودة النطاق لأن مجالها جنائي و هي تقتصر على الجرائم التي تمس الحق في الحياة و السلامة الجسدية .

لذا تختلف الدية عن التعويض من حيث الغاية و النطاق ، فغايته ردعية تعويضية و غاية التعويض هو جبر الضرر و ازالته قدر الامكان و تحميل المعتدي اثار افعاله لذا هو جزاء و ليس عقوبة ، التعويض يمس كل ضرر قد يصيب الشخص مادي أو معنوي اما الدية فتقف عند حماية الحق في الحياة و الامن و السلامة الجسمانية .

الفرع الثاني : تقدير التعويض

يحكم القاضي بالتعويض بناء على جسامه الضرر الذي اصاب المضرور و ظروف الاطراف و طلبات المدعي ، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من ضرر سواء كان واقع أو متوقع ، و الاصل في التعويض أن يكون نقدي و لكنه يمكن أن يكون اداء عيني مثل ازالة الحائط الذي يسبب للجار الضرر أو غلق الكوة أو المطل الذي يطل على بيته أو نشر اعتذار في

حالة الطعن في السمعة أو الشرف . و قد يكون تقدير القاضي نهائي أو قابل للمراجعة أو يكون في شكل مرتب مدى الحياة .

اولا: أن يكون التعويض مبلغ محدد

يغطي التعويض استنادا الى المادة 182 من ق الضرر التي ترتب مباشرة و كان نتيجة طبيعية لفعل الاعتداء ، و يشمل ما لحق المضرور من خسارة و ما فاتته من كسب ، و يجب أن يغطي التعويض الضرر الذي لحق المضرور سواء كان مادي أو معنوي .⁸⁵

قد يحدد التعويض في العقد كما الحال في المسؤولية العقدية ، أو قد يحدد قانونا و في حالة غياب التقدير القانوني أو الاتفاقي يتولى القاضي تحديده ،

حيث يمكن للقاضي أن يحدد مبلغا نهائيا أو قابل للمراجعة بحسب التطورات التي تلحق المضرور من جراء فعل الاعتداء . و هو ما نستشفه من نص المادة 131 من ق م التي نصت على أنه يقدر القاضي قيمة التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملازمة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر قيمة التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير .

ثانيا : أن يكون التعويض مرتب مدى الحياة

بعض الاضرار لا يمكن تعويض المضرور فيها الا اذا اتخذ شكل اقساط أو كان في شكل مرتب مدى الحياة كما هو حال بعض الاضرار الجسمانية البليغة المرتبط بحوادث العمل التي تكون فيها الخسارة فقد او تعطل عضو أو اكثر من اعضاء الجسم و قد يكون الكسب الفائت فيه هو توقف كلي عن العمل أو تدهور صحي مكلف مدى الحياة .

85 - المادة 182 من ق م

حيث اكدت المادة 132 من ق في فقرتها الأولى على أنه يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، و يصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون ايراداً مرتباً مدى الحياة و يجوز في هاتين الحالتين الزام المدين بأن يقدر أو يقدم تأميناً .

الفصل الثاني أحكام الالتزام

ينشأ الالتزام ليرتب اثاره في ذمة اطرافه و هما الدائن و المدين أي كان سببه و مصدره ، بما أن مصدر الالتزام قد يكون ارادي فهذا يعني أنه قد يكون قابل لتعديل أو صافه استنادا الى ذات الارادة ، كما أن نشأة الالتزام تستتبع تنفيذ ما تضمنه من التزامات و واجبات في ذمة المدين لمصلحة الدائن أي كان منشأه و مصدره و سبب نشأته ، و كون موضوعه قيمة مالية تولد دينا في ذمة المدين لمصلحة الدائن تلزمه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل فهذا يعني أنه قابل للانتقال و الانتهاء ، و هي النقاط التي خصص لها المشرع الباب الثاني من الكتاب الثاني من القانون المدني الذي خصص للالتزامات و ما سنقف عليه في هذا الفصل من خلال اربع مباحث هي كالتالي :

المبحث الأول : اثار الالتزام

المبحث الثاني : أوصاف الالتزام

المبحث الثالث : انتقال الالتزام

المبحث الرابع : انتهاء الالتزام

المبحث الأول : اثار الالتزام

يعترف لنا القانون بالحقوق و الحريات و يضع على عاتقنا واجبات و الالتزامات ، و في ذلك الاعتراف بين حاجتنا لتلبية حاجاتنا و رعاية مصالحنا من خلال استعمالنا الرصين لحقوقنا و حرياتنا ، فمراعاة الاخر و تلبية حاجتنا للاجتماع و الامن المشترك يقتضي منا تنفيذ ما يقع علينا من واجبات .

لذا كان الكلام عن اثر الالتزام يقتضي الوقوف على كيفية تنفيذ المدين لما يقع على عاتقه من التزامات لصالح الدائن .

الاصل في تنفيذ الالتزام أن يكون اختياريا الا أن امتناع المدين عن تنفيذ التزاماته قد يستدعي أن يكون التنفيذ جبريا ، كما ان الأصل أن يكون التنفيذ عينيا الا اذا استحال التنفيذ العيني أو كان مرهقا للمدين ، فيضطر الدائن الى أن يرضى بما يقابل التنفيذ العيني.

المطلب الأول : التنفيذ العيني

الاصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينا ، لذا لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن أن يكون التنفيذ بمقابل عندما يكون التنفيذ العيني ممكنا ، كما لا يجوز للدائن أن يطلب أن يكون التنفيذ بمقابل عندما يعرض المدين التنفيذ العيني .

نعني بالتنفيذ العيني ان يؤدي المدين عين ما التزم به اتجاه الدائن اما اختيارا و جبرا ، و يكون التنفيذ العيني جبري عندما يلتزم به الدائن أو المدين اعتمادا على القضاء بعد الاعذار على النحو الذي سنفصله في هذه الجزئية ، فما هو مضمون التنفيذ العيني ؟ و ما هي وسائله ؟

الفرع الأول : مضمون التنفيذ العيني

اذا توافرت شروط التنفيذ العيني و كان المدين مستعد لهذا النوع من التنفيذ و لم يكن هذا التنفيذ مرهقا للمدين ، كان التنفيذ العيني هو الاصل لأن يشكل موضوع التزام المدين اتجاه الدائن .

الفقرة الأولى : مجال التنفيذ العيني

التنفيذ عيني كما سبق لنا تبينه هو تحقيق ما ينص عليه سند الدين الذي قد يكون موضوعه أو محله اما : التزام بعتاء ، أو التزام بعمل ، أو التزام بالامتناع عن عمل.

اولا : الالتزام بعتاء

اذا كان محل الالتزام هو التزام بعتاء ، فالأمر يختلف بين كون محل العطاء معين بالذات و كونه معين بالنوع.

اذا كان محل العطاء معين بالذات علينا التمييز بين كون محل العطاء منقول أو عقار ، اذا محل الحق أو الملكية المطلوب نقله منقول فإنه ينتقل بحكم القانون استنادا الى نص المادة 165 من ق م التي أكدت على أن الالتزامات بنقل الملكية أو حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني اذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم . اما اذا كان محل العطاء المعين بالذات عقار فيجب مراعاة قواعد الاشهار المتعلقة بالنقل الحقوق العينية العقارية .⁸⁶

اما اذا كان محل العطاء شيء معين بنوعه فلا ينتقل الحق الا بعد فرز الشيء ، فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي .⁸⁷

و يتضمن التزام بنقل حق عيني ، الالتزام بتسليم الشيء و المحافظة عليه حتى التسليم وفق لما هو منصوص عليه في المادة 167 من ق م .⁸⁸

ثانيا : الالتزام بعمل

اذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل سواء كان العمل المطلوب من اعمال تحقيق النتيجة أو اعمال بذل العناية . فإن التزام المدين في هذه الحالة يتمثل في القيام بعمل ايجابي لمصلحة الدائن سواء كانت شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذ الالتزام أو لم تكن كذلك .

1- حالة كون شخص المدين محل اعتبار

اذا كانت شخصية المدين محل الاعتبار في تنفيذ التزام كما هو الحال في التزام لاعب كرة بعينه للعب لنادي معين ، و تعذر أن يحل شخص آخر محل المدين في تنفيذ التزامه ، فإنه يمكن للدائن في هذه الحالة أن يرفض الوفاء من غير المدين استنادا الى المادة 169 من ق م التي نصت على أنه : " في الالتزام بعمل اذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين .

حيث قد يتعذر في هذه الحالة اجبار المدين على التنفيذ العيني لما في ذلك من مساس بحريته الشخصية .⁸⁹

87 - المادة 166 من ق م
88 - و تلك حالة من حالات التزام بعمل ، حيث نصت في هذا الصدد المادة 168 من ق م : " اذا المدين الملزم بالقيام بعمل يقتضي تسليم شيء و لم يسلمه بعد الاعذار ، فإن الاضرار تكون على حسابه و لو كانت قبل الاعذار على حساب الدائن غير أن هذه الاضرار لا تتعدى الى المدين رغم الاعذار اذا اثبت المدين أن شيء قد يضيع عند الدائن لو سلم له ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعية الحوادث المفاجئة ."

89 - احمد شوقي محمد عبد الرحمن :النظرية العامة للالتزام و الاثبات <http://olc.bu.edu.eg/olc/images/eltzam.pdf> 2008 ص

الا أنه في هذه الحالة يمكن الحكم بغرامة تهديديه لحث المدين على تنفيذ التزامه على النحو الذي بينته المادة 174 من ق م : " اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا اذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ و بدفع غرامة اجبارية إن امتنع عن ذلك .

و اذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في غرامة كلما رأى داعيا للزيادة ."

2- حالة كون شخصية المدين ليست محل اعتبار

اما اذا كانت شخصية المدين ليست محل الاعتبار وفق للنية المشتركة للمتعاقدين فإنه يمكن للدائن في هذه الحالة أن يحصل على تنفيذ التزامه عينا و لكن دون يجبر شخص المدين على فعل ذلك لما في ذلك من مساس بحريته الشخصية ، و هو ما اكدت عليه المادة 170 من ق م ج التي نصت : " في الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكن . " حيث يتولى الدائن في هذه الحالة تنفيذ الإلتزام بواسطة شخص اخر على نفقة المدين . و يمكن وفق المادة 171 من ق م أن يكون حكم القاضي بمثابة سند تنفيذ ، اذا سمحت بذلك طبيعة الإلتزام مع مراعاة مقتضيات القانونية و التنظيمية ،"

اما اذا كان المطلوب في التزامات بعمل من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يعتبر قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية كلما يبذله الشخص العادي و لو لم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك و ذلك استنادا الى المادة 172 من ق م .

ثالثا: الإلتزام بالامتناع عن عمل

قد يكون التزام المدين في شكل امتناع عن عمل ، مثل التزام المحامي أو الطبيب بالسر المهني ، فإذا اخل المدين بهذا الالتزام قامت مسؤوليته اتجاه الدائن ، حيث نصت المادة 173 ق م في هذا الصدد على أنه إذا إلتزم المدين بامتناع عن عمل و اخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام و يمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الازالة على نفقة المدين ، مع امكانية الحكم له بالتعويض على ما لحقه من ضرر .

و اذا تعنت المدين في التنفيذ العيني يمكن الحكم عليه قضائيا بالتعويض استنادا الى نص المادة 175 من ق م التي نصت على انه : " اذا تم التنفيذ العيني أو اصر المدين رفض التنفيذ حدد قاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي اصاب الدائن و عنت الذي بدى من المدين . "

الفقرة الثانية : شروط التنفيذ العيني

يشترط في تنفيذ العيني للالتزامات أن يكون ممكنا و غير مرهق للمدين و أن يكون بيد المدين سندا تنفيذيا .

اولا : ان يكون ممكنا

أول شرط للتنفيذ العيني الجبري أن يكون ممكنا أي أن لا يكون التنفيذ الجبري مستحيلا سواء كان سبب تلك الاستحالة عائد لسبب اجنبي أو لفعل المدين و لا فائدة في اختلاف سبب الاستحالة إلا من حيث الاثر ، حيث اذا كانت الاستحالة تعود لسبب اجنبي انقضى الالتزام اما عادت لفعل المدين كان عليه الوفاء بمقابل.

و هو ما نستشفه من نص المادة 164 من ق م التي اشترط زيادة عن الامكان للجوء للتنفيذ الجبري أن يتم اعدار المدين .⁹⁰

ثانيا : أن لا يكون مرهقا للمدين

سواء كان التمسك بالتنفيذ العيني من الدائن أو المدين ، فيجب أن لا يكون فيه ارهاق للمدين ، أي ان لا يكون الضرر الذي يلحق المدين من اجباره على التنفيذ العيني يفوق بكثير المنفعة التي قد يحصلها الدائن من جراء ذلك التنفيذ.

حيث يعد اصرار الدائن على تنفيذ عيني يصيب المدين بضرر جسيم تعسف في استعمال السلطات التي زودها بها القانون .

اضافة الى ذلك يجب أن لا يفضي تنفيذ الالتزام تدخل المدين بنفسه و كان في اجبار المدين على ذلك مساس بحرية المدين ،⁹¹ و ليس امام الدائن الى أن اللجوء الى القضاء لعله بجبر المدين من خلال التهديد المالي اذا كان ذلك لا يشكل ارهاقا له .

ثالثا : أن يكون بيد المدين سند تنفيذي

التنفيذ الجبري لا يعني استخدام القوة الشخصية بل يعني اتباع الاساليب القانونية لإجبار المدين المتعنت على تنفيذ التزامه وفق ما ينص عليه سند الدين ، و لا يمكن أن يتحقق ذلك الا اذا كان بيد الدائن سند تنفيذي الذي يمكن أن يكون حكما قضائيا وفق ما جاء النص عليه في المادة 171 من ق م التي اكدت على أنه : " في الالتزام بعمل ، قد يكون حكم القاضي بمثابة سندا تنفيذيا ، اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام مع مراعاة مقتضيات القانونية و التنظيمية .

الفرع الثاني : وسائل التنفيذ العيني

⁹⁰ - سنجع كلامنا عن الاعذار بمناسبة كلامنا عن التنفيذ عن طريق التعويض في الجزئية اللاحقة .

⁹¹ - و هو ما نستشفه من نص المادة 170 من ق م

يتم التنفيذ العيني الجبري بوسائل حددها القانون مراعيًا لسند الدين و طبيعة الالتزام و قواعد الانصاف و العدالة .

و لقد عرفت هذه الوسائل تطورا في القانون حيث تم الانتقال من الاكراه البدني الى التهديد المالي .

الفقرة الأولى : نبذ المشرع الجزائري للإكراه البدني

كان الاكراه البدني وسيلة لإجبار المدين على تنفيذ التزاماته المالية ، حيث كان المدين قديما يلتزم بالدين في جسمه لا في ماله ،⁹² حيث يجبر المدين على تنفيذ التزاماته التي تضمنها سند الدين بحبس جسده مؤقتا الى أن يستجيب و ينفذ التزاماته التعاقدية ، و هي وسيلة عرفت في القوانين القديمة كالقانون الروماني الذي كان يسمح باسترقاق المدين ، ثم تطورت للتعهد شكل اكراه بدني الذي عرف في الكثير من الانظمة القانونية الحديثة⁹³ و اعترف بها بعض الفقه الاسلامي ايضا .⁹⁴

الا أن منفاة هذه الوسيلة لحرية الاختيار و مساسها بكرامة الانسان دفعت كثير من الانظمة القانونية للتخلي عنها مكثفية بالذمة المالية كضمان لحقوق الدائنين المالية ، خاصة بعد تأكيد الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان على نبذ الاكراه البدني كوسيلة لإجبار المدين على تنفيذ التزامات المالية التي تضمنها سند الدين ، حيث نصت المادة 11 من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية على أنه : " لا يجوز سجن أي انسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي . "

اذ لم الإكراه البدني الا لجوء لحبس المدين ليس عقوبة كما هو الحال في العقوبات الجزائية التي تضمنها قانون العقوبات ، بل تهديدا و اكراها للمدين على تنفيذ التزاماته التعاقدية ، لكن تخلي كثير من الانظمة القانونية

92 - عيد الرزاق السنهاوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني اثار الالتزام ، ط3 منشورات الحلبي الحقوقية ، ص 800

93 - ألفي المشرع الاجراء الذي كان منصوص عليه في المادة 407 و ما بعدها من قانون الاجراءات المدنية القديم الذي تم إلغاءه بمقتضى

القانون 08-09 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية و الادارية

94 - <http://www.arrabita.ma/blog/> الإكراه-البدني-في-الشريعة-الإسلامية-و/

عن هذا الاسلوب في الاجبار على تنفيذ الالتزامات التعاقدية التي أُلزم نفسه بها في سند الدين ، جعلها تتبنى اسلوب تهديدا جديدا يعرف بالتهديد المالي.

الفقرة الثاني : الاعتماد على التهديد المالي لإجبار المدين على التنفيذ العيني

يحتاج تعنت المدين و امتناعه الغير مبرر عن تنفيذ ما التزم به عينا كما تم الاتفاق عليه في سند الدين ، الى ايجاد سبل قانونية لإجباره على الوفاء ، حيث كان قديما الاكراه البدني اصل و وسيلة قانونية معتمدة في تحقيق ذلك الاجبار ، الا أن القوانين الحديثة لم تعد تميل لتبني مثل تلك الوسيلة ، حيث اتجهت أو آثرت استبدال الاكراه البدني كوسيلة لإجبار المدين على تنفيذ التزاماته التعاقدية بوسيلة تهديدية اخرى تعرف ب الغرامة التهديدية ، فماذا نعني بالغرامة التهديدية و متى يمكن اللجوء اليها ، و هي آلية فاعلة حقا ؟

سنحاول الاجابة عن هذه الاسئلة في النقاط الموالية .

أولاً: مفهوم الغرامة التهديدية

يشكل التهديد المالي وسيلة اكراه بديلة للاكراه البدني في كثير من الأنظمة القانونية غايتها إجبار المدين على تنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات عقدية كما تم الاتفاق عليها مع الدائن في سند الدين ، فماذا نعني بالغرامة التهديدية و ما هي خصائص الحكم بها .

1- تعريف الغرامة التهديدية

يقصد بالغرامة التهديدية المبلغ النقدي الذي يحكم به القاضي على المدين عن كل مدة زمنية معينة يتعنت و يمتنع فيها عن تنفيذ التزاماته التعاقدية اتجاه الدائن متى توافرت شروط الحكم بها .⁹⁵

اذن هي وسيلة تهديدية غير مباشرة غايتها اجبار المدين على تنفيذ التزاماته التعاقدية ، تعتبر هذه الوسيلة وليدة الاجتهاد القضائي الفرنسي ، بعد الانتقادات التي وجهت للاكراه البدني من قبل كثير من الفقه ، حيث يقول الفقيه الفرنسي أن في الاكراه البدني مساس بالحرية الشخصية للمدين ، و حرية الشخص ليس محلا للتعاملات المالية ، و عليه لا يمكن جعلها ضمانا لتنفيذ الالتزامات التعاقدية .⁹⁶ بعدها انتقلت الغرامة التهديدية الى التشريعات الحديثة منها المشرع الجزائري الذي نص عليها في المادة 174 من ق م ج .

2- خصائص الحكم بالغرامة التهديدية

تعد الغرامة التهديدية حكما قضائيا مؤقتا غايته اجبار المدين على تنفيذ التزاماته التعاقدية التي اتفق عليها مع الدائن في سند الدين .

أ- هي حكم قضائي جوازي

تصدر الغرامة التهديدية بحكم قضائي ، فهي حكم جوازي يخضع صدوره للسلطة التقديرية للقاضي ، حيث يمكن للقاضي أن يجيب طلب المدين و يحكم بها كما يمكنه أن لا يفعل ذلك . و ذلك ما نستشفه من نص المادة 174 من ق م التي نصت على أنه : " اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ و بدفع غرامة اجبارية إن امتنع عن ذلك .

⁹⁵ - سيتم التعرف على تلك الشروط في الجزئية التي تلي هذه الجزئية

⁹⁶ - <http://www.arrabita.ma/blog/> الإكراه-البدني-الشرعية-الإسلامية/

ب- حكم تهديدي

يصنف الحكم بالغرامة التهديدية على انه حكم تهديدي هدفه اكرام المدين المتعنت و الممتنع عن تنفيذ ما ألتزم به اتجاه الدائن ، اذن هي غرامة هدفها اكرام المدين على تنفيذ التزامه ، و ليست تعويض يحكم به لمصلحة الدائن المتضرر و هو ما نستشفه من نص المادة 174 من ق م التي اكدت في فقرتها الثانية على أنه يمكن للقاضي رأى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في غرامة كلما رأى داعيا للزيادة .

ت- حكم مؤقت

توصف الغرامة التهديدية بأنها حكم مؤقت غايته اجبار المدين على تنفيذ التزاماته اتجاه الدائن ، فهي ليست حكم نهائي واجب التنفيذ كما ليست حكم يتحدد بموجبه الالتزام النهائي للمدين ، بل هي محض وسيلة تهديدية هدفها اكرام المدين و الضغط عليه لتنفيذ التزاماته اتجاه الدائن ، لذا هي قابلة للتعديل لتحقيق الهدف المطلوب و توفير مزيد من الضغط على المدين للوفاء بالتزامه ، حيث يتحدد نطاق الالتزام النهائي للمدين وفق لما يتخذه المدين من مواقف و ما يبدو منه تعنت قد يلزمه بالتعويض ، لذا تبقى الغرامة محض حكم مؤقت مرتبط بالغاية التي اتخذ من خلالها و هذا الفصل بين الغرامة و الدين و ما قد يحكم به على المدين من تعويض يسمى تصفية .⁹⁷

ثانيا : شروط الحكم بالغرامة بالتهديدية

لا يمكن الحكم بالغرامة التهديدية إلا اذا توافرت شروط التالية :

97 - المادة 174 من ق م .

1- إمكانية التنفيذ العيني للدين

لا يمكن اللجوء الى الغرامة التهديدية الى اذا كان التنفيذ العيني ممكنا ، اذا وجود الالتزام غير كافي للجوء الى الغرامة التهديدية اذا كان التنفيذ العيني غير ممكن و هو ما نستشفه من نص المادة 174 من ق م لأن غاية الغرامة هو اجبار المدين على التنفيذ العيني ، اما اذا اصبح التنفيذ العيني مستحيلا لسبب يعود للمدين أو لوجود سبب اجنبي لم يعد للغرامة التهديدية أي معنى .

2- لزوم التدخل الشخصي للمدين لتنفيذ الالتزام العيني

لا يمكن اللجوء للغرامة التهديدية الا اذا كنا بصدد التزام يرتبط بتنفيذه العيني بتدخل شخصي من المدين و هو ما نصت عليه صراحة المادة ، 174 من ق م التي نصت على أنه : " اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ و بدفع غرامة اجبارية إن امتنع عن ذلك .

و اذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في غرامة كلما رأى داعيا للزيادة ."

الا أن هناك حالات يتعذر فيها اللجوء للغرامة التهديدية اذا كان في ذلك مساس بشخص و كرامة المدين ، مثل تعذر كاتب سيناريو أن يفي بالتزامه اتجاه دار انتاج سينمائي ، لأن الابداع ليس عملية ارادية ، أيضا لا يمكن اللجوء الى الغرامة التهديدية اذا كان محل الالتزام امتناع عن عمل اخله به المدين لأن التنفيذ العيني يكون مستحيل بسبب فعل المدين فيتم الانتقال للتنفيذ عن طريق التعويض .

3- أن يطلبه المدين

يتم اللجوء الى غرامة التهديدية بناء على طلب المدين ، حيث يجوز للقاضي موافقته في طلبه و الحكم بغرامة تهديدية كما يمكنه رفضه ، وفق ما جاء النص عليه في المادة 174 من ق م .

المطلب الثاني : التنفيذ عن طريق التعويض

اذا لم تتوافر شروط التنفيذ العيني ، تم التنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض ، كذلك اذا امتنع المدين عن التنفيذ العيني أو كان تنفيذه لالتزام معيبا تم التنفيذ عن طريق التعويض ، و التنفيذ عن طريق التعويض هو تنفيذ لالتزام القديم بأسلوب أو وسيلة أخرى بديلة عن التنفيذ العيني لتعذره ، لذا اللجوء الى التعويض العيني يعني قيام عناصر المسؤولية المدنية التي تقتضي اعدار المدين قبل المطالبة بالتعويض و هو ما سنقف عليه في الجزئيات الموالية .

الفرع الأول : شروط الحكم بالتعويض

الكلام عن التعويض يعني انا في نطاق المسؤولية المدنية بسبب الاخلال بتنفيذ الالتزامات القانونية ، و أن قيام اركان المسؤولية المدنية و هي الخطأ و الضرر و علاقة السببية قد توفر و هو ما سبق لنا دراسته بمناسبة تناولنا للمسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية ،⁹⁸ لذا سنكتفي في هذه الجزئية بالكلام عن شرط الاعذار و شرط عدم الاعفاء من المسؤولية .

الفقرة الأولى : شرط الاعذار

⁹⁸ - يرجى الرجوع الى ما سبق لنا قوله في هذا الموضوع في الصفحات السابقة ..

لا يعتبر المدين متأخر في تنفيذ التزامه بمجرد حلول أجل الدين ، لأن سكوت الدائن و تراخيه عن المطالبة بحقه قد يفيد أن يمنح الدائن اجلا على سبيل التسامح ، و يترتب على اعدار المدين اعتباره في وضع المتأخر ، فماذا نعني باعدار المدين و ما هي الاثار التي تترتب عنه و متى لا يلزم الاعذار .

أولاً: مضمون الاعذار

يقصد باعدار المدين وضعه قانونا في موضع المتأخر لأنه لا يعتبر كذلك بمجرد حلول أجل الدين . لأنه لا يعد قانونا في وضع المتأخر وفقا لما سبق لنا ذكره . الا بعد اتخاذ اجراء الاعذار من قبل الدائن اتجاهاه و تسجيل المدين لتقصير مدينه و تراخيه عن تنفيذ التزامه مما يوجب قيام مسؤوليته عما لحق الدائن من ضرر و تأكد الدائن في مطالبة مدينه بالتعويض .

1- شكل الاعذار

حددت المادة 180 من ق م الكيفية التي قد يتم بها الاعذار المدين حيث نصت على أنه : " يكون اعدار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الانذار و يجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون ، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى أي اجراء اخر .

أي أن اعدار المدين يتم بالأساليب المبينة أعلاه في المادة 180 من ق م و هي :

أ- الانذار أو ما يقوم مقامه

يقصد المشرع بالانذار ، أن يحرر الدائن ورقة أو رسالة رسمية يوصلها للمدين بمقر سكنه بواسطة محضر يبلغه من خلالها أنه يعد متأخر عن

الوفاء بالتزامه و يؤكد له عن رغبته بإستفاء دينه و يمكن أن تقوم أي ورقة رسمية أخرى مقام هذا الانذار مثل دعوته الى المحكمة على سبيل المثال .

ب- الانذار عن طريق البريد

يمكن أن يتم الانذار عن طريق رسالة أو برقية موجه عن طريق البريد على النحو المبين في المادة 180 و المادة 329 من ق م ، موضوعها تذكير المدين بواجبه بالوفاء بالدين الذي حل أجله و الذي يعتبر متأخر عن الوفاء به .

ت- الاتفاق على شكل الاعذار

يمكن ايضا الاتفاق بين الدائن و المدين على شكل آخر للانذار مثل اعتبار أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الاجل و دون حاجة الى أي اجراء اخر .

2- الغاية من الاعذار

مثلما سبق لنا ذكره إن حلول اجل الدين لا يعد في كل الاحوال قرينة أو حجة على أن الدائن يعد متأخرا ، لأن التأخر المقصود هنا ليس التأخر كواقع فعلي بل التأخر بمفهومه القانون باعتباره اخلال من الدائن بالتزامه بالوفاء بالدين عند الطلب , لذا يعد الاعذار وسيلة لاعتبار المدين و متأخرا عن الوفاء بالتزامه و قيام مسؤوليته عما قد يلحق الدائن من ضرر من جراء ذلك التأخير في الوفاء بالتزامه ، كما يكشف عن مدى اتجاه ارادة الدائن و ثبوت نيته في استفاء حقه أم انه يفضل امهال مدينه بعض الوقت على سبيل التسامح .

يعبر الاعذار ايضا عن تمسك الدائن بمصلحته في الاستقاء الفوري لحقوقه التي في ذمة المدين وفق ما هو متفق عليه في سند الدين ، و في

ذلك تأكيد على تمكين المدين من التنفيذ العيني لالتزاماته و تحميله مسؤولية أي التأخر منه في الوفاء بالتزاماته و هذه كلها اعتبارات قانونية ، تجعل التأخر اذا ثبت خطأ يتحمل مسؤوليته مدين و يثبت بموجبه حق الدائن في التعويض

كما يمكن أن تكون الغاية أيضا هو مراعاة كرامة و شخصية المدين و ضرورة أن يتولى الدائن اعداره قبل مفاجئته بإجراءات الجبري ، لما قد ينجر عن ذلك من اضرار نفسية و صحية و حرج اجتماعي .

رغم اهمية الاعذار كشرط لقيام المسؤولية و اثبات اخلال المدين بالتزاماته و اعطائه فرصة للوفاء بتلك الالتزامات دون مفاجئة الا أن هناك حالات قد يعفي فيها المشرع المدين من هذا الواجب ، و هو ما نستشفه من نص المادة 181 من ق م التي نصت على تلك الحالات و هي :

- اذا تعذر تنفيذ الالتزام أو اصبح غير مجد بفعل المدين
- اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر
- اذا محل الالتزام رد شيء يعلم دائن انه مسروق أو شيء تسلمه دون حق و هو عالم بذلك
- اذا صرح المدين كتابة انه لا ينوي تنفيذ التزامه .

ثانيا : اثار الاعذار

يعد الاعذار كما سبق لنا ذكره اجراء يعلن من خلاله الدائن عن نيته و مصلحته في تعجيل استفاء حقه قبل الدائن و يحمل المدين مسؤولية تراخيه عن تنفيذ التزاماته و ما قد يترتب عن ذلك من ضرر قد يلحق الدائن أو الشيء محل العطاء في الالتزام .

1- إلزام المدين عما قد يلحق دائنه من ضرر من جراء التأخير

يعد التأخر عن الوفاء اخلال بالالتزام و هو خطأ يلزم من ارتكبه بتعويض ما ترتب عليه من ضرر قد يصيب دائن ، متى توافرت شروطها و هي الاعذار ، و التأخر و ثبوت الضرر و علاقة السببية و غياب الاعفاء .

2- انتقال تبعة هلاك الشيء الى الطرف الاخر

و هو ما نستشفه من نص المادة 168 من ق م التي أكدت على أنه : اذا كان المدين الملزم بالقيام بعمل يقتضي تسليم شيء ، و لم يسلمه بعد الاعذار فإن الاخطار تكون على حسابه و لو كانت قبل الاعذار على حساب الدائن . ، غير أن هذه الاخطار لا تتعدى الى المدين رغم الاعذار اذا اثبت المدين أن شيء قد يضيع عند الدائن لو سلم له ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعية الحوادث المفاجئة ، غير أن الشيء المسروق اذا هلك أو ضاع بأي صورة كانت فإن تبعية الهلاك تقع على السارق .

الفقرة الثانية : شرط عدم الاعفاء من المسؤولية

يمكن أن للدائن أن يعفي المدين من مسؤولية ما يلحقه من ضرر في الحالات المنصوص عليها قانونا ، لذا حتى تقوم المسؤولية يجب أن تتوافر اركانها و أن يتوافر شرطا الاعذار و عدم الاعفاء ، فما نطاق هذه الاعفاء ؟

أولا : مدى جوازية تعديل احكام المسؤولية

تعد امكانية تعديل الاحكام المسؤولية المدنية متوفرا ، و جائزا و فق ما جاء النص عليه في المادة 178 من ق م التي اكدت على انه يمكن الاتفاق على اعفاء من المسؤولية ، أو التخفيف منها أو تشديد فيها . و هو ما اكدت عليه المادة 384 من ق م التي نصت على انه يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منه و أن يسقطا هذا الضمان ، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه اذا تعمد البائع غشا منه .

فمثلا يمكن الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ و القوة القاهرة و هو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 178 من ق م التي اكدت على أنه : يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة

و يجوز الاتفاق ايضا على اعفاء المدين من اية مسئولية تترتب على عدم تنفيذه لالتزامه التعاقدي الا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم - غير أنه يجوز للمدين أن يشترط اعفائه من المسئولية الناجمة عن الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .

ثانيا : نطاق الاعفاء من المسئولية

يعد الاعفاء صورة من صور تعديل احكام المسئولية العقدية و يقتصر نطاقه على الاتفاق على الاعفاء من المسئولية العقدية و لا يمتد ليشمل المسئولية التقصيرية و هو ما اكدت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 178 من ق م و التي نصت في صياغتها الأمره انه يبطل كل الشرط يقضي بالاعفاء من المسئولية الناجمة عن العمل الاجرامي ، لأن المسئولية التقصيرية تعد من النظام العام .

اما في المسئولية العقدية فيستثنى من امكانية الاعفاء من المسئولية وفق ما جاء النص عليه في الفقرة الثانية من المادة 178 من ق م التي اكدت على انه يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من اية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم - غير أنه يجوز للمدين أن يشترط اعفائه من المسئولية الناجمة عن الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .

الا أنه لا يمكن الاعفاء من المسئولية عن الاضرار التي تمس الجسد لأن المساس بالسلامة الجسدية يشكل جريمة و لا تصح الاتفاقات الذي تسقط هذه المسئولية حتى و لو كانت موضوعا لمسئولية عقدية لذا اعد المشرع

ان الاضرار الجسدية واجبة التعويض وفق المادة 140 مكرر واحد بسبب ما للسلامة الجسدية من حرمة .⁹⁹

الفرع الثاني : صور تقدير التعويض

تتنوع صور تقدير التعويض بين التقدير القانوني ، الاتفاقي و القضائي .

الفقرة الأولى : التقدير القانوني

و نعني بالتقدير القانوني ، أن يتم تقدير التعويض بمقتضى النص القانوني و لقد جاء النص على هذه الصورة في حالة وحيدة هي ما يعبر عنه بالفوائد التأخير ، فماذا نعني بالفوائد التأخير و ما هي شروط استحقاق هذا النوع من التعويض و كيف يتم تقديره ؟

نعني هي تعويض يدفعه المدين للدائن عن تأخيره في تنفيذ التزامه النقدي و هي قد تكون فوائد الاتفاقية أو فوائد يحددها القانون ، خرج فيها المشرع عن قواعد المسؤولية مراعاة منه لحماية التوازن بين مصالح الدائن و المدين ، يحل فيه المشرع في تقدير التعويض عوضا عن الاتفاق المتعاقدان و أو تقدير القضائي .

اولا : شروط استحقاق التعويض القانوني

جاء النص على هذه الشروط في المادة 186 من ق م و التي اكدت على أنه : " اذا كان محل الالتزام بين افراد مبلغا من النقود عين مقدراه وقت رفع الدعوى و تأخر المدين في الوفاء به ، فيجب عليه أن يعرض لدائن الضرر الاحق من هذا التأخير . "

تتمثل هذه الشروط في :

- 1- يجب أن يكون محل الالتزام مبلغ من النقود
- 2- أن يكون معين المقدار وقت رفع الدعوى

99 - احمد سليم فريز نصره : الشرط المعدل للمسئولية العقدية في القانون المصري ، ص 116 - 119

3- أن يتأخر المدين في الوفاء به

4- أن يطالب الدائن بالتعويض قضائيا

يلاحظ أن المشرع في هذا النوع من التعويض خرج عن قواعد العامة للمسئولية لأنه افترض الضرر و لم يلتزم بشرط اعدار المدين .

ثانيا : كيفية تقدير التعويض القانوني

الاصل أن يحدد المشرع نسبة التعويض القانوني في نص قانوني ، الا أن المشرع لم يفعل و اكتفى في المادة 186 من ق م المدني الى النص على حق الدائن في التعويض التي ربطت بين التعويض و التأخير و اعتبرت ذلك التأخير باعتباره خطأ قد ولد ضررا افتراضيا رعاية لمصلحة الدائن .

الفقرة الثانية : التقدير الاتفاقي للتعويض

يعد التعويض كما سبق لنا ذكره اثر عن قيام المسئولية المدنية هدفه جبر الضرر الذي لحق الدائن و تسبب فيه المدين من جراء إخلاله بالتزامه التعاقدي أو لتأخره في الوفاء به ، الأصل أن يتولى القاضي تقدير التعويض ، الى أن التعويض قد يقدر اتفاقا بين الدائن و المدين وهو ما يعرف بالشرط الجزائي .

أولا: ماهية الشرط الجزائي

قد يتفق المتعاقدان على الاتفاق على تفاصيل المسئولية العقدية اضافة الى اتفاقهما على مضمون الاتفاق فيحددان مقدار المسئولية سواء الاعفاء او التشديد أو الانقاص أو بتحديد نسبة التعويض اتفاقا في حالة اخلال المدين بالتزاماته .

1- تعريف الشرط الجزائي

نصت في هذا الصدد المادة 183 من ق م : "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق و تطبق في هذه الحالة احكام المواد 176 الى 181 من ق م .

يقصد بالشرط الجزائي مبلغ التعويض الذي يتفق عليه الطرفان مقدما قبل ارتكاب أي اخلال و يضمنانه عقدها الاصيلي أو يتفقان عليه في عقد لاحق . ضمانا لتنفيذ العقد و تعويضا للمتعاقد الآخر بمجرد أن يتحقق الاخلال .

يعتبر الشرط الجزائي بمثابة تعويض في حالة اخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية سواء بعدم التنفيذ أو بالتأخر في التنفيذ و هو في ذات الوقت يحمل في طياته ضغط و تهديد له لدفعه الى اداء ما عليه من التزامات تفاديا لتحمل الشرط الجزائي .

كما شرط يوفر للمتعاقدان مزيد من الحرية في تنظيم علاقتهما و اضاء مزيد من الزامية على تعاقدتهما و تفادي صعوبات الاثبات الناجمة عن اللجوء الى القضاء .

2- خصائص الشرط الجزائي

يمكننا استخلاص خصائص الشرط الجزائي من النصوص القانونية التي اعترفت بوجوده ، و يمكن اجمالها في ما يلي :

أ- الشرط الجزائي اتفاق

اول صفة للشرط الجزائي هو انه جوازي و أن مصدره الاتفاق و ليس القانون أو الحكم القضائي ، حيث نصت المادة 183 من ق م على أنه يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق .

ب- الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الاصيلي

ليس الشرط الجزائي التزام جديد ، بل التزام تابع للالتزام الاصيلي في نشأته و استمراره و انقضائه لأنه محض ضمان يضمن تنفيذ ذلك الالتزام أو تعويض في حال الاخلال المدين به .¹⁰⁰

ت- الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض

يعد الشرط الجزائي تقدير جزافيا للتعويض لأنه تقدير مسبق و احتمالي للتعويض يتزامن الاتفاق على تحديده مع نشأة العقد أو يليه بعقد لاحق ، لكنه سابق على وقوع الاخلال و وقوع الضرر لذا يمكن للقاضي أن ينقص منه أو يزيده فيه بحسب ما ترتب عن الاخلال بالالتزام التعاقدى من الضرر .

ث- الشرط الجزائي طريق احتياطي

يوصف الشرط الجزائي على انه طريق احتياطي لتنفيذ الالتزام أي هو طريق بديل في حالة اخلال المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى و تعذر التنفيذ العيني لسبب يعود اليه .

ثانيا: أحكام الشرط الجزائي

يقصد بالشرط الجزائي وفق ما سبق لنا الاشارة عليه ، لجوء المتعاقدان الى اتفاق مسبق بينهما يقدران من خلاله تعويضا تحسبا لاحتمال ترتب ضرر على اخلال المدين بالتزاماته التعاقدية ، و تفاديا للتضييع الوقت في السير في طريق التقاضي الطويل و المكلف ، فيعمد المتعاقدان الى تضمين عقدهما شرطا جزئيا يحفز حرص المدين على تنفيذ التزامه و يضمن في ذات الوقت حقوق الدائن في استفاء حقه .

1- وجوب توافر اركان المسؤولية لاستحقاق الشرط الجزافي

¹⁰⁰ - علينا عدم الخلط بين الغرامة التهديدية و الشرط الجزائي بسبب كونهما يشكلا ضغط على المدين ، فهما يختلفان في اساس النشأة و في غاية منهما و إن اشتركا في تهديد المدين و حثه على النفع .

اذن ليس الشرط الجزائي الا تعويض يتم تحديده اتفاقا عوضا عن قضاء ،
لذا يجب ان تتوافر لاستحقاقه جميع اركان المسؤولية العقدية و هي الخطأ
و الضرر و علاقة السببية و اعدار المدين .

أ- ضرورة اكتمال اركان المسؤولية

يجب أن تتوافر لاستحقاق الشرط الجزائي اركان المسؤولية كاملة و هي
الخطأ و ضرر و علاقة السببية ، لأن الشرط الجزائي كما سبق لنا
شرحه تعويض و التزام تابع للالتزام الاصيلي و طريق احتياطي أي
وسيلة بديلة لتنفيذ الالتزام الاصيلي الذي يفترض أن ينفذ عينا حتى اذا
استحال ذلك تحولنا الى التنفيذ عن طريق التعويض متى توافرت اركان
المسؤولية كاملة ، الا أن التعويض في هذه الحالة اتفاقي عوضا أن
يكون قضائي .

و هو ما نستشفه من نص المادة 184 من ق م التي نصت على أنه : لا
يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا اذا اثبت المدين أن الدائن لم
يلحقه أي الضرر ..و يكون باطلا كل الاتفاق يخالف احكام الفقرتين
اعلاه "

ب- وجوب اعدار المدين

يجب زيادة على توافر اركان المسؤولية العقدية ، أن يقوم الدائن باعدار
المدين لذات المبررات التي ذكرناها ، قبل أن يطالب المدين بالتعويض

2- امكانية تعديل الشرط الجزائي

بما الشرط الجزائي ليس الا تعويض تم تضمينه العقد المبرم بين الدائن و
المدين أو اتفاقا عليه لاحقا تحسبا لاختلال قد يقع من المدين في تنفيذ
التزاماته التعاقدية اتجاه الدائن ، فإنه حق الدائن في تحصيل التعويض لا

يثبت الا اذا تعذر التنفيذ العيني و اكتملت اركان و شروط المسؤولية العقدية و كان التعويض المتفق عليه مناسب للضرر الذي وقع فعلا ، فاذا اختلف ذلك التناسب أو فقد الضرر جاز تعديل قيمة ذلك التعويض بما يقتضيه الحال سواء بالإعفاء أو الانقاص أو الزيادة .

أ- الاعفاء من الشرط الجزائي

يجوز للقاضي اعفاء المدين من الشرط الجزائي اذا اثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر من جراء اخلال المدين بالتزامه اتجاهه ، و هو ما نصت عليه المادة 184 السابق ذكرها و التي اكدت على أن التعويض المحدد في الاتفاق لا يكون مستحقا اذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي الضرر .¹⁰¹

ب- الانقاص من قيمة الشرط الجزائي

يمكن للقاضي الانقاص و التخفيض من الشرط الجزائي للحد الذي يتناسب فيه مع الضرر ، لأن للشرط الجزائي اثر تهديدي ، الغاية منه كما سبق لنا شرحه هو الضغط على المدين لينفذ التزامه تفاديا لدفع مبلغ الشرط الجزائي ، لذا قد يبالغ في تحديد مبلغ الشرط الجزائي الوارد ذكره في اتفاق المتعاقدين ، أو قد يكون سبب الحاجة لذلك الانقاص قيام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا جزئيا .

- حالة المبالغة في التقدير الوارد ذكره للشرط الجزائي

يلعب الشرط الجزائي كما سبق لنا التنبيه اليه ، بالنسبة للدائن مهمة تحديد الاتفاقي للتعويض لما قد يصيبه من ضرر من جراء اخلال المدين بالتزاماته التعاقدية زيادة عن كونه وسيلة ضغط على المدين من اجل تنفيذ تلك التزامات .

¹⁰¹ يكون الضرر في مثل هذه الحالة مقترض و يقع على المدين نفي وجوده

الأ أن وصف قيمة الشرط الجزائي المتفق عليها على انها المبالغه فيها يحتاج من القاضي بعض الحذر ، اذ لا يكفي ادعاء المدين بأن مبلغ الشرط الجزائي مبالغ فيه ليعتبر فعلا كذلك ، لأن للشرط الجزائي كما سبق لنا التنبيه اليه يعد اضافة الى كونه تعويض اتفاقي عن الضرر الذي قد يلحق الدائن ، فهو وسيلة ضغط عليه لحثه على تنفيذ التزاماته التعاقدية و ثنيه عن الاخلال بها . لذا يقع على المدين دون غيره عبء اثبات أن المبلغ شرط الجزائي مبالغ فيه ، اذا اقتنع القاضي بدعوى المدين و ما قدمه من اثبات حكم بتخفيض مبلغ الشرط الجزائي للحد المعقول بناء على ما يملكه من سلطة تقديرية ليتناسب ذلك المبلغ مع الضرر الذي لحق الدائن بالغض النظر عن الظروف الشخصية لأطراف العلاقة التعاقدية ، لكن دون اهمال لإرادتهما التي عبر عنها في العقد و مصالحهما و مدى حسن نية كل منهما .

- التنفيذ الجزئي للالتزام

يوضع الشرط الجزائي ليكون تعويضا للدائن و تهديدا للمدين لضمان حقوق الدائن و حث المدين على تنفيذ التزاماته ، لذا اذا نفذ المدين جزء من التزامه التعاقدية ، جاز للقاضي أن يخفض قيمة الشرط الجزائي لتتناسب مع قيمة مع الجزء المتبقي من قيمة الالتزام الغير منفذ ، اذا رأى في ذلك ضروري ، كما يمكنه أن يبقي الشرط الجزائي كما هو اذا اثبت الدائن أن نسبة الدين التي وفى بها المدين تعد تافهة بالنظر للقيمة الكلية للدين .

ت- الزيادة في قيمة الشرط الجزائي

اضافة الى الاعفاء من الشرط الجزائي و الانقاص منه يمكن للقاضي الزيادة فيه اذا رأى أن قيمة الشرط الجزائي اقل من الضرر الذي اصاب الدائن من جراء اخلال المدين بالتزاماته ، على ضوء ما نصت عليه المادة 185 من ق م ، التي بينت أن الضرر اذا جاوز قيمة التعويض المحدد في

الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ، و هذا يعني أن الخطأ العادي لا يعتبر كافيا للمطالبة بزيادة قيمة الشرط الجزائي .

لقد منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل الشرط الجزائي بالالغاء و الانقاص و الزيادة ليتناسب مع الضرر و عد ذلك من النظام العام و منع بالتالي أي اتفاق قد يخالف ذلك ، و هو ما نصت عليه المادة 184 من ق م و التي جاء فيها : " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا اذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ،

و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض اذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ، و يكون باطلا كل اتفاق يخاف احكام الفقرتين اعلاه ."

الفقرة الثالثة : تقدير التعويض قضاء

يعد التقدير القضائي للتعويض الطريق الطبيعي لحصول الاشخاص على التعويض لجبر ما لحقهم من ضرر ، اذا اخل من حولهم بالتزاماتهم القانونية أو التعاقدية اتجاههم و ترتب عن ذلك ضرر ، حيث يملك القاضي سلطة تقديرية واسعة للتأكد من توافر قيام شروط المسؤولية و تقدير التعويض الذي يستحق المضرور ترتيبا على ذلك على ضوء ما فاته من كسب و ما لحقه من خسارة .

أولا: شروط استحقاق التعويض

يلزم القانون استنادا الى قواعد المسؤولية المدنية من تسبب بالضرر للغير بسبب اخلاله بواجب قانوني أو تعاقدية اتجاه المضرور بوجوب تعويضه

، متى توافرت شروطها و هي اركان المسؤولية و وجوب اعدار المدين متى اشترطه المشرع .

1- وجوب توافر اركان المسؤولية المدنية

اركان المسؤولية كما تناولنها في الجزئيات السابقة هي: 102.

- وجود اخلال بالتزام قانوني أو تعاقدية
- وجود ضرر
- ثبوت علاقة السببية بين الخطأ و الضرر

2- وجوب اعدار المدين عند اللزوم

يشترط المشرع في بعض الحالات من المدين اعدار المدين قبل مفاجئته بطلب سداد الدين ، لأن قانونا المدين لا يعد مرتكبا لخطأ التأخر في تنفيذ التزامه الا بعد الاعذار على النحو المنصوص عليه في المادة 179 من ق م التي نصت على أنه : " لا يستحق التعويض الا بعد اعدار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك .

3- عدم وجود اتفاق على الاعفاء من مسؤولية

يسمح القانون للمتعاقدين في المسؤولية العقدية بالاتفاق على تعديل احكام المسؤولية العقدية على النحو المنصوص عليه في المادة 178 من ق م التي تجيز اعفاء المدين من المسؤولية في نطاق ما تسمح به المادة 178 /

2

ثانيا : تقدير القاضي للتعويض

إذا توافرت شروط المسؤولية أو استحقاق التعويض كما نص عليها القانون و بينها في النقاط السابقة ، اصبح التعويض مستحقا للدائن ، سواء كان سببه استحقاقه له هو عدم وفاء المدين بالتزامه أو لأنه تأخر في الوفاء به .

102 - عد الى ما سبق لنا قوله في هذه الجزئيات بمناسبة كلامنا عن المسؤولية العقدية و التقصيرية

حيث يختص القاضي بتقدير ذلك التعويض بناء على طلب يرفع اليه من المضرور ، فكيف يقدر القاضي التعويض ؟ و ما هي صور التي قد يتخذها ذلك التقدير ؟

1- كيفية التعويض

الاصل أن يكون التعويض المحكوم به نقديا سواء تعلق الامر بالمسئولية العقدية أو التقصيرية ، حيث يجوز للدائن استفتاءه جبرا على المدين ، الا أنه يمكن اذا اقتضت الظروف أن يحكم القاضي بتعويض عيني اذا طالب به المضرور على النحو المنصوص عليه في المادة 2/132 من ق م التي نصت على أنه يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف و بناء على طلب المضرور أن يعيد الحالة الى ما كانت عليه أو أن يحكم على سبيل التعويض ايضا ببعض الاعانات تتصل بالعمل الغير مشروع .

أي أن الاصل في التعويض أن يكون نقديا الا أن ذلك لا يمنع القاضي من الحكم بالتعويض العيني اذا طلبه الدائن و قدر القاضي ذلك ، حيث قد يتخذ التعويض العيني استنادا الى المادة 132 من ق م ثلاث صور هي : اما اعادة الحالة الى ما كانت عليه ، أو رد المثل في المثليات أو القيام بأداء معين .

2- عناصر التعويض

يهدف التعويض الى جبر الضرر الذي لحق الدائن بسبب اخلال المدين بالتزامه القانوني أو العقدي ، سواء كان ذلك الاخلال في شكل عدم الوفاء أو في شكل تأخر في الوفاء ، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب و هو ما أكدت عليه المادة 182 من ق م التي نصت على أنه : " اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانوني فالقاضي هو الذي يقدره و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالالتزام أو

للتأخر في الوفاء به ، و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في الاستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

غير أنه اذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . " و هذا يعني أن في المسؤولية العقدية لا يسأل المدين الا عن الضرر المتوقع وقت التعاقد و لا يسأل عن الضرر الغير المتوقع الا اذا ارتكب غشا أو صدر منه خطأ جسيما ، في حين يكون المسئول في المسؤولية التقصيرية مسئولا عن الضرر المتوقع منه و الغير متوقع .

اما التعويض عن الضرر الادبي فيقدره القاضي بحسب ما يتوجب للمضرور من ترضية تجبر ما لحقه من ضرر خارج دائرة الكسب و الخسارة على النحو المنصوص عليه في المادة 182 مكرر التي اكدت أن التعويض عن الضرر المعنوي يشمل كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة .

يشمل التعويض ايضا وفق ما جاء النص عليه قانون سواء تعلق الامر بالمسؤولية العقدية أو التقصيرية الضرر المحقق سواء كان واقع أو متوقع لكنه وقوعه تراخي الى المستقبل على النحو المنصوص عليه في المادة 131 من ق م : يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملازمة فإذا لم يتيسر وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في ان يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير .

