

جامعة امحمد بوقرة بومرداس
كلية الحقوق بودواو
قسم القانون العام

محاضرات في القانون المدني
مصادر الالتزام
الجزء الأول
القانون و العقد

من إعداد: أحلوش زينب

أستاذة محاضرة ب

مطبوعة موجهة لطلبة السداسي الثالث

(السنة الثانية ليسانس)

ل.م.د

السنة الجامعية 2021/2020

تقديم

بعد أن كُلفت بتدريس مادة الالتزامات لسنوات عديدة و متتالية بين الأعمال الموجهة و المحاضرة، فقد لاحظت أن الطلبة في أمس الحاجة إلى دروس ملخصة في هذه المادة الأساسية، والتي يُداول دائما فيما بينهم بأنها مادة صعبة التّحصيل، لذا و إسهاما مني، وضعت بين أيديهم هذه المطبوعة الخاصة بالسداسي الثالث لطلبة الليسانس، السنة الثانية ، مُتبعة من خلالها المنهج و البرنامج الرسميين المقررين من قبل وزارة التّعليم العالي و البحث العلمي، و مراعية أيضا في ذلك إيجاز المعلومات و استعمال الأسلوب السهل في العبارات، و استعمال أيضا تشكيل و ضبط بالحركات لبعض المصطلحات الجديدة على الطالب في هذه المادة حتى يسهل عليه قراءتها ، فهمها و اكتسابها، و قد عمدت إلى إضافة ملحق في نهاية هذا الجزء الأول من الدّروس يحوي مجموعة من نماذج ملخصات في شكل مخطّطات، أستعملها عادة عند الشّرح و قد يقّاد بها الطلبة لتلخيص دروسهم بعد فهمها، لتيسير مراجعتهم لها. أتمنى أن أكون قد ساهمت بهذه المطبوعة في تحقيق الهدف و المبتغى العلمي، البيداغوجي و الأكاديمي و أن أكون قد وُفّقت في ذلك.

د. أحلوش زينب

قائمة المختصرات

بالعربية:

ج ر: الجريدة الرسمية

ص: صفحة

ص-ص : من الصفحة.. إلى الصفحة..

ط. طبعة

ف: فقرة

ق.أج : قانون الأسرة الجزائري

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري

الم: المادة

بالفرنسية

N° : numéro

Op.cit (opus citatum en latin) ouvrage déjà cité

P : page

P-P : de la page.. à la page..

مقدمة:

تكتسي نظرية الالتزام ضمن القانون المدني أهمية كبيرة، حيث تُعد الأصل العام والقاعدة العامة التي يجب الرجوع إليها سواء في القانون المدني أو حتى في قوانين أخرى، طالما أنه لا يوجد نص خاص في هذه القوانين، وما يزيد أهمية هذه النظرية هو اتساع نطاق تطبيقها، إذ تشمل كل جوانب حياة الأشخاص في المجتمع حيث لا يمكن إحصاء أو حصر كل العلاقات ذات القيمة المالية التي تربط هؤلاء الأشخاص.

و يرجع أصل نظرية الالتزام إلى القانون الروماني، فهو أول قانون نظم هذه النظرية من ناحية الصياغة الفنية القانونية، ثم استمدها القانون الفرنسي القديم و أكمل هذه الصياغة مسيرة لتطور الزمن إلى غاية ظهور القانون الفرنسي الجديد، الذي قام ببلورة وتنظيم بإحكام هذه النظرية والتي استمدت قوانيننا العربية أحكامها بما يتناسب مع مجتمعاتها إذ أكملتها بمبادئ وأحكام من الشريعة الإسلامية¹ وقد صدر في الجزائر أول قانون مدني، في سنة 1975 بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم² و يعتبر هو الإطار القانوني المنظم لنظرية الالتزام المتمثلة في مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد مع بعضهم البعض. والعلاقات بين الأفراد على نوعين إما أن تكون علاقات أحوال شخصية ينظمها قانون الأسرة أو قد تكون العلاقات ذات طبيعة مالية ينظمها القانون المدني.

فنظرية الالتزام تنظم المعاملات المالية التي مصدرها الحقوق المالية les droits Patrimoniaux و التي تنقسم بدورها إلى ثلاث حقوق:

1- الحقوق الشخصية: Les droits Personnels وهي التي تهتم دراسة مادة الالتزامات.

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الطبعة الثامنة، 2008، ص5.

² لقد شهد القانون المدني عدة تعديلات و متمات للنصوص، مواكبة للتطور الاجتماعي و الاقتصادي ... و ذلك لأهمية هذا القانون و ضرورة مساهمته للمستجدات، باعتباره قانون المعاملات بين الأشخاص و باعتباره أيضا الشريعة العامة للقوانين. و آخر تعديل و تتمه للقانون المدني كان بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 2007، إلا أن هذا التعديل جاء فقط منحصرا في العقود المتعلقة بالانتفاع في الشيء و بالتحديد عقد الإيجار ضمن الفصل الأول من الباب الثامن من القانون المدني. و للإشارة فإن تعديل القانون المدني الذي جاء بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، هو الذي تضمن تعديلاً و تتمه و إلغاءً لمجموعة من النصوص القانونية المتعلقة بمصادر الالتزام موضوع الدراسة ضمن هذه المطبوعة.

2- الحقوق العينية: Les droits réels منها الأصلية ومنها التبعية.

3- الحقوق المعنوية والفكرية: Les droits intellectuels والتي قد تترتب عنها آثار مالية والمرتبطة بالإنتاج الذهني والفكري.

فلا يمكن إذا فهم نظرية الالتزام، قبل معرفة أنّ الحقوق الشخصية هي التي تهتمنا بالدراسة في نظرية الالتزام، باعتبار أنّها تمثل حقّ الدائنية Le droit de créance الذي يُمثّل في جانب الدائن حقاً وفي جانب المدين التزاماً¹. فالحق الشخصي هو رابطة قانونية بين شخصين، دائن ومدين يكون بمقتضاها للدائن أن يطالب المدين بإعطائه شيئاً أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل محلّ هذا الحق² وهذا هو الالتزام، ولكي ينشأ هذا الالتزام لا بدّ له من سبب يُنشئه، إذ يسمى هذا السبب بمصدر الالتزام. و مصادر الالتزام متعدّدة جاءت ضمن القانون المدني الجزائري وفق الترتيب الآتي: القانون، العقد، الإرادة منفردة، الفعل المستحقّ للتعويض و شبه العقد،³ غير أنّ هذا الجزء من المطبوعة قد خُصص فقط لدراسة المصدرين الأولين حسب الترتيب المذكور و هما القانون و العقد، و عليه سنتطرق أولاً إلى تبيان مفهوم الالتزام عموماً ثم نعالج القانون كمصدر من مصادر الالتزام و يليه بعد ذلك العقد، و باعتبار هذا الأخير تنظّمه عدة أحكام و هو مرتبط بعدة مسائل و عناصر متشعبة فهو سيأخذ حصة الأكبر من الدّراسة في هذا الجزء من المطبوعة، غير أننا سنحاول قدر الإمكان الاختصار و التلخيص حتى يتأتى لطلابنا الاستيعاب الأسهل بالشرح المبسّط.

¹ هذه المعاملات المالية التي تتم بين الأفراد في ذاتها تنقسم إلى نوعين: فهي إما سلطة شخص على شيء معين بالذات كحق الملكية وهو ما يسمى بالحق العيني أو علاقة مديونية بين شخصين أحدهما دائن * والآخر مدين** وهو ما يسمى بالحق الشخصي أو الالتزام (وهو موضوع دراستنا).

* فالدائن: هو صاحب الحق لدى الطرف الآخر في علاقة المديونية.

** أما المدين: فهو الشخص الملزم بسداد الدين الذي أخذه من الدائن لسبب ما.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام - مصادر الالتزام - المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2000، ص 115. أنظر أيضاً: علي سليمان، المرجع السابق، ص 6. أنظر أيضاً: محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، مدخل إلى القانون والالتزامات، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1998، ص 154.

³ جاء هذا الترتيب في القانون المدني، تحت الكتاب الثاني بعنوان الالتزامات و العقود، ضمن الباب الأول مصادر الالتزام، من المادة 53 إلى المادة 159، و قد خُصص لكل مصدر فصلاً مستقلاً، و للإشارة فقد أضيف الفصل الثاني مكرر بعنوان الالتزام بإرادة منفردة كمصدر من مصادر الالتزام لأول مرة، بموجب القانون 10/05 ل20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للقانون المدني و بالتالي تضمن الترتيب ما يلي:- الفصل الأول القانون م 53 - الفصل الثاني العقد من م 54- إلى م 123 - الفصل الثاني مكرر الالتزام بإرادة منفردة المادتين 123 مكرر و 123 مكرر 1 الفعل المستحقّ للتعويض من م 124 إلى م 140 مكرر 1 - شبه العقد (الإثراء بلا سبب المادتان 141 و 142) (الدفع غير المستحق من م 143 إلى م 149) (الفضالة من م 150 إلى م 159)

المحور الأول: مفهوم الالتزام:

لا يمكن لنا فهم نظرية الالتزام إلا من خلال التطرق إلى تعريف الالتزام واستظهار خصائصه وتكر أنواعه.

المبحث الأول: تعريف الالتزام و خصائصه

سننتظر من خلال هذا المبحث إلى كل من تعريف الالتزام و تبيان خصائصه ليتضح لنا بعد ذلك جليا مصادره التي تنشؤها و المتمثلة في هذا الجزء من الدروس في القانون و العقد و ذلك من خلال المحاور اللاحقة.

المطلب الأول: تعريف الالتزام

لقد سبق تعريف الحق الشخصي، أو ما يعرف بحق الدائنية فهو في ذاته تعريفاً للالتزام، إذ يعتبر الالتزام علاقة قانونية ذات قيمة مالية، بين شخصين أو أكثر، يلتزم بموجبها أحدهما وهو المدين (Le Débiteur)، بأداء شيء يكون على عاتقه تجاه الآخر (أو الآخرون) وهو الدائن (Le Créancier).

لم يعطي المشرع الجزائري ضمن القانون المدني تعريفا صريحا للالتزام إذ يتوقف تعريف الالتزام على المذهب الذي يؤخذ به في شأن ذلك، إذ أنّ الالتزام بمفهومه و مضمونه يتنازعه مذهبان، مذهب يغلب الناحية الشخصية في الالتزام باعتباره رابطة بين شخصين، ومذهب يُغلب الناحية المادية في الالتزام باعتباره بين ذمتين ماليتين، وفي غياب تعريف محدد من قبل المشرع للالتزام سنعتمد في ذلك على الفقه القانوني في تعريفه، إذ يعرفه الدكتور بلحاج العربي بأنه: " رابطة قانونية بين طرفين محلها إعطاء شيء، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل له قيمة مالية يقتضيه أحدهما و يسمى الدائن من الآخر الذي يسمى المدين "1

وقد أعطى الأستاذ بلحاج العربي هذا التعريف للالتزام متأثراً في ذلك بنص المادة 54 من القانون المدني الجزائري التي تعرّف العقد بنصها: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما." غير أننا نشير في ذلك أنّ الالتزام

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 19.

لا يشمل العقد فقط، بل له مصادر أخرى كما ذكرناه سابقا لذا لا يمكن حصر تعريفه ضمن تعريف العقد.

ولعلّ تعريف الدكتور محمد حسنين، هو التعريف الذي يُوفّق بين المذهبين الشّخصي والمادي من جهة، وهو الذي يعرّفه بدون ربطه بمصدر محدد من مصادر الالتزام إذ يقول في ذلك أنّ: " الالتزام سلطة الشّخص على آخر محلّها عمل أو امتناع عن عمل ذي قيمة مالية أو أدبية بمقتضاها يلتزم شخص نحو الآخر موجود أو سيوجد"¹.

المطلب الثاني: خصائص الالتزام

من خلال تعريفنا للالتزام يمكن استخلاص خصائصه، حتى يتّضح لنا أكثر وبوضوح مفهوم الالتزام، وتتلخّص هذه الخصائص فيما يلي:

1- الالتزام علاقة بين شخصين فأكثر.

2- الالتزام ذا قيمة مالية.

3- الالتزام يجيزه ويحميه القانون.

1-الالتزام علاقة بين شخصين فأكثر: الالتزام علاقة تربط بين شخصين فأكثر، قد يكونا موجودين عند نشأة الالتزام² كما في الالتزام التعاقدى أو قد يكونا موجودين على الأقل عند تنفيذ الالتزام،³ كما في الالتزام الناشئ عن الفعل غير المستحق للتعويض الذي يرتب المسؤولية التقصيرية.

2-الالتزام ذا قيمة مالية: أي يُقدّر بالمال فهو ذا قيمة مالية أو اقتصادية أو مرتبط بمصلحة أدبية تكون قابلة للتقدير المادي⁴

¹ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام : مصادر الالتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 54

² فالعقد عند إبرامه يشترط أن يكون أطرافه موجودين ومعينين عند نشأة الالتزام وعند تنفيذه وهذا ما يتجسد من خلال تعريف العقد ضمن المادة 54 من القانون المدني الجزائري.

³ فالفعل المستحق للتعويض الذي يرتب المسؤولية التقصيرية الم 124 يوجد أطرافه بعد وقوع الفعل الضار و تحقق الضرر و شأنه

في ذلك أيضا التصرف بإرادة منفردة الذي نصت عليه المادة 123 و مجسدة في الوعد بجائزة ضمن نص المادة 123 مكرر 1

⁴ كالتنحّات الذي يلتزم بنحت لوحة أو جدارية للدائن فالمصلحة العائدة على هذا الأخير أدبية ولكن إذا لم ينفذ النحات التزمه بالنحت تصبح المصلحة العائدة على الدائن اقتصادية أو مالية تتمثل في المطالبة بالتعويض.

3-الالتزام يجيزه ويحميه القانون: فالالتزام واجب قانوني ويحظى بحماية القانون له، باعتبار أنه في جانب الدائن هو حقّ يمثّل كما أسلفنا سابقا حقّ الدائنية، لذا فهو يكتسي الحماية القانونية و إذا لم يتم به المدين يمكن للقانون إجباره على القيام به، أي إجباره على تنفيذ التزامه، إذ أنّ الالتزام يتكون من عنصرين هما المديونية والمسؤولية¹.

المبحث الثاني: أنواع الالتزام (تقسيماته)

يخضع تصنيف أنواع الالتزام إلى أحكام مختلفة باختلاف العنصر الذي يُعتمد عليه في التقسيم. إذ هناك تقسيمات للالتزام من حيث أثره، وهناك تقسيمات أخرى من حيث محله، وتقسيمات ثالثة من حيث مصدره². سنعتمد على التصنيفين الأول والثاني في تحديد أنواع الالتزام باعتبار أن التصنيف الثالث أي مصادر الالتزام، لها نصيبها الخاص والأوفر، إذ سنخصص لها محاور عديدة أخرى خلال دراستنا لنظرية الالتزام أثناء هذا السّداسي ونكتفي بتحديدتها فقط في هذا المبحث.

المطلب الأول: تقسيم الالتزام من حيث الأثر:

تنص المادة 160 من القانون المدني على أنّ: " المدين ملزم بتنفيذ ما تعهّد به ... غير أنّه لا يُجبر على التّففيذ إذا كان الالتزام طبيعيا ". يتبين من هذا النّص أن الالتزام ينقسم من حيث الأثر إلى التزام قانوني والتزام طبيعي.

فرع 1: الالتزام القانوني: وهو الالتزام الذي يحميه القانون إذ بإمكانه التّدخل لكفالة وضمن احترامه وذلك عن طريق القضاء الذي يُلجأ إليه الدائن لإكراه المدين على أداء واجبه³

فرع 2: الالتزام الطبيعي: هو على عكس الالتزام المدني القانوني، إذ لا يستفيد من الحماية القانونية، حيث لا يمكن جبر المدين على تنفيذه، فهو غير قابل للتّففيذ الجبري، ولا يخضع إلا لأخلاق وضمير المدين⁴ فله أن يُؤفّيه أو لا يُؤفّيه، فهو التزام يتوافر على عنصر لمديونية دون المسؤولية.

¹ المديونية هي واجب المدين القيام بالتزامه، والمسؤولية هي ما حوّله القانون للدائن على إجباره بتنفيذ الالتزام أو بالتعويض.

أنظر: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 64.

² علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر 2008، ص 19.

³ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2004، ص 6.

⁴ علي فيلاي، المرجع نفسه، ص 20. أنظر أيضا: رمضان أبو السعود، المرجع نفسه، ص 7.

المطلب الثاني: تقسيم الالتزام من حيث المحل:

يُنظر إلى هذا التقسيم من حيث المحل إلى نوع الأداء، أو إلى الشيء الذي يلتزم به المدين ومن هذا الجانب لدينا تقسيمين، الأول تقليدي و الثاني حديث.

فرع 1: التقسيم التقليدي للالتزام من حيث المحل

لقد تطرقت إلى هذا التقسيم المادة 54 من القانون المدني التي تنص: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

فحسب هذا التقسيم التقليدي للالتزام هناك ثلاثة أنواع للالتزام:

1-الالتزام بمنح أو إعطاء شيء: L'obligation donner

هو التزام بنقل حق عيني على منقول أو عقار، ومثال ذلك التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وكذلك التزام المشتري بدفع الثمن، والتزام المستأجر بدفع أجرة الإيجار و التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر¹.

2-الالتزام بفعل: L'obligation de faire

ويتضمن قيام المدين بعمل محدد لصالح الدائن، كالتزام النجار بإعداد خزانة للزبون، أو التزام المهندس المعماري بإعداد وتصميم مخطط لبناء منزل لزبون ... فالالتزامات على هذه الشاكلة متعددة وكثيرة، والتزام بفعل يقصد به قيام المدين بعمل إيجابي سواء كان عضليا، أو ذهنيا، أي ماديا أو فكريا² لمصلحة الدائن.

3-الالتزام بعدم فعل: L'obligation de ne pas faire

وهو الامتناع عن العمل أي اتخاذ المسلك السلبي بعدم القيام بعمل معين، كالتزام بعدم المنافسة غير المشروعة، و كالتزام لاعب الكرة بعدم التعاقد مع فريق آخر لمدة محدّدة في عقد التزامه مع فريقه، والتزام مالك المسكن بعدم التعسف في استعمال حقه تجاه جيرانه كبناء جدار يحجب الضوء أو أشعة الشمس³

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 23

² علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 24.

³ أنظر المادة 691 من القانون المدني الجزائري: "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار"

هذا عن التقسيم التقليدي للالتزام، فماذا عن التقسيم الحديث؟

فرع 2: التقسيم الحديث للالتزام من حيث المحل

يرجع هذا التقسيم للفقير الفرنسي " ديموج Demogug " في بداية القرن العشرين، إذ يعتمد أساساً على الهدف الذي يريد الدائن تحقيقه أو إلى النتيجة التي يتعهد بها المدين وهما نوعان للالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية¹.

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا التقسيم مشيراً إليه ومجسداً إياه في بعض المواد من القانون المدني الجزائري²

فماذا يقصد إذا بكل من الالتزامين؟

لا يفوتنا قبل التطرق إلى مضمون هذين النوعين من الالتزام الإشارة إلى أن تقسيم الالتزام إلى التزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية قاصر فقط على الالتزام بعمل (بفعل) أما الالتزام بمنح أو بعدم فعل (أي الامتناع عن عمل) فهما التزامين دائماً يتضمنان تحقيق نتيجة منح أو عدم فعل شيء ما.³

1-الالتزام بتحقيق نتيجة: L'obligation de résultat

أو الالتزام بتحقيق غاية وهو الالتزام الذي لا يُنفذ إلا إذا تحققت النتيجة المرجوة منه، إذ يتعهد من خلاله المدين بتحقيق غاية محددة، فإذا لم تتحقق تلك الغاية عدّ مقصراً في تنفيذ التزامه وبالتالي مسؤولاً تجاه الدائن لعدم تحقق النتيجة، إذ في هذا النوع من الالتزام يُعفى الدائن من إثبات إخلال المدين بالتزامه، حيث تقوم مباشرة مسؤولية المدين عند عدم تحقق الغاية المرجوة التي تُشكّل محلّ الالتزام، حيث بمجرد عدم تحقق النتيجة، يُفترض خطأً أو تقصير المدين في أداء التزامه وهذا ما قضت به المادة 176 ق م ج إذ يكفي للدائن أن يثبت فقط عدم تحقق النتيجة.⁴

¹ René Demogug, *Traité des obligations en général*, tome 5, n° 1237 Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925, p 536. (La distinction entre les obligations de moyens et de résultat a été forgée par Demogug pour résoudre la contradiction entre les anciens articles 1137 et 1147 du code civil).

² على سبيل المثال أنظر المواد: 172، 576، 607 ... من ق م ج

³ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص 17

⁴ نص المادة 176 ق م ج "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"

ونكون أمام الالتزام بتحقيق نتيجة عندما يندم عنصر الاحتمال في تحققها، كالالتزام البائع بتسليم المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن، أو كالتزام النجار بإعداد خزانة للزبون، وكالتزام الناقل بضمان سلامة المسافرين وغيرها من الالتزامات التي يندم فيها عنصر الاحتمال.¹

2- الالتزام ببذل عناية: L'obligation moyen

ومفاده أن يتعهد المدين ببذل جهد معين للوصول إلى غرض محدد، سواء تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق، إذ أن محلّ التزام المدين في هذا الصدد هو بذل العناية المطلوبة واللازمة في هذا الالتزام، سواء تحققت النتيجة أو لم تتحقق ومثاله، التزام الطبيب بعلاج المريض، إذ يقع على عاتق الطبيب اتخاذ كل ما يلزم من أساليب وطرق لمعالجة المريض بغرض شفائه دون أن يكون ضامنا لتحقيق هذا الشفاء.²

وكالتزام المحامي بالدفاع عن موكله بحيث يقع على عاتقه اتخاذ كل الإجراءات القانونية اللازمة لغرض كسب القضية، لكن لا يكون ضامنا لهذا الفوز في القضية.

وقد تطرقت المادة 172 من القانون المدني إلى هذا الالتزام، إذ يكمن التزام المدين في هذا الصدد بالحيلة والحذر في تنفيذ التزامه، والمعيار الذي يقاس به هذا الالتزام هو معيار الرجل العادي وهو معيار موضوعي، والمقصود به سلوك الرجل اليقظ والحريص الذي يحتاط لنفسه حتى يفي بما التزم به.³

● أهمية التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة و الالتزام ببذل عناية

الغاية من التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية، لها أهمية كبيرة إذ أنّ الإثبات يختلف حكمه ما بين الالتزامين، ففي الالتزام ببذل عناية يلزم الدائن بإثبات تقصير المدين في أداء التزامه، أي أن يُثبت أنّ المدين لم يبذل في تنفيذ التزامه الجهد المطلوب والعناية اللازمة، كون أنّ عدم تحقق النتيجة في الالتزام ببذل العناية، لا يعني حتماً أن المدين لم يبذل العناية أي لم يُنفذ التزامه. ففي حالة التزام الطبيب فإنّ المريض عند مساءلة الطبيب لا يجوز له إثبات عدم تحقق الشفاء، بل عليه إثبات إهمال الطبيب في العلاج أي عدم بذله العناية اللازمة، أمّا في الالتزام بتحقيق النتيجة، فإنّه بمجرد عدم تحققها يُعدّ المدين مخطئاً، و لا يمكن للمدين نفي مسؤوليته إلاّ بإثبات أنّ عدم تحقق النتيجة راجع

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص16

² نبيل إبراهيم سعد، نفس المرجع ، ص17

³ نص المادة 172 من م ق م ج: "في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون وفي بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، و لو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك..."

لسبب أجنبي¹ و هذا ما أكدت عليه المادة 176 ق م ج بنصها: " إذا استحال على المدين تنفيذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه."

● معيار التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة و الالتزام ببذل عناية

المعيار الذي يفصل بين الالتزامين، و الذي تقوم عليه التفرقة بينهما هو معيار الاحتمال
Le caractère Aléatoire

إذ أن عنصر الاحتمال في الالتزام، هو الذي يحدد إن كنا أمام الالتزام ببذل عناية أو الالتزام بتحقيق نتيجة، بمعنى أنه كلما كان ينطوي الالتزام على الاحتمال في تحققه من عدم تحققه، كان الالتزام هو بذل العناية ، إذ يبذل المدين جهده وعنايته من أجل نتيجة محتملة والعبرة في التزامه هي جهوده المبذولة، أما الالتزام بتحقيق نتيجة يكون فيه المدين ملزم بتحقيق غاية أو هدف لا ينطوي على أي احتمال موضوعي يمنع تحقيق هذه النتيجة.²

المطلب الثالث: تقسيم الالتزام من حيث المصدر

أما عن تقسيم الالتزام من حيث مصدره، فكما أشرت إليه فإنه سيكون ضمن المعالجة اللاحقة لمواضيع هذا المقياس بأكثر تفصيل، إذ تشكل مصادر الالتزام في ذاتها مختلف محاور برنامج الدراسة، إلا أنه يجب الإشارة أن هناك مصادر إرادية للالتزام وأخرى غير إرادية على النحو الآتي:

فمصادر الالتزام: les sources de l'obligation هي الأسباب القانونية التي تنشئ الالتزام ويُصنفها الفقه القانوني الحديث، إلى مصادر إرادية ومصادر غير إرادية.

فرع 1: المصادر الإرادية للالتزام:

المصادر الإرادية للالتزام، هي التي تكون فيها الإرادة سببا في نشأة الالتزام، كالعقد والتصرف بإرادة منفردة، ويطلق عليها تسمية أعمال أو تصرفات قانونية، أي أن إرادة الأشخاص هي التي تُنشئها و تلعب دورا أساسيا في تواجد الالتزام، و منه في تحمُّله و ترتيب آثاره القانونية.

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، طبعة جديدة مزينة و منقحة، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص25

² Francois Chabas, Leçons de droit civil, tome 2/ premier volume: Obligations théorie générale, édition DELTA, Beyrouth Liban, 2000, p19

فرع 2: المصادر غير الإرادية للالتزام:

أما المصادر غير الإرادية للالتزام، فهي المصادر التي لم تنشأ الإرادة فيها ترتيب الالتزام، وإنما رتبته القانون كأثر لأقوال أو أفعال إرادية أو غير إرادية أنشأت الالتزام، كأن يضرب شخص آخر فيكون قد قام بهذا الفعل بمحض، إرادته غير أنه لم يكن يرغب في ترتيب الالتزام بالتعويض، وتسمى في ذلك هذه الأفعال بالوقائع القانونية¹ إذ يرتدب عليها القانون آثاراً قانونية و هي تحمّل تبعاتها أو ما يسمى بالمسؤولية.

فرع 3: موقف المشرع الجزائري حيال تقسيم الالتزام من حيث المصدر:

لقد تناول المشرع الجزائري مصادر الالتزام في القانون المدني في بابه الأول من الكتاب الثاني بعنوان مصادر الالتزام و أفرد من خلال ذلك لكل مصدر فصلاً خاصاً به تناول في الفصل الأول القانون وفي الفصل الثاني العقد أما التصرف بإرادة منفردة فقد استحدث له الفصل الثاني مكرر.² والفصل الثالث خصّه للعمل المستحق التعويض أمّا الفصل الرابع والأخير بعنوان شبه العقد تناول فيه الإثراء بلا سبب والدفء المستحق و الفضالة.

ستناول كلّ هذه المصادر على التوالي مبتدئين من خلال هذا الجزء من المطبوعة بالقانون و العقد³.

¹ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص- ص: 38-40.

² لقد خصّص المشرع للتصرف بإرادة منفردة فصلاً خاصاً به باعتباره مصدراً منفصلاً عن المصادر الأخرى للالتزام بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري.

³ معتمدين في الدراسة علالترتيب الذي جاء في القانون المدني لمصادر الالتزام.

المحور الثاني: القانون كمصدر للالتزام

La loi comme source de l'obligation

لقد جاء في نصّ المادة 53 من القانون المدني: " تسري الالتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيرها من النصوص القانونية التي قررها ". ومن خلال هذا النص يتبين لنا أنّ القانون مصدر للالتزام غير أن لهذا المصدر خاصية كونه مصدرا مباشرا و قد يكون أيضا غير مباشر للالتزام و له في ذلك تطبيقات من القانون الخاص و أيضا من القانون العام عندما يكون مصدرا مباشرا للالتزام و سيأتي توضيح ذلك كما يلي:

المطلب الأول: القانون مصدر مباشر و مصدر غير مباشر للالتزام

فالقانون هو مجموعة من القواعد التي تُصدرها الدولة، وهي التي تنظّم سلوك الأشخاص ومختلف نشاطاتهم في المجتمع¹ وقد تكون هذه القواعد مصدرا مباشرا ينشأ من خلالها الالتزام، ومنه فقد يكون القانون مصدرا مباشرا للالتزام.

كان من الأجدر على المشرع الجزائري ترك القانون كمصدر للالتزام كآخر مصدر يختم به مصادر الالتزام، لماذا؟ لنتمكن من التعرف على المصادر الأخرى للالتزام وهي أيضا تعدّ مصادر مباشرة له، بحيث يكمن دورها في إنشاء الالتزام بصفة مباشرة، بينما القانون له خصوصية ينفرد بها عن المصادر الأخرى تتمثل في أنه يمكن أن يكون مصدرا مباشرا للالتزام، كما أنه يعتبر مصدرا غير مباشر لكافة الالتزامات التي تنشأ مباشرة من المصادر الأخرى، لأنه هو من يحدّد أحكام هذه المصادر المختلفة، باعتبار أنه هو الذي يجعل هذه المصادر تُرتّب ما تُرتّبه من التزامات بموجب النصّ عليها قانونا من خلال الأحكام القانونية التي تضمّنها القانون المدني .

فالعقد² مثلا كمصدر مباشر للالتزام العقدي لا ينشئ الالتزامات إلا في حدود ما يسمح به القانون، فإذا كان العقد هو مصدر مباشر للالتزام فإنّ القانون مصدر غير المباشر لنفس الالتزام، كذلك الشّأن

¹ أنظر في ذلك مفهوم القانون في مختلف كتب المدخل للقانون، التي تُعرّف القانون و خصائص القاعدة القانونية: العمومية، الإلزامية والتجريد. - أنظر على سبيل المثال : علي فيلالي، مقدّمة في القانون، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص 22. أيضا: عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية مبادئ القانون- النظرية العامة- دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، الطبعة السادسة عشر، 2016، ص 15 و 16

² تناوله المشرع الجزائري في مواد من القانون المدني من المادة 54 إلى المادة 123

بالنسبة للالتزام بالتعويض الناشئ عن العمل المستحق للتعويض الذي يعرف بالمسؤولية التقصيرية،¹ فإن مصدر الالتزام المباشر هنا بالتعويض هو الفعل غير المشروع، أما المصدر غير المباشر له فهو القانون الذي يحدّد أحكام المسؤولية التقصيرية وأحكام التعويض فيها.²

كذلك الشأن بالنسبة لكل مصادر الالتزام الأخرى.³

فإذا كان القانون هو المصدر غير المباشر لكل الالتزامات الناشئة عن المصادر السابقة، فهناك حالات خاصة يكون فيها القانون هو المصدر المباشر للالتزام وهذا ما نصت عليه المادة 53 ق.م.ج، حيث أنّ القانون هو الذي يُنشئ الالتزام وحده بصفة مباشرة، و هو أيضا الذي يحدّد أحكامه بنص خاص و مباشر أيضا، دون أن يستند في ذلك إلى مصدر آخر، إذ يتولى هذا النص الخاص بتحديد مضمون الالتزام ومداه، ومن أمثلة هذه الالتزامات وهي كثيرة وكثيرة جدا منها ما هو مرتبط بالقانون الخاص ومنها ما هو يخص القانون العام.

المطلب الثاني: تطبيقات للقانون كمصدر مباشر للالتزام

باعتبار أنّ القانون قد يُنشئ الالتزام و يحدّد أحكامه بصفة مباشرة دون تدخّل لأيّ مصدر آخر، شريطة أن ينشئه و يحدّد كل تعاليمه هذا القانون بنص خاص، يتولى تبيان كل المسائل المرتبطة بهذا الالتزام الذي أنشأه، و في ذلك عدة تطبيقات قانونية سواء من القانون الخاص أو من القانون العام تُجسد المبدأ الذي جاء به و تضمنه نص المادة 53 المذكورة أعلاه

ففي مجال القانون الخاص، هناك التزامات الجوار التي تناولها المشرع الجزائري في مواده من المادة 690 إلى غاية المادة 772 من القانون المدني الجزائري، وأيضا الالتزامات التي أقرها المشرع في قانون الأسرة كالالتزام بالنفقة من خلال المواد من م 74 إلى م 80 من ق.أ وغيرها.

¹ تناول المشرع الجزائري أحكام المسؤولية التقصيرية ضمن القانون المدني من المادة 124 إلى غاية المادة 140 مكرر.

² و يقصد في ذلك التصرف بإرادة منفردة إذا كانت هي المصدر المباشر للالتزام كالوصية مثلا فإنّ القانون مصدر غير مباشر لها فهو الذي يحدّد أحكام الوصية.

³ ما يعاب على النص باللغة العربية هو الخطأ الذي ورد فيه باستعمال عبارة دون غيرها، وكان من المفروض أن يُصاغ النص كالاتي: تسري على الالتزامات التي تنشأ عن القانون وحده وبمباشرة، التصوص القانونية التي أنشأتها ". وهذا سينطبق حتما مع نص المادة 53 باللغة الفرنسية:

« Les obligations qui découlent directement et uniquement de la loi sont régies par les dispositions légales qui les ont établies ».

أما في مجال القانون العام، وخير مثال على ذلك ما تضمنته قوانين المالية والضرائب والرّسوم المتعلقة بالالتزام بدفع الضرائب والرّسوم،¹ فهي التزامات أنشأها القانون مباشرة بنصّ قانوني و هو الذي حدّد أحكامها.

و عليه فالقانون و بخصوصيته كمصدر للالتزام قد يكون مصدرا مباشرا له و ذلك بإنشائه، تقريره و تحديد أحكامه و إطاره القانوني، كما له دور المصدر غير المباشر لكل الالتزامات الأخرى التي لا ينشئها هو مباشرة، و إنّما تُنشئها مصادر أخرى، لكن يبقى هو من يُحدّد لها الإطار القانوني الذي تتجسّد من خلاله أحكامها التي تُنظّمها.

¹ أنظر في ذلك كمثال: الأمر رقم 101/76 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 يتضمن قانون الضرائب المباشرة والرّسوم المماثلة ج ر عدد 102 المؤرخة في 22 ديسمبر 1976. وأيضا الأمر 104/76 المؤرخ في 22 ديسمبر 1976 يتضمن الضرائب غير المباشرة، ج ر عدد 70 المؤرخة في 2 أكتوبر 1976.

المحور الثالث: العقد مصدر للالتزام (النظرية العامة للعقد)

Le contrat source de l'obligation

(La théorie générale du contrat)

سنولي العقد كمصدر للالتزام أهمية، بقدر تلك التي منحها إياه المشرع الجزائري في مواده من م 54 إلى م 123، إذ يعتبر العقد وسيلة قانونية متداولة كثيراً ينشأ بواسطتها العديد من الالتزامات في المجتمع وسندرس العقد من خلال أربعة فصول كالآتي:

- الفصل الأول: تعريف العقد وتقسيماته.
- الفصل الثاني: أركان العقد وشروط صحته.
- الفصل الثالث: القوة الإلزامية للعقد ونسبية آثاره.
- الفصل الرابع: انحلال العقد وجزاء الإخلال به.

الفصل الأول: تعريف العقد وتقسيماته

يعتبر العقد أهم صورة للتصرف القانوني في الحياة الاجتماعية، نظراً للأهمية التي يكتسبها كمصدر للالتزام، إذ يكفينا في ذلك الإشارة إلى العدد اللامتناهي والكبير للمعاملات الاقتصادية الجارية كل يوم بين أشخاص المجتمع والتي تتم عن طريق هذه الوسيلة القانونية التي تتمثل في العقود.

المبحث الأول: تعريف العقد و تطور نظريته

Définition du contrat et l'évolution de l'autonomie de la volonté

يعتبر العقد من أهم المصادر المنشئة للالتزام و الذي ينشئ رابطة قانونية بين شخصين أو أكثر و لقد عرف هذا العقد في مفهومه تطوراً بتطور دور الإرادة فيه المنشئة له حيث كانت الإرادة وحدها تكفي لإبرام العقد و هي التي تحدّد مدى الالتزامات التعاقدية في ظلّ مبدأ سلطان الإرادة، غير أن الوضع شهد تراجعاً عن هذا المبدأ و هذا ما سنتطرق إليه من خلال ما يلي:

المطلب الأول: التعريف الاصطلاحي للعقد

الذي يهمننا في تعريف العقد هو المعنى الاصطلاحي القانوني له، وذلك بالرجوع إلى نصّ المادة 54 ق.م.ج التي تعرّفه على أنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص نحو شخص أو عدّة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما."

يتّضح لنا من هذا التعريف، أنّ العقد هو اتفاق يهدف إلى إحداث آثار قانونية تتمثل في إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه¹. فالمقصود بالاتفاق في تعريف العقد، هو اتّخاذ وجهة نظر أشخاص معيّنين تجاه أمر معيّن، فلا بد لقيام العقد، وجود شخصين أو أكثر، وهذا العنصر يمكّننا من التمييز بين العقد والتصرف بإرادة منفردة كالوصية والوعد بجائزة، إذ يتطلب العقد كتحصرف قانوني وجود شخصين فأكثر لإبرامه.

ويجب أن يكون لأطراف الاتفاق مصالح محدّدة ومتباينة، كمصلحة البائع ومصلحة المشتري، فالأول يريد أن يبيع بأكبر ثمن والثاني يريد أن يشتري بأقلّ ثمن، ويُمثّل اتّفاقهما الوصول إلى وجهة نظر موحّدة بتطابق إرادتهما.

وإذا كان العقد جوهره اتفاق إرادتين، فليس كل اتفاق عقداً وإن كان كلّ عقد اتفاق، إذ يلزم لاعتبار الاتفاق عقد أن يتّجه هذا الاتفاق إلى إحداث أثر قانوني معيّن²، إذ يخرج من دائرة العقود كلّ الخدمات والأعمال التي يقوم بها شخص لفائدة الآخر مجاملة أو إحساناً، كالجار الذي يساعد جاره في إصلاح وترميم منزله من باب المجاملة تكون فكرة العقد هنا مستبعدة تماماً، إذ يجب أن يتوقّف في العلاقة العقدية شرط اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

المطلب الثاني: تطور نظرية العقد (مبدأ سلطان الإرادة و تراجعها)

لقد تطوّرت نظرية العقد باعتبارها جزء من نظرية الالتزام، حيث كانت في ظلّ المذهب الفردي السائد في بداية القرن الثامن عشر قائمة على أساس مبدأ سلطان الإرادة³، إذ يتمتّع المتعاقدان بحرية كاملة فيما يخصّ تكوين العقد وتحديد مضمونه دون أيّ قيد أو شرط، فلها أي الإرادة أن تنشئ عقداً لم ينظّمه القانون ولها أن تُعدّل في أحكام عقد نظّمه القانون كيفما أراد المتعاقدان.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، المجلد الأول...، المرجع السابق، ص 149 .

² دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2004، ص 10

³ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، المجلد الأول...، المرجع السابق، ص 16

غير أنّ مبدأ سلطان الإرادة، تراجع في أواخر القرن التاسع عشر في ظل المذهب الاجتماعي، وذلك نتيجة تطوّر وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي بتسييره وتوجيهه وبتكفلها بحماية الفئة الضعيفة في المجتمع، لغرض تحقيق العدل والنّفع من العقود¹ عن طريق وضع قيود على عمليات التعاقد، من خلال إمكانية تدخّل القانون والقضاء لفرض مضمون العقد أو لتعديله أو لفرض بعض أحكامه وشروطه، فأصبحت بذلك العقود منتشرة باختلاف أنواعها وتقسيماتها في إطار محكم ومنظّم من قبل القانون،² وذلك بفرض بعض القيود على الإرادة التعاقدية تمثلت عموماً في الشكلية القانونية التي يجب أن تفرغ فيها بعض العقود نظراً لأهميتها الخاصة و أيضاً جعل بعض العقود إجبارية الإبرام كعقود التأمين الإجباري و أصبح أيضاً النظام العام و الآداب من بين أهم القيود الذي ترتبط به الإرادة التعاقدية عند إبرام العقود بحيث يمنع على الإرادة أن تتجه إلى إحداث أثر يتعارض مع اعتبارات النظام العام و الآداب.³

المبحث الثاني: تقسيمات العقود Classification des contrats

يمكن تقسيم العقود إلى أقسام عدّة بناء على الأسس المعتمدة التي يقوم عليها التّقسيم، كالإنشاء أو التكوين أو الآثار، أو الطبيعة القانونية. ولقد تعرّض المشرّع الجزائري في المواد 55 إلى م 58 من القانون المدني إلى تقسيم هذه العقود و تعريفها، و كان من الأجر عليه تجنب ذلك و تركه للفقهاء القانوني، إذ أنه لم يُوفّق في بعض التعريفات، هذا من جهة و من جهة أخرى لم تتناول هذه النصوص كل أنواع العقود، لاسيما و أنّ العقود في حدّ ذاتها قد شهدت تطوّرًا كبيرًا تماشياً مع التطوّر الاقتصادي، إذ ظهرت بعض العقود التي لم تكن معروفة في السابق، كعقود الأعمال.

ومن بين تقسيمات العقود ما يلي:

المطلب الأول: العقود الرّضائية، العقود الشكلية و العقود العينية:

Contrats consensuels, contrats solennels et contrats réels

فرع 1: العقد الرّضائي: Contrat Consensuel هو العقد الذي يتم بمجرد التّقاء الإيجاب بالقبول دون أن يشترط شكلاً معيناً لانعقاده، مثل عقد بيع ألبسة جاهزة في محلات الألبسة، وقد نصّ عليه المشرّع

¹ Jaques Guestin, Le contrat en tant qu'échange économique, « le principe ou la théorie du juste et de l'utile », Revue d'Economie Industrielle, volume 92 n°1 année 2000 p-p 81-100

² أنظر: حبيب إبراهيم الخليفي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط الحادية عشر، 2017، ص 58

³ أنظر: حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 42 و ما يليها

الجزائري في المادة 59 ق م ج: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"

فرع 2: العقد الشكلي: contrat solennel أما العقد الشكلي فهو على عكس الرضائي، إذ يشترط لانعقاده شكلية معينة، فلا يكفي فيه التراضي، بل يجب إتباع شكل معين يفرضه القانون لانعقاده، كالعقد الرسمي في بيع العقار وقد نصت عليه المادة 324 والمادة 324 مكرر من ق م ج.

فرع 3: العقد العيني Contrat Réel فهو العقد الذي لا يكفي أيضا التراضي لانعقاده، بل يُشترط أن يقرن الرضا بتسليم محلّ العقد، إذ يعتبر التسليم ركنا جوهريا في العقد،¹ كعقد الوديعة المادتين 590 و 591 ق م ج وعقد الرهن الحيازي المواد من 948 إلى 951 ق م ج وعقد العارية المادتين 538 و 539 ق م ج.

المطلب الثاني: العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد:

contrat bilatéraux et contrats unilatéraux

فرع 1: العقد الملزم للجانبين ويسمى أيضا **العقد التبادلي: Contrat synallagmatique**

وهو العقد الذي عرّفته المادة 55 ق م ج: " يكون العقد ملزماً للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضاً ".

فهو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة، حيث يصبح كلّ من المتعاقدين دائنا ومدينا في نفس الوقت، ومثاله عقد الإيجار الذي يرتّب على المؤجّر التزامات إذ هو مدين تجاه المستأجر بتسليمه العين المؤجرة وضمن الانتفاع بها، بالمقابل هناك التزامات على عاتق المستأجر كدفع أعباء الإيجار والمحافظة على العين المؤجرة تمّ ردّها.

كذلك الشأن بالنسبة لعقد البيع وعقد المقاوله وعقد العمل...

¹ أنظر أكثر تفصيلا: محمد سيد عمران، المدخل إلى القانون - نظرية الالتزام -، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، 2002، ص 201 .

أنظر أيضا بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 46.

فرع 2: العقد الملزم لجانب واحد Contrat Unilatéral (أي عقد غير تبادلي) و هو العقد الذي يُنشئ التزاما على عاتق أحد الطرفين دون الآخر فيكون الأول مدينا غير دائن ويكون الثاني دائنا غير مدين ومثاله، عقد الهبة وعقد الوديعة بدون أجر و أيضا عقد الوكالة بدون أجر...¹

المطلب الثالث: العقود المحددة والعقود الاحتمالية

Contrats commutatifs et contrats aléatoires

فرع 1: العقد المُحدّد: Contrat commutatif هو العقد الذي يعرف فيه كل من المتعاقدين عند التعاقد مقدار ما سيؤديه ومقدار ما سيتحصل عليه. ومثاله عقد العمل المحدد الأجرة والعمل، عقد البيع المحدد الثمن والمبيع وغيرها وقد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 57 ق م ج: يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح، أو فعل شيء، يعتبر معادلا لما يمنح، أو يفعل به. " غير أن هذا التعريف لم يكن صائبا وموفقا حيث عُرّف على أساس أنّ العقد المحدد هو العقد التبادلي والعبارة في العقد المُحدّد هي معرفة ما سيمنحه المتعاقد وما سيأخذه بموجب هذا العقد عند إبرامه.

فرع 2: العقد الاحتمالي: contrat aléatoire فقد عرّفه القانون المدني في الفقرة الثانية من المادة 57 أو ما يسمى أيضا **بعقد الغرر** بأنه: " إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح، أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فإنّ العقد يعتبر غرر " وهو على عكس العقد المحدد، إذ لا يعرف فيه المتعاقد عند إبرام العقد المقدار الذي سيعطيه، أو المقدار الذي يأخذه لأن ذلك مرتبط بحادث مستقبلي، غير محقق وغير معلوم التحقق إذ يتخلله حظّ الرّبح والخسارة كبيع الثّمار قبل نُضجها أو بيع رمية الشبكة قبل استخراجها من البحر.²

المطلب الرابع: عقود المعاوضة وعقود التبرّع:

Contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit

فرع 1: عقد المعاوضة: contrat à titre onéreux عرّفه نص المادة 58 ق م ج بأنه: "العقد بعوض هو الذي يُلزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما " إذ بالزام عقد المعاوضة كل واحد من طرفيه بإعطاء شيء أو فعل شيء ما للآخر سيجعل كلا المتعاقدين يأخذان فيه مقابلا لما أعطياه، و نجد

¹ أنظر أكثر تفصيلا: خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول مصادر الالتزام، ديوان

المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 22

² أنظر أكثر تفصيلا: خليل أحمد حسن قداد، نفس المرجع، ص 25

تجسيد ذلك في عقد البيع حيث يتسلم فيه البائع الثمن مقابل المبيع الذي يعطيه للمشتري والمشتري يتسلم المبيع مقابل الثمن الذي أعطاه للبائع. فعقد المعاوضة يتحصّل فيه المتعاقد على عوض ذا قيمة مالية مقابل ما أداه للمتعاقد الآخر.

فرع 2: عقد التبرّع: contrat à titre gratuit و على عكس عقد المعاوضة، فهو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا ذا قيمة مالية لما أعطاه، إذ يلتزم المدين تجاه الدائن بقصد التبرّع كعقد الهبة، وعقد العارية بدون أجر وعقد الوكالة بدون أجر...

وقد أغفل المشرّع الجزائري تعريف عقد التبرّع ضمن المادة 58 ق م ج، بل أفردتها فقط بتعريف عقد المعاوضة، تاركا في ذلك تعريف عقد التبرّع لفقّه غير أنه عالج البعض من هذه العقود ضمن القانون المدني، ويعتبر العقد تبرّعا إذا التزم المتعاقد بمنح شيء أو القيام بفعل دون الحصول على مقابل ذي قيمة مالية، حيث يلتزم المتبرّع تجاه المتبرّع له بقصد نية التبرّع دون أي مقابل. وعقود التبرّع نوعان، عقود تفضيل وعقود هبات، حيث في الأولى لا يتخلى المالك عن ملكيته¹ كعقد العارية بدون أجر 538 ق م ج، أمّا في الثانية فهو يتخلى عن ملكية الشيء للمتبرّع له كعقد الهبة المادة 202 من ق. أ.

المطلب الخامس: العقود الفورية والعقود الزمنية:

Contrats Instantanés et contrats successifs

فرع 1: العقد الفوري: contrat instantané هو العقد الذي ينفذ فور انعقاده دفعة واحدة، كعقد البيع مثلا، الأصل فيه أن يُنقل البائع مباشرة وفور إبرامه للعقد ملكية المبيع ويسلم المشتري مباشرة الثمن².

فرع 2: العقد الزمني: contrat successif أو ما يسمى أيضا بالعقد المستمر أو بالعقد الممتد، فإنّ عنصر الزّمن فيه يعدّ جوهريا إذ يتم تنفيذه عبر الزمن³، كعقد العمل مثلاً أو عقد الإيجار وغيرها⁴

¹ أنظر أكثر تفصيلا: علي فيلالي الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص- ص63 إلى 65
² المادة 351 ق.م.ج في تعريفها لعقد البيع: " البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي." هذا يوضح جليا أن عقد البيع من العقود الفورية.
³ أنظر أكثر تفصيلا بلحاج العربي، المرجع السابق، ص19 و ص51.
⁴ المادة 467 ق.م.ج في تعريفها لعقد الإيجار: " الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم"
هذا يوضح جليا أن عقد الإيجار من عقود المدة أي من العقود المستمرة.

المطلب السادس: عقود المساومة وعقود الإذعان:

Contrats négociables et contrats d'adhésion

فرع 1: عقد المساومة: contrat négociable هو ذلك العقد الذي يتمتع فيه كلا المتعاقدين بحرية تامة في مناقشة شروطه و في تحديد مضمونه، فيشارك كل منهما في إبرام العقد بإرادة توافقية عادلة، إذ يتساوى في انعقاده أطرافه دون أن تطغى أو تعلو إرادة طرف على إرادة طرف آخر، بل هما على قدم المساواة، و هو يتجسد في جلّ العقود التي الخاصة التي تناولها القانون المدني باعتباره يعتمد على مبدأ المساواة و العدالة العقدية، كعقد الوكالة:، عقد الرهن، عقد البيع،...¹

فرع 2: عقد الإذعان: contrat d'adhésion و قد نصت عليه المادة 70 ق.م.ج،² فهو ذلك العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين في وضع شروطه وتحديد مضمونه، حيث يكون في مركز قويّ على المتعاقد الآخر و يفرض عليه شروطاً ولا يسمح له بمناقشتها، وما على المتعاقد الآخر إلا أن يستسلم لها ويبرم العقد ويكون ذلك عادة نتيجة لاحتكار سلعة أو خدمة معينة من طرف المتعاقد القويّ³ كعقود الكهرباء والغاز، وعقود التأمينات وغيرها.

المطلب السابع: العقود المسماة والعقود غير المسماة:

Contrats nommés et contrats innommés

فرع 1: العقد المسمى: contrat nommé هو الذي خصّه المشرع الجزائري باسم معين وخصّص له نصوصاً تنظّم أحكامه، مثل عقد المقايضة، عقد البيع، عقد الإيجار، عقد الوكالة، و عقد القرض... وقد تناولها المشرع الجزائري في خمسة أبواب من الكتاب الثاني ضمن القانون المدني الجزائري.⁴

فرع 2: العقد غير المسمى: contrat innommé فهو الذي لم يتناوله المشرع ولم ينظّمه بنصوص خاصة به، و إنما يُخضعه في تكوينه وآثاره إلى النّظرية العامة للالتزام¹ كالعقد الطّبيّ مثلاً.

1 باعتبار أنّ أساس العقود يحكمها مبدأ الرّضائية و العقد شريعة المتعاقدين وفق ما جاء ضمن نصوص المواد المختلفة التي تجسّد ذلك منها المادة 54، 59، 106... ق.م.ج

2 أنظر المادة 70 من ق.م.ج: " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة بضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها ". أنظر أكثر تفصيلاً في عقود الإذعان مرجع لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990

3 أنظر أكثر تفصيلاً: لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990

4 و تحديداً من المادة 351 إلى المادة 673 من ق.م.ج.

المطلب الثامن: العقود البسيطة والعقود المركبة (المختلطة):

Contrats simples et contrats complexes (mixtes)

فرع 1: العقد البسيط: **contrat simple** هو الذي يتناول نوعاً واحداً من العقود، كعقد البيع أو عقد الوديعة أو عقد النقل...

فرع 2: العقد المركب: **contrat complexe** أو ما يعرف أيضاً بالعقد بالمتن **contrat mixte** فهو العقد الذي يجمع بين عدة عقود تمتزج ببعضها البعض كعقد الفندقية **le contrat d'hôtellerie** فهو يتضمن عقد إيجار للمبيت وعقد بيع للطعام، وعقد وديعة للأمتعة... و القاعدة في هذه العقود المختلطة، هي تطبيق أحكام كل هذه العقود التي يشملها العقد لكن في حالة اللبس و التناقض يُرجح القاضي أحد العقود باعتباره هو العقد الرئيسي ويُطبق دون سواه.²

¹ خليل أحمد حسن قداة، مرجع سابق، ص 24 أنظر أيضاً أكثر تفصيلاً عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص-ص 167 إلى

179

² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 53، علي.علي سليمان، مرجع سابق، ص 25.

الفصل الثاني: أركان العقد وشروط صحته (تكوين العقد)

Les éléments et les conditions de validité du contrat

يقوم العقد أساساً على ثلاثة أركان وهي التراضي، المحل و السبب ويشترط ركناً آخر هو ركن الشكلية في بعض العقود ولقد تناول المشرع الجزائري أركان العقد في القسم الثاني من الفصل الثاني للكتاب الثاني من القانون المدني تحت عنوان شروط العقد ضمن المواد 59 إلى 98، وتسمية أركان العقد بشروط تسمية غير صائبة أو خاطئة، وذلك كون أن الأركان غير الشروط، إذ أنّ الأركان هي للانعقاد وتخلّفها يُرتّب البطلان المطلق للعقد أما الشروط فهي شروط صحّة العقد وتتعلّق أساساً بركن التراضي، وتخلّفها يجعل العقد قابلاً للإبطال.¹

وقد ذكر المشرع ضمن القانون المدني ثلاث أركان دون الركن الرابع وهو ركن الشكلية، وربما يرجع ذلك إلى اعتبار أن العقود الرضائية هي الأصل وأن الشكلية هي الاستثناء تنقيدها بها بعض العقود أين اشترط فيها هذا الركن الأخير أي ركن الشكلية بنصوص خاصة² سندرس هذه الأركان على التوالي.

المبحث الأول: التراضي Le Consentement

لقد أخطأ القانون المدني في تسمية التراضي (Le Consentement) بالرضاء،³ لأنّ الرضا يصدر من شخص واحد، والعقد هو علاقة قانونية بين شخصين فأكثر كما رأينا، فالتراضي يصدر من طرفين وهو الأصلح. فالعقد يتطلّب تطابق إرادتين ويتأكّد ذلك من خلال نصّ المادة 59 ق م ج بنصّها: "يتمّ العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما⁴ المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". و سنتناول هذه الأركان على التوالي، سنستهل بدراسة ركن التراضي و شروط صحته بالتفصيل.

المطلب 1: وجود التراضي

إنّ الإرادة عنصر أساسي في ركن التراضي، حيث أنّ رضا المتعاقدين ما هو إلّا تعبير عن إرادتهما المتطابقتين لإنشاء العقد وترتيب آثاره، ويكون ذلك وفق طرق وشروط حدّدها القانون كما يلي:

¹ و سنرى ذلك بأكثر تفصيل لاحقاً.

² أنظر المادة 324 مكرر 1 المتعلقة بالعقود التي تتطلب الشكلية الرسمية و التي سيأتي التفصيل فيها لاحقاً .

³ الرضاء: هو الموافقة أو القبول L'acceptation، وهو يمثّل إرادة شخص واحد، أنظر قاموس المعاني الجامع على الرابط:

<http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/> رضاء / تاريخ الاطلاع 10 جويلية 2019 على الساعة 19:25

⁴ من المفروض كان يجب كتابة إرادتهما (المثلى) وهو الأصح بدل إرادتهما.

فرع 1: إرادة الشخص المتعاقد وأهليته

1- الإرادة التعاقدية:

الإرادة ظاهرة نفسية، تتمثل في إمكانية الشخص اتخاذ موقف أو قرار يستدعي وجود الإدراك والتمييز عند صاحبها، والقانون لاسيما في مجال التصرفات القانونية ومنها العقود، فإنه يُعتدّ بالإرادة الجدية فقط، وتكون الإرادة جديّة متى صدرت من شخصية قانونية مؤهلة تريد فعلا إحداث آثار قانونية، حيث يجب أن يكون صاحب الإرادة مؤهلا قانونا ذو شخصية قانونية، ويتمتع بأهلية التعاقد وهي أهلية الأداء. والأشخاص القانونية نوعان أشخاص طبيعية وأخرى اعتبارية أو معنوية.

فالشخص الطبيعي (أي الإنسان) قد نصت عليه المادة 25 ق م ج حيث يتمتع بالشخصية القانونية من يوم ولادته حيا إلى يوم وفاته¹.

أما الشخص الاعتباري، ليس له وجود مادي ولكنه يتمتع أيضا بالشخصية القانونية في حدود ما أقره له القانون طبقا للمواد 49 إلى 52 ق م ج²، والذي يعنينا في هذا المقام هو أهلية الشخص الطبيعي ذلك أنها تتأثر بعوامل متعدّدة سنوضحها فيما يلي.

2- أهلية التعاقد: **La capacité contractuelle** الأهلية نوعان، أهلية وجوب وأهلية أداء.

- أهلية الوجوب **la capacité de Jouissance** فهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق

وتحمّل الالتزامات، وهي تثبت له بولادته حيا،³ بل أحيانا قبل ذلك كما ذكرته الفقرة الثانية من نص المادة 25 ق.م.ج⁴ ومثاله ميراث الجنين المادة 128 والمادتين 173 و174 من ق.أ⁵ وتستمر إلى غاية وفاة

¹ المادة 25 من ق.م.ج المعدلة بموجب القانون 10/05 لـ 20 يونيو 2005 تعديل القانون المدن: " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته...".

² المادة 49 من ق.م.ج المعدلة بموجب القانون 10/05 لـ 20 يونيو 2005: " الأشخاص الاعتبارية هي: . الدولة، الولاية و البلدية. - المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و الشركات المدنية والتجارية.

- الجمعيات و المؤسسات، الوقف، كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية".

المادة 50: " يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون ".³ أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط نظرية الالتزام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 283.

⁴ المادة 25/ف2 ق.م.ج: " ...على أنّ الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا ".

⁵ و بمفهوم ما جاء ضمن نص المادة 25/ف2 ق.م.ج: يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة.

الشخص المادة 25/ف 1 ق.م.ج¹ وقد تستمر أحيانا حتى بعد وفاته باستيفاء من تَرَكَته مصاريف تجهيز الميت ثمّ الديون ثمّ الوصية فالميراث حسب ما جاء في المادة 180 ق.أ.ج.²

-أما أهلية الأداء: فهي قدرة الشخص على مباشرة الأعمال القانونية على وجه يُعتدّ به قانونا، إذ يشترط في أهلية التعاقد، أهلية الأداء la capacité d'exercer وهي تقاس بدرجة إدراك الشخص وتمييزه، وقد تناولها المشرع الجزائري في المواد 40 إلى المادة 44 من ق.م.ج وتناولت في هذا الشأن المادة 78 ق.م.ج المبدأ الذي يجعل كلّ شخص أهل للتعاقد، والاستثناء أين تنتقص فيه الأهلية أو تنعدم بنصّها: " كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون ". وعليه سنتطرق لعوارض الأهلية و لموانعها كالآتي:

أ/ عوارض الأهلية:

بالرجوع لنص المادة 40 ق م ج التي نصها: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة" و عليه يشترط على الشخص لمباشرة حقوقه المدنية بلوغ سن 19 سنة كاملة مع اشتراط أيضا تمتعه بقواه العقلية غير أنّه بمفهوم المخالفة وبالرجوع لنصا المادتين 42 و 43 ق م ج فإننا نلاحظ أنّه يمكن أن يعترى الشخص عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها على النحو الآتي:

-عوارض الأهلية التي تعدمها:

حسب ما جاء في نص المادة 42 ق.م.ج: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة".

فعديمي الأهلية هم من انعدمت لديهم الإرادة المدركة:

● سواء بعامل السن كالصبي غير المميز الذي لم يبلغ 13 سنة كاملة

● أو بعامل العقل كعارضى العته و الجنون

- فالمعتوه هو الشخص الذي يفهم بعض الأشياء دون غيرها بسبب مرض أو لكبر في السن.

¹ المادة 25/ف 1 ق.م.ج: "تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته"

² المادة 180 ق.أ.ج " ج " يؤخذ على التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع. 2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى. 3- الوصية ... " و ما تبقى يسمى ميراثا يوزع على الورثة بحسب نصيب كل واحد منهم وفق ما جاء من أحكام في الكتاب الثالث من قانون الأسرة.

- أما المجنون فهو الشّخص المصاب باضطراب عقلي يعدم إرادته وإدراكه و يثبت ذلك بالشّهادات الطبية

فمثل هؤلاء لا يمكن أن يُعتدّ بإرادتهم، فتصرفاتهم القانونية باطلة بطلانا مطلقا.¹

- عوارض الأهلية التي تنقصها : ناقصي الأهلية هم من يكون لديهم الإدراك والتّمييز ناقصا وليس منعذما، و ذلك سواء بعامل السنّ أو بعامل قلة التفكير و التدبير.

● ناقص الأهلية بعامل السنّ هو الصّبي المميّز **L'enfant atteint l'âge de discernement** وذلك ببلوغ الصّبي سن 13 سنة كاملة وفي كامل قواه العقلية.

● ناقصي الأهلية بعامل قلة التدبير هما: - **L'imbécile** ذِي الغفلة وهو الذي لا يعرف ما ينفعه وما يضرّه حيث يمكن غننه بكلّ سهولة و أيضا - **Le prodigue** السّفيف وهو الذي يُبذّر ماله على غير ما يتصوّره العقل.

فهؤلاء غير معدوم لديهم العقل أي الإدراك و التّمييز، و إنّما هو ضعيف بسبب عدم النّموّ الكافي، ويكون لناقصي الأهلية عكس عديميها الحقّ في مزاوله التّصرفات القانونية كالعقود، غير أنّ هذه التّصرفات تنقسم إلى ثلاثة أقسام، و لكلّ منها حكمه القانوني حسب ما جاء في نص المادة 83 ق.أ.ج.²

1- التّصرفات القانونية الضّارة ضررا محضا كمنحهم الهبات، فهي باطلة بطلانا مطلقا.

2- التّصرفات القانونية النّافعة نفعاً محضاً كتلقيهم الهبات فهي صحيحة.

3- التّصرفات القانونية الدّائرة بين النّفع والضرر، أي التي تنطوي على حظ الرّبح والخسارة كعقد البيع، الإيجار ... فهي قابلة للإبطال و تتوقّف على إجازة الوليّ أو الوصيّ، لها.

غير أنّه، وطبقا لنص المادة 40 ق.م.ج: "كلّ شخص بلغ سنّ الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة." "

¹ أنظر أكثر تفصيلا: علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 85.

² المادة 83 من ق.أ.ج "من بلغ سن التّمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النّفع و الضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء."

يتضح إذا أنّ إبطال تصرفات المجنون والمعتوه وذي الغفلة والسفيه متوقّف على الحجر القضائي عليهم، باعتبار أنّ الأصل في نظر القانون ببلوغ سن الرشد 19 سنة كاملة يعتبر هؤلاء الأشخاص كامل الأهلية لذا في نظر القانون تصرفاتهم القانونية صحيحة إلى غاية إثبات عكس ذلك بتوقيع الحجر عليهم.¹

ب/ موانع الأهلية:

إلى جانب العوارض التي قد تعدم الأهلية أو قد تنقصها كما رأينا، هناك ظروف قانونية أو مادية أو جسمانية يمكن أن تمنع الشخص من مباشرة تصرفاته القانونية بنفسه، رغم تمتّعه بكامل قواه العقلية وسلامة تدبيره، فهي لا تعدم ولا تُنقص من الأهلية ولكن تُحدّ منها، أي يُمنع الشخص منها بسبب هذه الظروف² وهي:

- المانع القانوني: يتجسّد هذا المانع في:

* حالة المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذ يترتّب عليه مباشرة تطبيق عقوبة تبعية أو تكميلية، تتمثل في الحجر القانوني، أي حرمانه من مباشرة حقوقه المالية أثناء تنفيذ عقوبة جنائية، وتكون إدارة أمواله لمن يئوبه قانونا، وهو يشبه في ذلك أي الحجر القانوني الحجر القضائي.

وهذا ما قضت به المادتين 9 و9 مكرر من قانون العقوبات الجزائري،³ والمانع القانوني هذا لا يُنقص ولا يعدم الأهلية، إذ يعتبر المحكوم عليه بعقوبة جنائية مُميّزا، مُدركا و بالغا راشدا، وإنّما يحول هذا المانع بينه وبين قيامه بتصرفاته القانونية بنفسه كالعقود، وإذا قام بأيّ من هذه التّصرفات القانونية فإنّها تعدّ في نظر القانون باطلة بطلانا مطلقا، لا ترتّب أيّ أثر قانوني بقوة القانون.⁴

و يتجسّد أيضا المانع القانوني في

* حالة إفلاس التّاجر إذ يترتّب على صدور الحكم بشهر إفلاس التّاجر، رفع يده عن إدارة أمواله أو التّصرف فيها بما فيها الأموال المستقبلية التي قد يكتسبها، و يحلّ محلّه الوكيل المتصرف القضائي الذي

¹ أنظر في هذا الصدد أحكام الحجر القضائي على فاقد الأهلية (المجنون و المعتوه) و ناقصيا (السفيه و ذي الغفلة)

المنصوص عليها في الفصل الخامس من الكتاب الثاني من ق.أ.ج من المادة 101 إلى المادة 108

² علي فيلالي، الالتزامات نظرية العقد، المرجع السابق، ص 86.

³ المادة 9 ق.ع.ج: " العقوبات التكميلية هي: 1 الحجر القانوني ...".

المادة 9 مكرر ق.ع.ج: " في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثّل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية. تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في الحجر القضائي ".

⁴ أنظر المادة 9 مكرر ق.ع.ج، السالف ذكرها في الهامش 3: "...حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية ...".

يتولى إدارة أمواله تحت رقابة القاضي، و ممارسة جميع حقوق و دعاوى المُفلس المتعلقة بزمته طوال مدة التفليسة، و هذا ما قضت به المادة 244 في فقرتها الأولى من القانون التجاري الجزائري¹

- **المانع المادي:** يتجسد هذا المانع في حالة المفقود والغائب طبقا لنص المادة 109 ق الأسرة ج **فالمفقود** هو شخص غائب الذي لا يُعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته،² ولا يمكن اعتباره مفقودا إلا باستصدار حكم قضائي يقضي بفقدانه وحصر أمواله لتعيين من يُسيرها.³

أما **الغائب** فهو الذي منعه ظروفًا قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وتعدّر عليه إدارة شؤونه بنفسه، وتسبب ذلك في ضرر لغيره عدّ كمفقود بعد مُضيّ مدة سنة، إذ يتطلب الوضع تعيين من ينوب عنه في تسير أمواله.⁴

- **المانع الجسماني:** وهو حالة اجتماع العاهتين لدى الشّخص، نصّت عليها المادة 80 ق.م.ج في فقرتها الأولى: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، و تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تُعيّن له مساعدا قضائيا يُعاونه في التّصرفات التي تقتضيها مصلحته...". فالمانع الجسماني يتعلق إذا بالعاهات الجسمانية المتمثلة في الصّم والبكم والعمى، إذا اجتمعتا اثنتان منها لدى الشخص، وتعدّر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته، جاز أن تُعيّن له المحكمة مساعداً قضائيا يُعاونه في تصرفاته و كلّ تصرف قانوني كالعقد مثلا إذا قام به ذو العاهتين بدون حضور المساعد القضائي وذلك بعد تعيين هذا الأخير من قبل القاضي عدّ هذا التّصرف قابلا للإبطال، أما التّصرفات التي سبق له القيام بها قبل تعيين المساعد القضائي تُعدّ صحيحة و نافذة، و هذا ما أكدته

¹ المادة 1/244 ق.ت.ج: " يترتب بحكم القانون على الحكم بشهر الإفلاس ومن تاريخه، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان، ما دام في حالة الإفلاس و يمارس وكيل التفليسة جميع حقوق و دعاوى المفلس المتعلقة بزمته طيلة مدة التفليسة...".

² المادة 109 ق.أ.ج: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حيلته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".
³ المادة 111 ق أسرة الجزائري: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود و أن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود و يتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون" (تابع للهامش رقم 6 من الصفحة السابقة)

المادة 99 ق.أ.ج التي يجب مراعاتها تتضمن تعريف المقدم المعين من قبل القاضي و تحديد حكمه بنصها: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي* على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة"

*يمكن الإطلاع على أحكام الولاية و الوصاية بالرجوع إلى نصوص المواد المتعلقة بالنيابة الشرعية المنصوص عليها في قانون الأسرة من المادة 87 إلى المادة 98

⁴ المادة 110 ق.أ.ج: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة و تسبب غيابيه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"

المادة 80 في فقرتها الثانية بنصّها: " و يكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تفررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".

فالمصاب بالعاهتين هو شخص كامل الأهلية، غير أنّه، لديه عجز جسماني يحدّ من قدرته على التعبير عن إرادته وهذا ما يُعيّنه عليه المساعد القضائي.¹

وعليه يلاحظ أنّ الأهلية شرط أساسي لصحة التراضي، باعتبار أنّ الإرادة التعاقدية لأطراف العقد يجب أن تكون صادرة ممن كانت أهليته كاملة، لا يعترّيه عارض من العوارض يُنقص منها أو يعدمها وأن لا يعترّيه أيضا مانع من الموانع يحول دون إمكانية التعبير عن الإرادة الشخصية للمتعاقد.

فرع 2: طرق التعبير عن الإرادة

تقضي المادة 60 ق م ج بأنّ: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاّ ".

فإرادة المتعاقدين لا بدّ أن تأخذ مظهراً خارجياً حتى يعرف كل منهما إرادة الآخر، فلا يعتد القانون بالإرادة الباطنة² بل يعتد بالإرادة الظاهرة ولو اختلفت عن الإرادة الباطنة، وتتخذ الإرادة المظهر الخارجي كما جاء في نصّ المادة 60 ق م، سواء بالتعبير الصريح أو بالتعبير الضمني.

1- **التعبير الصريح عن الإرادة:** la déclaration expresse de la volonté قد تناولت الفقرة الأولى من المادة 60 سالف ذكرها المظاهر الأربعة للتعبير عن الإرادة الصريح كما يلي :

● **التعبير عن الإرادة عن طريق اللفظ:** وهو الكلام الذي ينطق به الشخص بشكل مباشر وجها لوجه، أو بواسطة الهاتف أو الواب كام أو بآية وسيلة تُثقل التّعبير بين المتعاقدين، حتى عن طريق شخص ينقل تعبير إرادة الطرف الأوّل كما هي للطرف الآخر، ويكون ذلك بآية لغة يفهمها المتعاقدان أو بالاستعانة بالوسائل التي تُمكن فهمها³.

¹ السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 212.

² علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 29.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 96.

● **التعبير الإرادة عن طريق الكتابة:** فقد تكون عرفية يكتفى فيها توقيع المتعاقدان أو بصمتهما على العقد، وقد تكون رسمية تتم أمام موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، لديهم صلاحية إضفاء الصبغة الرسمية على العقد¹. وقد تكون هذه الكتابة بخط اليد أو بالآلة الراقنة أو بالكمبيوتر، وتتم في شكل رسالة أو توكس أو تليغراف أو منشور أو في الشكل الإلكتروني²، وغيرها.

● **التعبير عن الإرادة بالإشارات المتداولة بين الناس عرفاً:** هناك إشارات معروفة بين الناس أو على الأقل لدى فئة معينة من الناس لها معنى محدد، كهزّ الرأس أفقياً يفهم منه الرّفص، وهزّه عمودياً يعتبر موافقة³.

● **التعبير عن الإرادة باتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالته:** وقد يأخذ هذا المظهر من مظاهر التعبير عن الإرادة عدّة صور، كعرض البضائع للبيع، يفيد رغبة البائع في بيعها، وكتوقف الحافلات في المحطة أو في موقف الحافلات يفيد عرض الصعود للمسافرين، أو كإقبال سيارة على مرآب يفيد رغبة السائق في ركنها...

2- **التعبير الضمني عن الإرادة: la déclaration tacite de la volonté** أما التعبير الضمني عن الإرادة فقد نصت عليه الفقرة الثانية من نص المادة 60 ق.م.ج، إذ يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا كان المظهر الذي يتّخذ ليس في ذاته كاشفاً عن الإرادة، غير أنّه لا يمكن تفسيره دون افتراض وجود هذه الإرادة⁴، ومثاله في ذلك الدائن الذي يرسل سند الدين لمدينه، يعني أنّه أراد انقضاء الالتزام بالدين دون الوفاء به، و بعبارة أخرى يقصد من ذلك أنّه أبرأ المدين اختياريًا، و قد عبّر عن هذا الإبراء ضمناً ما لم يُثبت عكس ذلك⁵، وأيضاً كترك المدين أمواله لدى الدائن يفهم منه أنّه رهنها لديه رهناً حيازياً مقابل الديون التي هي على عاتقه، وهذا ما نصت عليه المادة 318 ق.م.ج⁶.

وقد أشارت المادة 60/ ف 2 ق.م.ج، أنّه يجوز أن يكون التعبير ضمناً إذا لم ينصّ القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً، حيث يشترط القانون أحياناً التعبير الصريح في بعض التصرفات القانونية

¹ أنظر في ذلك نصا المادتين 324 و 327 ق.م.ج في تعريفهما للعقد الشكلي و العقد العرفي واللذان سيأتي دراستهما بأكثر تفصيل عند معالجة ركن الشذكية في العقد.

² سيأخذ العقد الإلكتروني نصيبه من الدراسة لاحقاً

³ مثال ذلك أيضاً صاحب المحل الذي يشير بواسطة يده للزبون بالدخول يفهم منه السّماح له بولوج المحل.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 81 و 82

⁵ أنظر المادتين 305 و 306 من ق.م.ج عن انقضاء الالتزام دون الوفاء به عن طريق الإبراء.

⁶ المادة 318 ق.م.ج: "... و يعتبر إقراراً ضمناً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين."

مثل ما جاء في المادة 505 ق.م.ج عند التنازل عن الإيجار من الباطن¹، أو يمكن أيضا أن يشترط التعبير الصريح فيما بين المتعاقدان، كأن يشترط الكتابة العرفية أو الرسمية للعقد بمحض إرادتهما فتصبح إلزامية بموجب اتفاقهما.²

فرع 3: تطابق الإرادتين:

تطابق الإرادتين، ما هو إلا اقتران القبول بالإيجاب وتوافقهما، إذ يمثل الإيجاب إرادة طرف والقبول إرادة الطرف الآخر، حيث يعتبران عنصران أساسيان لتطابق الإرادتين، فيجب إذا تعريفهما وتحديد مضمونيهما، كما يجب التطرق إلى مسألة زمان ومكان تطابق الإرادتين باعتبارهما زمان ومكان انعقاد العقد والتطرق أيضا إلى مسألة أخرى لا تخلو أهمية وهي الإيجاب والقبول الإلكتروني باعتبارها صورة حديثة من صور التعاقد.

I- الإيجاب و القبول:

1- الإيجاب:

أ/ تعريفه وشروطه:

هو المبادرة الأولى للتعبير عن الإرادة، إذ هو العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين³ وحتى يكون هذا العرض إيجابا يشترط فيه بعض الخصائص وهي:

- الإيجاب عرض محدد ودقيق أي يجب أن يكون الإيجاب مستوفيا للعناصر الجوهرية والأساسية في العقد المراد إبرامه، حتى يتمكن الموجب له من الإطلاع عليه بتبصر. والإيجاب هو الخطوة الأولى للتعاقد غير أنّ هذه المبادرة لا تُشكل دائما إيجابا فقد تكون مجرد دعوة للتعاقد Invitation à contractor، وهي مرحلة تسبق الإيجاب وتختلف عنه من حيث أنه يكون الغرض منها أحيانا المساومة والتفاوض حول العقد المراد إبرامه، كالإعلان عن التوظيف في الصحف، فمثل هذا الإعلان لا يُعتبر إيجابا لإبرام عقد العمل، لأنّ صاحب العرض لا يقصد منه التعاقد مع كلّ من يتقدّم إليه بل سيختار من بين المتقدمين من يشاء، وتعتبر استجابة وتقدّم الراغبين في التوظيف إيجابا يحتاج إلى قبول من وجّه الدعوة حتى يتم العقد. فالإيجاب المحدد الدقيق يحتاج إلى أن يتضمّن على الأقل المسائل الجوهرية في

¹ المادة 505 من ق م ج: "لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك."

² وفق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين كما جاء في نص المادة 106 من ق م ج الذي سنعالجه بأكثر تفصيل لاحقا.

³ علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص103 أنظر أيضا رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص67

العقد ولكل عقد مسائله الجوهرية، فعقد البيع يتضمّن أساسا تحديد المبيع وتحديد الثمن، عقد الإيجار يتضمّن تحديد العين المؤجرة وبديل الإيجار وعقد المقاوله يُشترط فيه تحديد الأشغال وتحديد قيمة إنجازها...و غيرها من العقود¹.

* **الإيجاب عرض بات ورازم أي قاطع:** إذ يجب أن ينطوي الإيجاب على إرادة جدية وحقيقية من الموجب لغرض إبرام العقد، غير أنه يجب الإشارة إلى التّحفظات les réserves التي قد يتّخذها الموجب حيال إبرام العقد²، كاحتفاظ الموجب بحق رفض التّعاقد في حالة نفاذ الكمية المحدودة من البضائع، أو كمن يعرض بيع تذاكر مسرحية أو مباراة إلى غاية نفاذ كمية التذاكر، حيث هنا لا يمكن تلبية كلّ الطلبات لذلك يبقى الإيجاب قائما طالما لم تتفد هذه البضاعة أو هذه التذاكر غير أنه يجب التنكير بأن مثل هذه التّحفظات يجب أن تكون مما لا ينال من الإيجاب ويجعله مجرد دعوة للتّعاقد كالإعلان عن التّوظيف المعلق على شرط الموافقة على الشّخص كما ذكرنا آنفا.

ب/ إلزامية الإيجاب وسقوطه

أولا / إلزامية الإيجاب: لقد جسّد القانون المدني هذه المسألة من خلال نصا المادتين 63 و64 ق.م.ج وقد ميّز في ذلك بين الإيجاب المقترن بأجل والإيجاب الصادر في مجلس العقد.

1- إلزامية الإيجاب المقترن بأجل للرد: إنّ إلزامية الإيجاب المقترن بأجل تقضي بها المادة 63 ق.م.ج بما يلي: " إذا عيّن أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل. وقد يُستخلص هذا الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ". فقد عالج هذا النصّ مسألتين هما الإيجاب المقترن بأجل صريح و الإيجاب المقترن بأجل ضمني كما سيأتي شرحه:

* **الإيجاب المقترن بأجل صريح للرد:** الإيجاب الذي يتضمن أجلا صريحا للقبول يكون ملزما ولا يجوز أن يعدل (أي يتراجع) عنه الموجب ما لم تنقضي المدّة أو الأجل المحدد أو حتى يُعلن الموجب له عن رفضه أو قبوله، ويتم إبرام العقد بمجرد القبول الذي يكون في حدود هذا الأجل المعين صراحة من طرف الموجب. كأن يعرض شخص على شخص آخر تأجير منزله على أن يردّ عليه في خلال مدّة 15 يوما، يبقى الموجب ملزما بإيجابه إلى غاية انقضاء مدّة الخمسة عشر يوما أو إلى غاية رفض الموجب له أو

¹ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 104 أيضا علي فيلاي، نفس المرجع، ص 104 و 105

² سمير عبد السيد تتاغو، مصادر الالتزام - العقد - الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب- القانون- منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2005، ص 37

قبوله في حدود الخمسة عشر يومًا وفق الأجل المحدد صراحة في الإيجاب، و هذا هو مضمون ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة 63 من ق.م.ج.

* **الإيجاب المقترن بأجل ضمني للرد:** وقد يكون الأجل غير معيّن صراحة، وإتّما ضمّنيا، إذ يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من نص المادة 63 ق.م.ج، فالأجل الضمني (غير الصريح) قد تفرضه **ظروف الحال** أي الظروف المحيطة بصدور الإيجاب، كأن يتمّ التعاقد بين غائبين عن طريق رسالة بريدية مثلا من الجزائر إلى عنابة، فمثل هذا الإيجاب يُلزم صاحبه البقاء عليه لغاية وصوله لمن وُجّه إليه وعلمه به وإعطائه فرصة للردّ عليه بالرفض أو بالقبول أو عدم الردّ لمدة معقولة ويُعد ذلك رفضا.

و قد يفرض الأجل الضمني كذلك من خلال **طبيعة المعاملة**، فالمعاملة العقارية مثلا تقتضي ترك مدة معقولة لمن وُجّه إليه الإيجاب، كعرض بيع منزل يحتاج مدّة معيّنة حتى يمكن للموجه إليه الإيجاب التّعبير عن إرادته بالقبول أو بالرفض، أو بعدم الردّ لمدة معقولة، و يُستخلص حين إذن بأنّه رفض للتعامل.

غير أنّ هذا الأجل الضمني لم تحدّد مدّته فهو بذلك خاضع لتقدير القاضي في حالة النزاع، وتكون مدّته معقولة حماية لكلّ من الموجب والموجب له على السواء.¹

2- **إلزامية الإيجاب الصادر في مجلس عقد واحد:** إنّ إلزامية الإيجاب الصادر في مجلس العقد أو ما يعرف بالتعاقد بين حاضرين قضت به المادة 64 ق.م.ج على أنّه : " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإنّ الموجب يتحلّل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورًا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر عن طريق الهاتف أو بأيّ طريق مماثل.

غير أنّ العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فورًا إذا لم يوجد ما يدل على أنّ الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد ."

لقد تناول هذا النصّ التعاقد بين حاضرين حقيقة أو حاضرين حكما ودون أن يتضمن الإيجاب أجلا، حيث عندما يتواجد المتعاقدان في مكان واحد فحضورهما حقيقي، أما الحضور الحكمي فهو اجتماعهما زمانًا وليس مكانا عن طريق وسيلة كالهاتف أو الأنترنت، لما يكون الاتّصال مباشر كالواب كام عن طريق Skype أو ماسنجر Massinger، فيبر Viber، إيمو Imo ... و هذا ما تضمّنه نص المادة

¹ انظر أكثر تفصيلا : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص223 و ما يليها

بعبارة " بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل " أين يتزامن التعبير عن الإرادة مع العلم بها مباشرة دون وساطة، فإذا جمع المتعاقدان مجلس واحد حقيقة أو حكماً، فالأصل أنّ من وجّه إليه الإيجاب ولم يعيّن فيه ميعاد للقبول يجب أن يصدر قبوله فوراً بمجرد صدور الإيجاب، وإلاّ كان للموجب أن يتحلّل من إيجابه، ويعتبر الطرف الآخر قد رفضه فسقط وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 64 ق.م.ج لكن إذا بقي الموجب على إيجابه وصدر القبول قبل أن ينفض مجلس العقد، فإنّ العقد يتمّ كذلك، كما جاء في الفقرة الثانية من المادة 64 ق.م.ج، مادام أنّ الموجب لم يعدل أو يرجع عن إيجابه في هذه الفترة فإنّ الموجب له يستطيع أن يُعبّر عن إرادته قبل انفضاض مجلس العقد الحقيقي أو الحكمي.¹

ثانياً /سقوط الإيجاب: L'échéance de l'offre

إذا ألزم الموجب بالبقاء على إيجابه كما بيّناه آنفاً لتمكين الموجب له من إصدار قبوله أو رفضه، فهذا لا يعني أن الموجب يبقى مُلزماً بالإيجاب مدى الحياة ففي ذلك تضحية بالموجب، وهذا غير معقول وغير عادل، وعليه يمكن للإيجاب أن يفقد قوّته الإلزامية ويتحلّل منه الموجب بسقوطه للأسباب التالية:

- 1-بالرفض الصادر ممن وجّه إليه الإيجاب (الموجب له) سواء كان محدّد بأجل أو لا.
- 2-بانقضاء الأجل المحدّد للقبول دون ردّ الموجب له.
- 3-بانفضاض مجلس العقد (الحضور الحقيقي أو الحكمي) دون صدور القبول من الموجب له.
- 4-بعدول الموجب عن إيجابه قبل انفضاض مجلس العقد وقبل قبول الموجب له.²

2-القبول: L'acceptation

أ/ تعريفه

القبول هو الردّ الإيجابي، أي الموافقة، فهو تعبير بات يصدر من الموجب له بغرض إبرام العقد أي اتجاه إرادته إلى إحداث آثار قانونية.

ب/ شروطه: لكي يُعتدّ بالقبول قانوناً يجب أن يتوفر على شروط محدّدة وهي:

* **مطابقة القبول للإيجاب:** يجب أن يكون القبول مطابقاً تماماً للإيجاب، فالقبول هو الجواب بنعم عن الإيجاب، وإذا اقترن القبول بما يزيد أو يُنقص أو يُقيّد أو يُعدّل في الإيجاب، اعتبر ذلك إيجاباً جديداً و

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص226

² أنظر أكثر تفصيلاً رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص74

هذا ما أوضحتها المادة 66 ق.م.ج: " لا يعتبر القبول الذي يُغيّر الإيجاب إلا إيجابا جديدا " وتضيف المادة 65 ق.م.ج أنه: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ... اعتبر العقد مُبرمًا ... " ويستخلص من هذه المادة أنه يجب أن يتفقا المتعاقدان على المسائل الجوهرية¹ ولهما أن يتركا المسائل التفصيلية لاحقا².

* **اقتران القبول بالإيجاب القائم:** إذا كان الموجب له غير ملزم بالردّ على الإيجاب، لأنّه لا يمكن إلزام الشّخص على التعاقد بدون إرادته، فإنّ الموجب أيضا غير ملزم بالبقاء على إيجابه باستمرار، فالإيجاب معرّض للسقوط كما رأينا أو حتى لعدول الموجب عنه، لذا يجب أن يصدر القبول و الإيجاب لا يزال قائما، حتى يتم الاقتران والتّوافق بينهما، وبالتالي ينشأ العقد، فإذا صدر القبول و وصل إلى علم الموجب بعد سقوط الإيجابين فإنّ اقترانهما يصبح مستحيلا وبالتالي لا يعتبر هذا الردّ الإيجابي قبولا، و إنّما يعدّ مجرد إيجاب جديد يستدعي قبوله من الموجب الأوّل، الذي أصبح بدوره موجبا له حتى يُمكن إبرام العقد المتوقّف على هذا القبول³.

II- زمان ومكان تطابق الإرادتين (زمان ومكان إبرام العقد)

لتحديد زمان ومكان إبرام العقد أهمية كبيرة من حيث النتائج التي تترتب على هذا التحديد، إذ بتحديد الزّمن يتحدّد بذلك القانون الواجب التّطبيق على العقد، وأيضا يتحدّد سريان المواعيد من وقت تمام العقد، ومثال ذلك ما نصت عليه المادتان 90/2 و 101/2 ق.م.ج فيما يتعلق بحق المطالبة بإبطال العقد⁴.

¹ فالمسائل الجوهرية هي ما يحددها الإيجاب كما رأينا الذي يشترط فيه حتى يُعدّ به أن يكون عرضا محدداً ودقيقاً، يشمل العناصر الأساسية والجوهرية للعقد التي يجب أن يكون القبول مطابقا لها، وإلا عدّ إيجاباً جديداً، إذا غيّر ولو في جزء صغير منها كأن يعرض البائع مبيعاً بمبلغ معيّن ويعلن المشتري مبلغاً آخر، عدّ ذلك إيجابا جديداً متوقفاً على قبول البائع أو رفضه.

² كأن يتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية في عقد البيع وهي الشيء المبيع والتمن، ويتركا المسائل التفصيلية كمكان تسليم المبيع وميعاده لاحقا، فإذا اتفقا عليها انتهى الأمر أما إذا لم يتفقا عليها أي اختلفا فيها تولّى القاضي تحديدها وفق طبيعة المعاملة و أحكام القانون والعرف والعدالة، وهذا ما قضت به المادة 65 ق.م.ج: "إذا اتفق الطرفان على المسائل الجوهرية في العقد و احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبرما و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون، و العرف، و العدالة"

³ علي فيلالي، المرجع السابق، النظرية العامة للعقد، ص 116.

⁴ فيما يتعلق بدعوى المطالبة بإبطال العقد بسبب عيب الاستغلال الذي نصت عليها الفقرة الثانية من نص المادة 90 و المحددة بسنة من تاريخ إبرام العقد، وأيضا دعوى إبطال العقد بسبب نقص الأهلية وسبب الغلط والتدليس والإكراه و التي تتحدد بحسب كل حالة على حدا وأقصى مدة للغلط والتدليس والإكراه هي 10 سنوات وتبقى نقص الأهلية ضمن 5 سنوات من تاريخ زوال سبب نقص الأهلية، المادة 2/101 ق.م.ج. (و سنرى ذلك لاحق ضمن هذه الدروس)

أما بتحديد مكان إبرام العقد يتحدد أيضا الاختصاص للمحاكم للفصل في النزاعات المرتبطة بالعقد.¹ ولتحديد زمان ومكان انعقاد العقد فإنه يجب التفرقة بين فرضين هما:

1-التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين:

أ/ **التعاقد بين حاضرين:** فالتعاقد بين حاضرين سواء كان الحضور حقيقيا أو حكما كما رأيناه، لا يثير أي إشكال باعتبار أن زمان إبرام العقد هو لحظة اقتران القبول بالإيجاب القائم إلى الموجب فوراً ومكانه هو المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان وقت التعاقد إذا جمعهما مجلس واحد حقيقة، أما إذا كان الحضور حكما² فإن مكان العقد هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بقبول الموجب له مباشرة، و نلاحظ هنا أن الإعلان عن القبول يتزامن مباشرة مع العلم به، فالتعاقد بين حاضرين يكون عندما يتزامن التعبير عن الإرادة مع العلم بها.³

ب/ **التعاقد بين غائبين:** أما بالنسبة للتعاقد بين غائبين، فالأمر يختلف تماما عن التعاقد بين حاضرين في كون أن عنصرا الزمان والمكان يفصلا بين المتعاقدين، إذ يقتضي الأمر زمنا فاصلا بين تعبير كل طرف عن إرادته و وصول العلم للطرف الآخر ومثاله في ذلك التعاقد عن طريق الرسائل البريدية وعن طريق إرسال مبعوث أو عن طريق البرقيات أو التلكس... إلخ. ففي هذا الشأن تعددت النظريات الفقهية واختلفت الحلول التشريعية في تحديد زمان ومكان إبرام العقد بين غائبين، سنتعرض باختصار شديد لهذه النظريات ثم نبين موقف المشرع الجزائري حيال التعاقد بين غائبين و نبين حكم فقدان أهلية أو وفاة المعبر عن إرادته .

أولا/ عرض مختصر للنظريات⁴:

* **نظرية إعلان القبول:** La théorie de la déclaration de l'acceptation و مقتضاها أن العقد يبرم بمجرد صدور القبول من الموجب له مطابقا للإيجاب، غير أنها انتقدت كون الموجب لا يعلم بقيام

¹ أنظر المادة 39 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية: في النزاعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وأجور العمال والصناع يكون الاختصاص للجهة القضائية والإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد.

² كالتعاقد عبر الهاتف أو السكايب... كما سبق الإشارة إليه التعاقد بين حاضرين حكما المادة 64 من ق م ج .

³ أنظر أكثر تفصيلا: عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام... المرجع السابق، ص 227 إلى 235

⁴ يمكن الإطلاع على مجمل هذه النظريات و بأكثر تفصيل: عبد الرزاق السنهوري مصادر الالتزام المجلد الأول، المرجع

السابق، ص 255 إلى 260 أنظر أيضا، علي فيلاي، المرجع السابق، ص 121 إلى 123 أنظر أيضا

العقد بمجرد إعلان القبول من الموجب له، و بالتالي قد يتراجع هذا الأخير أيضا عن قبوله دون علم الموجب.

*** نظرية تصدير القبول:** La théorie de l'expédition de l'acceptation ومؤداها أنّ العقد يتم في الوقت الذي يقوم فيه الموجب له بإرسال القبول فعلا، أي يبعث الرسالة أو المبعوث، كما لو وضع القابل رسالة القبول في صندوق البريد، غير أنّه عيب على هذه النظرية أنّه يمكن في هذه الحالة أيضا للموجب له أن يعدل عن قبوله قبل علم الموجب بالقبول ببعث برقية عاجلة تسبق الرسالة البريدية ويعلن فيها رفضه.

*** نظرية وصول القبول:** La théorie de la réception de l'acceptation وفقا لهذه النظرية، يتمّ العقد في الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب. و يعاب على هذه النظرية جهل المتعاقدان وقت انعقاد العقد، أي وقت وصول الرسالة، إضافة إلى إمكانية الموجب إثبات أنّه لم يعلم بالقبول وقت وصوله، بل في وقت لاحق كالاحتجاج أنّه كان مسافرا.

*** نظرية العلم بالقبول:** La théorie de l'information de l'acceptation حددت هذه النظرية انعقاد العقد بعلم الموجب بالقبول ويقتضي ذلك اطلاعه على الرسالة المتضمنة للقبول، غير أنّه عيب على هذه النظرية صعوبة إثبات وقت العلم بالقبول.

ثانيا/ موقف المشرع الجزائري (حيال زمن و مكان إبرام العقد بين غائبين): لقد حسم المشرع الجزائري موقفه من خلال نصّ المادة 67 ق م ج إذ يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تمّ في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نصّ يقضي بغير ذلك، ويفترض أنّ الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول.

فالمشرع الجزائري إذا قد اعتمد على نظرية العلم بالقبول في تحديد زمان ومكان إبرام العقد بين غائبين، واعتمد أيضا على نظرية وصول القبول كافتراض أنّ العلم بالقبول يحصل وقت وصوله¹، غير أنّ هذا الافتراض في ذاته قرينة بسيطة وليست مطلقة، إذ تقبل إثبات العكس حيث قد يُثبت الموجب مثلاً أنّ علمه بالقبول كان في وقت لاحق على وصوله باعتبار أنّه كان مسافرا ولم يطلع على بريده وهذا ما

¹ المادة 67 ق.م.ج: " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تمّ في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

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

أكدته المادة 61 ق.م.ج بعبارة " ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".¹

ثالثاً/ حكم وفاة أو فقدان أهلية المعبر عن إرادته:

تنص المادة 62 ق.م.ج أنه: " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر من اتصال التعبير بعلم من وجّه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة المعاملة".

يُفهم من هذا النص أنّ الموت أو فقدان الأهلية لا يُؤثر إذا على صحة التعبير عن الإرادة، حيث يُنتج أثره وقت علم من وجّه إليه، غير أنّ هذه القاعدة يُستبعد تطبيقها في حالة تعارضها مع طبيعة التعامل كأن يكون مثلاً الشخص المتعاقد محل اعتبار. ويتّضح لنا أنّ هذه القاعدة لا تنطبق إلاّ على القبول لأنّه في حالة ما إذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً فإنّ النص لا فائدة منه لأنّ وفاة الموجب أو فقدانه لأهليته سيمنع حتماً القبول من ترتيب آثاره، فهو لا يصل إلى علم الموجب المتوفي أو الفاقد لأهليته فهو فاقد لإدراكه وتمييزه لا يعي بهذا القبول.

فرع 4: السكوت والتعبير عن الإرادة:

لقد نصّت المادة 60 من القانون المدني على طرق التعبير عن الإرادة، و التي حددتها في كلّ من التعبير الصريح والتعبير الضمني كما رأينا، فهل يصلح في ذلك السكوت للتعبير به عن الإرادة ؟ الأصل أنّ السكوت في حدّ ذاته لا يفيد شيئاً، لذلك لا يصلح كأصل عام للتعبير عن الإرادة، استناداً للقاعدة الفقهية " لا ينسب إلى ساكت قول...".²

فالسكوت موقف سلبي محض لا يمكن التعبير به عن الإرادة، فإذا وجّه شخص لآخر إيجاباً (عرضاً) لإبرام عقد معيّن ولم يرد عليه لا بالقول و لا بالكتابة ولا بالإشارة ولا باتخاذ موقف أو أيّ فعل يفيد موافقته أو رفضه للعرض³ بل سكت، فهل يفسّر هذا السكوت على أنّه قبولاً أو على أنّه رفضاً؟.

¹ المادة 61 ق.م.ج النص كاملاً: " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

² أنظر أكثر تفصيلاً في القاعدة الفقهية "لا ينسب إلى ساكت قول و لكن السكوت في معرض الحاجة بيان" من خلال مؤلف محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر دمشق سوريا، الطبعة الأولى الجزء الأول 2006، ص160 (القاعدة التاسعة)

³ وفق طرق التعبير عن الإرادة التي رأيناها و التي نصت عليها المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

لا يمكن القول بتاتا أنّ السكوت تعبير ضمني عن الإرادة، إذ أن الإرادة الضمنية تُستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها، كما رأيناها سابقاً أمّا السكوت فهو العدم.

فالقاعدة أنّ السكوت لا يصلح تعبيراً عن الإرادة، لكن قد يلعب السكوت أحياناً دوراً في قيام التصرفات القانونية كاستثناء عن الأصل. كيف ذلك؟

بطبيعة الحال و من المنطقي أنّه لا يمكن أن يمثل السكوت إيجاباً الذي يشترط فيه أن يكون عرضاً محدداً دقيقاً وجازماً لإبرام عقد معيّن، غير أنّه يمكن أن يُعتبر السكوت في الرد قبولاً و هذا ما تضمنته الشرط الثاني من القاعدة الفقهية "لا ينسب إلى ساكت قول" التي تستتبع بعبارة " لكن السكوت في معرض الحجة بيان".¹

فالسكوت وحده لا يصلح للتعبير عن الإرادة إلاّ إذا اقترنت به ظروف معيّنة يمكن أن يستخلص منها اتجاه الإرادة إلى القبول وفق شروط وحالات محددة و ذلك بما يسمى بالسكوت الملابس و هذا ما قضت به المادة 68 ق م ج على أنه : " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أنّ الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

ويعتبر السكوت في الرد قبولاً إذا اتّصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجّه إليه ".²

طبقاً لهذا النصّ يمكن تعريف السكوت الملابس على أنّه: " اقتران السكوت بظروف وملابسات ترجّح على أنّه قبول للإيجاب" ودون شك فإن قاض الموضوع هو الذي يستخلص ذلك من الظروف والعوامل والملابسات المحيطة بالسكوت. فيعتبر السكوت قبولاً في الحالات التالية على سبيل المثال:

1- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك يقتضي اعتبار السكوت متضمناً للقبول، ولم يصدر من الموجب له الرّفص في وقت مناسب، كما لو أرسل تاجر بضاعة إلى مشتري تعود إرسالها وأضاف له شروطاً جديدة في كشف الحسابات، فسكت هذا الأخير ولم يرفضها في وقت مناسب، كالبنيك أو البريد اللذان لديهما نسب متغيّرة ومتباينة في رسوم الخدمة المقدمة، فسكوت المتعامل معهما يعني قبوله قيمة الرّسم. فبطبيعة المعاملة اعتبر فيها السكوت قبولاً.²

¹ محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، المرجع السابق، القاعدة التاسعة، ص 160 و ما يليها

² علي فيلاي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص- ص116 إلى 118.

2- إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدان: فالتعامل السابق يعني معرفة كل من المتعاقدين للآخر مع سبق تعاملها، كتاجر الجملة الذي اعتاد إرسال البضاعة إلى تاجر التجزئة كل بداية الشهر دون أن ينتظر منه ردًا، إذ يعتبر سكوت تاجر التجزئة قبولاً للبضاعة.

3- إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه: ويتجسد ذلك في عدة صور وأمثلة، كسكوت المدين عندما يعرض عليه الدائن تخفيض الدين. ويبقى كل ذلك مرتبطاً بالسلطة التقديرية للقاضي حيث أن⁽¹⁾ المادة 68 غير واضحة وغير دقيقة، إذ أن المشرع من خلالها لم يحدد ما هي المعاملات والظروف التي تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول، ولم تحدد أيضاً المدة الكافية للرد سواء بالرفض أو بالقبول هذا من جهة ومن جهة أخرى لم تُحدد كيفية تقدير الإيجاب النافع لمصلحة المعروض عليه الموجب له، فهذا كله يُفسر على أن للقاضي في ذلك سلطة تقديرية واسعة، فالقبول هنا مجرد افتراض لا يستند إلى وجود الإرادة القطعية، وإنما يستند إلى ظروف العقد، فالمادة 68 ذكرت بعض الحالات على سبيل المثال بعبارتها: " .. أو غير ذلك من الظروف ... " وهذا يعني أنه يمكن أن تكون هناك ظروف أخرى يتولى القاضي تقديرها.

فرع 5: صور خاصة للتراضي كركن أساسي في العقود

لقد أوضحنا فيما سبق أنه لا وجود للعقد بدون ركن التراضي، إذ تمثل إرادة المتعاقدان عنصراً أساسياً فيه، وفي شأن ذلك سنتناول هنا، بعض الصور الخاصة للتراضي وذلك لأهميتها العملية، لذا سوف نتطرق للوعد بالتعاقد وللتعاقد بالعربون قد يقوم الشخص بإبرام عقد ولكن باسم ولحساب شخص آخر استناداً إلى فكرة النيابة في التعاقد كما سنعالج مسألة شهدت واسعا في الآونة الأخيرة و هي التعاقد الالكتروني .

أولاً/ الوعد بالتعاقد La promesse de contrat

قد يكون بعض الأسباب والعوامل القانونية أو المادية أو الاقتصادية أو الاجتماعية تمنع أو تحول من تمكين المعنيين من إبرام عقد في الوقت الحاضر، كأن يرغب مستأجر شراء بيت يستأجره، إلا أنه لا يملك ثمنه حالياً، أو كمن يريد بيع منزلاً له اشتراه ولم يسدد ثمنه بعد أو لا يمكن له بيعه إلا بعد انقضاء مدة معينة، هؤلاء يلجؤون إلى ما يسمى بالوعد بالتعاقد الذي نصت عليه المادة 71 ق م ج على أن:

(1) انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 60 و 61.

" الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عُيِّت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. وإذا اشترط القانون لتمام العقد، استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد. "

أ/ الطبيعة القانونية للوعد بالتعاقد و أطرافه:

فالوعد بالتعاقد حسب هذا النص، هو عقد يمهّد لإبرام عقد آخر هو العقد الموعود به، فقد يكون الوعد بالتعاقد ملزم لجانب واحد، فيعد أحد الطرفين وهو الواعد، الطرف الآخر بإبرام العقد دون أن يعد هذا الأخير أي الموعود له بإبرامه.

وقد يكون الوعد بالتعاقد ملزم لجانبين فيكون كلا منهما واعدًا وموعودًا له والآخر أيضا واعدًا وموعودًا له. و هذا ما تضمنه النص أعلاه بعبارة " ...كلا المتعاقدين أو أحدهما... "

ب/ شروط الوعد بالتعاقد: لقد تضمّنت المادة 71 ق م ج شروطاً لكي يُرتّب الوعد بالتعاقد آثاره القانونية تمثلت فيما يلي:

- وجوب تحديد جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه.
 - وجوب تحديد الميعاد أو المدة التي يجب من خلالها إبرام العقد المراد إبرامه.
 - وجوب إفراغ الوعد بالتعاقد في نفس الشكل المطلوب للعقد المراد إبرامه مستقبلاً.
- فإذا كان العقد الموعود به عقدا شكليا يشترط فيه الرّسمية كبيع العقار أو رهنه رهنا رسميا يجب أن يتضمن هذا الشكل الرّسمي أيضا الوعد ببيع العقار أو الوعد برهنه رهنا رسميا.

فالوعد بالتعاقد هو عقد كامل، ولكنه عقد تمهيدي لا عقد نهائي، فالإيجاب والقبول قد انصبا على مجرد الوعد بالتعاقد النهائي فهو خطوة نحو العقد النهائي.¹ لذلك الوعد بالبيع مثلا ليس بيعًا فلا يلتزم الواعد بنقل ملكية المبيع أو بتسليمه فهذه الالتزامات لا تترتب إلاّ عندما ينعقد عقد البيع الموعود به، ويقابل ذلك أنه ليس للموعود له أي حق عيني على الشيء الموعود ببيعه.

ج) آثاره: إذا توافرت الشروط العامة للعقد والشروط الخاصة بالسالفة الذكر، فإنّ الوعد بالتعاقد يرتّب آثاره القانونية حيث ينشأ على قيامه التزام في ذمة الواعد، وحق شخصي للموعود له، و الالتزام الذي يترتب في

¹ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام نظرية العقد، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 268.

ذمة الواعد هو التزام بعمل، يتمثل في إبرام العقد الموعود به مع الواعد له إذا ما أظهر رغبته بالتعاقد، أو إذا حلّ الأجل المتفق عليه في الوعد بالتعاقد. ويترتب على تمسك الموعود له بالوعد بالتعاقد في المدة المتفق عليها انعقاد العقد المراد إبرامه دون حاجة إلى تراضي جديد للطرفين، ويستوي في ذلك أن يكون الوعد بالتعاقد ملزم لجانب واحد أو للجانبين، وهذا ما قضت به المادة 72 ق م ج حيث يمكن للموعود له في حالة عدم تنفيذ الواعد لوعده بمطالبة تنفيذ هذا الوعد، وإذا اقتضى الأمر يمكن مقاضاته ويعتبر بذلك الحكم القضائي مقام العقد المراد إبرامه.¹

ثانيا/ التعاقد بالعربون: Contracter avec les arrhes

قبل تعديل و تنمة القانون المدني بموجب القانون 10/05 كان العربون متداولاً في المعاملات لكن بحكم العرف فقط، غير أنّ المشرع الجزائري وبموجب هذا التعديل تدارك الأمر و استحدث المادة 72 مكرر تناول فيه فكرة التعاقد بالعربون، إذ يقضي النص بأنه: " يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك: فإذا عدل من دفع العربون فقدّه.

وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر "

يتضح من هذا النص أنّه لم يعرف العربون، فهو: "مبلغ من المال أو أي شيء آخر ذا قيمة مالية يمنحه أحد المتعاقدان إلى الآخر وقت إبرام العقد"² وإذا لم يتفق المتعاقدان على أنّه جزء من مبلغ المعاملة أي أنّه تأكيد تنفيذ العقد فإنّه يعدّ مجرد استعمال حق العدول عن العقد، فإذا لم يعدل أحد منهما عن العقد في خلال المدة التي يجوز له فيها العدول أصبح العقد باتاً واعتبر العربون تنفيذاً جزئياً للعقد ووجب استكمال تنفيذه. أمّا إذا عدل أحد المتعاقدان عنه في المدة المتفق عليها وجب فقد أو رد ضعفه بحسب من عدل عنه، فإذا عدل عنه الذي منحه، فقد خسره أمّا إذا عدل من تلقاه، فهو ملزم بردّ ضعفه حتى وإن لم يترتب عن هذا العدول أي ضرر و هذا ما قضت به المادة أعلاه.

¹ المادة 72 ق م ج: " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام الوعد "

² السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 223.

رغم اعتبار بعض القوانين أن العربون يشكل البث في قيام العقد وفي تنفيذه¹ إلا أنه بسكوت المتعاقدان عن تحديد الغرض من العربون فإنه يفيد بمقتضى المادة 72 مكرر مدني حق للعدول عن العقد لأنّ فقد العربون هنا، ليس تعويض ولكنه مقابل لاستعمال حقّ العدول.²

ثالثا/ النيابة في التعاقد: La représentation contractuelle

الأصل في التعاقد، هو إبرام الشخص المتعاقد العقد بنفسه ولحسابه لكن استثناءا قد يبرم الشخص العقد بواسطة شخص آخر ينوب عنه بما يسمى بالتعاقد بطريق النيابة.

فالنيابة التعاقدية هي حلول إرادة شخص معين يسمى النائب محلّ إرادة شخص آخر يسمى الأصيل، مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو.³

فالنيابة التعاقدية تقتضي وجود شخصين ينوب أحدهما ويسمى النائب أو الوكيل عن شخص آخر ويسمى الأصيل أو الموكل في إبرام العقد مع شخص ثالث هو المتعاقد معه، فخصوصية التعاقد بالنيابة تتمثل في كون أنّ هناك إرادة المتعاقد الأول من جهة ومن جهة أخرى إرادتان، إرادة النائب والأصيل، فإرادة النائب تلتزم بإنشاء العقد، أمّا إرادة الأصيل تنصرف إليها آثار هذا العقد، مما يترتب عنه من حقوق وواجبات.⁴

وقد عالج المشرّع الجزائري مسألة النيابة التعاقدية في القانون المدني من خلال المواد 73 إلى 77.

أ/ أنواع النيابة:

فالنيابة من حيث مصدرها ثلاثة أنواع:

النيابة الاتفاقية: وهي التي يستمد فيها النائب نيابته بموجب عقد الوكالة، يبرمه مع الأصيل ويتضمن هذا العقد حدود الوكالة، يتعامل بموجبها الوكيل باسم ولحساب الموكل، وقد تناول القانون المدني عقد

¹ قد يكون الغرض من العربون اعتباره جزءا من الثمن أو الأجرة وقد يكون الغرض منه لاستعمال حق العدول، فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول أما الجرمانية فتأخذ بدلالة البثّ في العقد. أنظر في هذا الشأن عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 277.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 91.

³ عبد القادر الفار، مراجعة تدقيق و تنقيح بشار عدنان ملكاوي، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، الطبعة الثانية 2016، ص 59.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 202

الوكالة في الفصل الثاني من الباب التاسع المتضمن العقود الواردة على العمل في مواده 571 إلى 589 ق.م.ج.¹

النيابة القانونية: وهي التي يكون مصدرها القانون، فهو وحده الذي يعين النائب و الأصيل، ويحدّد صلاحيات النائب، وتتعلّق النيابة القانونية بالولاية *la tutelle*² والوصاية *la tutelle testamentaire*³ على فاقد الأهلية وناقصها.⁴ إذ أنّ النيابة المقصودة هنا هي من غير إذن الأصيل، فهي لا تمثّل إرادة الأصيل و إنّما تُعوّضها.⁵

النيابة القضائية: وتسمى أيضا النيابة القانونية القضائية، إذ قد يكفي القانون أحيانا بغرض النيابة تاركا مهمة تعيين النائب للقاضي كأن يتعلّق الأمر بالمقدم *le curateur* الذي تعينه المحكمة في حالة عدم وجود وليّ أو وصيّ على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها.⁶

ب/ شروط النيابة التعاقدية:

لقد حددت المادتان 73 و74 من القانون المدني في مضمونها شروطاً لتحقق النيابة وهي:

الشرط 1: حلول إرادة النائب محلّ إرادة الأصيل: فبمقتضى المادة 73 ق.م.ج فإنّه يجب الاعتداد بإرادة النائب لذلك يجب أن يكون ذا أهلية كاملة، وأن يخلو رضاه من عيوب الإرادة، فالنائب ليس رسولا إذ ينحصر دور هذا الأخير في نقل إرادة المتعاقد كما هي بينما النائب فهو يعبّر عن إرادته فله حرية تقدير الأمور.⁷

¹ المادة 571 في تعريفها للوكالة: " الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"

و قد سقطت فقرة من النص بالعربي و هي مذكورة في النص بالفرنسي و هي بترجمتها كالاتي: "لا يقيم العقد أو لا يؤسس إلا بقبول الوكيل"

« Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à un autre, le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.

Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. »

² يمكنك الإطلاع على أحكام الولاية ضمن المواد 81 إلى 91 من قانون الأسرة الجزائري

³ يمكنك الإطلاع أيضا على أحكام الوصاية ضمن المواد 92 إلى 98 من قانون الأسرة الجزائري

⁴ كما رأينا ذلك سابقا في أحكام الأهلية القانونية .

⁵ يمكن الإطلاع على أحكام النيابة القانونية بأكثر تفصيل لدى مؤلف: خالد بوشمة، نظرية النيابة الشرعية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي- ، منشورات بغدادي للطباعة و النشر، الجزائر، 2009، ص15 و غيرها من المرجع.

⁶ أحكام التقديم ضمن المادتين 99 و 100 من ق.أ. ج

⁷ المادة 73 ق م ج 3 إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضاء أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتما..."

شرط 2: عدم تجاوز النائب لحدود نيابته: على النائب أن يتصرّف في حدود نيابته، وتلك الحدود يبيّنها الاتفاق أو القانون কিفما كانت النّيابة قانونية أو اتفاقية أو قضائية، غير أنّ لهذه الحدود استثناءات حماية للغير حسّي النّيّة، فقد يُنتج التّصرّف أثره حتى و إن كان خارج حدود النّيابة كحالة ما إذا كان النّائب ومن يتعاقد معه يجهلان معا وقت إبرام العقد بانقضاء النّيابة.¹

شرط 3: أن يكون التّصرف باسم و لحساب الأصيل: تقتضي النّيابة أن يباشر النّائب عملية التّعاقد باسم الأصيل حتى تتصرف آثار التّصرف القانوني إليه، كما نصت عليه المادة 74 مكرر ق.م.ج:

" إذا أبرم النّائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل ". وما دام أنّ النّائب لا يتعاقد باسمه فلا بد له أن يعلم المتعاقد الآخر بذلك وهذا ما أشارت إليه المادة 75 ق.م.ج إلاّ إذا كان من المفروض حتما على من تعاقد معه النّائب يعلم بوجود النّيابة أو كان يستوي لديه أن يتعامل مع الأصيل أو النّائب وذلك في الحالات التي لا تكون لشخص المتعاقد أهميّة في العقد.²

ج/ آثار النّيابة التعاقدية

إذا أبرم العقد بطريق النّيابة، فإنّ آثاره حقوقا أو التزامات تتصرف إلى الأصيل ومن تعاقد معه، فينتهي دور النّائب بإبرام العقد، حيث يصبح الأصيل طرفاً في العقد مع المتعاقد الذي تعاقد مع النّائب، وعليه يجوز للأصيل أن يطالب المتعاقد الآخر بكلّ ما يرتبته العقد من آثار، كما يستطيع هذا المتعاقد بالمقابل مطالبة الأصيل بكلّ ما يرتبط بالعقد غير أنّه لا يحقّ للنّائب أن يطالب أيّ منهما بأيّ حقّ من حقوق يتضمّنهما العقد لحسابه هو، بل كل ما تحصّل عليه بموجب العقد ينصرف لحساب الأصيل. و هذا ما أقرّته المادة 74 ق.م.ج.³

¹ المادة 76 ق م ج "إذا كان النائب و من تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النّيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه"

² المادة 75 ق م ج 3 إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائب، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النّيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النّائب"

³ و هذا ما تضمنه تحديدا الشرط الثالث المذكور أعلاه " أن يكون التّصرف باسم ولحساب الأصيل "

د/ حكم تعاقد النائب مع نفسه في القانون المدني الجزائري

تعاقد الشخص مع نفسه قضت به المادة 77 ق.م.ج: " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أن يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة".

فالنائب الذي يتعاقد لحساب نفسه دون علم الأصيل أو ترخيص منه، يكون قد ارتكب غشاً وهذا يتعارض مع مصلحة الأصيل التي تتمثل في أن يتم العقد كالبيع مثلاً في أحسن ثمن في حين مصلحة النائب تتمثل في الشراء بأقل ثمن، لأن مصالح المتعاقدين متضاربة، وعلى هذا لا يجوز أن يشتري من وُكِّل بالبيع، الشيء لنفسه أو لشخص آخر وكله بشرائه. إلا أنه يمكن للأصيل أن يُقرّ العقد ويجيزه فيصبح نافذاً في حقّه، وقد استتنت المادة 77 المذكورة أعلاه الحالات التي ينص عليها القانون أو تلك التي تقتضيها قواعد التجارة.¹

رابعاً/ التعاقد الإلكتروني:

كيف يتم التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني؟ و هذا هو الذي يهمننا من خلال دراسة هذا العقد ضمن هذه القواعد العامة .

1- تعريف العقد الإلكتروني: في ظل غياب تعريف للعقد الإلكتروني ضمن نصوص القواعد العامة للقانون المدني الجزائري، سنرجع في ذلك للنصوص الخاصة و تحديدا لنص المادة 6 من قانون التجارة الإلكترونية² الذي يقض بأن العقد الإلكتروني هو: "العقد بمفهوم القانون رقم 02/04...³ الذي يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التجارية، و يتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللجوء حصرياً لتقنية الاتصال الإلكتروني".

و هذا التعريف يتماشى مع مختلف التعاريف سواء في القوانين المقارنة أو لدى الفقه، كون أنه عقد يتم عن بعد بواسطة وسيلة إلكترونية، فقد عرّفه الفقه أيضاً على أنه "العقد الذي يتم انعقاده بواسطة

¹ أنظر عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 64 وانظر أيضاً، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص45

² قانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 مايو سنة 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28 المؤرخة في 16 مايو 2018

³ قانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 المؤرخة في 27 يونيو

إلكترونية وتتمثل هذه الوسيلة الإلكترونية في كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترو مغناطيسية أو أي وسيلة مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين عن بعد.¹

فالعقد الإلكتروني مبرم بوسيلة إلكترونية²، فالوسيلة التي يتم بها إبرام هذا العقد هي التي تكسبه هذه الصفة باعتباره إلكترونيا، و الوسائل الإلكترونية في ذلك متعددة منها:

- Minitel المينتال، وهو جهاز قريب بجهاز الكمبيوتر لكنّه صغير الحجم نسبيا، يُنقل الكتابة دون الصورة ويجب إيصاله بجهاز الهاتف.

- التيليكس: هو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها، و لا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها، فهو جهاز لا سلكي.

- الفاكس: هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكنه نقل رسائل ومستندات مكتوبة باليد أو مطبوعة نقلا مطابقًا لأصلها.

- شبكة الأنترنت: (أو ما يعرف بالشبكة العنكبوتية)، وتُعرف الأنترنت بأنها شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتّصلة فيما بينها بواسطة خطوط الاتصال عبر العالم³

إضافة إلى الوسيلة المستعملة كخاصية للعقد الإلكتروني فإنّ خاصية التعاقد عن بعد à distance أيضا ميزة يتميز بها العقد الإلكتروني، إذ لا يمكن أن يجتمع من خلاله المتعاقدان في مكان واحد حقيقة، أي أنّ مسألة الحضور الحقيقي لمجلس العقد الحقيقي مستبعدة تماما، غير أنّه يمكن أن يجمع المتعاقدان إلكترونيا حضورا حكما، كالتعاقد عبر المحادثة والمشاهدة الإلكترونية، لذا سنتطرق إلى مسألة الإيجاب

¹ ماجد محمد سليمان أبو الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد ناشرون، الطبعة الأولى، 2009، السعودية، ص .

² و قد ورد في القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية عبارة " عن طريق الاتصالات الإلكترونية " بالمفهوم الواسع دون تحديد لوسيلة معينة للاتصال الإلكتروني

³ ذكر البعض من هذه الوسائل على سبيل المثال لا الحصر باعتبار أنّ هناك وسائل أخرى كجهاز " البيجر pager " (جهاز صغير الحجم أصغر من الراديو وأكبر من علبة الكبريت وهو مخصص لأغراض الاستدعاء والتتبع وغالبا ما يستخدمه الأطباء ومهندسي الصيانة. وهناك أيضا جهاز الهاتف المرئي للجيل الجديد...

أنظر "اتصال عن بعد" على الرابط: <https://www.marefa.org>

أنظر أيضا « Transmissions : histoire des moyens de communication à distance » على الرابط:

[https://www.eyrolles.com/Sciences/Livre/transmissions-histoire-des-moyens-de-communication-](https://www.eyrolles.com/Sciences/Livre/transmissions-histoire-des-moyens-de-communication-a-distance-9782950525574/)

[a-distance-9782950525574/](https://www.eyrolles.com/Sciences/Livre/transmissions-histoire-des-moyens-de-communication-a-distance-9782950525574/) تاريخ الإطلاع 15 سبتمبر 2019 على الساعة 18:30

والقبول الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت والتي تشهد عدّة صور يتمّ من خلالها تبادل هذا الإيجاب والقبول الإلكتروني.¹

ولعل أول مشروعية في القواعد العامة للعقد الإلكتروني تُستمد من خلال نص المادة 64 ق.م.ج وبالتحديد من خلال عبارة " بطريق الهاتف أو أيّ طريق مماثل ". فهذا يوحي إلى أنّ المشرّع الجزائري فتح المجال واسعاً للتعاقد بواسطة وسائل شبيهة بالهاتف كالأنترنت مثلاً.² و عند تعديل المشرّع الجزائري للقانون المدني في سنة 2005³، فقد استحدث نص المادة 323 مكرر، و الذي يقضي بإمكانية الاعتداد بالشكل الإلكتروني للإثبات وقد نصّ على التوقيع الإلكتروني ضمن المادة 327/2 من نفس القانون، وقد استتبع ذلك بإصداره للقانون 04-15 المؤرخ في أول فبراير 2015 الذي يُحدّد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين⁴. واستمر الوضع إلى غاية سنة 2018 أين صدر قانون التجارة الإلكترونية و هو القانون 05/18⁵، إلّا أنّ تكوين العقد الإلكتروني فيما يتعلّق بركن التراضي فهو لا يزال يخضع في ذلك للقواعد العامة في تكوين العقد، التي تحكم العقد التقليدي فيما يتعلّق بالتعبير عن الإرادة لذا سنوضح ذلك من خلال صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني عبر الأنترنت و هي الوسيلة التي شهدت تزايداً ملحوظاً و انتشاراً واسعاً في عمليات التعاقد عن بعد في الآونة الأخيرة.

2- صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني عبر الأنترنت⁶

لقد ظهرت الأنترنت في أواخر الستينات، لكن لم يكن الهدف منها هو تبسيط عمليات التعاقد بين الأفراد بقدر ما كان لأهداف عسكرية، غير أنّه قد شهدت في بداية التسعينات استخدامات كثيرة في المجالات التعليمية والتعاقدية، و أهم شيء يُذكر حيال التفاعل الإلكتروني عبر الأنترنت، هو أنّ المواقع

¹ علاء محمد الفراعير، العقود الإلكترونية، التراضي- التعبير عن الإرادة دراسة مقارنة. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط الأولى 2014، ص 67.

² المادة 64 ق.م.ج: " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإنّ القبول موجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأيّ طريق مماثل " .

³ قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدّل للقانون المدني.

⁴ القانون 04/15 المؤرخ في أول فبراير سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر عدد 6 المؤرخة في 10 فبراير سنة 2015.

⁵ قانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 مايو سنة 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28 المؤرخة في 16 مايو 2018

⁶ و دراسة العقد الإلكتروني هنا لن تكون مستفيضة بل سأربطها بتكوين العقد إذ سنركّز في هذه المادة على مصادر الالتزام "العقد" و على كيفية التعبير عن الإرادة بواسطة وسيلة الأنترنت.

الإلكترونية يسهر على تسييرها مُتخصّصوا الكمبيوتر والأنترنترنت¹ The web Master وذلك لتقادي الوقوع في النَّصب والاحتيال، باعتبار أنّ عقود الأنترنترنت تتم عند بعد لا يتلاقى فيها المتعاقدان في مكان واحد.

ويتم التّعبير عن الإرادة إيجاباً أو قبولاً بواسطة الأنترنترنت من خلال ثلاثة أشكال أو صور.

الصورة الأولى: التراضي عبر البريد الإلكتروني: (E.Mail)

يمكن لمستخدم الأنترنترنت أن يعبر، عن إيجابه بإرساله رسالة معلومات عبر خدمة البريد الإلكتروني (E.Mail)، متضمنة إيجاباً لشخص محدّد أو لفئة معيّنة بالتحديد، دون أن يكون للجمهور الواسع بمفهومه الواسع، إذ لا يعتبر بذلك إيجاباً بل مجرد دعوة للتعاقد، حيث يجب أن تكون الرسالة الإلكترونية تخصّ شخصاً محدّداً، يعرضّ عليه الموجب سلعة أو خدمة ما، بحيث يشاهد هذا الأخير الإيجاب عندما يقوم بالاطّلاع على بريده الإلكتروني، ولكي يُعتبر هذا العرض إيجاباً يجب أن يتسم بالوضوح و أن يكون شأنه شأن الإيجاب التقليدي محدّداً دقيقاً وجازماً، ويكون القبول هنا بواسطة البريد الإلكتروني شأنه شأن القبول التقليدي أيضاً حيث يجب أن يصدر مطابقاً للإيجاب وهو قائم.²

ويشبه التّعبير عن الإرادة بواسطة البريد الإلكتروني إلى حدّ كبير التّعاقد عبر البريد العادي، إذ أنّ كلاهما يتضمّن عنواناً محدّداً، وأنّ كلاهما يمكن أن يضيع قبل أن يصل إلى العنوان المطلوب، وكليهما يستعين بطرف ثالث يكون وسيطاً لإيصال الرسالة، فالرسالة العادية تُعهد لهيئة البريد أما البريد الإلكتروني فيُعهد لمُقدّم الخدمة أو صاحب الخدمة الوسيطة مثل (ياهو yahoo) أو (هوت.مايل Hot.mail) أو (جي.مايل G.mail)، وتظهر أهمّ خصوصية تُميّز بين البريدين هي المدّة التي يستغرقها كلّ منهما، فالبريد العادي قد يأخذ أياماً أو شهوراً، بينما البريد الإلكتروني يحتاج إلى دقائق إن لم نقل بعض الثواني فقط.

- فالتعاقد بواسطة البريد الإلكتروني يُعدّ تعاقدًا بين غائبين، وبالتالي تحكمه القواعد التّقليدية فيما يتعلق بالزامية الإيجاب وسقوطه، وأيضاً فيما يتعلّق بزمان ومكان قيام العقد، إذ يعتبر العقد هنا قد نشأ بعلم الموجب بالقبول و العلم يتحدّد بوصوله كما أوضحتها المادة 61 ق.م.ج.

¹ The web masters: أو Administrateurs وهم الأشخاص القائمين على تنظيم ومراقبة وتسيير المواقع الإلكترونية والحقول الإلكترونية أي هم الأشخاص الذي يقومون بإدارة المواقع الإلكترونية التي يتم من خلالها الاتصال والبحث والتواصل عبر شبكة الأنترنترنت أنظر الرابطة: <http://www.commentcamarche.net/contents/691-webmaster-administrateur-de-site-web>

consulté le 20 october 2019 à 23 :00

² محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الأنترنترنت دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط الثانية 2011، ص 15 و ما يليها.

الصورة الثانية: التراضي عبر المواقع الإلكترونية (Website) (Pages Web)

تقترب مواقع الأنترنت في عروضها على الواجهات الإلكترونية إلى حدّ كبير من عرض السلع والخدمات في المجالات التجارية العادية، وما يميّز الإيجاب هنا هو كونه موجّه للجمهور ونجده غالباً محدّد بتحفّظ نفاذ الكمية أو معلق على أجل معين ليصدر القبول خلاله، وقد يكون العرض يتضمن عبارة "بلا التزام" وفي هذا الفرض يفهم أنّ العرض ما هو إلا دعوة للتعاقد وليس إيجاباً، لذا فاستجابة مرتاد الموقع (L'internaute) تعتبر إيجاباً تجاه صاحب الدعوة للتعاقد، ولا ينشأ العقد إلا بقبول هذا الأخير عن طريق الرسالة الإلكترونية أو بواسطة النقر على أيقونة الموافقة.

فردّ الموجب له عبر المواقع الإلكترونية قد يتمّ عن طريق النقر على أيقونة الموافقة أو الرّفص icône d'acceptation ou de refus فعادة ما يخصّص لهذا القيد أيقونات (Print and Click) يُترك مجال لطبع كلمة أرفض أو أوافق في المكان المخصص لذلك، وهنا يوجد ثلاث فرضيات يتحدّد من خلالها وقت نشوء العقد:

الفرضية 1: إذا كان البرنامج لا يسمح بانعقاد العقد إلا إذا تمّ التأكيد على القبول، فإنّ صدور القبول الأول لا يُرتّب أيّ أثر قانوني بل يُشترط لقيام العقد التأكيد على القبول.

الفرضية 2: أن يسمح البرنامج بانعقاد العقد دون أن يردّ فيه التأكيد إطلاقاً، فهنا ينشأ العقد بمجرد النقر على أيقونة القبول.

الفرضية 3: وقد يتضمّن البرنامج ضرورة التأكيد، ولكنّه لا يمنع من قيام العقد بمجرد النقر على أيقونة الموافقة، وهنا يُعتبر مجرد النقر قرينة على قيام العقد غير، أنها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها إذ يثبت مثلاً أن اللّمس قد صدرت سهواً.¹

الصورة الثالثة: التراضي عبر المحادثة والمشاهدة الإلكترونية (Chatting)

يمكن أن يشبه إلى حدّ كبير التّعاقد في هذه الصّورة التّعاقد عبر الهاتف التي نصّت عليها المادة 64 ق.م.ج في فقرتها الأولى السالف ذكرها، فإذا ما قورنت هذه الطّريقة، أي التّعبير عن الإرادة إيجاباً كان أو قبولاً عن طريق المحادثة والمشاهدة الإلكترونية مع التّعبير عن الإرادة إيجاباً أو قبولاً عبر الهاتف لوجدنا أنّ التّعبير عن الإرادة يتزامن مع العلم بها، فهو تعاقد بين حاضرين حكماً، يجمع المتعاقدان

¹ أنظر أكثر تفصيلاً: محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، ط الثالثة 2017، ص 84 و ما يليها

الزّمان دون المكانن باعتبار أنّه من خصائص التّعاقد عبر الأنترنت أنّها عقود تتمّ عن بعد، وبما أنّ التّعاقد عبر المحادثة و المشاهدة الإلكترونيّة هو تعاقد بين حاضرين حكما، فإنّ العقد ينشأ بمجرد صدور القبول من طرف الموجب له، إذ يعلم به مباشرة و في الوقت نفسه الموجب.¹

3- مدى إمكانية إبرام العقد الإلكتروني في الجزائر:

لقد أكد القانون 05/18 المتعلّق بالتّجارة الإلكترونيّة على مشروعية التّعاقد الإلكتروني، إلا أنّ هذه الوسيلة التّعاقدية قد لا تصلح لإبرام كافة العقود، فقد رأينا في تقسيمات العقود، أنّ هناك العقود الرضائية و العقود الشكلية و العقود العينية، فإذا كانت هناك إمكانية إبرام العقود الإلكترونيّة الرضائية التي تعتمد لانعقادها على مجرد تطابق القبول مع الإيجاب أي يشترط فيها ركن التّراضي، فماذا عن العقود الشّكلية التي يشترط فيها القانون شكلا معينا لانعقادها كالعقود الرّسمية² وأيضا العقود العينية التي يشترط فيها القانون بالإضافة إلى التّراضي، التسليم كعقد الوديعة.³

فهل يصلح أن تكون هذه العقود الشّكلية والعينية إلكترونية في ظل غياب النّصوص الخاصّة بها؟.

إن الشّكلية كركن لانعقاد إذا تخلّفت تجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا⁴، شأنه شأن العقود العينية التي لا تتعقد إلا بتسليم العين محل العقد، فالوديعة مثلا عقد يسلم بمقتضاها المودع شيئا منقولاً إلى المودع لديه، على أن يُحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا. فهذه العقود لها خصوصية تختلف عن العقود الرّضائية في كون أنّها لا تكفي بالتّراضي لانعقادها. و إن كان المشرّع قد أشار في المادة 323 مكرر 1 إلى الاعتماد بالشّكل الإلكتروني و اعتباره كالشّكل التّقليدي، فما هو أكيد أنّه يقصد به الشّكل الإلكتروني للإثبات و ليس لانعقاد، وقد اشترط في هذا الإثبات بالشّكل الإلكتروني إمكانية التّأكد من هوية الشّخص الذي أصدر الكتابة الإلكترونيّة، و أن تكون معدّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها. وفي ذلك الشأن أصدر القانون 04/15 المؤرّخ في أول فبراير 2015، ينظّم ويحدّد القواعد المتعلّقة بالتّوقيع والتّصديق الإلكترونيين⁵. وأنّ التّسليم في العقود العينية غير ممكن أن يتزامن مع انعقاد العقد باعتبار أنّ هذه العقود

¹ أنظر أكثر تفصيلا: عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه

تخصص قانون، جامعة مولود معمري ببتيزي وزو، نوقشت بتاريخ 16 جوان 2014، ص126 إلى 128

² المادة 324 و 324 مكرر

³ المادة 590 و 591 ق.م.ج

⁴ سيتم التّطرّق لاحقا و باستيفاض إلى الشّكلية كركن من أركان العقد.

⁵ القانون 04/15 المؤرّخ في أول فبراير سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتّوقيع والتّصديق الإلكترونيين، ج ر عدد 6

المؤرّخة في 10 فبراير سنة 2015.

تتم عن بعد، فلا يقصد بالتسليم ما يتعلّق بتنفيذ العقد كعقد البيع إذ يمكن أن يكون لاحقاً على إبرامه و لا يعدّ من المسائل الجوهرية بينما التسليم في العقود العينية يُشترط لإبرام العقد، وفي هذه العقود يُعد الأمر غير ممكن إذ يُعتبر التسليم ركناً من أركان العقد، فهذه الإشكالات أو القيود التي يفرضها القانون ضمن القواعد العامة ستحد من إبرام العقود الإلكترونية، و هذا ما أكد عليه القانون 05/18 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية¹ ضمن نص المادة 03 منه على أنّه: "تمارس التّجارة الإلكترونيّة في إطار التّشريع و التّنظيم المعمول بهما.

غير أنه تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بما يأتي:

....- كل سلعة أو خدمة تستوجب عقد رسمي".

المطلب 2: صحة التراضي: La validité du contrat

عند إبرام العقد يجب أن يكون التراضي صحيحاً صادراً من ذي أهلية، لا يعيب إرادته عيب من عيوب الإرادة التي تناولها المشرّع الجزائري في القانون المدني من المادة 81 إلى المادة 90. والمتمثلة في الغلط، التدليس، الإكراه، والاستغلال.

أمّا بالنسبة للأهلية فقد رأينا أنّنا أحكامها، فإنّ العبرة في صحة التراضي هي حالات ناقصي الأهلية أي الصّبي المميّز وذي الغفلة والسّفية فهؤلاء رضائهم موجود ولكن يعدّ غير صحيح بالنسبة لتصرفاتهم الدائرة بين النفع والضرر القابلة للإبطال. أمّا فاقد الأهلية فإنّ هؤلاء وهم الصّبي غير المميّز والمجنون والمعتوه فإنّ إرادتهم غير موجودة في نظر القانون وبالتالي لا تتعلق بصحة التراضي وإنّما بوجوده لذلك فإنّ عقود فاقد الأهلية باطلة بطلاناً مطلقاً.

فالعقود المشوبة بعيب من عيوب الإرادة كالغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال شأنها شأن العقود التي يبرمها ناقصي الأهلية الدائرة بين النفع والضرر فهي قابلة للإبطال أي بطلانها نسبي.² و عليه سنتناول هذه العيب بتسلسل كمايلي:

¹ قانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 مايو سنة 2018 يتعلّق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28 المؤرخة في 16 مايو 2018

² سنتطرق إلى نظرية البطلان لاحقاً ونبين كلاً من أحكام البطلان المطلق وأحكام البطلان النسبي.

فرع 1: الغلط كعيب من عيوب الرضا: L'erreur

لم يعرف المشرع الجزائري الغلط باعتباره عيبا من عيوب الرضا، وإنما اكتفى بالإشارة إلى مواصفاته وذكر بعض صورته. وقد عرفه الفقه على أنه: " وَهُمْ يَقُومُ فِي ذَهْنِ الْمُتَعَاقدِ فَيُصَوِّرُ لَهُ الْأُمُورَ عَلَى خِلافِ الْوَاقِعِ وَ يَدْفَعُهُ إِلَى التَّعَاقدِ بِحَيْثُ لَوْ لَمْ يَكُنِ الْغُلْطُ لَمَا تَعَاقدَ."¹ و يستبعد هنا الغلط المانع الذي يعدم الرضا كليا و يمنع إبرام العقد، كأن يبيع أحد الطرفين الشيء الذي يملكه بينما يعتقد الطرف الآخر أنه تلقاه على سبيل الهبة.

وقد تناول المشرع الجزائري عيب الغلط في المواد 81 إلى 85 ق.م.ج باستعماله لمصطلح **الغلط الجوهري** الذي يقع فيه المتعاقد وقت إبرام العقد، وقد ذكر في هذه المواد كلا من مواصفات الغلط و صورته.

1- مواصفات الغلط الجوهري: L'erreur essentielle

تنص المادة 81 ق.م.ج على أنه: " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله ". وتتص المادة 82/ف 1 ق.م.ج أنه: " يكون الغلط جوهريًا إذا بلغ حدًا من الجسامه بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط."

فالغلط الجوهري هو غلط جسيم و مؤثر

أ/ **الغلط الجوهري جسيم**: أي أنه بلغ درجة من الخطورة والأهمية التي تستدعي تدخل القانون لحماية من وقع فيه. غير أن تقدير درجة الجسامه أمر نسبي، إذ يختلف من متعاقد إلى آخر ومن حالة إلى أخرى، فما هو هام وخطير في نظر متعاقد قد يكون غير ذلك بالنسبة لمتعاقد آخر. ما هو جسيم بالنسبة لمعاملة معينة قد يكون يسيرا بالنسبة لمعاملة تشبها وذلك لاختلاف وتباين الظروف التي أحاطت بكل منها.

فقد يتم تقدير جسامه الغلط بمعيار ذاتي شخصي أو بمعيار موضوعي، إذ يعتمد الأول على العوامل الذاتية والشخصية للمتعاقد، أما الثاني يأخذ في الحسبان الظروف والملابسات التي تم فيها العقد متجاهلا الاعتبارات الشخصية للمتعاقد.²

¹ السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 224.

² خليل أحمد حسن قعادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 51. أنظر أيضا: بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 104

* فما المعيار الذي اعتمده المشرع الجزائري في تقدير جسامة الغلط ؟

لقد اعتمد المشرع الجزائري في هذا الصدد يعتمد على المعيار الشخصي الذاتي، ويُستخلص ذلك من خلال ما جاء في المادة 82 بعبارة: " ... بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ... فالعبرة في تقدير جسامة الغلط هي بنفسية المتعاقد والنتائج المترتبة على هذا الاعتقاد الخاطيء.¹

ب/ الغلط الجوهري مؤثر:

إضافة إلى الجسامة يجب أن يكون الغلط الذي وقع فيه المتعاقد هو الذي حمّله على التعاقد، أي هو الدافع الرئيسي إلى إبرام العقد، و لو لم يقع فيه المتعاقد لما أبرم العقد، فإذا لم تكن هذه الاعتقادات الخاطئة هي السبب الرئيسي للتعاقد، فإنها لن تتال من سلامة الرضا ولا يُعتبر حينئذ الغلط جوهرياً² و هذا ما أكّدت عليه المادة 82/ ف3: " إذا وقع ... السبب الرئيسي في التعاقد " .

غير أنّ المشرع في خاصية التأثير لم يبيّن و لم يُوحي إلى المعيار المُعتمد عليه في تحديد درجة هذا التأثير من خلال النصوص التي عالجت الغلط كعيب من عيوب الرضا، فهذا يدعونا للقول بأنّه، قد ترك في ذلك المجال واسعاً أمام القاضي لتقدير درجة التأثير.

2- صور الغلط الجوهري:³

لقد أورد المشرع الجزائري صوراً للغلط على سبيل المثال من خلال الفقرة 2 و3 للمادة 82 ق م ج وهما الغلط في صفة الشيء والغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته.

كما تناول نص المادة 83 ق.م.ج الغلط في القانون وبيّنت المادة 84 ق.م.ج صورة أخرى للغلط والتي لا تُؤثّر في صحّة الرضا، وبالتالي لا تُؤثّر في صحة العقد وهي الغلط المادي المتمثل في الغلط في الحساب وغلطات القلم.

¹ بالنسبة للغلط الجوهري في التقنيات العربية المصري و السوري و العراقي و الليبي و الكويتي... فهي تأخذ في مجملها بنفس

المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري. أنظر: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، هامش رقم 210، ص 168

² علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 161. أنظر أيضاً محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 168

³ أنظر أكثر تفصيلاً في صور الغلط : سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص - ص 52 إلى 57

أ/ الغلط في صفة الشيء: بمقتضى المادة 82 ق.م.ج يتضح أنّ كيفية تحديد الصّفة الجوهرية للشيء يكون باعتماد معيارين الأول شخصي ذاتي و هو الأصل في تحديد هذه الصّفة الجوهرية وفي حالة عدم الوصول إليها يلجأ إلى المعيار الموضوعي لتحديدها.

فالصّفة الجوهرية في ظل المعيار الشّخصي هي تلك التي يراها المتعاقدان جوهرية طبقاً للعبرة الواردة ضمن نص المادة 82/ف2: " ... يراها المتعاقدان جوهرية ... " أي يجب الأخذ بالنّظرة المشتركة للمتعاقدان كما لو طلب المشتري لوحة فنّية لجمالها دون أن يهتمّ بصاحبها أو بقيمتها التّاريخية فإنّ النّظرة المشتركة للمتعاقدان ترمي إلى أنّ الصّفة الجوهرية تكمن في جمال اللوحة لا غير.

أو كأن يطلب المشتري قماشاً للتّفصيل، فإنّ الصّفة الجوهرية للشيء بالنّسبة للمتعاقدان، هي صلاحية القماش لهذا الغرض دون غيره.

لكن إذا استحال الوصول إلى النّظرة المشتركة للصّفة الجوهرية للشيء بحسب المعيار الذاتي، يمكن استعمال المعيار الموضوعي، ويكمن في العبارة التي تضمنتها أيضا المادة 82/ف2: " ... أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد و لحسن النية ". حيث يتمّ تقدير الصّفة الجوهرية في إطار الظّروف التي أحاطت بالعقد، و التي تمّ إبرامه في ظلّها، فمثلاً: لو تقدّم شخص لبائع آثار فهذا يُفيد أنّه يريد شيئاً أثرياً و أن محل بيع الآثار مخصّص للأشياء الأثرية، فنستخلص الصّفة الجوهرية للشيء من هذه الظّروف التي تمّ فيها العقد.¹

ب/ الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته:

بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 82 يكون الغلط جوهرياً: "إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو الصفة السبب الرئيسي في التعاقد"، إذ هناك بعض العقود التي يكون فيها لشخص المتعاقد محلّ اعتبار مثل عقد الوكالة، الهبة، الشّركة ... إلخ فيشترط في الغلط الجوهرى إذا وقع في ذات المتعاقد أن يكون هو الدّافع الرئيسي للتعاقد، ولو علم المتعاقد بالحقيقة لما أبرم العقد كأن يهب شخص شيئاً لأحد ظناً منه أنّه شخص آخر. وقد تكون صفة من صفات المتعاقد هي الدّافع إلى التّعاقد كأن يؤجّر صاحب المسكن بيته لشخص يظنّ أنّه متزوجاً لأنه رآه يحمل طفلاً صغيراً ثمّ يتّضح بعد ذلك

¹فالغلط في صفة جوهرية للشيء ليس الغلط في ذات الشيء بل في صفة كان يُنتظر أن تكون في ذات الشيء و اتضح بعد ذلك أنه لا يتّصف بها و على عكس ذلك لا يعتبر الغلط جوهرياً كقدّم امرأة لدى بائع المجوهرات يفيد أنها تريد شراء أشياء من المجوهرات الحقيقية والأصلية و ليس شراء الحلّي المقلّدة غير الحقيقية إذ يمكن أن يعتبر الصانعي مدليسا و من هنا قد يستخلص حسن النية من عدمه.

أنّ الطفل يُنسب لأخيه و أنّه أعزب، أو كأن يتعاقد شخص مع أحد الحرفيين معتقداً أنّه يحمل شهادة فنية في الحرفة ثمّ يتّضح أنّه لا يحملها.

ج/ الغلط في القانون:

تقضي المادة 83 أنّه: " يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين 81 و82 ما لم يقضي القانون بغير ذلك ".¹

فالغلط في القانون شأنه شأن الغلط في الواقع، أي الغلط في صفة من صفات الشيء أو في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، إذ يكون لمن وقع فيه الحقّ في طلب إبطال العقد إذا تضمّن شروط الغلط الجوهري، أي متى كان هذا الغلط سبباً رئيسياً في التّعاقد، كأن يتعهّد شخص بدفع دين طبيعي معتقداً أنّ هذا الدّين ملزم به مدنياً¹ فنقادم الالتزام المدين ينقلب التزاماً طبيعياً.² أو كالالتزام أحد الورثة بتسديد ديون مورثه معتقداً أنّ القانون يلزمه بذلك في حين أنّها تؤخذ من التّركة.³ إنّ هذا الغلط في القانون يجب أن يكون هو السّبب الرئيسي في التّصرف القانوني، حيث يُعتبر حينها غلطا جوهريا يعطي الحقّ لمن وقع فيه طلب إبطال التّصرف لغلط في القانون.

د/ الغلط المادي:

يتمثّل هذا الغلط في غلطات الحساب أو غلطات القلم، كأن يسقط رقما أو يُضاف آخر أو يكون هناك خطأ في الجمع أو الطّرح أو الضرب أو القسمة أو قد يُضاف حرفا أو يسقط أو قد يرد حرفا بدل الآخر، إذ مثل هذه الغلطات لا يعتدّ بها القانون و لا تُؤثّر في صحّة العقد، حيث أنّها لا تعيب رضا المتعاقد إذ يمكن تصحيحها فقط، ويبقى العقد قائما فهي ليست ناتجة عن وهم يقوم في ذهن المتعاقد عند إبرام العقد. و هذا ما قضت به المادة 84 ق م ج على أنّه " لا يؤثّر في صحّة العقد مجرد الغلط في الحساب و لا غلطات القلم، و لكن يجب تصحيح الغلط".

¹ المادة 160 ق.م.ج " المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به. غير أنه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبيعيا "

² المادة 320 ق.م. . " يترتب على النقادم انقضاء الالتزام، ولكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي..."

³ أنظر المادة 180 من ق. أ.ج، فيما يتعلق بالحقوق المرتبطة بالتّركة.

3- شروط التمسك بالغلط وإثباته:

إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري وقت إبرام العقد جاز له المطالبة بإبطاله طبقاً لنص المادة 81 ق.م.ج غير أنه يجب أن لا يتعارض طلبه هذا مع مبدأ حسن النية، حسب ما جاء في المادة 85 /ف1 ق.م.ج: " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية ".

فحتى يتحصّل المتعاقد الذي وقع في غلط جوهري على الحماية القانونية، يجب أن لا يتعسّف في استعمال حقّه في المطالبة بإبطال العقد، فإذا اتّضح أنّه يريد اغتنام فرصة وقوعه في غلط لطلب إبطال العقد، و ذلك لكون المعاملة غير مُربحة فإنّه يفقد الحماية القانونية.¹

وتجسيدا لمبدأ حسن النية² فقد أضافت المادة 85/2: "ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد ".

فإذا كان الغلط جوهرياً وكان العقد قابلاً للإبطال بسبب هذا الغلط الجوهري، لكن المتعاقد معه أظهر رغبته في تنفيذ العقد وفق الشروط التي قصد المتعاقد الواقع في غلط إبرامه من خلالها، فإنّ هذا الأخير يبقى ملزماً بهذا العقد وفق الشروط الجديدة و التي كانت في تصوّر ذهنه غير أنها أصبحت واقعا. وعلى ذلك سيظل المشتري للوحة فنية معتقدا أنها لرسام معيّن مرتبطاً بعقد البيع إذا عرض عليه البائع استعداده لأن يسلمه نفس اللوحة الفنية المنسوبة لهذا الرّسام الذي انصرفت نيته لشراء لوحته الفنية

وفيما يخصّ إثبات الغلط و باعتبار أنّه واقعة قانونية يمكن إثباتها بكل الوسائل، و يتحمّل عبئ الإثبات المتعاقد الذي يدّعي الغلط ، فعليه أن يُثبت الغلط في الصّفة الجوهرية وأنّ هذا الغلط هو الذي دفعه للتعاقد.³

¹ « D'une part, l'erreur doit être admise avec sécurité pour ne pas constituer un prétexte à remise en cause de la stabilité des engagements contractuels et donc, à des manœuvres de la part de celui qui se prévaut d'une prétendue erreur, une simple erreur ne suffit pas » voir : Jaques Ghestin, Le droit des contrats, Recueil Sirey-DALLOZ 1990, p 93

² يرى في هذا الصدد الدكتور علي فيلاي أن: "وجوب تنفيذ العقد بحسن النية من طرف المتعاقد يقتضي نزاهة المتعاقد وإخلاصه من جهة و تعاونه من جهة ثانية تسهيلا لتنفيذ العقد " إذ يلاحظ من خلال هذا التفسير أن مبدأ حسن النية قوامه النزاهة ، الإخلاص و التعاون. أنظر علي فيلاي، الدين و القانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، الصادرة عن جامعة الجزائر كلية الحقوق المجلد، 45 العدد 04 لسنة 2008، ص-ص 49-79

أنظر أكثر تفصيلا في مفهوم و مضمون حسن النية: بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي الجزائر، 2013/2012.

³ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 107 و 108

فرع 2: التدليس كعيب من عيوب الرضا / Le dol

لقد تناول المشرع الجزائري التدليس في المادتين 86 و87 من القانون المدني الجزائري وقد ذكر ضمن هذين النّصين شروط التدليس والأثر الذي يترتب باعباره عيب من عيوب الرضا يجعل العقد قابلا للإبطال، غير أنه لم يعطي تعريفا محددا للتدليس وترك ذلك للفقهاء القانونيين.

أ/ تعريف التدليس: يُعرف التدليس على أنه عيب من عيوب الرضا، يتمثل في استعمال شخص طرقا احتيالية بقصد إيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، فالتدليس إذا هو غلط مستثار¹، يقع فيه المتعاقد نتيجة الحيل والخداع اللذان يستعملهما المتعاقد الآخر المُدلس لدفع المُدلس عليه للتعاقد.

فالغلط توهم تلقائي غير عمدي، يفترض فيه حسن نية² المتعاقدان، بينما التدليس هو توهم مُفتعل، لذا يصح تسمية التدليس بالتغليب العمدي، الذي تكون فيه نية المتعاقد المُدلس سيئة و الغرض منها الخداع.

ب/ شروط التدليس: تتمثل شروط التدليس في:

1- استعمال الطرق الاحتيالية بقصد تضليل المتعاقد.

2- أن تكون هذه الطرق الاحتيالية وما ترتب عنها من أثر في التعاقد هي الدافع للتعاقد (أي أن التدليس مؤثر في التعاقد المُدلس عليه).

3- اتصال و ارتباط التدليس بالمتعاقد الآخر المُدلس أو على الأقل علمه به.

الشرط 1: استعمال الطرق الاحتيالية بقصد التضليل

يجب لتوافر عيب التدليس استخدام طرق احتيالية بقصد إخفاء الحقيقة وتضليل المتعاقد الآخر، و يُفهم من ذلك أن التدليس يتضمّن عنصران هما العنصر المادي و العنصر المعنوي.

● **العنصر المادي:** يتمثل في الطريقة الاحتيالية التي اتخذها أحد أطراف التعاقد وهي تشمل

الوسائل المختلفة لتضليل الطرف الآخر ودفعه لإبرام العقد.

وقد يتجسد ذلك في انتحال شخص صفة كاذبة أو اصطناع عقود و وثائق مزورة، وقد يتم التدليس عن طريق الكذب لإخفاء الحقيقة، فإذا كان بإمكان التاجر مدح سلعته بطريقة مألوفة فإن ذلك لا يجعله

¹ السيد محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون المدخل إلى القانون - نظرية الالتزام-، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان، 2002، ص226.

² و هذا ما ذكرناه في عيب الغلط كون كلا المتعاقدان حسني النية فالغلط لا ينطوي على العش بل هو وهم يقوم في ذهن أحد المتعاقدين لا دخل للمتعاقد الآخر في إحداثه على خلاف التدليس فهو خداع أحدهما الآخر لدفعه على التعاقد.

مُدَّسًا إِلَّا إِذَا كَانَ فِي مَدْحِهِ كَذْبًا قَدْ يَتَعَدَّى الْمَأْلُوفَ بَيْنَ النَّاسِ، وَيَتَوَلَّى الْقَاضِيَ فِي ذَلِكَ تَقْدِيرَ خَطَرَةِ الْكُذْبِ غَيْرِ الْمَبَاحِ.

فالحيل لا يمكن حصرها إذ العبرة فيها هي تضليل المتعاقد، فأى كان نوع الوسائل المستعملة يجب أن تكون كافية لتضليل المُدَّس عليه، ويمكن أن يتحقق التدليس بمجرد **كتمان المتعاقد** أمرا يجب عليه الإفصاح عنه للمتعاقد معه، وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 86 من القانون المدني الجزائري: "يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المُدَّس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"، و هذا ما يعرف **بالسكوت العمدي أو الكتمان**، إذ لو علم به المتعاقد الآخر لما أبرم العقد، حيث رتبَّ المشرع الجزائري من خلال هذا النص على المتعاقد **التزاما بالإفشاء** كلما كانت الواقعة أو الملابسة التي لا يعلم بها المتعاقد معه مؤثِّرة، و يعتبر الكتمان تدليسا إذا تعلق بواقعة أو ملابسة مؤثِّرة يكون المتعاقد المدَّس عالما بها ويخفيها على المتعاقد الآخر المدَّس عليه، حيث لو علم بها لما أبرم العقد، ككتمان المؤمن له على شركة التأمين مرضا يهدد حياته إذا كان التأمين على الحياة.

● **العنصر النفسي:** إن الحيل في ذاتها لا تكفي وحدها لتحقيق التدليس، وإنما لابد من توافر نية التضليل والخداع لدى أحد طرفي العقد قصد الإيقاع بالطرف الآخر ودفعه للتعاقد، ونية التضليل تقتضي إدراك المُدَّس و انصراف إرادته إلى تحقيق غاية غير مشروعة، تتمثل في إخفاء الحقيقة والواقع عن المُدَّس عليه حتى ينتزع رضاه للتعاقد.¹

الشرط 2: أن يكون ما استعمل من طرق احتيالية هو الذي دفع المتعاقد الآخر لإبرام العقد: **(التدليس مؤثرا)**

فالطرق الاحتيالية وما ترتب عنها من أثر في المتعاقد هي الدافع للتعاقد و هذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 86 على أنه: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها المتعاقدان أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد...".

إذ لا يكفي للتمسك بالتدليس استعمال المتعاقد طرق احتيالية لتضليل الطرف الآخر مما يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، بل أن يكون ما استعمل من طرق احتيالية هو الذي دفع المتعاقد الآخر إلى إبرام العقد، أي أن تكون هذه الطرق الاحتيالية قد وصلت حدا من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني

¹ السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 226 و 227

العقد¹ باعتباره ضحية تضليل و خداع. و القاضي هو الذي يُقدّر إذا كانت الحيلة المستعملة قد وصلت إلى درجة من الجسامة بحيث تتال من رضا المتعاقد فتعيبه، وإذا قدر العكس أي أن الحيلة لم تصل إلى هذه الدرجة من الجسامة لتتال من رضا المتعاقد فلا مجال لتطبيق أحكام التّديس.

الشرط 3: اتّصال و ارتباط التّديس بالمتعاقد الآخر المُدّس أو على الأقل علمه به

للاعتداد بالتّديس يجب أن يصدر من أحد المتعاقدين اتجاه الآخر، فإذا صدر عن الغير فلا يؤثّر في صحة العقد و لا يمكن للمتعاقد المُدّس عليه طلب إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد معه على علم به، وهذا ما قضت به المادة 87 من ق.م.ج: " إذا صدر التّديس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المُدّس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التّديس". إذ لا يُعتدّ بالتّديس الصادر من الغير إلا إذا ثبت أنه كان يعلم به المتعاقد المستفيد منه أو على الأقل يفترض علمه به².

ج/ أثر التّديس:

إذا توافرت في التّديس الشروط السّالف ذكرها نتجت آثاره، حيث يُصبح العقد الذي شاب فيه إرادة أحد المتعاقدين عيب التّديس، قابلا للإبطال لمصلحة المُدّس عليه، فعلى هذا الأخير إذا ادّعى التّديس أن يُثبته بكافة طرق الإثبات.

فيجوز إذا للمُدّس عليه طلب إبطال العقد، باعتبار أنه حق تفرّر لمصلحته فله أن يتمسك به كما أقرته المادة 99 ق.م.ج³ إلى جانب ذلك بإمكانه طلب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية طبقا للمادة 124 ق.م.ج، لأنّ التّديس عمل غير مشروع قد يُسبّب ضررا للمُدّس عليه⁴.

كما يمكن للمُدّس عليه الإبقاء على العقد وتجويزه وفق ما نصت عليه المادة 100 ق.م.ج، أي يمكنه التّخلي عن حقه في الإبطال لأنّ قابلية العقد للإبطال ليست من النّظام العام فهي تحمي الحقّ الخاص وليس العام إذ تقرر الحق في طلب إبطال العقد لمن كان رضاه معيبا¹.

¹ علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 182.

² النص يشمل بعض الغموض لأن مسألة العلم هنا هي مسألة نسبية لم يحدد لها النص معيارا أو أسلوبا لتحديدها و تبقى حسب رأينا حتما لتقدير القاضي و بالمقابل يمكن إثبات عكسها من طرف المتعاقد المستفيد من التّديس.

من المفروض عدم إدراج هذا الشرط فسواء كان التّديس صادرا من المتعاقد أو من الغير فهو يعيب إرادة من وقع فيه يكفي بذلك لكي يحق لهذا الأخير المطالبة بإبطال العقد.

³ المادة 99 ق.م.ج: " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق."

⁴ المادة 124 ق.م.ج: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض."

فرع 3: الإكراه كعيب من عيوب الرضا

لقد تناول القانون المدني الإكراه كعيب من عيوب الرضا في المادتين 88 و 89 ق.م.ج، و من خلال ذلك سنتطرق إلى تعريفه، شروطه، أثره و إثباته.

1- تعريف الإكراه:

الإكراه هو عيب من عيوب الرضا، فهو ضغط يتعرّض له المتعاقد المُكْرَه فيؤلّد في نفسه رهبة أو خوفاً يحمله على التّعاقد، و الإكراه بهذا المعنى يُفسد الرضا و لا يعدمه، فإرادة المُكْرَه موجودة و لكنّها معيبة بفقدانها لعنصرها الأساسيين وهما عنصر الحرية والاختيار.²

و قد يُستخلص تعريف الإكراه من نص المادة 88/ف1 وبالتحديد من عبارة "... شخص تحت سلطان رهبة بيّنة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".

فالإكراه بمفهوم هذا النص أو هذه العبارة هو: " الرهبة البيّنة التي تُبعث دون حق في نفس أحد المتعاقدين فتحمله على التّعاقد"، و يقصد بالرهبة الخوف الشديد. و الذي يُعتدّ به في الإكراه ليست الوسائل المستعملة ولكن الحالة النفسية التي أدت إليها الوسائل و هي حالة الرهبة الدافعة إلى التّعاقد، فالمُكْرَه هنا لديه إرادة ولكنّها معيبة، على خلاف الإكراه الذي يعدم الرضا كما لو وُضع شخص تحت التّويم المغناطيسي وُدفع به إلى توقيع العقد، أو كحالة إمساك شخص بيد شخص آخر و إرغامه على توقيع العقد، فهذا الإكراه ليس عيباً من عيوب الإرادة بل هو يعدم هذه الإرادة إذ يجعل العقد باطلاً بطلانا مطلقاً، فهو بالتالي يُستبعد من عيوب الرضا التي تكون فيها الإرادة موجودة لكنها معيبة وغير سليمة.³

وعلى العكس العيوب الأخرى التي تتصل بالرضا كالغلط والتدليس، فإن المُكْرَه يعلم وقت إبرام العقد أن رضاه معيباً، وأنّه يبرم عقداً لا يرغب فيه.

2- شروط الإكراه: يشترط في الإكراه المعيب للرضا توافر الشروط الآتية:

- التهديد بخطر جسيم و مُحقق للوصول إلى غرض غير مشروع.
- دفع الرهبة البيّنة دون حقّ من كان تحت تأثيرها إلى التّعاقد.
- اتّصال الإكراه بالمتعاقد الآخر (أي صدور الإكراه من المتعاقد الآخر أو على الأقلّ علمه به).

¹ المادة 100 ق.م.ج: " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه الحق، دون الإخلال بحقوق الغير."

² رمضان أو السعود، المرجع السابق، ص 126

³ رمضان أبو السعود، نفس المرجع، ص 127.

الشرط 1: التهديد بخطر جسيم و محقق للوصول إلى غرض غير مشروع

فالإكراه تهديد بإيقاع الأذى والضرر بالمتعاقد المُكره، أيًا كانت الوسيلة المستعملة، وتتحقق الرهبة

البيّنة إذا كان الخطر الذي يُهدّد المُكره جسيما ومُحدقا ¹. Un danger considérable et éminent

فالخطر الجسيم هو الخطر الكبير، الذي إذا تحقّق سيُرتّب عواقب وخيمة يخشاها ويرهبها المتعاقد المُهدّد به كمن يكون تحت تهديد الضرب أو القتل أو الاختطاف أو المساس بالسُّمعة أو الشرف أو بحرق الممتلكات، و المهدّد بالخطر يستوي أن يكون المتعاقد نفسه أو أحد أقاربه، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من نص المادة 88/ف2 بنصّها: "و تعتبر الرهبة قائمة على بيّنة إذا كانت ظروف الحال تُصوّر للطرف التي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال."

وتقدير جسامه الخطر أي جسامه الإكراه أمر نسبي، يخضع إلى اعتبارات شخصية مرتبطة بكلّ شخص على حدة، حيث يرجع فيها القاضي إلى جنس من وقع عليه الإكراه، سنّه، حالته الاجتماعية والصّحية و جميع الظروف الأخرى التي يمكن أن تؤثر على جسامه الإكراه كما نصّت عليه الفقرة الثالثة من نص المادة 88/ف3: "و يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، و سنّه، و حالته الاجتماعية، و الصّحية، و جميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامه الإكراه." إذ اعتمد المشرّع في تقدير درجة جسامه الخطر المُهدّد به المُكره على المعيار الذاتي.²

و يُشترط في الخطر إضافة لكونه جسيما أن يكون أيضا مُحدقا وشيك الوقوع، أي قد يحدث من لحظة لأخرى، أمّا إذا كان مُتراخيا في الزّمن، أي بعيد الوقوع حيث يمكن للمُكره أن يحتاط ويتخذ التدابير اللازمة، فإنّه لا يحدث الرهبة البيّنة في نفسه، وبالتالي لا يُعدّ إكراها معيبا للرضا.³

الشرط 2: دفع الرهبة البيّنة دون حق من كان تحت تأثيرها إلى التعاقد (الرهبة البيّنة دافعا للتعاقد)

المسألة الأساسية في موضوع الإكراه هي وجوب تأثير وسيلة الإكراه في نفسية المتعاقد، فتبعث في

نفسه رهبة تدفعه إلى التّعاقد طبقا لما قضت به الفقرة الأولى من المادة 88/ف1.

¹ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 60.

² فقد يكون هذا الأخير أي المُكره شجاعا أو جبانا، غنيا أو فقيرا، متعلما أو أميا، رجلا أو امرأة، شابا أو مسنا ... الخ.

³ وهذا ما ذكرته المادة 88 في فقرتها الثانية "...جسيما محققا..."

ويُشترط أن تكون الزهبة التي أبرم تحت سلطانها المُكره العقد قد بُعثت في نفسه دون وجه حق، بهدف تحقيق غرض غير مشروع، أما إذا كان الغرض من الإكراه مشروعاً فلا يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، متى كانت الوسائل إليه أيضاً مشروعة، كالدائن الذي يُهدد مدينه باللاجء إلى القضاء لاستيفاء ديونه لا يُعدّ إكراهاً، لأنّ الغرض مشروع والتهديد هنا بوجه حق و الوسيلة المستعملة المتمثلة في التهديد باللاجء للقضاء مشروعة أيضاً.¹

و كذلك الشأن بالنسبة لاستعمال النفوذ الأدبي² لا يعتبر في حد ذاته إكراهاً لأنه أمر مشروع ومقبول حيث تتطلب علاقة الأب بالابن و الزوج بالزوجة والأستاذ بالطالب احتراماً وطاعة وتقديراً بين هؤلاء، فلا يمكن اعتبار هذا الاحترام و الطاعة إكراهاً إذا تمّ التعاقد بين هؤلاء إلا إذا تجاوز ما هو مألوف و ما هو لازم.

أما إذا كانت الغاية غير مشروعة كمن يهدد سارقاً بشكوى لدى النيابة العامة إذا لم يعترف بدين قدره أضعاف المبلغ المسروق، فالوسيلة مشروعة وهي إبلاغ النيابة العامة بالسرقة لكن الغرض غير مشروع، فهذا يفسد رضا السارق و بالتالي يعتبر مُكرهاً على الاعتراف بالدين و يمكنه طلب إبطاله. و يستوي أن يكون التهديد موجه للمتعاقد نفسه أو لأحد أقاربه.³

الشرط 3: اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر (صدر الإكراه من المتعاقد الآخر أو على الأقل علمه به)

حتى يتمكن المتعاقد المُكره من استعمال حقه في طلب إبطال العقد، يجب أن يكون الإكراه الذي دفع به إلى التعاقد متصلاً بالمتعاقد الآخر، و يعتبر كذلك إذا صدر منه هو شخصياً، و هذا ما أشارت إليه المادة 88/ف1 "... يبعثها المتعاقد الآخر في نفسه ...".

أما إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، أي من شخص أجنبي عن العقد فليس للمتعاقد المُكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم به، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به، وهذا ما نصت عليه المادة 89 ق.م.ج: " إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المُكره أن

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 66

² و يعرف أيضاً بالشوكة و النفوذ الأدبي أنظر: عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني...المجلد الأول، المرجع

السابق، ص 373. أنظر أيضاً: علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 191

³ غير أن المادة 88/ف2 اكتفت بذكر عبارة " أحد أقاربه " دون تحديدهم أو تحديد درجة القرابة، ففي لفظ الأقارب نجد المجال جد واسع إذ قد يتأثر المتعاقد بسبب خطر يهدد قريباً له و لا يتأثر لقريب آخر، وقد يتأثر بخطر يهدد شخص عزيزاً عليه كصديق له أو كجاره فهؤلاء ليسوا من الأقارب إذ أن المسألة تحتاج إلى تحديد وتفسير أكثر.

يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه".

فالمشرع الجزائري يشترط في الإكراه الصادر من الغير علم المتعاقد الآخر أو استطاعته العلم به، أي سوء نيته، أما إذا كان حسن النية أي لا يعلم به ولم يكن باستطاعته العلم به، فلا يجوز إبطال العقد على المُكْرَه إلا الرجوع بالتعويض على الغير مصدر الضرر و هو ذاته مصدر الإكراه بناء على أحكام المسؤولية المدنية التصيرية طبقا للمادة 124 ق.م.ج.

3- أثر الإكراه وإثباته:

يترتب على الإكراه قابلية العقد للإبطال لمصلحة من كان رضاه معيبا بعبء الإكراه، أي للمتعاقد المُكْرَه، كما له حق المطالبة بالتعويض لأن الإكراه عمل غير مشروع، كما يمكن للمُكْرَه أن يجيز العقد و لا يطلب إبطاله لأن القابلية للإبطال تقررت لمصلحته الخاصة.

وعلى المُكْرَه إذا طلب إبطال العقد، إثبات أنه وقع ضحية الإكراه بكافة طرق الإثبات، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد مدى جسامته الخطر المهْدَد به المُكْرَه باعتماده كما رأينا على المعيار الذاتي ويمكنه أيضا الرجوع إلى الظروف التي تم فيها العقد باعتماده أيضا المعيار الموضوعي.¹

فرع 4: الاستغلال كعيب من عيوب الرضا l'exploitation

لقد تناول المشرع الجزائري الاستغلال كعيب من عيوب الرضا ضمن المادة 90 ق.م.ج ومن خلال ذلك سنتطرق إلى تعريفه و إلى عناصره التي تتحدّد من خلالها شروط تحقّقه ثم نتناول أثر العقد المعيب بالاستغلال، وبما أنّ المشرع الجزائري قد تطرّق إلى العُبن في المادة 91 ق.م.ج و استعمل مصطلح العُبن والمغبون في المادة 90 سالف ذكرها كان لزاما علينا رفع اللبس بين الاستغلال والعُبن لاستظهار الفرق بينهما.

1- تعريف الاستغلال:

الاستغلال لغة هو الانتفاع من الغير بدون حق، أمّا اصطلاحا فهو استغلال الطَّيِّشِ البَيِّنِ أو الهوى الجَامِحِ الذي يعترى المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد، يتحمّل بمقتضاه التزامات لا تتعادل مع ما تلقاه أو ما لم يتلقاه أي بدون عوض.¹

¹ و يظهر ذلك جليا من خلال ما جاء في نص المادة 88 في فقرتها الثالثة " و يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه... وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها..."

كالشاب الوارث الذي يريد أموالا سريعة فيقع فريسة سهلة لمن يستغل طيشه البين فيشتري منه ممتلكاته بثمان بخس، أو العكس يشتري أشياء بأثمان باهظة لا تساوي قيمتها الحقيقية، باعتبار أنه يعتريه هوى جامع لهذه الأشياء كولوعه بالسيارات فيشتريها دون اعتبار لثمنها الحقيقي.

2- عناصر الاستغلال: (من خلال تبيان عناصر الاستغلال ستتضح شروطه) الاستغلال كعيب من

عيوب الرضا حتى يتحقق يجب توافر عنصران هما العنصر المادي والعنصر المعنوي:

أ/العنصر المادي: يتحقق هذا العنصر كما تقتضي به المادة 90/ف1 : " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ... " وهذا معناه أن يكون الاختلال في التعاقد اختلالا فادحا أو فاحشا، خارجا عن المؤلف، فهذا هو العنصر المادي في الاستغلال، لكن المشرع في نص المادة 90 لم يحدّد رقما أو نسبة معينة لتقدير هذا التفاوت أو الذي يجب أن يبلغه الفارق حتى يتوافر عدم التعادل وإنّما ترك الأمر لتقدير قاضي الموضوع، شريطة أن يكون الفارق جسيما جدا وفادحا أو أن لا يكون هناك تعادل بتاتا. ويمكن توافر العنصر المادي في العقد المحدد وفي العقد الاحتمالي، ويتحقق أيضا في عقود المعاوضة و عقود التبرع.²

إنّ التفاوت اليسير الذي يوجد في كل المعاملات هو أمر عادي ومقبول في العلاقات العقدية، غير أنّ التفاوت الذي تقصده المادة 90 هو التفاوت الكبير في النسبة حيث تكون التزامات الأطراف المتعاقدة بعيدة كل البعد عن كل تعادل.³

ب/ العنصر النفسي: يتمثل هذا العنصر في الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد ويستغله المتعاقد الآخر لإبرام العقد، ويحدّد نص المادة 90/ف1 ق.م.ج الضعف النفسي في حالتين هما الطيش البين و الهوى الجامح، وذلك كما يلي: " ... ويتبين أن المتعاقد المغبون (المستغل)⁴ لم يبرم العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد استغلّ فيه طيشا بينا أو هوى جامع ... "

¹ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ص203.

² أنظر أكثر تفصيلا: خليل لأحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 66 و 67.

³ و قد اشتمل النص بالفرنسية العبارة التالية التي تبين جيدا أنه لا يعتد بأي تفاوت بل بالتفاوت الكبير جدا " hors de toute

proportion " أي خارج أي نسبة معقولة والعبرة بالتقدير بقيمة الشيء يكون وقت إبرام العقد وليس بعد ذلك.

⁴ كان من الأجدر بالمشرع استعمال مصطلح المستغلّ بفتح الغين بدل مصطلح المغبون و ذلك لرفع أي لبس قد يقع بين المصطلحين حتى لا يكون هنا خلط بين الغبن و الاستغلال حسب الشرح المبين لاحقا.

- فالطيش البين **la légèreté notoire** : هي حالة نفسية تُصيب الشخص فتجعله يتخذ قراراته دون تقدير العواقب.¹

هناك تشابه بين الطيش البين وحالة السفه المبذر للمال، غير أن السفه في نظر القانون فهو ناقص الأهلية بالحجر القضائي عليه، بينما صاحب الطيش البين في نظر القانون فأهليته كاملة و يجب أن يكون الطيش بينا أي يجب أن يكون معروفا لدى الجميع أي لدى كل من يعرفه.

- أما الهوى الجامح **la passion effréné** : فهي الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد فتتال من سلامة قراراته، حيث ينحاز دائما إلى ميولاته أو نحو شيء معين أو شخص محدد، فيسعى دائما إلى تحقيق رغباته دون روية أو تبصرٍ مهما كان الثمن، غير مُبال بما سيلحقه من نتائج.²

زيادة إلى تواجد هذا الضعف النفسي سواء الطيش البين أو الهوى الجامح، فقد اشترطت المادة 90 أن يستغل المتعاقد هذا الضعف فيدفع المتعاقد الذي يعتريه الطيش البين أو الهوى الجامح إلى إبرام العقد، ويقتضي ذلك علم المتعاقد المستفيد من الضعف و انصراف إرادته إلى استغلال هذا الضعف قصد الحصول على فائدة كبيرة من العقد لا يمكنه أن يتحصّل عليها لولا هذا الطيش البين أو الهوى الجامح الذي استغله فعلا في المتعاقد معه³

3- جزء الاستغلال (أثر الاستغلال): يتميز عيب الاستغلال عن العيوب الأخرى فيما يتعلّق بالجزء المترتب عنه، أو فيما يتعلّق بالأثر المترتب عن العقد المعيب بعيب الاستغلال، إذ يمكن أن يطلب المتعاقد المُستغلّ إبطال العقد أو يطلب إنقاص التزاماته كما أوضحتها المادة 90/ف1 وهناك حالة أين يمكن فيها توقي دعوى الإبطال وهذا ما قضت به المادة 90/ف2، سنبين ذلك كما يلي:

أ/ دعوى إبطال العقد للاستغلال: جاء في نص المادة 90/ف1: " ... جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد... إن قابلية العقد للإبطال تقررت لمصلحة المتعاقد المستغل، وبالتالي له وحده حق المطالبة بإبطال العقد و له أن يتنازل عنه بتجوز العقد فإذا رفع المتعاقد المُستغلّ دعوى الإبطال وتأكّد القاضي من تحقّق الاستغلال، فوفق مبادئ التقاضي، لا يمكن للقاضي أن يحكم بأكثر ما

¹ أنظر أكثر تفصيلا: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 131.

² أنظر في تعريف الطيش البين و الهوى الجامح، جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر 1975، ص 155 و 156.

³ يتضح هذا الشرط من خلال العبارة الواردة في المادة 90: "...إلا لأن المتعاقد الأخر قد استغل فيه...".

يطلبه الخصوم¹ إذ هنا يمكن للقاضي أن يحكم بالإبطال كما يجوز له أن يحكم بإنقاص التزامات المستغل (المغبون) لأنّ في ذلك أقلّ ما يطلبه الخصم، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي فإذا كان الإبطال أحسن وسيلة لرفع الاستغلال حكم به وإذا رأى أنّ الإنقاص كافيا لرفعه اكتفى به.

ب/ دعوى الإنقاص من التزامات الطرف المستغل:

إلى جانب دعوى الإبطال أقرّ المشرع دعوى أخرى هي دعوى الإنقاص من التزامات المغبون المستغل، فإذا رفع هذا الأخير هذه الدعوى أمام القاضي فهذا يعني أنّه لا يريد إبطال العقد، و القاضي في ذلك ملزم بهذه الدعوى أي الإنقاص و لا يسعه إلاّ أن يُنقص من التزام الطرف المستغل إذا تحقّق الاستغلال، وله سلطة تقديرية واسعة بخصوص مقدار الإنقاص وفق مبادئ العدالة العقدية.²

وعملية إنقاص التزامات الطرف المستغل لا تقيد زيادة التزامات الطرف المستغل لأنّ المادة 90 ف/ 1 جاء ضمنه عبارة: "... جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن ... أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد." دون أن يرد ضمن النص ما يفيد منه زيادة التزامات الطرف المستغل.

ج/ توقي دعوى الإبطال في عقود المعاوضة:

تقضي المادة 90 ف/3 أنّه: " يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

هذه المسألة يمكن أن تتحقّق عندما يرفع المغبون المستغل دعوى إبطال العقد، فيتقدّم الطرف المستغل ويعرض الزيادة في التزاماته وإيرادته التلقائية، و يكون ذلك في عقود المعاوضة دون التبرع، فإذا رأى القاضي أنّ هذه الزيادة كافية لرفع الغبن الاستغلالي يقضي بها، و له في ذلك السلطة التقديرية الواسعة.

د/ تقادم دعوى الاستغلال:

سواء كانت الدعوى هي دعوى إبطال العقد أو دعوى الإنقاص من التزامات الطرف المستغل فإنّه يجب أن تُرفع هذه الدعوى في خلال سنة واحدة من تاريخ إبرام العقد، وإلاّ كانت غير مقبولة و هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من نص المادة 90 ف/2: " يجب أن ترفع الدعوى في ذلك خلال سنة من تاريخ العقد، و إلاّ كانت باطلة".

¹ أنظر: عبد الرزاق السنهوري الوسيط...مصادر الالتزام، المجلد الأول، المرجع السابق، هامش ص 406

² Lahlou Khiair Ghnima, Réflexion sur le droit des obligations, Revue Algérienne des sciences juridiques et politiques, 2013, N° 1, page 21 et suivants.

4- تمييز الاستغلال عن الغبن l'exploitation et la lésion

تنص المادة 91 ق م ج على: "يراعي في تطبيق المادة 90 عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود".

يفيد هذا النص أنه يُستبعد تطبيق أحكام الاستغلال على بعض العقود التي تسري عليها أحكام الغبن. فالغبن **La lésion** هو عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد مع ما يأخذه مقابل ذلك، و الغبن لا يتحقق إلا في عقود المعاوضة التبادلية و المحددة¹، أي بمفهوم المخالفة لا وجود للغبن في عقود التبرع الملزمة لجانب واحد، و أيضا لا يُعتدّ به في العقود الاحتمالية.

فالغبن قائم في العقد لا دخل للاعتبارات الشخصية أو الحالة النفسية للمتعاقدين فيه، كما هو الشأن بالنسبة للاستغلال، فالغبن عيب في محل العقد لا في الإرادة، فهو عدم تعادل البذل التعاقدي.

و الغبن جاء في القانون محدداً بنصوص خاصة تعالج حالات معينة، من بينها ما جاء في نص المادة 358 ق.م.ج المتعلقة ببيع العقارات: " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يُقوّم العقار بحسب قيمته وقت البيع."

يترتب على تحقق الغبن بالنسبة لبيع العقار، حق البائع في تكملة الثمن من المشتري إلى أربعة أخماس ثمن المثل وقت البيع.²

فالاستغلال هو عيب من عيوب الرضا يترتب عليه ما رأيناه سابقا إذ يجعل العقد غير صحيح مشوب بعيب الاستغلال، أما الغبن فهو عيب في الأداء التعاقدي فقط و لا يعيب إرادة المتعاقدين والأثر المترتب

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص196 و197 أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص- ص 64- 66

² مثال تطبيقي عن الغبن في بيع العقار: فرضا لو بيع عقار (ب700 مليون سنتيم) و كان ثمن مثله وقت البيع هو (مليار سنتيم) نقوم باحتساب خمس 1/5 ثمن المثل أي خمس (مليار سنتيم) هو (200 مليون سنتيم) ثم نحسب الفرق بين ثمن البيع و ثمن المثل أي: (مليار سنتيم) ناقص (700 مليون سنتيم) = (300 مليون سنتيم). يتضح أن البائع قد وقع في غبن يزيد عن الخمس و عليه يمكنه طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن تقديرقيمة العقارأي ثمن المثل فعلى المشتري إذا زاده (100 مليون سنتيم) سيصل بذلك ثمن البيع إلى (800 مليون سنتيم) و هذا كاف لرفع الغبن لأن هذا الثمن يساوي أربعة أخماس ثمن المثل من العقار وهذا تطبيقا لما ورد في نص المادة 358 ق م ج .

عليه يتمثل في نسب محدّدة بنص قانوني، يتم الاعتماد عليها لتحقيق العدالة العقدية ورفع الغبن، وهناك حالات أخرى تتعلق بالغبن نص عليها المشرع الجزائري.¹

المبحث الثاني: المحل: الركن الثاني من أركان العقد l'objet du contrat

يقتضي منا الأمر لدراسة موضوع المحل كركن ثانٍ للعقد التّطرق إلى تعريفه وتحديد شروطه وذلك من خلال الرّجوع إلى نصوص المواد 92 إلى 95 من ق.م.ج التي عالجت ركن المحل.

المطلب الأول: تعريف المحل

يُميّز الفقه بين محل العقد و هو: " العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها كالبيع أو الإيجار أو القرض أو الوديعة ...". و بين محل الالتزام و هو: " ما تعهّد به المدين سواء بمنح شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل".²

والأمر هنا يتعلق بمحل الالتزام لأنّ العقد ليس له محلّ في الحقيقة، و إنّما يُرتّب التزامات و هي التي لها محل، فلفظ محلّ العقد غير صحيح إنّما استعمل من باب إيجاز الحذف لأنّ المقصود بتلك العبارة هو " محل الالتزام الناشئ عن العقد" وبالتالي نقول مباشرة محل العقد، فمحلّ العقد إذا هو ما التزم به المدين وما يطالب به الدائن.³

المطلب الثاني: شروط المحل

يشترط في المحل أن يكون موجودا أو قابلا للوجود أو أن يكون ممكنا هذا الشرط الأول أما الشرط الثاني أن يكون معينا أو قابلا للتعيين أما الشرط الثالث و الأخير هو أن يكون مشروعا أي مما يجوز التعامل فيه.

¹ و منها ما نص عليه المشرع الجزائري ضمن المادة 415 المتعلقة بعقد المقايضة الذي تسري عليه نفس أحكام عقد البيع و أيضا ما جاء في المادة 732 المتعلقة بقسمة الشركاء المال الشائع على أنه : " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة. " .

² أنظر أكثر تفصيلا: رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 143، و يرى في ذلك المؤلف أن " محل العقد هو مجموع الالتزامات الناشئة عنه أو هو على الأقل محل الالتزامات الرئيسية فيه...".

³ علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 219، أنظر أيضا:

A.Benchneb , Théorie générale du contrat, Office Publication Universitaire,1982, p69

فرع 1: اشتراط وجود المحل أو قابلية وجوده أو إمكانيته

إذا كان محل الالتزام منح أي إعطاء شيء (أي نقل حق عيني) obligation de donner يجب هنا أن يكون المحل أي هذا الشيء موجودا أو قابلا للوجود.

أما إذا كان محل الالتزام هو القيام بفعل أو الامتناع عنه Obligation de faire ou de ne pas faire يجب أن يكون هنا المحل ممكنا.¹

1- المحل موجودا أو قابلا للوجود (المحل المستقبلي)

يجب أن يكون محل الالتزام موجودا قبل إبرام العقد أو أثنائه فعدم وجوده يحول دون إبرام العقد لتخلف ركن المحل، و بالتالي فالعقد باطل بطلانا مطلقا لانعدام المحل.

غير أنه يمكن أن يكون المحل محتمل الوجود مستقبلا، كما رأينا في العقود الاحتمالية، وهذا ما قضت به المادة 92/ف 1 ق م ج " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا".

فالتعامل في الأشياء المستقبلية جائز ما دامت ممكنة الوجود، كما لو باع فلاح منتوجاته قبل أن تتضح أو أن يبيع مصنع السيارات أو الألبسة ما ينتجه من سلعة خلال سنة أو أكثر حسب الطلب...

وقد أورد المشرع استثناء من جواز التعامل في الأشياء المستقبلية، وهو عدم جواز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة وهذا ما قضت به المادة 92/ف 2: " غير أن التعامل في تركة الإنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون" وعلة منع التعامل في تركة الإنسان على قيد الحياة تكمن في مخالفة ذلك للنظام العام والآداب العامة لما يتضمنه من مضاربة على حياة المورث و الاستعجال في موته هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد يموت الوارث أو الموصى له قبل موت المورث أو الموصي.²

¹ هذا ما يفسر صياغة هذا الشرط على شاكلته أعلاه إذ يجب أن لا نكتفي بوجود المحل أو قابلية وجوده بل أيضا إمكانيته أي أن يكون الالتزام بفعل أو الامتناع عن فعل ممكنا لا مستحيلا (l'objet possible)

² أنظر أكثر تفصيلا: بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات التشريعية...دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، من ص 270 إلى ص 274

أنظر أيضا: بلحاج العربي أحكام التركات و المواريث في قانون الأسرة الجزائري، دار الثقافة' عمان، الأردن، ط 2012، ص 101 و 102.

2- **المحل ممكن:** إذا كان الالتزام هو القيام بعمل أو الامتناع عنه فهذا يقتضي أنه يجب أن يكون ممكنا l'objet possible وهذا ما قضت به المادة 93 ق م ج " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان باطلا بطلانا مطلقا".

إذ يجب أن نُميّز هنا بين الاستحالة النسبية l'impossibilité relative والاستحالة المطلقة l'impossibilité absolue، فالاستحالة النسبية لا تمنع قيام العقد فهي ترجع لاعتبارات شخصية تخص المتعاقد وحده كعدم قدرته على القيام بما تعهد به من عمل لمرضه أو لنقص خبرته ومعارفه، كالالتزام مقاول بتشييد مشروع بناء ثم عجز عن ذلك لأن المشروع يتعدى حدود خبرته الفنية، فقد استحال عليه القيام بما تعهد به شخصيا لكن قد يلجأ الدائن إلى تنفيذ العقد عند الغير على نفقة المدين المقاول.

أما الاستحالة المطلقة فهي التي تمنع قيام العقد تماما، وهي التي تجعل تنفيذ العقد غير ممكن للملزم به و لغيره، كالالتزام طبيب القيام بعملية جراحية لمريض تبين أنه قد تُوفّي قبل قيام العقد، و الاستحالة هنا طبيعية، و قد تكون قانونية كالالتزام المحامي برفع الاستئناف عن حكم صادر نهائيا لفوات مدة الاستئناف¹.

فرع 2: اشتراط تعيين المحل أو قابليته للتعيين :

I'objet doit être déterminé ou déterminable.

إنّ تعيين محل الالتزام لا بد منه حتى يُدرك المتعاقدان ما هو مُطالب منهما من خلال العقد.

ويكون المحل معيّنا إذا حُدّد تحديدا كافيا لبيان عناصره ومضمونه، وهنا نميّر بين كيفية تعيين الأشياء المعيّنة بالذات أي القيميات وبين المثليات وأيضا كيفية تعيين النقود.

1- الأشياء المعيّنة بالذات corps certain: أي القيميات وجب تحديدها بواسطة وصفها على وجه يميّزها عن غيرها، بحيث يجب أن يكون وصفها بتعبير واضح نافيا للجهالة²، فإذا كانت عقارا يجب تحديد موقعه، حدوده و مساحته... وإذا كان منقولا يجب ذكر مواصفاته وتعيينها تعيينا دقيقا فإذا كانت سيارة مثلا يجب تعيين صنفها وتاريخ صنعها وترقيمها ولونها و طاقتها ...

¹ أنظر أكثر تفصيلا: بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري... المرجع السابق، ص 275 إلى 278.

أنظر أيضا: علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق ص 230 و 231.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 212 . أنظر أيضا: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 114.

2- **تعيين الأشياء المثلية:** أي ليست معينة بذاتها وجب تعيين نوعها (son espèce) ومقدارها¹ (sa quantité) وهذا ما قضت به المادة 94 في فقرتها الأولى: "يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره".

فإذا لم يعيّن المتعاقدان المقدار وكان في العقد ما يمكن استخلاص هذا المقدار جاز تعيين النوع فقط، كأن يتفق مسؤول مطعم مدرسي يحوي 200 تلميذاً مع مؤرّد العصير على أن يُؤمّله كل يوم للغذاء بعلب العصير للتلاميذ، فالعقد لم يتضمّن عدد أو مقدار علب العصير لكنّه تضمّن عناصر تحديداً للمقدار

و إذا لم يتفق طرفا العقد على درجة الجودة (la qualité) ولا يمكن استخلاصها، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط كما أشارت إليه المادة 94: "... و إذا لم يتفق الطرفان على درجة الشيء، من حيث جودته و لم يمكن يتبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط".

3- **تعيين النقود:** إذا كان الشيء محل الالتزام نقوداً (obligation monétaire) وجب تعيين مقدارها، و يجب احترام العدد النقدي المحدّد في العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي تأثير، وهذا ما نصت عليه المادة 95 ق م ج: "إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير".

فرع 3: اشتراط مشروعية المحل (l'objet doit être licite):

بالإضافة إلى الوجود والتعيين، يجب أن يكون المحل مشروعاً وهذا ما قضت به المادة 93 ق م ج من خلال العبارة التالية "... أو مخالفاً للنظام العام والآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً".

تتمثّل مشروعية المحل في قابليته لتعامل و في عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة، فيُطل العقد بطلاناً مطلقاً إذا انصب على شيء غير قابل للتّعامل سواء بطبيعته أو بحكم القانون.

فتكون الأشياء خارجة عن دائرة التّعامل بطبيعتها كأشعة الشمس أو مياه البحر أو رمالها أو الهواء، إذ لا يمكن الاستئثار بها في مجموعها، إلا إذا تحصّل على ترخيص بذلك¹، كاستغلال أشعة الشمس لإنتاج الكهرباء بالطاقة الشمسية، أو كاستغلال المياه المعدنية وبيعها.

¹ نص المشرع في المادة 94 بالفرنسية ا مصطلح « quotité » الذي يعني بالعربية "حصّة نسبية" بينما استعمل مصطلح مقدار باللغة العربية و الذي يقابله بالفرنسية « quantité » وهذا هو الأصح.

و قد تكون الأشياء غير قابلة للتّعامل فيها بطبيعتها وبحكم القانون، كالتّعامل في جسم الإنسان وفق مبدأ حرمة الجسد و معصوميته (principe de l'intégrité corporelle).²

فالمحل يقتضي أن لا يكون منافيا للنفع العام، كالتعامل في الأملاك الوطنية مثل الجسور و الأنفاق والسكك الحديدية³ ، كما يقتضي الأمر أن لا ينصبّ التّعامل أيضا على ما هو ممنوع قانونا سواء كان محل الالتزام هو منح شيء أو فعل أو عدم فعل، كالتّعامل في المخدرات، أو كالقيام بعمليات الإجهاض لغير الدواعي العلاجية كما قضت به الأحكام الخاصة بالمخدرات⁴ و أحكام الإجهاض في قانون العقوبات⁵

المبحث الثالث: السبب الركن الثالث في العقد La cause

لقد تناول المشرّع الجزائري السبب في المادتين 97 و 98 تحت رقم 2 مكرّر بعنوان السبب و الذي استحدثه بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، وبذلك فقد تدارك ما كان عليه الوضع باعتبار أنّ المادتان 97 و 98 كانتا مُدرجتين ضمن المحل في حين أنّ المحل والسبب ركنان مستقلان عن بعضهما البعض، ويمكن أن يتمّ التمييز بينهما بسهولة و ذلك بالإجابة على السؤالين التاليين:

- بماذا التزم المدين ؟ وهنا نقصد محلّ التزام المدين من خلال العقد .

- لماذا التزم المدين ؟ وهنا حتما نقصد سبب التزام المدين من خلال العقد أيضا⁶

و السبب ركن أساسي في العقد، وهو ما ينظر إليه المتعاقد من خلال العقد أو هو الغرض الذي يقصد تحقيقه والوصول إليه عن طريق العقد وقد مرّت نظرية السبب بتطور طويل حيث كانت موضع خلاف لدى الفقه فتنازعا فريقان، يأخذ أحدهما بالسبب القسدي و هم أصحاب النظرية التقليدية للسبب

¹ راجع نص المادة 682 من ق.م.ج

² جسم الإنسان كلا متكامل بكل أعضائه هو من الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها بطبيعتها و بحكم القانون إذ لا يمكن بتاتا أن تكون محلا للحقوق المالية أنظر أكثر تفصيلا أحلوش بولحبال زينب ، حرمة الجسد و العمل الطبي بين الشريعة الإسلامية و القانون، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون تخصص قانون خاص ، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق، سنة 2015.

³ راجع نصا المادتين 688 و 689 من القانون المدني الجزائري.

⁴ راجع القانون 18/04 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها ج ر عدد 83 المؤرخة في 26 ديسمبر 2004.

⁵ راجع النصوص المتعلقة بجريمة الإجهاض القسم الأول من الفصل الثاني من قانون العقوبات الصادر بموجب الأمر 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المعدل و المتمم.

⁶ علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع لسابق، ص 243.

بينما يأخذ الآخر بالسبب الدافع للتعاقد وهم أصحاب النظرية الحديثة لذلك سوف نعرض إلى مفهوم السبب لدى كلا النظريتين باختصار شديد ثم نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري.

المطلب الأول: النظرية التقليدية في السبب

يرى أنصارها وعلى رأسهم الفقيه (دوما Domat) في القرن 17¹، أنّ السبب كركن من أركان العقد هو الغرض المباشر (القريب)، أي السبب القصدي الذي يسعى إليه المتعاقد من وراء تعاقدته. فحسب هذه النظرية فإنّ العقد قد يكون له دوافع متعدّدة، أمّا الالتزام فليس له إلاّ سبب واحد لا يتغيّر بالنسبة للنوع الواحد من الالتزام.²

ففي عقود المعاوضة إذا حسب هذه النظرية التقليدية، فإنّ سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر، إذ نجد في عقد البيع مثلا سبب التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن، و سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية و تسليم المبيع.

أمّا في العقود الملزمة لجانب واحد فالعقود الرضائية منها سبب الالتزام فيها هو إتمام العقد الموعد به، كعقود الوعد بالبيع أو الإيجار، أمّا العينية فالسبب فيها هو التسليم، كعقود الوديعة والعارية. أمّا في عقود التبرع كالهبة فسبب الالتزام هو نية التبرع.

وتشترط هذه النظرية أن يكون السبب موجوداً، إذ تقضي بأن الالتزام لا يُنتج أيّ أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب، وإضافة إلى ذلك تشترط هذه النظرية أن يكون الالتزام صحيحاً، أي غير صوري كعقد هبة عقار الذي يُخفي عقد بيع وذلك للتهرب من رسوم بيع العقارات. إضافة إلى هذان الشرطان تضيف هذه النظرية شرط ثالث وهو أن يكون السبب مشروعاً فلو تعهّد شخص بدفع مبلغ من المال إلى شخص آخر مقابل قيامه بارتكاب جريمة كان التزامه باطلا لعدم مشروعية السبب.

¹article de Jehan de MALAFOSSE , Le restaurateur de la raison , Domat jean « 1625-1696 »
Encyclopædia Universalis en ligne, [URL:http://www.universalis.fr/encyclopedie/jean-domat](http://www.universalis.fr/encyclopedie/jean-domat) consulté le16/12/2019 à 22 :30

- أنظر أكثر تفصيلا النظرية التقليدية للسبب في مرجع عبد الرزاق السنهوري، الوسيط... الجزء الأول المرجع السابق، ص-ص 469 إلى 492

² أنظر رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص154.

و من كل هذا ترى هذه النظرية التقليدية للسبب أنه في كل نوع من أنواع العقود فهو واحد لا يتغير بتغير المتعاقدين و لا علاقة له بدوافعهم و بواعثهم التي تتغير بتغير الأشخاص، أي أنّ سبب التزام المتعاقد موضوعي لا عبرة فيه لنوايا المتعاقد الملتزم في العقد¹

واجهت هذه النظرية انتقادا عنيفا من طرف خصومها على رأسهم (بلانيول Planiol²) في الفقه الفرنسي والدكتور الفقيه عبد الرزاق السنهوري في الفقه العربي³.

المطلب الثاني: النظرية الحديثة في السبب

إنّ هذه النظرية لا تقف في تحديد السبب عند السبب المباشر والقصدي ولكنها تحدده في الباعث الدافع إلى التعاقد، إذ يتمثل السبب في الاعتبارات الشخصية و النفسية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد وهي تختلف باختلاف الأشخاص و تكون العبرة بالدافع الرئيسي الذي لولاه لما أقدم المتعاقد على إبرام العقد⁴

يتميز الباعث لدى النظرية الحديثة بأنه أمر شخصي نفسي يتعلق بنوايا المتعاقدين فمثلا: إيجار محل من طرف شخص تمّ استغلاله في القمار فما مآل عقد الإيجار ؟ أو بالأحرى فيما يتمثل سبب الالتزام في هذا العقد؟

لو أخذنا بالنظرية التقليدية أي نظرية السبب القصدي، فإنّ سبب التزام المؤجر هو التزام المستأجر بدفع بدل الإيجار، و سبب التزام المستأجر هو محل التزام المؤجر المتمثل في تسليم العين المؤجرة للانتفاع بها، هذا في ما ذهب إليه أصحاب النظرية التقليدية، فالعقد إذا صحيح لأنّ سببه موجود وصحيح و مشروع .

لكن لو رجعنا إلى الباعث الدافع، أي لنوايا المتعاقدين نجد أن نية المستأجر هي إعداد المحل المؤجر للقمار فالأمر غير مشروع بمفهوم النظرية الحديثة، فالعقد إذا باطل بطلان مطلق.

¹ أنظر أكثر تفصيلا: بلحاج العربي، نظرية العقد... المرجع السابق، ص 300 و 301

² Planiol (M) et Ripert (G) , Traité pratique de droit civil Français de Planiol.M et Ripert.G, Sirey , Paris, 1952

Voir aussi :Maury (M) , Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, Revue internationale de droit comparé, Vol. 3 N°3, Juillet-septembre 1952. pp. 485-516.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط... الجزء الأول المرجع السابق، ص 517 تحديدا و ما يليها أين يظهر موقفه واضحا من النظريتين التقليدية التي ينتقدها و النظرية الحديثة التي يزكّيها و يجعل منها وحدها تغني عن غيرها حيث يكتفى بها كنظرية للسبب .

⁴ عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 497 الفقرة 282 *السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد...*

و حسب النظرية الحديثة فالباعث يتغير باختلاف الأشخاص وتصرفاتهم القانونية، فقد يقترض شخص نقودا لأجل تلبية حاجيات عائلته، وقد يقترضها لأجل اقتناء المخدرات أو من أجل القمار. والشّروط الوحيد لدى النظرية الحديثة الذي يجب توافره في السبب هو المشروعية، حيث يجب أن يكون السبب مطابقاً للنظام العام الأخلاقي، الأدبي، الاقتصادي، الاجتماعي...¹ ولا تهتمّ هذه النظرية بوجود السبب أي الباعث، إذ أنّها لا تتصوّر تصرفات قانونية بدون دافع أو باعث إلاّ بالنسبة لتصرفات عديمي الإدراك و التمييز فهي ترى أنّها باطلة حتما.

غير أن النظرية اهتمت بمشكلة صحة السبب باعتبار أن الصورية قد يلجأ إليها لإخفاء سبب غير مشروع.²

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من نظرية السبب

بماذا أخذ المشرع الجزائري هل بالنظرية التقليدية في السبب أم أنه اعتمد النظرية الحديثة؟ يمكن لنا استخلاص موقف المشرع الجزائري من خلال الشروط التي يخضع لها السبب وذلك بمقتضى نصا المادتين 97 و98 ق.م.ج السالف ذكرهما.

يتبين أنّ المشرع الجزائري يؤكّد على مشروعية السبب من خلال نص المادة 97 ق م ج: " إذ التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً ".
أمّا المادة 98/ ف1 فهي تقضي بأنّه: " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يعم الدليل على خلاف ذلك ".

إذ نرى أنّ المشرع يفترض أنّ لكل التزام سببا مشروعاً وهذا يذكّرنا بموقف النظرية الحديثة التي تشترط المشروعية وترى أنّه لا يمكن تصوّر أن لا يكون للالتزام سبب.

¹ النظام العام " مجموعة النظم و القواعد التي يقصد بها المحافظة على حسن سير المصالح العامة للدولة و إلى ضمان الأمن و الأخلاق في المعاملات بين الأفراد حيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في انقاداتهم... أنظر أكثر تفصيلاً: علي فيلاي ، مقدمة في القانون ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر 2008 ، ص 106.
أنظر أيضاً: رابيس محمد، مدى أثر مبدأ النظام العام و الآداب الحميدة على العقد المدني، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق جامعة تلمسان العدد 5 لسنة 2008 ص85.

² أنظر أكثر تفصيلاً: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط... الجزء الأول المرجع السابق، ص-ص 524 إلى 531

وتقضي أيضا الفقرة الثانية من المادة 98/ ف2 ق.م.ج أنه: " يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدّعي أن الالتزام سبب آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه ".
السبب.

فالعبرة إذا بمشروعية السبب لا بوجوده، مما يفيد أن المشرّع الجزائري قد أخذ بالنظرية الحديثة في السبب.

لكن لو رجعنا إلى نص المادة 97 ق م ج باللغة الفرنسية نجده يشترط من جهة الوجود ومن جهة أخرى المشروعية وذلك كما يلي:

« Le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs »

وفي ذلك نلاحظ أن المشرّع الجزائري قد أخذ بكلا النظريتين، التقلّيدية و الحديثة و هذا التّعاض حتما بين النصين راجع في ذلك إلى أنّ المشرّع الجزائري قد نقل حرفيا نصا المادتين 1131 و 1133 من القانون المدني الفرنسي، غير أنّ العبرة حسب رأينا هنا بالنص العربي الذي يولي المشروعية كشرط أساسي للسبب، في حين أنّه يفترض أنّ لكل التزام سبب مشروع، و هذا حتما يجعلنا نقول أن المشرّع الجزائري قد وضع قرينة قانونية بسيطة يفترض بمقتضاها أنّ للعقد سبب حقيقي و مشروع إلا إذا ثبت عكس ذلك¹.

المبحث الرابع: الشكلية: الركن الرابع في العقود الشكلية

La formalité du contrat

إنّ اشتراط الشكلية في العقود هو حالة استثنائية، إذ أنّ المشرّع الجزائري جعل الرضائية في العقود هي الأصل وبتبيين ذلك من خلال تطرّقه لركن التراضي ضمن نص المادة 59 ق م ج: " يتمّ العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية ".
فالقانون قد لا يقتصر على تحديد مضمون العقد فقط بل قد يتعدّاه إلى تحديد الوسيلة أو الشّكل الذي يجب أن يتمّ فيه هذا العقد.

وهذا ما سنوضّحه من خلال التّطرق إلى تعريف الشكلية وتحديد أنواعها وأيضا تبيان صورها.

¹ بلحاج العربي، نظرية العقد...، المرجع السابق، ص 315.

المطلب الأول: تعريف الشكلية:

عندما لا يكفي التراضي في بعض العقود يشترط المشرع بنص خاص شكلية معينة يجب أن يفرغ فيها العقد أي أن يتم إبرامه وفق الشكل المطلوب قانونا و بالتالي فالشكلية إذا هي مختلف الإجراءات التي يشترطها القانون في التصرف القانوني، الغرض منها في الغالب هو حماية المتعاقدين و توجيههم و إعلام الغير وفق ما يفرضه القانون¹

المطلب الثاني: أنواع الشكلية

كما بيناه فإن الشكلية نوعان: مباشرة و غير مباشرة

فالشكلية المباشرة أو ما يسمى بشكلية الانعقاد، التي قد يشترطها القانون في بعض العقود دون الأخرى كركن لإبرام العقد و انعدامها يُرتب انعدام العقد أي بطلانه بطلانا مطلقا.

أما الشكلية غير المباشرة وهي مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد، لتحقيق أغراض مختلفة وهي لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني فلا تؤثر على صحته، و لكن قد تحدّ من فعاليته ونفاذه.²

فرع 1: الشكلية المباشرة (الركن في العقد)

أو ما يسمى بشكلية الانعقاد وهي الوسيلة أو الطريقة أو الإجراء القانوني الذي يتم به تحقيق مضمون التصرف القانوني أي قيام العقد، حيث يتوقف إبرامه على هذا الإجراء، أو بعبارة أخرى الشكلية المباشرة هي ركن رابعا في العقد الشكلي تُضاف إلى الأركان الموضوعية وهي التراضي، المحل و السبب التي يتكوّن بها العقد، فالشكلية المباشرة شأنها شأن الأركان بتخلّفها لا يمكن إبرام العقد و لا يمكن قيامه ولا يكفي فيه التراضي باعتباره عقدا شكليا .

وقد تتمثل هذه الشكلية في الكتابة، و التي قد تكون بدورها عُرفية أو رسمية، أو قد تكون هذه الشكلية تتمثل في حضور شهود لإبرام العقد أو اشتراط إبرامه في ظرف معيّن أو زمن معيّن .. وغير ذلك من الإجراءات الشكلية التي قد يشترطها القانون لانعقاد العقد، وسوف نركّز على الكتابة باعتبار أنّها من الشكليات المتداولة لإبرام بعض العقود الشكلية في القانون.

¹ بلحاج العربي، نظرية العقد...، المرجع السابق، 318

² لحو خيار غنيمّة، نظرية العقد، بيت الأفكار للنشر و التوزيع، الجزائر، ط 2018، ص 105 و 106.

و الكتابة كما نصّت عليها المادة 323 مكرّر من القانون المدني هي تسلسل حروف أو رسوم أو أشكال أو رموز مختلفة ذات دلالة للتعبير عن معنى من المعاني المفهومة¹ وهذه الكتابة نوعان: رسمية أو عرفية

1- الكتابة الرسمية: لقد عرّفت المادة 324 ق م ج العقد الرّسمي بأنّه: " عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه ".

طبقاً لهذا النصّ فإنّ الرّسمية في العقود يجب أن تتم وفق ثلاثة شروط وهي: محرّر العقد، اختصاصه والشكل القانوني الواجب توافره.

يجب أن يكون إذا محرّر العقد الرّسمي، موظفاً أو ضابطاً عمومياً أو شخصاً مكلفاً بخدمة عامة، فالموظّف هو الذي يخضع للقانون الأساسي العام للتوظيف العمومي الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيفة العمومية²

وهو يشمل كل الأعوان المرسمين في التوظيفة العمومية، كالقضاة وأعوان الأمن والدبلوماسيين والقنصليين وكلّ المستخدمين في وضعية تنظيمية وليست عقدية مع إداراتهم³.

أمّا الضابط العمومي فهو الشخص الذي له صلاحية التصديق و إعطاء الصبغة الرّسمية للوثائق والعقود، كرئيس البلدية بصفته ضابط الحالة المدنية، و أيضاً الشخص المكلف بالخدمة العامة، فهو من الممارسين الخواص يتقاضى أتعابه من ذوي الشأن، لكنّه يساهم في تسيير المرافق العمومية كمرفق القضاء مثل: المحضرين والمحامين والموثقين، ويتولى القانون تنظيم هذه المهنة⁴.

¹ المادة 323 مكرّر ق م ج: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها. "

² الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للتوظيفة العمومية، ج ر عدد 46 المؤرخة في 16 يوليو 2006.

³ انظر المادتين 4 و 7 من الأمر 03/06 المذكور سابقاً.

⁴ الضابط العمومي هو كل من منحه المشرع هذه الصفة وخولت له الدولة جزء من صلاحياتها في مجال معين، بحيث تعتبر المحررات الصادرة عنه و الممهورة بختم رسمي، كأنما صدرت من الدولة مباشرة، ويستوي أن يعمل هذا الضابط العمومي لحسابه الخاص أو لحساب الدولة و نجد في هذا الصدد عدة نصوص قانونية تنظم مهنة باعتباره مهنة الضابط العمومي كمهنة المحضر القضائي ضمن القانون رقم 03/06 و مهنة الموثق ضمن القانون رقم 02/06 المؤرخين في 20/02/2006 ج ر عدد 14 المؤرخة في 08 مارس 2006 ، مهنة الترجمان العمومي ضمن الأمر رقم 13/95 المؤرخ في 11 مارس 1995 ج ر عدد 17

أما بالنسبة للاختصاص من الضروري و الطبيعي أيضا أن يتقيد الشخص المؤهل بإضفاء الرسمية بحدود اختصاصه و لا يتعداها، فإذا كانت صلاحياته لا تسمح له بتحرير العقود الرسمية أو بتحرير عقود محدّدة فلا يجب أن يتعدى هذه الحدود، إذ يلتزم باختصاصه النوعي الذي يحدّد له العقود التي يمكن له تحريرها، هذا من جهة ومن جهة أخرى يراعي في مهامه، الاختصاص المحلي أي الحدود الإقليمية لممارسة مهامه¹

أما بالنسبة للشكل القانوني فبالإضافة إلى صفة محرر العقد واختصاصه بنوعيه المحلي والنوعي، فإنّ المادة 324 ق م ج اشترطت أيضا أن يتمّ تحرير العقود الرسمية وفق الأشكال القانونية التي يفرضها القانون، و على سبيل المثال فقد تضمّنت المادة 26 من القانون 02/06 المتضمّن مهنة التوثيق بعض الشروط الشكلية لتحرير العقود التوثيقية، والتي تجعل العقد باطلا إذا لم تُحترم كشرط اللغة العربية، و شرط الوحدة و الوضوح للعقد، و شرط أيضا كتابة المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف و شرط التوقيع والمصادقة على العقود ... وغيرها مما جاء في نص المادة 26 السالف ذكرها².

وقد نصّت المادة 324 مكرر 1 على العقود الرسمية التي يجب إفرادها في شكلية رسمية وهي:

- العقود المنصّبة على العقارات (بيع، رهن، هبة ...)
 - العقود المنصّبة على المحلّات التجارية أو الصناعية.
 - العقود المتضمّنة التنازل عن أسهم في شركة أو حصص منها.
 - الإيجارات الزراعيّة أو التجاريّة أو عقود تسيير المحلّات التجاريّة أو المؤسسات الصناعيّة.
- فعدم احترام الشكلية الرسمية إذا اشترطها القانون كركن في العقد يجعله باطلا بطلانا مطلقا، شأنها شأن الأركان الأخرى للعقد التراضي، المحل و السبب. باعتبار أن الشكلية الرسمية تقررت لحماية المتعاقدين و لمراقبة المعاملات بين الأفراد³

المؤرخة في 29 مارس 1995 و مهنة محافظ البيع بالمزاد بموجب القانون رقم 07/16 المؤرخ في 03 أوت 2016 ج ر عدد 46 المؤرخة في 03 أوت 2016...

¹ القاضي مختص مثلا في عقود الكفالة، ضابط الحالة المدنية في عقود الزواج، الموثق في العقود المنصبة على العقارات...

² ورد نص المادة 26 ضمن الفصل الخامس من الباب الأول من القانون 02/06 بعنوان "أشكال العقود التوثيقية و مضمونها "

باعتبار أن عدم احترام هذه الأشكال و مضمونها يجعل هذه العقود باطلة بالعبارة التالية "...تحت طائلة البطلان ..."

³ أنظر أكثر تفصيلا: علي فيلالي، العقود الخاصة، البيع، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2018، ص170 إلى 175.

2- الكتابة العرفية:

لقد تناول المشرع الجزائري العقد العرفي، من خلال نص المادة 327 ق م ج وحاول إعطائه مفهوماً أوضح بتعديله للقانون المدني بموجب القانون 10/05 لـ 20 يونيو 2005، إلا أنه بقي يعتري مفهوم الكتابة العرفية بعض اللبس باعتبار أن النص باللغة العربية يجعل الكتابة بخط المتعاقد أمراً اختياريًا بينما النص الفرنسي يعتبرها ضرورية¹

فقد جاء في نص المادة 327 كما يلي: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ... ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

فبإلقاء نظرة على هذا النص نلاحظ أنه يشترط الكتابة بخط المتعاقد وقد يصعب تحقق هذا الشرط في بعض العقود من بينها العقود التبادلية التي تُرتب التزامات على كلا المتعاقدين، حيث يقتضي ذلك تحرير العقد في نسختين أصليتين، وهذا غير وارد في النص القانوني هذا من جهة، من جهة أخرى قد يتعذر على المتعاقد الأمي الكتابة و القراءة ، و بالنسبة أيضا للتعاقد بواسطة وكيل فالوكيل هو الذي يباشر عملية التعاقد و ليس الأصل.

نستنتج إذاً أنه يمكن الاستغناء عن شرط الكتابة بخط المتعاقد والاكتفاء بالتوقيع أو البصمة أو التوقيع الإلكتروني.

فالتوقيع هو أمر أساسي وجوهري في العقد العرفي، وانعدامه يعني انعدام العقد العرفي، و التوقيع يعني الإمضاء و هو علامة يتميز بها صاحبها ويُفهم منها قبوله ما ورد في الورقة.

لكن قد يتعذر على الشخص التوقيع لأسباب ما فإنه بإمكانه استعمال البصمة *l'empreinte digitale*، فبصمات الأشخاص قد ثبت علمياً أنها تختلف و لا تتشابه فهي أيضا علامة مميزة للشخص عن غيره.²

وقد ظهرت أيضا وسيلة أخرى للتوقيع وهي التوقيع الإلكتروني الذي أقره المشرع الجزائري بموجب القانون 10/05 لـ 20 يونيو 2005 المتضمن تعديل القانون المدني وذلك ضمن نص المادة 327 ق.م.ج التي تحيلنا لنص المادة 323 مكرر 1¹

¹ Article 327 du code civil algérien : « l'acte sous-seing privé est réputé émanée de la personne à qui sont attribuées l'écriture, la signature ou l'empreinte digitale ... ».

² أنظر أكثر تفصيلا: علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص-ص 302 إلى 306.

فرع 2: الشكلية غير المباشرة

تتمثل هذه الشكلية في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد لأغراض مختلفة، فهي لا تؤثر في صحة العقد، إذ أنّ تخلفها أو عدم احترامها لا يجعله باطلا كما هو الشأن بالنسبة للشكلية المباشرة بل يحدّ فقط من فعالية التصرف القانوني وقد يحدّ أيضا من نفاذه. وهذه الشكلية قد تتعلق بالشكلية للإثبات أو للإشهار أو للإجراءات الإدارية الجبائية كالتسجيل.

1- شكلية الإثبات: La preuve إنّ كان بإمكان إثبات الوقائع القانونية بكافة وسائل وطرق الإثبات كالكتابة، الشهادة، البيّنة، القرائن، فإنّه لا يمكن إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على 100.000 دج إلا بواسطة محرّرات مكتوبة عرفية أو رسمية وهذا ما قضت به المادة 333 ق م ج. فهذه الشكلية قد اشترطها القانون لإثبات التصرف فإذا تخلفت لا تعدم التصرف وإنما تجعل الدائن في وضع يصعب عليه إثبات وجود التصرف.²

2- شكلية التسجيل والشهر L'enregistrement et la publication

يعدّ إجرائي التسجيل والشهر شكلية غير مباشرة حيث لا يؤثران في صحة العقد و إنّما يحدّان من نفاذه، لاسيما بالنسبة لغير المتعاقدين وتسمى هذه الشكلية بشكلية النفاذ.

فالتسجيل إجراء قانوني إلزامي في بعض العقود، لاسيما منها العقود الرسمية، والغرض منه هو التحصيل الجبائي لصالح خزينة الدولة. ويتم ذلك لدى مكاتب التسجيل التابع لها مكاتب التوثيق إقليميا، والعقود أنواع منها ما يخضع لرسم تسجيل ثابت ومنها ما يخضع لرسم تسجيل نسبي.³

أمّا الشهر فهو إجراء قانوني يشترطه القانون والغرض منه نفاذ العقود في مواجهة الغير l'opposabilité¹، عن طريق الإعلام بوجود العقد⁴، وقد نُشهر العقود لدى مصالح متعدّدة بحسب

¹ وقد تدارك الوضع أيضا المشرّع الجزائري وذلك بإصدار للقانون المتضمن القواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين. القانون 04/15 المؤرخ في أول فبراير سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر عدد 6 المؤرخة في 10 فبراير سنة 2015.

² بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني...، المرجع السابق، ص 326 و 327.

³ تخضع إجراءات التسجيل للأمر رقم 105/76 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل المعدل و المتمم، ج ر عدد 81 المؤرخة في 18 ديسمبر 1977

⁴ أنظر الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ج ر عدد 92 المؤرخة في 18 نوفمبر 1975

طبيعة العقد من بينها مصالح الشَّهر العقاري أو ما يسمى بالمحافظات العقارية، وذلك لغرض تحديد الوضعية العقارية للعقارات في ظل نظام الشَّهر العيني، إذ يحمل كلَّ عقار بطاقة تتضمَّن وتُبيِّن تداول الحقوق العينية المرتبطة بالعقار، إذ تحتوي هذه البطاقة العقارية على كلِّ المعلومات المرتبطة بالعقار كطبيعته، مساحته، مالكه، الحقوق والأعباء المرتبطة به...¹

المادة 15 من هذا الأمر تنص على أنه: "كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلّق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية...".
¹ انظر المادة 13 من نفس الأمر: "... يجب أن يتضمّن وصف العقارات أو الحقوق العينية الأخرى المقدمة للإشهار يجب أن يتضمّن
1- وصف العقارات العينية بالاستناد إلى مخطط مسح الأراضي، 2- هوية وأهلية أصحاب الحقوق، 3- الأعباء المثقلة بها هذه العقارات...".

الفصل الثالث: بطلان العقد و قابلية إبطاله في القانون المدني الجزائري

La nullité absolue et la nullité relative du contrat dans le code civil Algérien

لقد تناول المشرع الجزائري أحكام بطلان العقد وقابليته للإبطال ضمن المواد 99 إلى 105 من القانون المدني في القسم الثاني مكرر بعنوان إبطال العقد وبطلانه وقد أضفى تعديلات لبعض نصوصه بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني وسنتطرق لهذه الأحكام فيما يلي:

المبحث الأول: تعريف البطلان بنوعيه و تحديد من له حق التمسك به

لقد تناولنا فيما سبق، الأركان اللازمة لقيام العقد و أيضا الشروط اللازمة لكلٍ من هذه الأركان، وقد رأينا أنّ كلاً من هذه الأركان والشروط ضرورية لإبرام العقد ولكلٍ منها آثار ترتبها إذا ما تخلّفت، وهذا الأمر هو الذي يجعل العقد إما قابلاً للإبطال أو باطلاً، فما المقصود بذلك ؟
إنّ الإجابة على هذا التساؤل ستكون من خلال التطرق لتعريف البطلان بنوعيه وتبيان من له الحق في التمسك به.

المطلب 1: تعريف البطلان ونوعيه

فرع 1: تعريف البطلان و القابلية للإبطال: بطلان العقد و يقصد به أيضا البطلان المطلق هو الجزء المترتب على تخلّف ركن من أركان العقد أو عدم مشروعية المحل أو السبب. أما القابلية للإبطال و يقصد به أيضا البطلان النسبي وهو جزء تخلّف شرط من شروط صحة العقد، كالعقد الذي يشوبه عيب من عيوب الرضا¹. و سواء لحق العقد البطلان المطلق أو البطلان النسبي فهذا سيؤدي إلى زوال العقد.

وكثيرا ما يحصل الخلط بين البطلان سواء كان مطلقا أو نسبيا مع بعض النظم المشابهة له، لكنّها مختلفة تماما عنه منها عدم نفاذ العقد و أيضا فسخ العقد.

فعدم نفاذ العقد (L'inopposabilité) : مثله مثل العقد الباطل إذ لا يسري في حق الغير، و لا يمكن الاحتجاج به لدى الغير ولهؤلاء أن يتجاهلوه. غير أنّ أسباب البطلان تختلف تماما عن أسباب

¹ أنظر أكثر تفصيلا في تعريف البطلان بنوعيه : عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ... المجلد الأول الجزء 1 المرجع السابق ص-ص

عدم التّفاد إذ أن هذه الأخيرة تتمثّل في الإخلال بإجراءات معيّنة لا تُعتبر ركنا في قيام العقد وإنّما شرطاً لنفاذه مثل ما رأينا فيما يتعلق بالشكّلية غير المباشرة كإجراءات الشّهر العقاري بالنسبة للعقود المنصّبة على العقارات.

أمّا الفسخ (La résolution): فهو و إن كان أيضا يشبه البطلان في كونهما يرتّب كلاهما نفس الأثر وهو زوال الرابطة العقدية بين المتعاقدين، أي زوال كلّ آثار العقد، لكن الفرق الرئيسي بينهما يكمن في الأسباب التي أدت إلى كلّ منهما، حيث يبطل العقد لأنّه لم يستوف أركانه أو شروطه، فهو عقد غير صحيح، أمّا الفسخ فإنّه يرجع إلى عدم تنفيذ عقد صحيح كلياً أو جزئياً، أو تنفيذه بغير ما اتّفق عليه المتعاقدان، فهذا العقد ينشأ صحيحاً مستوفياً لكافة أركانه و شروطه، إلّا أنّه لم يُنفذ بسبب المتعاقدين أو لسبب آخر فيستوجب فسخه^{1*}.

فرع 2: نوعا البطلان

يفهم من نصوص المواد 99 إلى 105 ق م ج التي عالجت البطلان، أنّه نوعان بطلان نسبي (Nullité relative) وبطلان مطلق (Nullité absolue).

1- البطلان النسبي للعقد: العقد الباطل بطلانا نسبيا أو القابل للإبطال أو الإبطال، كما أسماه المشرّع الجزائري، هو يلحق العقد الذي يقوم على جميع أركانه، لكن رضا أحد المتعاقدين مشوّباً بعيب من عيوب الرّضا، كالغلط، التّدليس، الإكراه أو الاستغلال أو قد يكون العقد مُبرما مع ناقصي الأهلية بالنسبة للعقود الدائرة بين النّفع والضرر². وقد يكون العقد قابلاً للإبطال أيضا إذا نص عليه القانون بنص خاص كبيع ملك الغير³.

2- البطلان المطلق للعقد: يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا في الحالات التّالية:

- إذا تخلّف ركن التّراضي لعدم تطابق الإرادتين إيجابا و قبولا، أو كون أحد المتعاقدين فاقدا للأهلية لصغر في سنّه ما دون سن التّمييز (13 سنة كاملة) أو لجنون أو لعته.

¹ أنظر بلحاج العربي، نظرية العقد...، المرجع السابق، ص 332 و 333

*سنتناول بأكثر استقياض مسألة الفسخ لاحقا ضمن هذه المطبوعة.

² راجع هذه المسائل المعالجة سابقا ضمن هذه المطبوعة.

³ المادة 397 من ق م ج: "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات و هو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع و يكون الأمر

كذلك و لو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه.

و في كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع و لو أجازته المشتري"

- تقرّر البطلان المطلق أيضا في حالة تخلف المحل أو السبب، كما لو كان محلّ العقد مستحيلا أو كان سبب الالتزام غير مشروع، أي عند تخلف الشّروط الجوهرية للمحل والسبب.
- إذا لم يستوفي العقد الشّكلية المباشرة القانونية التي اشترطها القانون لانعقاده، كما في حالة التّصرفات القانونية الواردة على العقارات.
- تقرّر البطلان أيضا بالنسبة للعقود التي يبرمها ناقصي الأهلية بدون إذن وليّهم أو وصيّهم، والتي تكون ضارة ضررًا محضًا كإعطائهم الهبات.

- قد تقرّر البطلان المطلق أيضا في بعض الحالات، بموجب نصوص خاصة كالبطلان الذي نصّت عليه المادة 402 ق.م.ج¹ المتعلّق بشراء الحقوق المتنازع فيها من قبل القضاة والمحامين والموتقّين وكتاب الضبط، إذا كان البيع يدخل في اختصاص المحاكم التي يباشرون أعمالهم في دائرتها².

المطلب الثاني: حقّ التمسك بالإبطال و بالبطلان

من له الحقّ في التمسك بالإبطال، أي البطلان النسبي ومن له أيضا الحق في التمسك بالبطلان أي البطلان المطلق ؟

إنّ الالتجاء للقضاء هو المعمول به من الناحية القانونية للحكم ببطلان العقد، سواءً البطلان المطلق أو البطلان النسبي، غير أنّ العقد الباطل بطلانا مطلقا ليس له وجود قانوني، فالقاضي عندما يحكم به فهو يكشف عنه ولا يقرّره، أمّا العقد الباطل بطلان نسبي، فهو عقد في ظاهره صحيحًا و له وجود قانوني و القاضي هو الذي يقرّره إذا طالب به من له الحق في ذلك.

فرع 1: حق التمسك بإبطال العقد: (البطلان النسبي)

العقد القابل للإبطال يتقرّر حق المطالبة بإبطاله لمصلحة أحد المتعاقدين، فهو تقرّر إذا للمصلحة الخاصة، فهو وحده له الحق أن يتمسك به، فإذا كان سبب قابلية العقد للإبطال عيب من عيوب الرضا فإنّ من كان رضاه معيبا هو الذي له حق المطالبة بإبطال العقد لعيب في رضاه، وهذا ما قضت به

¹ المادة 402 من ق.م.ج : "لا يجوز للقضاة، و لا للمدافعين القضائيين و لا للمحامين و لا للموتقّين و لا لكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة و لا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها و إلا كان البيع باطلا".

و أيضا المادة 403 : "لا يجوز للمحامين و لا للمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم من تولوا الدفاع عنها و إلا كانت المعاملة باطلة".

² راجع تفصيل هذه المسائل التي يكون فيها العقد باطلا بطلانا مطلقا و المذكورة سابقا ضمن هذه المطبوعة.

المادة 99 ق م ج: " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق ".

فرع 2: حق التمسك ببطلان العقد (البطلان المطلق)

قوام البطلان المطلق للعقد هي المصلحة العامة، فالعقد الباطل بطلانا مطلقا ليس له وجود من الناحية القانونية، لذا يجوز لكل ذي مصلحة التمسك ببطلانه كما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 102/ ف 1 ق.م.ج: " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان... ". فالمقصود بالمصلحة هنا كل من له حق مشروع يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه، كالدائنين مثلا فمعيار المصلحة يُراد به المصلحة التي تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو ببطلانه و من ثم، فكل من له مصلحة في إبطال العقد يستطيع أن يتمسك بالبطلان¹ .

كما تقرّر أيضا ضمن نص المادة 102/ ف 1 الحق في التمسك بالبطلان المطلق للمحكمة إذ يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه حتى وإن لم يتنازعه المتعاقدان المتخاصمان وذلك بعبارة المادة 102/ ف 1: " ... وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها... " لأن القاضي سيكشف عنه باعتبار أنّ العقد الباطل ليس له وجود قانوني²

المبحث الثاني: انقضاء حق الإبطال والبطلان

تختلف أحكام انقضاء كل من حق الإبطال والبطلان لذا سنعالج كل منهما على حدة كما يلي.

المطلب الأول: انقضاء حق الإبطال

هناك صورتان ينقضي بهما حق التمسك بالإبطال وهما الإجازة والتّقدم وهذا ما نصّت عليه المادتان 100 و 101 على التوالي.

فرع 1: الإجازة La confirmation

الإجازة تصرف قانوني بإرادة منفردة، يعبر فيه المتعاقد الذي تقرّر الإبطال لمصلحته عن رغبته في التنازل عن حقه في التمسك بإبطال العقد باعتبار أنه حق شرع لحماية مصلحته الخاصة، حيث يُمكن له التنازل عنه فيجيز العقد، لكن يُشترط في الإجازة أن يكون العقد قابلا للإبطال فعلا، و أن يعلم المجيز

¹ أنظر أكثر تفصيلا: خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 83.

² خليل أحمد حسن قداد، نفس المرجع، ص 84.

فعلا بالعيب الذي لحق به. وقد تكون الإجازة صريحة، إذا عبّر المجيز صراحة عن قبوله بالعقد رغم علمه بالعيب، كما قد تكون ضمنية عندما يقوم بأي عمل تنصرف إرادته إلى إجازة العقد كما لو قام بتنفيذه.¹

ويترتب على الإجازة زوال حق التمسك بالإبطال ومنه يستقرّ العقد صحيحًا ويرتب كافة آثاره القانونية من يوم إبرامه أي يكون ذلك بأثر رجعي وقد نصت على الإجازة المادة 100 ق م ج كما يلي: " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد...".

أما العقد الباطل بطلان مطلق فلا تلحقه الإجازة لأنه تقرّر للمصلحة العامة فهو من النظام العام، و هو يساوي العدم و بالتالي لا يُرتّب أيّ أثر وهذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 102 ق م ج بالعبارة التالية: " ... ولا يزول البطلان بالإجازة "

فرع 2: التقادم (la prescription)

هو انقضاء الحق في المطالبة به بمرور مدّة حدّدها القانون، فيسقط الحق في المطالبة بإبطال العقد القابل للإبطال يمضي أجل حدّده القانون، يختلف بحسب السبب الذي جعل العقد قابلا للإبطال إذ نجد أنّ المادة 101 ق.م.ج جعلت التقادم كما يلي:

(5) **خمس سنوات** من يوم زوال سبب نقص الأهلية بالنسبة لناقصيها ومن يوم اكتشاف الغلط أو التدليس بالنسبة لمن وقع في غلط أو كان ضحية تدليس ومن يوم انقطاع الإكراه بالنسبة للمكروه، غير أنّه وفي جميع الحالات باستثناء حالة ناقصي الأهلية فإنّ حق إبطال العقد يسقط بمضي (10) **سنوات عشر سنوات** من وقت إبرام العقد.²

أمّا عيب الاستغلال فمدته تختلف وهي قصيرة حدّدها الفقرة الثانية من المادة 90/ف2 ق م ج وهي سنة واحدة من يوم إبرام العقد.³

¹ أحمد شوقي عبد الرحمان، إجازة العقد القابل للإبطال في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص24
² المادة 101 من ق م ج: " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال (5) سنوات .

و يبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب و في حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، و في حالة الإكراه من يوم انقطاعه غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت إبرام العقد."

³ المادة 90 / ف2 من ق م ج : " و يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، و ألا كانت غير مقبولة."

المطلب الثاني: سقوط دعوى البطلان

غير أن البطلان المطلق يرد على دعواه التّقديم طبقاً لما جاء في الفقرة الثانية من المادة 102: " وتسقط دعوى البطلان بمُضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد".

فبعد مرور 15 سنة من تاريخ إبرام العقد الباطل بطلان مطلق فإنّه لا يمكن التمسك بدعوى البطلان بسبب سقوطها بالتّقديم. لكن هذا لا يعني أن العقد أصبح صحيحاً، فالمادة 102 تشير إلى سقوط دعوى البطلان وليس حقّ البطلان إذ بإمكان التمسك بهذا الحق في البطلان المطلق للعقد كدفع حيث أنّ لكلّ ذي مصلحة الحق في التمسك به عن طريق إثارته أمام القضاء خلال سير الدعوى كدفع ، على خلاف زوال حق الإبطال بالتّقديم الذي تقرّر للبطلان النسبي كما قضت به المادة 101 من ق.م.ج فإنّه يُسقط الدعوى و يُسقط الحق أيضاً.¹

المبحث الثالث: نتائج أو آثار الإبطال والبطلان

يترتب على الحكم بالبطلان المطلق أو البطلان النسبي زوال العقد، و بالتالي يترتب على ذلك إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد كمبدأ، غير أنّ هناك حالات قد يستحيل فيها تحقّق ذلك وردت بشأنها استثناءات.

المطلب الأول: المبدأ، إعادة المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد

فالمبدأ يقضي بضرورة إعادة المتعاقدان إلى حالتها الأصلية وقد قضت بهذا الأثر المترتب عن إبطال العقد أو بطلانه المادة 103 ق م ج بنصها: " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله... " فإذا بطل العقد يُبطل كلّ ما يترتب عليه، وذلك بأثر رجعي إذ يحو كلّ ما نشأ عن العقد قبل الحكم ببطلانه سواء كان مطلقاً أو نسبياً و أفضل سبيل لإعادة المتعاقدان للحالة الأصلية هو أن يستردّ كلّ منهما ما آذاه عينا للآخر، فالبايع يستردّ المبيع والمشتري يستردّ الثمن وهذا ما يسمى بالاسترداد العيني.²

لكن قد يتعدّر تحقّق ذلك، أي إذا استحال الاسترداد العيني بسبب هلاك الشيء محلّ العقد أو لطبيعة بعض العقود كعقد الإيجار إذ يستحيل فيه ردّ المنفعة من العين المؤجّرة، هنا يمكن الاسترداد عن طريق

¹ المبدأ أن الدفوع لا تتقدم أي لا تسقط بمرور الزمن أنظر في ذلك قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا: ملف رقم 391371، بتاريخ 21 نوفمبر 2007، مجلة المحكمة العليا العدد 2 لسنة 2008، ص 167.

² أنظر أكثر تفصيلاً ما استقر عليه القضاء في هذا الصدد: بلحاج العربي، نظرية العقد... مرجع سابق، ص 352 بهوامشها.

التعويض الذي يُحدده القاضي إذا لم يتفق عليه المتعاقدان¹، وهذا ما قضت به المادة 103/ ف 1 بعبارتها: " ... فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل "

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ إعادة المتعاقدان للحالة الأصلية قبل التعاقد

لقد ورد على مبدأ إعادة المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد سواءً بالاسترداد العيني أو بالاسترداد بمقابل، استثناءان هما حالة ناقص الأهلية وحالة المتعاقد المتسبب في عدم مشروعية العقد أي المتعاقد الغشاش في العقد. وهذا ما قضت به الفقرتان الثانية والثالثة لنص المادة 103/ ف 2 و3 ق.م.ج.

فرع 1: حالة ناقص الأهلية: إذا بطل عقدا كان فيه أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، فإنه لا يردّ هذا الأخير إلا ما عاد عليه بمنفعة، وهذا ما قضت به المادة 103/ ف 2.

و يقصد في ذلك ما دخل في ذمته المالية، مثلا إذا باع قاصر أثاثا بمبلغ 100 مليون سنتيم واشترى دراجة بـ 80 مليون سنتيم وصرف 20 مليون سنتيم للأكل والتنزه أي في أشياء استهلاكية، فإنه لا يلزم إلا بردّ الدراجة لأنها منفعة في ذمته المالية².

فرع 2: حالة المتعاقد المتسبب في عدم مشروعية العقد (كما يسمى أيضا الملوّث في العقد)

وهي حالة جاء بها القانون 10/05 المعدّل والمتمم للقانون المدني، وهي حالة من كان سببا في جعل العقد غير مشروع أي من غشّ في العقد، إذ يُحرم من استرداد ما أدّاه كعقبا له حتى وإن لم يكن هو المسؤول على عدم المشروعية و لكنّه كان يعلم بها، أي لم يكن حسن النية في العقد، بل كان سيء النية فيه وهذا ما قضت به المادة 103/ ف3 بنصّها: " يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به."³

¹ علي فيلالي، الالتزامات... مرجع سابق، ص345.

² إذ المقصود هنا بما يعود عليه بالمنفعة بما زاد في ذمته المالية أي ما اغتنى به و ما بقي بيده أما ما صرفه و ما خرج من ذمته المالية فلا يردّه و تتجسد هذه المسألة فيما نصت عليه المادة 148 من ق م ج كما يلي: " إذا لم تتوفر أهلية التعاقد فيمن تسلّم غير المستحق فلا يكون ملزما بالقدر الذي أثرى به. "

³ و نحن نرى أنّ هذا الحكم المستحدث الذي يحرم الغشاش في العقد سيء النية من الاسترداد في حالة بطلان العقد بسبب غشّه هو شخصا أو علمه بذلك فيه تجسيد لتحقيق العدالة العقدية وفق مبادئ حسن النية و الأمانة و النزاهة في التعاقد.

المبحث الرابع: الحد من أثر البطلان لاستقرار المعاملات

لقد تدخل المشرع الجزائري بموجب نصا المادتين 104 و105 من القانون المدني لغرض الحد من البطلان المطلق والبطلان النسبي، وذلك بتقرير حالتان تمثلتا في حالة انتقاص العقد وحالة تحويل العقد.

المطلب الأول: انتقاص العقد:

تقضي المادة 104 ق م ج بأنه: " إذا كان العقد في شقّ منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشقّ وحده هو الذي يُبطل إلا إذا تبين أنّ العقد ما كان ليتمّ بغير الشقّ الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كلّهُ ".¹

تسمى عملية انتقاص العقد أيضاً بالبطلان الجزئي، حيث يُبطل جزء من العقد دون الجزء الآخر الذي يبقى صحيحاً يرتب كل آثاره، كعقد بيع عدّة أشياء ويقع غلط في صفة جوهرية في أحد هذه الأشياء وليس كلّها، أو كأن يكون جزء من هذه الأشياء لا يجوز التعامل فيها، ففي هذين المثالين يمكن جعل الإبطال أو البطلان يلحق جزءاً من العقد دون الآخر و بالتالي انتقاص العقد مع بقائه صحيحاً في شقّ منه إذا أمكن ذلك، أي إذا كان العقد قابلاً للتجزئة أو الانقسام كشرط أساسي¹

المطلب الثاني: تحويل العقد:

تقضي بذلك المادة 105 ق.م.ج: " إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى هذا العقد ".¹

تجنباً لزوال العقد و لاستقرار المعاملات، يمكن تحويله لعقد آخر صحيح، لكن يلزم في ذلك تحقّق الشروط الثلاث التي نصت عليها المادة 105 أعلاه و تفسيرها كالاتي:

أولاً - يجب أن يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتقرّر إبطاله وذلك حتى يمكن تحويله إلى عقد آخر، إذ العبرة تكون بزوال العقد الأوّل و تحويله إلى عقد آخر جديد.

ثانياً - يجب توافر أركان عناصر عقد جديد، أي أن يكون هناك أركان عقد جديد يمكن أن يُبنى على أساسه هذا العقد الجديد، حيث يُستبدل العقد الباطل بعقد جديد صحيح " كتحويل عقد بيع رسمي لعقار بثمن ثبت أنّه صوري إلى عقد هبة ".¹

¹ أنظر أكثر تفصيلاً: محمد صبري السعدي، مرجع سابقين 266 إلى 269.

ثالثاً- يجب انصراف إرادة المتعاقدان إلى العقد الجديد الصحيح، فقد تُظهر إرادة المتعاقدان نية التمسك بالعقد الجديد بعد ما يتضح لهما بطلان العقد الأصلي،¹ كما هو الشأن في المثال السابق بيع يتحوّل هبة عندما تتوافر شروطها وأركانها.²

الفصل الرابع: آثار العقد Les effets du contrat

لقد عالج المشرع الجزائري أحكام آثار العقد ضمن القانون المدني من المادة 106 إلى غاية المادة 118 ق.م.ج، فمتى تم إبرام عقد صحيح مستوفياً لكافة أركانه وشروط صحته، فإنّه سيرتب آثاره القانونية المتمثلة في الالتزامات الناشئة عنه و التي يتحملها المتعاقدان أو أحدهما، ويتعهدا بتنفيذها، لذا سنعرض من خلال مسألة آثار العقد إلى دراسة آثاره من حيث قوته الإلزامية، أي من حيث موضوع العقد من جهة ومن جهة أخرى نتطرق إلى نسبية أثر العقد أي من حيث الأشخاص.

المبحث الأول: القوة الملزمة للعقد (آثار العقد من حيث الموضوع)

يتضمن العقد الصحيح التزامات يتعهد بها المتعاقدان يجب الوفاء، بها فالمادة 160 ق.م.ج تقضي بأن " المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به "، وقد وصف المشرع العقد بأنه شريعة المتعاقدين، و قد نصت على ذلك المادة 106 ق.م.ج: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرّها القانون ".

فمن خلال هذين النصين يتضح جلياً أنّه يستلزم على المتعاقدان احترام تنفيذ موضوع العقد، و لا يمكن لهما نقضه ولا تعديله دون اتفاقهما أو للأسباب التي قررها القانون هذا من جهة، لكن من جهة أخرى يمكن تعديل العقد لأسباب يقررها القانون، و بذلك قد يتدخل القاضي في العقد لتعديله أو لتأويله كاستثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. سنتناول على التوالي كلاً من المبدأ و استثناءاته.

المطلب الأول: العقد شريعة المتعاقدين كمبدأ

لقد تضمنت هذا المبدأ المادة 106 ويفيد ما جاء في هذا النص أنّه لا يمكن للمتعاقد نقض أو تعديل العقد، وهو أيضاً ملزم بتنفيذه.

¹ و قد تتجسد هذه المسألة أيضاً فيما جاء به نص المادة 776 من ق.م.ج، فيما يتعلق بالتصرف القانوني الذي يصدر عن الشخص في حال مرض الموت بقصد التبّرع الذي يعتبر تبرّعا مضافاً إلى ما بعد الموت و يعتبر التصرف صادراً على سبيل التبّرع.

² أنظر أكثر تفصيلاً شروط تحول العقد: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط .. المجلد الأول، المرجع السابق، ص-ص 547 إلى 551

فرع 1: منع المتعاقدان من نقض أو تعديل العقد إلا باتفاقهما

إذا تم إبرام العقد وفقا لأحكام القانون ثبتت له قوة ملزمة لطرفيه، فلا يستطيع أي منهما أن يتحلل مما التزم به، و لا أن يُعَيَّر أو يُبَدَّل في أحكام العقد بإرادته المنفردة.

ومن خلال ذلك، فإنّه يجب على المتعاقدان تنفيذ العقد لما له من هذه القوة الإلزامية، فضلا عن ذلك فإنّ القاضي يُلزم بتطبيق أحكام العقد وذلك باحترام ما اتفق عليه المتعاقدان، ويُمتنع عليه التّغيير أو التّبديل فيما تضمّنه العقد¹، فإذا أراد المتعاقدان نُقض العقد أو تعديله فإنّه يجب أن يكون بموجب الاتّفاق، و إذا لم يحصل هذا الاتّفاق، بقي المتعاقدان ملزمان بالعقد الأصلي، ولا يمكن لهما أن يتحلّلا منه ما لم يقض القانون بغير ذلك، إذ يمكن للقانون باعتباره فوق الاتّفاق ويعلوه، أن يُرَخِّص لأحد المتعاقدين تعديل العقد أو نقضه في بعض الحالات، وذلك بموجب نصوص خاصة² كحالة العقود الزمنية التي لم تُعَيَّن لها مدّة كعقد العارية³، أو كالعقود التي تقوم على الثقة فإذا انعدمت هذه الثقة لا يمكن الاستمرار في العقد كعقد الوكالة⁴.

فرع 2: إلزامية تنفيذ مضمون العقد

تفيد إلزامية تنفيذ العقد أنّه يلتزم المتعاقدان بتنفيذ مضمون العقد، وقد قضت المادة 107 في فقرتها الأولى و الثانية على كيفية تنفيذ العقد بنصّها: " يجب تنفيذ العقد لما اشتمل عليه وبحسن نية و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام...".

فالعقد يشتمل على حقوق و واجبات تترتب عليه، يلتزم بها المتعاقدان كما وردت في اتّفاقهما، ويجب أن يكون تنفيذهما لها بحسن نية⁵ أي يجب أن يتحلى المتعاقدان بالنزاهة وعدم الغش والتحايل، الذي قد يجعل تنفيذ الالتزام عسيرا أو حتى مستحيلا⁶، فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن يتمسك بتنفيذ العقد بطريقة

¹ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 195.

² أنظر أكثر تفصيلا: علي فيلالي، الالتزامات...، مرجع سابق، ص 360 و 361.

³ المادة 546 ف 2 م ج: فإن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أي وقت و في كل حال يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انتهاء العارية، غير أنه إذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم على قبوله. "

⁴ المادة 587 م ج: يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها و لو وجد اتفاق يخالف ذلك فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحق من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول.

⁵ Voir : Christian Larroumet, Droit civil, Les obligations, Le contrat, édition DELTA, Beyrouth, Liban avec la collaboration de ECONOMICA, Paris France, 3eme édition, 1996, p589-595

⁶ أنظر أكثر تفصيلا: بلحاج العربي، نظرية العقد...، مرجع سابق، ص 422 و 423.

تُلحق ضرراً بالمتعاقد الآخر، كأن يتفق الراكب مع سائق سيارة الأجرة بالعداد أن يوصله إلى وجهة معينة فيسلك هذا السائق أطول طريق ويتعمد إطالة المسافة حتى تزيد في أجرته، ففي هذا الفعل سوء نية من طرف سائق الأجرة المتعاقد، ستلحق ضرراً بالمسافر المتعاقد الآخر، من حيث الزيادة في الأجرة و أيضا تضييعا للوقت¹.

وحسن النية في تنفيذ العقد يقتضي أيضا الالتزام بالتعاون بين المتعاقدين، فهناك بعض العقود تقوم أساسا على التعاون مثل عقد الشركة، وعقد الوكالة وعقد المقاوله...²

غير أنه، قد يغفل المتعاقدان بعض التفاصيل و لا يتفقا عليها فيصعب تنفيذ العقد، هنا يتولى القاضي تحديدها كما جاء في نص المادة 107/2 في ضوء القانون والعرف و العدالة.

فحسب طبيعة الالتزام، فإن القانون هو المصدر الأول الذي يجب الرجوع إليه للإطلاع على ما تضمنه من قواعد في شأن العقد و العرف أيضا يُعدّ مصدر رسميا احتياطيا يجب اللجوء إليه³، فهو يمثل سلوكات يتبعها الأفراد فتصبح ملزمة كقاعدة مثلا تخفيض الثمن بدل الفسخ في حالة تقديم سلعة أقل جودة. و قد يستعين القاضي أيضا بقواعد العدالة، أي القضاء وفق قواعد العدل والإنصاف بما تقتضيه طبيعة المعاملة.⁴

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

لقد سبق لنا أن قلنا أنّ القاضي أيضا شأنه شأن المتعاقدين ملزم بتنفيذ ما ورد في العقد، أي أنه ملزم بتنفيذ العقد وفق ما تضمنه. وفي ذلك تجسيدا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لكن قد يتدخل القاضي في شأن العقد وذلك من أجل تعديله أو من أجل تأويله أي تفسيره.

¹ و هذا مخالف تماما لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد المنصوص عليه ضمن نص المادة 107 المذكور أعلاه.
² راجع في هذا الصدد المواد الآتية من ق م ج : المادة 432 "على الشريك... أن يسهر و يحافظ على مصالح الشركة مثلما يفعله في تدبير مصالحه الخاصة...". أيضا المادتين 577 و 579/2 بالنسبة للتعاون في عقد الوكالة، و أيضا المواد 550 و 551 و 552 بالنسبة لعقد المقولة بين المقاول و رب العمل.

³ راجع نص المادة: 356 " يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدّد بمقتضاها فيما بعد. و إذا وقع الاتفاق على أنّ الثمن هو سعر السوق و يجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان و المكان، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق و يجب الرجوع إلى السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية "

⁴ و في ذلك تطبيقا و تجسيدا لنص المادة الأولى من القانون المدني بفقراتها الثلاث التي تنص على مصادر القانون الأصلية و الاحتياطية حسب الترتيب الذي جاءت به المادة 107 أعلاه.

فرع 1: سلطة القاضي في تعديل و مراجعة العقد

هناك حالات استثنائية يُجيز فيها القانون للقاضي لاعتبارات خاصة، لاسيما منها تحقيق العدالة العقدية، أن يُعدّل من أحكام العقد التي اتّفق عليها المتعاقدان من بينها:

1- سلطة القاضي في مراجعة عقود الإذعان

عقود الإذعان كما رأينا في تقسيمات العقود¹، هي عقود يُملّي فيها أحد المتعاقدان شروطه على المتعاقد الآخر الذي لا يكون أمامه مجالاً لمناقشتها، فهو لا يُساهم في وضعها، وبالتالي إمّا يقبلها أو يرفضها، وترجع عادة هذه السيطرة إلى احتكار بعض السلع أو الخدمات، كعقود الاشتراك في الكهرباء والغاز و عقود التأمين...، وقد أقرّ القانون المدني هذا النوع من العقود من خلال نصّ المادة 70 ق.م.ج غير أنّه بالمقابل أقرّ حماية قانونية للطرف المُدعّن من تعسّف الطرف الآخر من خلال المادة 110 ق.م.ج بنصّها: " إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسّفية جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعّن منها وذلك لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كلّ اتفاق على خلاف ذلك ".

لقد منح هذا النصّ سلطة واسعة للقاضي على خلاف ما تقضي به المبادئ العامة في أثر القوة الملزمة للعقد، فله أن يعفي الطرف المُدعّن في عقود الإذعان من الشروط الجائرة أو التعسّفية " clauses Les léonines " ² التي تتضمنها هذه العقود، فله تقدير إذا ما كان الشرط تعسّفياً فيُعدّله أو يُلغيه كلياً، وهذا وفق ما تقضي به قواعد العدالة "Les règles de l'équité"³، حماية للطرف الضعيف المُدعّن في العقد تجسيدا للعدالة التعاقدية⁴.

¹ راجع تقسيمات العقود، عقود الإذعان ضمن هذه المطبوعة.

² بلحاج العربي، نظرية العقد...، مرجع سابق، ص 425.

* راجع تجسيدا للمسألة نص المادة 622 ق.م.ج " يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية: ... كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه "

³ فالقضاء وفق قواعد العدل و الإنصاف يعني الفصل في أمر معين طبقاً لما يقتضيه الضمير و المنطق و طبيعة الأشياء .

أنظر: علي فيلالي، الالتزامات... مرجع سابق، ص 368.

⁴ أنظر أكثر تفصيلاً في مسألة حماية الطرف الضعيف في العقد: نبهات بن حميدات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، رسالة ماجستير في القانون، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2007.

2- سلطة القاضي و مراجعة العقد في الظروف الاستثنائية (نظرية الظروف الطارئة)

لقد عالجت هذه المسألة المادة 107/ ف 3 بنصها: " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مُرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المُرهق إلى الحدّ المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ."

مقتضى هذه النظرية أنه إذا طرأت بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه حوادث أو ظروف لم يكن بالإمكان توقعها عند إبرام العقد، وترتب عليها اختلالا فادحا في التوازن التعاقدى، بحيث أصبح تنفيذ الالتزام من قبل أحد المتعاقدين مُرهقا أي أصبح مهدد بخسارة كبيرة إذا استمر في تنفيذ العقد، عندئذ جاز للقاضي التدخل في العقد لإعادة التوازن بين التزامات الطرفين على نحو يُردُّ به الالتزام المُرهق إلى الحدّ المعقول. ومن خلال ذلك يمكن استخلاص شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وكيفية مراجعة القاضي للعقد في ظل هذه الظروف وفق ما جاء في نص المادة 107/ ف3 كما يلي:

أ/ شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

أولا - أن يكون العقد من العقود المترخية التنفيذ: يُشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون العقد من العقود الزمنية، كعقد الإيجار أو من العقود الفورية ذات التنفيذ الدوري أو المؤجل، كعقود توريد السلعة، هذا يعني أنه يُشترط في ذلك وجود فترة زمنية بين إبرام العقد و اكتمال تنفيذه، و خلال هذه الفترة يطرأ هذا الظرف الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام مُرهقا، أي وقوع الحادث الطارئ يكون بعد إبرام العقد و قبل تنفيذه النهائي، فالعقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها لا يُعقل التّحجج حيالها بالظرف الطارئ، فإذا كان العقد قد نُفذ ثم ظهر ظرف طارئ بعد التنفيذ، فلا يُعتدّ بهذا الظرف و لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هنا، و بالتالي عنصر الزمن بين الإبرام و التنفيذ النهائي للعقد، شرط ضروري لإعمال نظرية الظروف الطارئة.¹

ثانيا - وقوع حادث استثنائي عام غير مُتوقع: فالحادث الاستثنائي هو حادث غير مألوف، أي أنه نادر الوقوع، و هو يشمل كلّ الأحداث أيّا كانت طبيعتها، اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو طبيعية كزلازل، فيضانات، أزمة اقتصادية (كارثية الأسعار، نقص المنتج)، حروب، تأزم العلاقات بين دولتين فأكثر... وقد يتمثل أيضا في صدور قوانين جديدة أو إجراءات إدارية أو جبائية أو جمركية جديدة،

¹ بلحاج العربي، نظرية العقد...، مرجع سابق، ص 431. أنظر أيضا: دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص36 إلى 43.

ويشترط في الحادث الاستثنائي أيضا أن يكون عامًا، فيمسّ كافة النَّاس أو على الأقل فئة منهم و لا يمسّ المتعاقد وحده كحالة إفلاسه مثلا، أو مرضه أو إضراب عمّاله أو احتراق منتوجه، فلا يُعتدّ بالحوادث الفردية و خاصة، إذ يلزم أن تكون استثنائية عامة و يجب أيضا أن يكون الحادث الطارئ أو الاستثنائي غير متوقّع، أي لم يكن في وسع المتعاقدان وقت إبرام العقد توقّعه أو التنبؤ به و إلا احتاطا له، فمعيار التّقدير هنا هو معيار موضوعي أي معيار الرّجل العادي و ذلك تحقيقا للعدالة فإذا كان متوقّعا وفي الاستطاعة دفعه فلا يؤخذ به لإعمال هذه النّظرية.¹

ثالثا- تنفيذ الالتزام أصبح مرهقا لأحد المتعاقدين: لا يُعتدّ بالحادث الطارئ إلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا و ليس مستحيلا، فإذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بعد الحادث فإنّه ينقضي هذا الالتزام بقوة القانون² بسبب الحادث الفجائي، ويعتبر في ذلك قوة قاهرة وهي خاصة بالمدين، أمّا الطرف الطارئ فلا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بل مرهقا للمدين بحيث يهدّده بخسارة فادحة، كبيرة وغير مألوفة، وهذا هو الفرق الجوهرى بين الحادث الطارئ l'imprévision والقوة القاهرة la force majeure فهذه الأخيرة تؤدي إلى انقضاء العقد لاستحالة تنفيذه، أمّا الطرف الطارئ فإنّه لا يؤدي إلى انقضاء العقد لإمكان تنفيذه بعد إعادة التوازن الاقتصادي له³، وقد اكتفى المشرّع في نص المادة 107/3 بوصف الإرهاق بالخسارة الفادحة دون تحديد مقدارا حسابيا للتفاوت بين الالتزامات ودون تحديد أيضا معيارا للإرهاق غير أنّه متى توافرت شروط الحادث الطارئ كان للقاضي مراجعة العقد.⁴

ب/ كيفية مراجعة العقد:

القاضي ملزم بمراجعته العقد في ظلّ تحقّق شروط نظرية الظروف الطّارئة، وفق نصّ المادة 107/3 وما تضمنته عبارة " جاز للقاضي " هذا لا يعني أنّ القاضي مُخيّر بين مراجعة العقد أو عدم مراجعته فهذا يتعارض تماما مع غرض استحداث نظرية الظروف الطّارئة باعتبار أنّها من النّظام العام ويُبطل كلّ اتفاق يخالف أحكامها طبقا لما جاء في النّص بعبارة " .. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ". غير أنّ للقاضي في ذلك، سلطة تقديرية في تقدير الخسارة الفادحة وفي كيفية ردّ الالتزام المرهق

¹ عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص128 و 129 . أنظر أيضا: علي فيلالي، الالتزامات...، مرجع سابق، ص374.

² عبد الحميد بن شنيّتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 1998، ص59.

³ L'imprévision et la force majeure , voir : Christian Laroumet, op.cit, p 797et p 812

⁴ عبد القادر الفار، نفس المرجع، ص- ص129-130. أنظر أيضا: علي فيلالي، مرجع نفسه، ص- ص376 - 377.

للحدّ المعقول في حدود ما يسمح بتحقيق التوازن الاقتصادي للعقد، بحيث يرد الالتزام المرهق للحد المعقول حتى تُوزَّع تبعه الحادث الطارئ على طرفي العقد¹*

فرغم اعتقاد بعض الفقه بأنه يمكن الزيادة من التزامات الطرف الدائن في العقد قد يرفع الإرهاق بحيث يصل إلى الحد المعقول، واعتقاد جانب آخر أيضا من الفقه أنّ رفع الإرهاق يكون بفسخ العقد لردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، فإنّ المشرّع الجزائري في نصّ المادة 107 ق.م.ج، كان يقصد حتما إنقاص التزامات الطرف المدين، و ذلك لوضوح عبارة هذا النصّ حيث تُوكَّد على ضرورة النّظر إلى الالتزام المرهق والنقيد به من طرف القاضي، وهو حتما التزام الطرف المدين في العقد، كما أنّ نصّ المادة 107 باللغة الفرنسية استعمل العبارة التالية:

« réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive... »

وهي تفيد في المعنى الإنقاص من الالتزام الذي أصبح مرهقا لا الزيادة² و لا الفسخ³*

وعموماً فإنّ الإنقاص من التزامات الطرف المرهق قد يتخذ عدّة صور من بينها: إعفاء المدين من بعض الشروط المرهقة في العقد، كتغيير مثلا بلد استيراد السلعة إذا شبت الحرب في البلد المتفق عليه مثلا، أو يمكن الإنقاص من خلال إعفائه من جزء من كمية السلعة إذا زادت أو ارتفعت بكثير الضرائب و الرسوم بشكل فاحش بموجب صدور قانون جديد فيما يتعلق بهذه السلعة.... فالغاية من الإنقاص تكون حتما للتقليل من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين، مع مراعاة مصلحة الدائن في آن واحد كما ورد في نص الم 107/ف3.

فرع 2: سلطة القاضي في تأويل العقد

قد يتدخل القاضي لتحديد مدلول العقد عن طريق تأويله، وذلك في الحالات التي يغفل فيها المتعاقدان الاتفاق على بعض النفاصيل المرتبطة بالعقد وعندما يكون التعبير عن إرادتهما غير محدّد وغير دقيق.

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص258.

* و تتضح هذه المسألة في مراعاة مصلحة طرفي العقد من خلال العبارة الواردة في نص المادة 107/ف3 و هي: " .. وبعد مراعاة مصلحة الطرفين..."

² و هذا هو الرأي الذي ذهب إليه الأستاذ علي فيلاي و نحن نؤيد هذا الرأي أنظر: علي فيلاي، الالتزامات...، مرجع سابق، ص 380 .

³ لأن في فسخ العقد حتما تعارض مع الغرض الذي وُضعت من أجله نظرية الظروف الطارئة المتمثل في المحافظة على بقاء العقود قائمة لاستقرار المعاملات.

* و سيأتي دراسة الفسخ ضمن هذه المطبوعة بحيث ستوضح جليا أسباب تقريره التي تختلف تماما عن أسباب الظروف الطارئة.

إلا أن عملية تأويل العقد يجب أن تتم وفق أحكام وضوابط مُحدّدة، يخضع فيها من خلال هذه العملية قضاة الموضوع إلى رقابة قضاة المحكمة العليا تفاديا لأي تحريف للعقد.

أولا- أحكام تأويل العقد من قبل القاضي: يُقصد بمصطلح بتأويل العقد الذي جاء ضمن نصا المادتين 111 و 112 من القانون المدني الجزائري بتفسير العقد، أي ضبط الالتزامات التعاقدية و تحديد من قبل القاضي ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين من خلال العقد. وهناك حالتان يجب مراعاتهما وهما حالة العبارة الواضحة في العقد وحالة العبارة الغامضة، ولكل منهما أحكامها الخاصة بها.

أ/ حالة العبارة الواضحة في العقد: تقضي الفقرة الأولى من المادة 111 ق.م.ج: " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين ".
فالعبرة الواضحة في العقد تفيد حتما إرادة المتعاقدان الظاهرة، وهي تعكس ما يريدانه عند التعبير عن إرادتهما المتطابقة، و الوضوح المشار إليه في نص المادة 111 هو وضوح مدلول العقد ككل في جميع العناصر المرتبطة به، و على القاضي أن يأخذ بهذا المعنى الظاهر دون أن ينحرف عنها بحجة التفسير، لأنّ الانحراف عن المعنى الظاهر للعقد هو تشويه لعبارة العقد الواضحة¹.

فوضوح عبارة العقد يمنع التأويل، إذ لا يجوز الانحراف عن هذا الوضوح عن طريق التأويل أو إعطاء تفسير آخر، فالبحت لا يتعدى الإرادة الظاهرة للمتعاقدين في حالة وضوح العقد، و لكن هذا لا يعني أن القاضي لا يملك سلطة التفسير عندما تكون عبارة العقد الواضحة لا تدلّ على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، خصوصا عندما يستعمل المتعاقدان عبارات لا تدلّ على حقيقة ما يقصدانه فللقاضي حينها أن يبحث عن المعنى الحقيقي الذي اتّجهت إليه هذه الإرادة².

ب/ حالة العبارة الغامضة في العقد: تكون عبارة العقد غامضة أي غير واضحة عندما تكون تحمل أكثر من دلالة واحدة فهي عبارة غير دقيقة، مُبهمة تتعارض فيها العبارات وتتناقض مع بعضها البعض³ فهذا التعارض و الغموض يستدعي تدخل القاضي لتفسيره ولتأويله، وذلك من خلال البحث في النية المشتركة للمتعاقدين، إذ تقضي المادة 111/2 ق.م.ج: " أمّا إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن

¹ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 273.

² وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد و الاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص154 و 155 ، أنظر أيضا: خليل أحمد حسن قداة، مرجع سابق، ص137 و 138.

³ خليل أحمد حسن قداة، مرجع سابق، ص138

النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

فالبحث عن النية المشتركة يُقصد به حتما إرادة المعتقدان معًا، وهذا يفيد أن القاضي سيبحث في الإرادة الباطنة للمتعاقدين التي يستطيع الكشف عنها¹، لكن في حدود الأخذ بالنية المشتركة و ذلك وفق ما ورد في نص المادة 111/ف2، على ضوء طبيعة التعامل وضمن الأمانة والثقة، وأيضا بالرجوع إلى العرف الجاري في المعاملات.

فإذا كانت عبارة العقد غير واضحة أو لها أكثر من دلالة فعلى القاضي أن يختار المعنى الذي يتفق مع موضوع العقد، وقد سبق الإشارة إلى أن العقد يجب تنفيذه وفق ما اشتمل عليه وبحسن نية، فحسن النية بين المتعاقدين يقتضي الأمانة والثقة بينهما دون أية خفيات، إذ يجب على كل متعاقد أن يُطلع الطرف الآخر بما يجب أن يعلمه وما هو مرتبط بالمعاملة القائمة بينهما²، و يُرجح القاضي المعنى الذي يتفق مع طبيعة المعاملة بحسب موضوع العقد³، ولا يُعتدّ في سبيل تفسير العقد وتأويله بالإرادة التي تقوم على الغشّ والخداع، وإن كانت هي نية المتعاقد الحقيقية، إلا أنه يُعطي تفسيرًا للعقد بناءً على المسلك العادي للأمر وهو افتراض الأمانة والثقة في التعامل بين المتعاقدين⁴، مستندًا في ذلك للعرف المعمول به، فهو يمثلّ عادات مستقرّة غير مخالفة للنظام العام السائد، يُعمل به لتفسير غموض عبارات العقد غير الواضحة في حالة عدم وجود نص قانوني، باعتبار العرف مصدرا احتياطيًا ثانيًا يؤخذ به وبالمعنى الذي استقرّ عليه⁵.

غير أنّه في حالة ما إذا تعذّر على القاضي إيجاد تفسير للعبارة الغامضة وفق ما سبق تبيانه، أي في **حالة الشك**، فقد أوجدت المادة 112 ق.م.ج حلاً لذلك بنصّها: " يؤول الشك في مصلحة المدين. غير أنّه لا يجوز أن يكون التأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف المذعن".

¹ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، 387

² راجع إلزامية تنفيذ مضمون العقد ضمن هذه المطبوعة.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 679.

* و المثال في ذلك هو أنه إذا اشترط المعير في عقد العارية أن يرد المستعير الشيء أو مثله، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدان أرادا عارية استهلاك، بل قصدا أن يرد المستعير للمعير الشيء المستعار و في حالة هلاكه يرد مثله لا أن يدفع تعويضا.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 680.

⁵ علي فيلالي، الالتزامات، نظرية العقد، ص 392.

فالشك إذا يؤول لصالح المدين، أي أنّ القاضي مُلزم في هذه الحالة بتفسير المعنى الغامض الذي ينتابه الشك فيه لمصلحة المدين حماية له، عملاً بقاعدة أو مبدأ أنّ الأصل هو براءة الذمة بينما الالتزام هو الاستثناء¹.

أما في عقود الإذعان وحسب الفقرة الثانية من نص المادة، 112 فإنّ الشك يؤول لمصلحة الطرف المدّعى في عقود الإذعان سواءً كان دائناً أو مديناً، و الطرف القوي هو الذي يتحمّل مسؤولية العبارات محلّ الشك لأنّه هو الذي وضع شروط العقد، و بالتالي الشك يُفسّر لمصلحة الطرف المدّعى حماية له².

ثانياً: رقابة المحكمة العليا على تأويل القاضي للعقد

وإن كان تأويل العقد يُعدّ من الوقائع المادية فهو يعني البحث من طرف القاضي عن ما أراد المتعاقدان تحقيقه من خلال العقد، أي ما انصرفت إليه إرادتهما إلاّ أن تكييف العقد وتحريف الوقائع المرتبطة بالعقد و التي تساعد على تأويله، هي مسألة قانون يخضع فيها قضاة الموضوع إلى رقابة قضاة المحكمة العليا، فتكييف العقد يعني، تصنيفه و تحديد طبيعته و هذه العملية قانونية يقوم بها القاضي لتحدّد لديه النصوص القانونية التي تعنى بتنظيم هذا العقد محلّ التّأويل، فتكييف هذا العقد يساعد القاضي على تفسير العبارة الغامضة فيه، وهو يتمسك في ذلك بالأوصاف القانونية التي يُحددها القانون لكلّ قسم أو صنف من العقود و إذا أخطأ القاضي في تكييفه للعقد فهو بذلك قد أساء تطبيق القانون³.

و القاضي أيضاً ممنوع عليه تأويل العبارة الواضحة، كما رأيناه وفق ما نصت عليه المادة 111 من القانون المدني وغير مسموح له الخروج عن إرادة المتعاقدان، ولا يمكن له أيضاً أن يقضي بخلاف ما نصّت عليه المادة 112 فيما يتعلق بتأويل الشك لمصلحة المدين وتأويله في عقود الإذعان للطرف المدّعى دائناً أو مديناً، فهو في ذلك تحت رقابة المحكمة العليا، في كلّ ما ارتبط في تفسيره وتأويله للعقد بالقانون لا بالواقع⁴.

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 286.

² لعشبة محفوظ، مرجع سابق، ص 152 وما يليها

³ أنظر القرار رقم 160673 بتاريخ 08 أكتوبر 1997 الصادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا، مجلة القضاة، العدد 2 لسنة 1998

⁴ بلحاج العربي، نظرية العقد... مرجع سابق، ص 417.

* أنظر هامش نفس الصفحة 417 للإطلاع على مجموعة قرارات صادرة عن المحكمة العليا في مسألة رقابة قضاة المحكمة العليا على القاضي عند تفسير العقود.

المبحث الثاني: نسبة آثار العقد من حيث الأشخاص

المبدأ الذي يحكم آثار العقد من حيث الأشخاص هو نسبة آثار العقد، بمعنى أنّ العقد لا يلزم إلاّ عاقيه، فلا يُنتج آثاره إلاّ في مواجهتهما غير أنّ ذلك لا يعني أن يقف أثره على أطرافه فحسب بل قد تمتدّ إلى خلفيهما العام و أيضا الخاص.

ومع ذلك فقد أجاز القانون الخروج أيضا عن مبدأ نسبة أثر العقد وذلك فيما يتعلّق بالحقوق دون الالتزامات من خلال صورتين هما: الاشتراط لمصلحة الغير و التعهّد عن الغير وفي هذه الصّورة الأخيرة تأكيدا لمسألة عدم جواز ترتيب العقد التزامات على عاتق الغير طبقا لما ورد ضمن نص المادة 113 من القانون المدني الجزائري: " لا يُرتّب العقد التزاما في ذمة الغير، و لكن يجوز أن يكسبه حقا ".
سنعرض فيما يلي لأثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما ثمّ نتطرق إلى أثر العقد بالنسبة للغير.

المطلب الأول: أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وخلفيهما

تتصرف آثار العقد كما رأينا من حيث الموضوع بمجرد قيامه صحيحا إلى المتعاقدين، ويصبحا ملزمين بتنفيذه باعتبارهما الشّخصان الأوّلان المعنيان به، كونهما طرفا العقد أبرماه باسميهما ولحسابهما، غير أنّ هذه الآثار للعقد قد تنصرف إلى خلفيهما العام وأحيانا أخرى إلى خلفيهما الخاص، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

فرع 1: أثر العقد بالنسبة للخلف العام للمتعاقدين

تنصّ المادة 108 ق.م.ج على أنّه: " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبيّن من طبيعة التّعامل، أو من نص القانون، أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كلّ ذلك مع مراعاة القواعد المتعلّقة بالميراث ". يتّضح من هذا النص أن أثر العقد الذي يبرمه السلف تنصرف إلى الخلف العام كقاعدة عامة، حيث يأخذ الخلف العام حكم الطّرف المتعاقد بالنسبة للتّصرف القانوني الذي أبرمه السلف.¹

¹ أحمد شوقي عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام المصادر الإرادية و المصادر غير الإرادية المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، الطبعة الأولى، سنة 2000، ص 106.

فالخلف العام (Les ayants cause à titre universel)، هم من يخلف المتعاقد في ذمته المالية كلها أو في جزء منها كالوارث و الموصى له بجزء من التركة، و الخلف العام لا يكون إلا بوفاة السلف بطريق الميراث أو الوصية¹

فبموت المتعاقد تنتقل الحقوق التي يرتبها العقد إلى الورثة، أما بالنسبة للالتزامات الناشئة عن العقد فإنها لا تنتقل إلى الورثة، و إنما تبقى في تركته بحيث لا ينتقل إلى ورثته إلا ما تبقى من حقوق التركة بعد سداد الديون.²

فالقاعدة المتقدمة في انصراف آثار العقد إلى الخلف العام يرد، عليها بعض الاستثناءات تضمنتها المادة 108 أعلاه، تتمثل في عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام في الحالات التالية:

- **طبيعة التعامل:** قد تأبى بعض المعاملات انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، كما لو تعهد مقاول بتشيد بناء معين ثم توفي قبل القيام بذلك فينتهي العقد و لا تنتقل آثاره إلى ورثة المقاول باعتبار أن المؤهلات الشخصية لهذا الفنان التي تم التعاقد على أساسها و هو تشيد بناء معين وفق مواصفات محدّدة من قبله هو شخصيا وقت التعاقد تنتهي بوفاة.³

- **القانون:** قد ينص القانون على عدم انصراف أثر العقد للخلف العام، كما في عقد الوكالة حيث تنتهي بموت الموكل أو الوكيل.⁴

- **اتفاق المتعاقدين:** قد يتفق المتعاقدان على نسبية أثر العقد، أي يتفقا على أن لا يتعداهما آثاره و يقتصر عليهما فقط، و في ذلك حتما تجسيد لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إذ بإمكانهما الاتفاق على ما يشاءان في العقد في حدود ما يسمح به القانون⁵

¹ محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام الجزء الأول، مصادر الالتزام، الناشر مكتبة الوحدة، طرابلس، ليبيا، الطبعة الثانية، 2018، ص226.

² راجع نص المادة 180 من ق.أ.ج الحقوق المرتبطة بالتركة.

³ راجع نص المادة 569 من ق.م.ج.

⁴ راجع نص المادة 586 من ق.م.ج. و أيضا الفقرة الثانية من نص المادة 589 التي تؤكد أن دور ورثة الوكيل ينحصر فقط في إخطار الموكل بموت الوكيل وفي اتخاذ فقط ما يلزم من التدابير ما يقتضيه الحال لصالح الموكل دون إلزامهم بشيء.

⁵ إذ يجب في ذلك احترام النصوص القانونية التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لاسيما منها ما تعاق بأركان العقد وشروطه. وفق ما تم شرحه ضمن هذه الدروس.

فرع 2: أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص للمتعاقدين

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

الخلف الخاص (Les ayants cause à titre particulier)، هم من يخلف المتعاقد في شيء معيّن أو في حق عيني آخر على هذا الشيء، كحق الملكية أو حق الرهن، أو في حق شخصي كحالة الدين¹، فالمشتري خلف خاص للبائع فيما يتعلّق بحق ملكية المبيع الذي تلقاه، و المُرتهن يخلف الرهن في حق الرهن، و الموهوب له بمال معيّن يخلف الواهب في هذا المال...²

وينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص وفق الشّروط التي نصّت عليها المادة 109 كما يلي:

1- يُشترط أن تكون الحقوق والالتزامات التي انتقلت إلى الخلف الخاص من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه، أي من شأنها أن تزيد في قيمته و فائدته، كعقد تأمين أبرمه البائع بخصوص الشيء المبيع. أو أن تنقص من قيمته إذا كانت تحدّ من حرية الانتفاع به، كبيع عقار عليه التزام بعدم تشييد بناء فوقه.

2- يُشترط أيضاً أن يكون العقد الذي أنشأ الحقوق والالتزامات التي يُراد انتقالها إلى الخلف الخاص سابقاً، في إبرامه على انتقال الشيء إلى هذا الخلف.

3- يُشترط أخيراً لانصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص، علم الخلف الخاص بالالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد وقت انتقال الشيء إليه.³

المطلب الثاني: أثر العقد بالنسبة للغير

الأصل أنّ العقد لا ينشئ للغير حقوقاً ولا يلزمه بالتزامات تجسيدا لمبدأ القوة الإلزامية للعقد، والمراد بالغير **Les tiers** هو كلّ من لم يكن طرفاً في العقد و لا خلفاً عاماً و لا خلفاً خاصاً للمتعاقدين، و هو ما يسمى بالغير الأجنبي أصلاً عن العقد، إذ لا ينصرف إليه أيّ أثر للعقد.

¹ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد...، مرجع سابق، ص 405.

² أنظر أكثر تفصيلاً: بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري...، مرجع سابق، ص 376 .

³ أنظر أكثر تفصيلاً في هذه الشروط: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، مرجع سابق، ص- ص 608- 614.

فالمبدأ أنّ الغير إذا لا يلزم بعقد لم يكن طرفاً فيه، ولكن قد يُرتب العقد للغير الذي لم يكن طرفاً فيه حقاً بإرادة المتعاقدان¹، وهذا ما قضت به المادة 113 ق.م.ج: " لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً " .

وهذا النص قد تناول في خضمّه مسألتين، الأولى تتمثل في عدم جواز ترتيب العقد للالتزامات في ذمة الغير، وتتجسد هذه المسألة من خلال التّعهد عن الغير الذي تناولته المادة 114 ق.م.ج. أما المسألة الثانية تتمثل في جواز ترتيب العقد حقوقاً في ذمة الغير، وتتجسد هذه المسألة في الاشتراط عن الغير الذي نصت عليه المواد 116 و117 و118 ق.م.ج. سنتناول كلا المسألتين فيما يلي:

فرع 1: التّعهد عن الغير² : La promesse de tiers

تنص المادة 114 ق م ج على أنه: " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوّض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به.

أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثر إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد " .

فالتعهد عن الغير تتمثل صورته في أن يلتزم شخص بأن يجعل غيره يقوم بإبرام عقد، فهو يلتزم بتحقيق نتيجة فإذا لم تتحقق هذه النتيجة، أي إذا لم يقم غيره بإبرام هذا العقد قامت مسؤوليته هو وحده أي المتعهد تجاه من تعهد معه، و سنجد ببساطة هذه الصورة بالمثال الآتي: يتعهد " هشام " لصديقه "محمد " بأن يشتري له دراجة، صديقهما " علي "، أي أن يدفع " علي " على بيعه دراجته " لمحمد " .

¹ يجب تبيان أنّ الأثر الذي يُرتبه العقد هنا للغير المتمثل في اكتساب حقّ من العقد فهو أثر أراده المتعاقدان فهو بمحض إرادتهما يختلف عن الأثر الذي يترتب بقوة القانون بنص خاص كالحق الذي منحه القانون لعمال المقاول في المطالبة بدعوى مباشرة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز المقدار الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى راجع نص المادة 565 من ق.م.ج. ² المشرع الجزائري في نص المادة 114 أطلق على التّعهد عن الغير بـ la promesse de tiers و يطلق عليه أيضا بـ

la promesse de porte-fort

-Clément François, Le porte-fort et la stipulation pour autrui, Ressource Open Access de l'institut d'études judiciaires Jean Domat, Université Paris 1, Panthéon Sorbonne, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect2/sssect2-porte-fort-stipulation-autrui/>, publié le 29/06/2016 dernière mise à jour le 29/06/2016 consulté le 04/12/2019 à 21:15.

ففي هذا المثال تعهد من " هشام " " لمحمد " لحمل " علي " علي إبرام عقد بيع مع " محمد " " فعلي " غريب عن التعهد، وهو لديه الحرية التامة في القبول أو الرفض، فإن شاء باع دراجته " لمحمد " وإن لم يشأ لا يبيعها.

فإذا رفض " علي " بيع دراجته " لمحمد " فإن هشام المتعهد يكون قد أخل بالتزامه، فيلزم بتعويض "محمد" عما سيلحقه من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذا التعهد، كما يمكن له شراء دراجة مماثلة لدراجة "علي" وبيعها هو " لمحمد " كما هو مبين في الفقرة الأولى من المادة 114 أعلاه "... فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به". ويكون بذلك المتعهد قد نفذ التزامه.

ولكن إذا قبل " علي " بيع دراجته " لمحمد " سواء كان قبوله صريحا أو ضمنيا، فإن " هشام " يكون قد قام بتنفيذ ما تعهد به، وينسحب و لا يكون طرفا في عقد بيع الدراجة بين " علي " و " محمد " ولا ينتج هذا العقد الجديد بينهما أثره إلا من يوم إبرامه، أي من يوم قبول علي بيع الدراجة " لمحمد " حسب العبارة التالية من الفقرة الثانية من نص المادة 114 أعلاه "...فإن قبوله لا ينتج أثر إلا من وقت صدوره..." ، ولكن قد يتبين من قبول " علي " الصريح أو الضمني أنه أراد أن يكون لقبوله أثر رجعي يستند إلى يوم تعهد " هشام " فيكون للعقد الجديد (عقد البيع بين محمد وعلي) أثر رجعي من يوم تعهد هشام، وهذا ما قضت به المادة 114 أيضا في فقرتها الثانية: "... ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد"¹

فرع 2: الاشتراط لمصلحة الغير : La stipulation au profit d'un tiers

تنص المادة 116ق.م.ج على أنه: " يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية أو أدبية.

و يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد.

¹ للإطلاع أكثر تفصيلا حول مسألة التعهد عن الغير : بلحاج العربي، نظرية العقد...، مرجع سابق، ص-ص 383-388 أنظر أيضا: رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص-ص 259-263.

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

فطبقاً لهذا النص فإن الاشتراط لمصلحة الغير يقتضي وجود متعاقدين هما المشتري والمتعهد، ويرمان عقداً ينشأ من خلاله حق لشخص أجنبي عن العقد، هو المنتفع، ويمكن تجسيد هذه الصورة في إبرام والد عقد تأمين على حياته لمصلحة زوجته وأبنائه، فالأب هنا هو المشتري وشركة التأمين هي المتعهد. ينشئ العقد حقاً مباشراً بمبلغ التأمين عند وفاة الأب لمصلحة الزوجة والأبناء وهم المنتفع.¹

و للاشتراط لمصلحة الغير شروطٌ و آثارٌ نصّت عليها المواد من الم 116 إلى الم 118 ق.م.ج.

1/ شروط انعقاد الاشتراط لمصلحة الغير: تتمثل هذه الشروط عموماً و باختصار فيما يلي:

- أن يتعاقد المشتري باسمه هو دون أن يتدخل المنتفع في العقد، فإذا أدخل المشتري المنتفع طرفاً في العقد فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير.

- أن يشترط (المشتري) على (المتعهد) حقاً مباشراً (للمنتفع)، فإذا اشترط الحق لنفسه، ثم تحوّل بعد ذلك للمنتفع فلا نكون أمام الاشتراط لمصلحة الغير كأن يؤمّن شخص بمبلغ لمصلحة نفسه، ثم مات هذا الشخص و ورثه أبناؤه في هذا التأمين، فلا يكون عقد التأمين اشتراطاً لمصلحة الغير، فالورثة لم يتلقوا حقهم بمقتضى العقد بل بمقتضى حقهم في الميراث.

- أن يكون للمشتري مصلحة في ترتيب حقّ للمنتفع من العقد الذي يبرمه سواءً أكانت المصلحة مادية أو أدبية.²

2- آثار الاشتراط لمصلحة الغير:

تترتب على الاشتراط لمصلحة الغير ثلاث علاقات، علاقة بين المتعاقدين المشتري والمتعهد، وعلاقة بين المشتري والمنتفع وعلاقة بين المتعهد والمنتفع.

¹ و خلافاً لما رأيناه في التعهد عن الغير من أن فيه عقدين هما عقد التعهد و العقد المجسد للتعهد الذي يقبل الغير إبرامه، فالاشتراط لمصلحة الغير عقد واحد، يترتب حقاً مباشراً لشخص لم يكن طرفاً فيه.

² للإطلاع على شروط الاشتراط لمصلحة الغير بأكثر تفصيل أنظر: السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص-ص 245-247 أنظر أيضاً: رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص-ص 265-268.

أ/ العلاقة بين المشتري و المتعهد :

تحكم هذه العلاقة شروط العقد (أي عقد الاشتراط لمصلحة الغير)، فلكلّ منهما أن يطالب بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، فللمشتري مصلحة شخصية في قيام المتعهد بتنفيذ ما التزم به لمصلحة المنتفع، فله أن يقاضيه باسمه هو كمتعاقد يطالبه بتنفيذ ما التزم به من جهة، كما يمكن للمنتفع أيضا أن يرفع دعوى بذلك بمقتضى حقّه المباشر الناشئ عن العقد، من جهة أخرى. كما يمكن لكلاهما رفع دعوى واحدة ضد المتعهد لمطالبته بتنفيذ ما التزم به نحو المنتفع إلا أنّ هذه الدعوى قد يتبين من خلال العقد أنّ للمنتفع وحده الحق في رفعها، وبالتالي يلتزم المنتفع والمُشترط حيال ذلك و لا يرفعها إلاّ المنتفع وهذا ما قضت به المادة 116 في فقرتها الثالثة: "... ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أنّ المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك "

ب/ العلاقة بين المنتفع والمشتري:

تحدد هذه العلاقة في ضوء قصد المشتري، فقد يقصد من خلال اشتراطه على المتعهد تبرعا لفائدة المنتفع، وقد يقصد معاوضة، كأن يكون مدينا للمنتفع فيؤدي ما عليه من خلال الاشتراط لمصلحة دائنه المنتفع، كما تجدر الإشارة إلى أنّه يُسمح للمشتري دون غيره من ورثته أو دائنيه نقض المشاركة بشرط أن يتم ذلك قبل أن يُعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها ما لم يتعارض ذلك مع ما يقتضيه العقد، و بنقض المشاركة تبرأ ذمة المتعهد تجاه المشتري، إلا إذا كان هناك اتفاق سابق بينهما مخالف لذلك و بإمكان المشتري أن يحل منتفعا جديدا مكان المنتفع الأول، أو له أن ينتفع هو شخصيا من المشاركة و هذا ما قضت به المادة 117¹

ج/ العلاقة بين المتعهد و المنتفع:

إنّ حقّ المنتفع ينشأ مباشرة من عقد الاشتراط لمصلحته، فيكون له الحق في أن يطالب المتعهد بالوفاء بالتزامه، أي أنّه يُصبح دائنا للمتعهد من يوم الاشتراط، فالمنتفع يشارك جميع دائني المتعهد في ضمانهم العام. كما أنّ للمتعهد أن يتمسك بكلّ الدفوع الشخصية والخاصة به في مواجهة المنتفع كنقص الأهلية أو حدوث عيب من عيوب الرضا، أي له أن يتمسك بكلّ الدفوع التي يستطيع أن يتمسك بها في

¹ المادة 117 من ق م ج: " بنصها: " يجوز للمشتري دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو المشتري رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد. و لا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري إلا إذا اتفقا صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك، و للمشتري، إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية المشاركة".

مواجهة المُشرط، ما لم تكن هذه الدفوع تخصّ شخص المُشرط لا علاقة للمُنتفع بها. والمُنتفع في عقد الاشتراط لمصلحة الغير قد يكون معيّنًا في العقد أو قد يُعيّن مستقبلاً، كما يجوز أن يكون شخصاً أو هيئة، فوجود المُنتفع عند إبرام عقد الاشتراط ليس ضروريّاً ما دام هناك إمكانية تعيينه لاحقاً في الوقت الذي يُنتج العقد أثره، وقد يكون هذا المُنتفع شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً كمدرسة أو مسجد ... وهذا ما أشارت إليه المادة 118 ق.م.ج بنصها: "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المُنتفع شخصاً مستقبلياً أو هيئة مستقبلة كما يجوز أن يكون شخصاً أو هيئة لم يُعيّن وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعاً في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقاً للمشاركة".¹

الفصل الخامس: انحلال العقد و جزاء الإخلال به

لما ينشأ العقد صحيحاً مستوفياً لكافة أركانه و شروطه، سيكتسي حتما القوة الإلزامية لتنفيذه و بالتالي فهو واجب التنفيذ قانوناً، حيث يتعيّن على كل متعاقد تنفيذ الالتزامات التي رتبها العقد في ذمته ، و إذا امتنع أحدهما عن ذلك ألزم بتنفيذ ما تعهّد به جبراً، باعتبار أنّ الالتزام المدني مكفول بالحماية القانونية.²

وعليه فإذا كان الأثر القانوني المترتب على صحة العقد هو تنفيذه بما اتفق عليه وقصده المتعاقدان، غير أنه قد يحدث ما يمنع تنفيذه، كأن يُخلّ أحد المتعاقدان بتنفيذ التزاماته التعاقدية، أو قد يستحيل عليه ذلك نتيجة تدخل سبب أجنبي، ففي هذه الحالة فإن المتعاقد الآخر يكون في وضع يدعو إلى القلق وعدم الارتياح، إذ يجد نفسه ملزماً نحو الطرف الآخر من الناحية القانونية لأنه طرف في العقد، والعقد لا يزال قائماً، و يجد نفسه في آن واحدة، و من الناحية العملية لا يستطيع الحصول على الأداء الذي التزم من أجله، إمّا لأنه قد صار مستحيلاً، أو لأنّ الطرف الآخر لا يريد تنفيذ التزامه³. فحينها و في العقد الملزم للجانبين التبادلي، يجوز له المطالبة بفسخ العقد، و قد يفسخ العقد في ذاته لاستحالة تنفيذه، كما له أيضاً وقف تنفيذ التزامه إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته التعاقدية بمقتضى الدفع بعدم التنفيذ

¹ للاطلاع بأكثر تفصيل حول العلاقات الثلاث المذكورة أعلاه المترتبة عن الاشتراط لمصلحة الغير أنظر: محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص-ص 246-248

أنظر أيضاً أكثر تفصيلاً في تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير و الأحكام المتعلقة بها لفهم الصورة أكثر بالاطلاع على مرجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، مرجع سابق، ص-ص 625-657.

² أنظر نصا المادتين 160/ف1 و 164. و هذا ما سيعالج بأكثر تفصيل لاحقاً كونه من مقرر دروس برنامج السداسي الثاني فيما يتعلق بأحكام الالتزام.

³ أنظر: عبد الكريم بليور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986 ص 5.

وقد تترتب المسؤولية العقدية، من جراء الإخلال بالالتزامات العقدية، كجزاء لمن كان سببا من المتعاقدين في هذا الإخلال .

و عليه سنتناول كل هذه الأحكام فيما يلي:

المبحث الأول: انحلال العقد La dissolution du contrat

يقصد بانحلال العقد هو زواله بعد إبرامه إما بعد البدء في تنفيذه أو قبل البدء في تنفيذه، و قد يكون الانحلال كليا أي يشمل كافة العقد بأثر رجعي، و قد يكون الانحلال مستقبلي أو بأثر إلى المستقبل فقط، و قد يكون الانحلال في جزء من العقد يتمثل في إعفاء المدين في بعض الالتزامات فقط دون الأخرى، و قد تناول المشرع الجزائري الانحلال من الم 119 إلى الم 123 ق.م.ج و التي شكّلت في مجملها النظرية العامة لانحلال العقود الملزمة لجانبين عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية أو بسبب عدم تنفيذ العقد¹. وسنتطرق فيما يلي لانحلال العقد وفق ما تناوله المشرع الجزائري² ضمن المواد من الم 119 إلى الم 123 ق.م.ج

المطلب الأول: انحلال العقد بسبب الفسخ La résolution du contrat

الفسخ هو جزء إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية في العقد الملزم للجانبين، و بالتالي فهو حق لكل متعاقد في العقد التبادلي المطالبة به متى تخلف المتعاقد الآخر عن الوفاء بالتزاماته، فهو انحلال الرابطة التعاقدية بأثر رجعي، و محو كل أثر لها³، فيصبح بذلك العقد منعما كأنه لم يكن، فتزول بزواله الرابطة التعاقدية⁴، و الأصل في الفسخ أنه يقع بحكم قضائي و هو ما يُعرف بالفسخ القضائي، غير أنه يمكن للمتعاقدين الاتفاق مسبقا عند التعاقد على فسخ العقد عند إخلال أحدهما بتنفيذ

¹ أنظر في مفهوم الانحلال: تونسي حسين ، انحلال العقد، رسالة ماجستير تخصص عقود و مسؤولية، جامعة الجزائر كلية الحقوق، سنة 2004

² يجب الإشارة إلى أنّ انحلال العقد يتجاوز هذا المجال الضيق الذي حصره المشرع الجزائري في العقود الملزمة لجانبين فقط، فإن كان الفسخ من أحد الأسباب التي تؤدي إلى انحلال العقد، غير أنه يقتصر على العقود التبادلية الملزمة للجانبين فقط بينما الانحلال عموما له أسباب أخرى فقد ينحل العقد باتفاق الطرفين بعد إبرامه و تكوينه صحيحا و يسمى الإقالة أو التنازل la résiliation conventionnelle و قد ينحل أيضا العقد بإرادة منفردة و يسمى الإلغاء la résiliation unilatérale و قد يكون برجع المتعاقد عن العقد بإرادته المنفردة la révocation و لكل منها أحكامها الخاصة بها

أنظر في ذلك أكثر تفصيلا: بلحاج العربي، نظرية العقد، مرجع سابق، ص504 و 505.

³ أنظر: عمر علي الشامسي، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2010، ص 40.

⁴ انحلال العقد بسبب الفسخ شأنه شأن البطلان كما رأينا غير أنهما يختلفان من حيث دواعي كلا منهما فالعقد يبطل لأنه نشأ غير صحيح لتخلف أحد أركانه و (أو) شرطا من شروطه بينما الانحلال يرد على عقد صحيح مكتمل الأركان و الشروط و إنما سببه هو عدم التنفيذ الجزئي أو الكلي له فالبطلان إذا أسبابه مرتبطة بمرحلة تكوين العقد بينما الانحلال فهي تتعلق بمرحلة لاحقة وهي مرحلة تنفيذه. و الفسخ نظام قانوني يقوم إلى جوار المسؤولية العقدية كجزاءين يترتبان عند الإخلال بمبدأ القوة الإلزامية للعقد.

التزاماته التي يملئها عليه العقد. و هو ما يعرف بالفسخ الاتفاقي، و قد نصت على هاتين الصورتين للفسخ على التوالي نصا المادتين 119 و 120 ق.م.ج و عليه سنتطرق فيما يلي لكل من شروط الفسخ و كيفية تقريره ثم نبين الآثار التي تترتب عنه.

فرع 1: شروط الفسخ

تنص المادة 119 ق.م.ج على أنه: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يُوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك." و عليه يتضح من هذا النص أنه يُشترط لطلب فسخ العقد توافر الشروط الآتية:

1- يجب أن يكون العقد ملزما للجانبين أي تبادليا: فعبارة واضحة وصريحة في نص الم 119 " في العقود الملزمة للجانبين..." اشترط المشرع الجزائري لطلب فسخ العقد أن يكون كلا المتعاقدين دائنا ومدينا أيضا في آن واحد¹ فكلاهما مطالب بتنفيذ ما التزم به من خلال العقد.

2- يجب أن يُخل أحد المتعاقدين بالتزامه التعاقدية: و بعبارة واضحة أيضا و صريحة من خلال نص المادة المذكور أعلاه " إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه.." فلا يجوز إذا طلب فسخ العقد من أحد المتعاقدين إلا إذا لم يُوف المتعاقد الآخر بالتزامه المقابل، و عدم الوفاء بالالتزام يقصد به عدم التنفيذ الكلي و أيضا عدم التنفيذ الجزئي له أو تنفيذه تنفيذا سيئا على غير ما اتفق عليه أو حتى التأخير في تنفيذه يعد كذلك إخلالا بالالتزام التعاقدية.²

3- يجب أن يكون طالب الفسخ قد وفى بالتزامه التعاقدية: لم تذكر المادة 119 هذا الشرط غير أنه من المنطقي أن لا يكون طالب الفسخ هو في ذاته مقصرا في تنفيذ التزاماته، بل يجب أن يكون قد نفذها أو على الأقل مستعد على تنفيذها.³

4- يجب إعدار المدين لمطالبته بتنفيذ العقد قبل المطالبة بالفسخ و هذا ما نصت عليه صراحة المادتين 119 و 120 ق م ج، و الغرض من الإعدار هو إثبات امتناع المدين عن تنفيذ التزامه⁴.

¹ راجع تقسيمات العقود ضمن هذه المطبوعة 'العقد التبادلي الملزم للجانبين'.

² علي فيلالي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 432.

³ و هو شرط أقره الفقه، أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، مصادر الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط الثالثة، 2000، ص 793 و 794.

⁴ الإعدار (la mise en demeure) وسيلة من الوسائل القانونية تتمثل في ورقة رسمية على يد محضر قضائي أو عن طريق البريد المتضمن إشعار بالوصول. فهو إجراء يقوم به الدائن تجاه مدينه و الغرض منه دفعه إلى تنفيذ ما التزم به. راجع نص المادة 180 من القانون المدني.

فرع 2: تقرير الفسخ

القاعدة و الأصل في الفسخ أنه قضائي، غير أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على فسخ العقد إذا أخل أحدهما بتنفيذ الالتزامات التي اتفقا عليها بموجب العقد، و عليه سنتطرق لكلا هاتين الصورتين للفسخ لتوضيحهما.

أولاً / الفسخ القضائي: هو الفسخ الذي يتقرر بمقتضى حكم قضائي بناء على دعوى يرفعها أحد المتعاقدين، طالبا فسخ العقد نتيجة تقصير أو إخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته بتوافر الشروط المذكورة سابقا، باعتبار أنّ للقاضي سلطة تقديرية في تقرير حكمه بخلاف الفسخ الاتفاقي أو الانفساخ، و طبقا للمادة 119 في فقرتها الثانية، فإنّه للقاضي ثلاثة خيارات :

1- إمّا أن يمنح للمدين أجلا جديدا و مُحدّدا حسب الظروف، لتنفيذ العقد كاملا أو لتنفيذ الجزء المُتبقّي منه أو لتنفيذه تنفيذا عينيا صائبا وفق ما اتفق عليه.

2- للقاضي أيضا سلطة رفض فسخ العقد، رغم توافر شروطه لاسيما إذا نُفذ العقد في جزء منه وأنّ ما لم يوفيه المدين قليل مقارنة بكافّة الالتزامات التي يُرتّبها العقد.

3- كما يمكن للقاضي تقرير فسخ العقد، و الحكم القضائي الذي يُقرّر الفسخ يُعدُّ مُنشئا له لا كاشفا، بخلاف الفسخ الاتفاقي أو الانفساخ الذي يكشفان الفسخ فقط و عليه فالحكم بالفسخ القضائي يكون بناء على السّلطة التقديرية للقاضي الممنوحة له قانونا وفق ما جاء في نص المادة 119/ف2.

يجب الإشارة إلى أنّه، إذا كان قد رفع الدائن دعوى فسخ العقد له أن يتراجع قبل الحكم به إلى طلب التنفيذ العيني للعقد أو طلب التنفيذ بمقابل، أما إذا كان قد رفع دعوى طلب التنفيذ العيني للعقد فله أن يغيّر عن طلبه و يطالب بالفسخ، كما أنّ للمدين أيضا قبل الحكم بالفسخ أن يُنقذ ما هو ملزم به من خلال العقد و في كلّ الحالات كما جاء في المادة 119/ ف1 بإمكان الحكم أيضا بالتعويض إذا اقتضى الأمر ذلك عن كل ما ترتّب من ضرر جرّاء هذا التقصير في تنفيذ العقد و الإخلال به.¹

ثانيا/ الفسخ الاتفاقي: هو حلّ الرابطة العقدية بموجب اتفاق بين المتعاقدين بأنه إذا أخل أحدهما بتنفيذ التزاماته العقدية ، سيؤدي هذا الإخلال إلى فسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي، و ذلك عن طريق إدراج شرط الفسخ ضمن شروط العقد، طبقا للمادة 120 من ق.م.ج بنصها: "يجوز الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار... " و إن كان

¹ أنظر أكثر تفصيلا: بلحاج العربي، نظرية العقد...، مرجع سابق، ص 485 و 486.

المتعاقدين يتمتعان بالحرية التامة في صياغة شرط الفسخ الاتفاقي¹، غير أنّهما ملزمان بوضوح إرادتهما في هذا الشأن، إذ أن الغرض من الشرط الفاسخ هو استبعاد الفسخ القضائي لتفادي السلطة التقديرية للقاضي كما رأينا سابقا، إذ سيقصر دوره في الكشف عن الفسخ فقط و ليس تقريره، و بمجرد إعلان الدائن رغبته في حلّ العقد عند تحقّق شرط فسخه المتمثّل عموما في عدم و فاء المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية فهذا سيحول دون تمكينه من تنفيذ التزامه لاحقا لتجنّب الفسخ.²

فرع3: أثر الفسخ

لقد تناولت المادة 122 ق.م.ج آثار الفسخ بنصّها: "إذا فُسخ العقد أُعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".³ يترتب إذا عن فسخ العقد في جميع صورته سواء كان قضائيا أو اتفاقيا أو قانونيا وفقا لهذا النص، إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وهذا يفيد في معناه، زوال العقد بأثر رجعي من يوم انعقاده أي يعتبر العقد كأنه لم يكن بالنسبة للمتعاقدين كما يمتدّ إلى الغير إلا أنّه يجب ذكر مسألة الأثر الرجعي للفسخ تقتصر على العقود الفورية دون العقود المستمرة و ما يعرف بالعقود الزمنية كعقد الإيجار و عقد العمل...³ كون هذه الأخيرة لا يكون للفسخ أثر رجعي فيها لطبيعتها فالفسخ في هذه العقود يتمثّل في إنهاء العقد مُستقبلا ابتداء من تاريخ صدوره و لا يُفسخ العقد إلاّ لما تبقى منه.⁴ و عليه سنتطرق لأثر الفسخ بالنسبة للمتعاقدين و أثره بالنسبة للغير.

أولا/ أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين:

يقصد بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، كأثر للفسخ، أنّه يرُدُّ كلاّ منهما ما تسلّمه بموجب العقد، و هذا ما يسمى بال**الاسترداد العيني**، فإذا كان العقد بيّعا مثلا، يستعيد البائع المبيع و يستردّ المشتري الثمن، أما إذا استحال ذلك كأن يَهْلُك المبيع لدى المشتري و بالتالي يستحيل على البائع استرداده فإنّه يعاد الطرفان إلى ما كانا عليه عن طريق **التعويض** الذي يُقدّره القاضي.⁵

¹ و قد ذكر بلحاج العربي عدة صيغ يتم من خلالها الاتفاق على الفسخ: "الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا، - الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه،*- الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا، من تلقاء نفسه بغير الحاجة إلى حكم قضائي، - الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، بغير حاجة إلى إعدار أو إلى حكم قضائي." نفس المرجع، ص 488.

² عبد الكريم بلعبيور، مرجع سابق، ص 233. أنظر أيضا: علي فيلال، الالتزامات، النظرية... مرجع سابق، ص 436.

³ راجع تقسيمات العقود، العقد الفوري و العقد الزمني ضمن هذه المطبوعة.

⁴ بلحاج العربي، نظرية العقد...، مرجع سابق، ص 490 و 450.

⁵ و هذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري تجسيدا لنص المادة 122 ق م ج التي نصت على أثر الفسخ و كمثل على ذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 257742، عن الغرفة المدنية بتاريخ 2002/02/06، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول لسنة 2003، ص

هنا نُميزّ حتماً بين التعويض كأثرٍ لِحَلِّ الرّابطة التّعاقديّة عن طريق الفسخ كحلٍ لإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التّعاقّد عند استحالة الاسترداد العيني، و بين التعويض الذي نصت عليه المادة 119/1 و الذي هو حقّ للدائن الحصول عليه نتيجة الضّرر الذي لحقه من جرّاء فسخ العقد بغضّ النّظر عن استحالة أو عن إمكانيّة الاسترداد العيني، فهو جزء للمدين لإخلاله بالتزاماته التّعاقديّة.¹

ثانياً/ أثر الفسخ بالنسبة للغير:

يؤثر الفسخ في الغير (غير المتعاقدين) أيضاً، حيث تتأثر الحقوق التي يكتسبونها من طرف أحد المتعاقدين على الشّيء محلّ العقد المفسوخ، إذ يسري في حقّهم أيضاً هذا الفسخ بأثر رجعي، و إن كان لا تُرفع دعوى فسخ العقد ضد الغير، لأنّه ليس طرفاً في العقد إلاّ أنّه قد ترفع ضدهم دعوى الاسترداد² غير أنّه و لغرض استقرار المعاملات و حماية للغير حسن النّيّة، فقد أقرّ المشرّع الجزائري بعض الحالات كاستثناء مؤكّداً على ضرورة بقاء حقوق هذا الغير حسن النّيّة قائمة على الشّيء محلّ العقد المفسوخ، كحالة حماية حائز المنقول بحسن نية طبقاً لقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" و هذا ما قضت به الم 835 ق.م.ج و كحالة الرهن الرّسمي الصّادر من المالك الذي زالت ملكيته بفسخ العقد طبقاً الم 885 ق.م.ج، و كحالة أيضاً وجوب بقاء عقد الإيجار لآثاره في حقّ من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة رغم فسخ العقد الذي نقل ملكيتها للمؤجر حيث تنتقل ملكية العين المؤجرة (العقار) و هي مُثقلة بعقد الإيجار إلى غاية انقضاء مدّته و هذا ما قضت به المادة 469 مكرر 3 من ق.م.ج.³

103: "... متى حكم بالفسخ وفقاً للمادة 122 ق م ج، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض العادل..."

¹ أساس هذا التعويض هو المسؤولية المدنية التقصيرية التي نصت عليها المادة 124 من القانون المدني والناشئة عن الضرر من جراء التقصير و الإهمال الذي كان سبباً فيه المتعاقد المدين، غير أن هذا التعويض هو غير عقدي بل يترتب بعد الحكم بالفسخ أي بعد انحلال العقد. (سيأتي التفصيل في المسؤولية المدنية التقصيرية لاحقاً باعتبارها من الدروس المقررة ضمن البرنامج) .

² أنظر نص المادة 143 من القانون المدني.

³ يمكنك الاطلاع على حالات أخرى كاستثناء على الأثر الذي يلحق الغير من جراء فسخ العقد: بلحاج العربي، نظرية العقد...، مرجع سابق، ص 490.

المطلب الثاني: انحلال العقد بالانفساخ لاستحالة تنفيذه:

قد يزول العقد الملزم لجانبين لأسباب خارجة عن يد المتعاقدين و لا دخل لهما فيها فيتقرر حينئذ هذا الزوال بقوة القانون، و هو ما يعرف بالانفساخ لاستحالة تنفيذ العقد، و عليه سنتناول تفصيله من خلال التطرق إلى تعريف الانفساخ و تبيان شروطه و أيضا الأثر الذي يُخلّفه هذا الانفساخ.

فرع 1: تعريف الانفساخ :

لقد تناولت المادة 121 من ق.م.ج حالة الانفساخ بنصّها: " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضت التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة و ينفسخ العقد بحكم القانون." و من خلال هذا النص يتبين لنا أن الانفساخ هو زوال العقد بسبب استحالة تنفيذ المدين التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه، فبانقضاء التزام المدين لاستحالة تنفيذه يترتب عنه انفساخ العقد من تلقاء نفسه بقوة القانون.

فرع 2: شروط الانفساخ:

يشترط لانفساخ العقد ما يلي:

- 1- يجب أن تظهر استحالة التنفيذ بعد إبرام العقد (أي في تاريخ لاحق على إبرام العقد) لأنها لو تزامنت مع إبرام العقد لجعلت العقد باطلا لاستحالة المحل.¹
- 2- يجب أن تكون استحالة التنفيذ مطلقة، لا يد للمدين فيها فهي طارئة تجعل التنفيذ مستحيلا على إطلاقه، كما يجب أن تكون الاستحالة كاملة بالنسبة لكل الالتزامات، أمّا إذا كانت جزئية فلا يقع الانفساخ، كمن يشتري منزلا ثم يهدمه زلزال يستحيل حينها بصفة مطلقة و كاملة على البائع تسليمه للمشتري، و بالتالي ينقضي التزامه بالتسليم مما يترتب عليه أيضا انقضاء الالتزام بتسليم الثمن فالعقد حينها ينفسخ بحكم القانون.

- 3- يجب أن يكون سبب الاستحالة أجنبيا عن المدين، علما أنّ الاستحالة التي يكون سببا فيها المدين لا تُرتب الانفساخ بل تُرتب الفسخ.²

فرع 3: آثار الانفساخ و تحمل تبعته:

إنّ آثار الانفساخ هي ذاتها الآثار التي يُرتبها الفسخ القضائي أو الاتفاقي كما رأيناه، حيث ينقضي التزام المدين و يتحلل منه، و بالمقابل ينقضي تبعا لذلك التزام الطرف الآخر الدائن، و لا يمكن حينها المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض، باعتبار أنّ المدين غير مسؤول عن استحالة التنفيذ المطلقة التي

¹ راجع شروط المحل من خلال هذه الدروس.

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 361. أنظر أيضا: بلحاج العربي، نظرية العقد...، نفس المرجع، ص 361.

سببها أجنبيا لا يد له فيه¹ *، فاستحالة التنفيذ في عقد البيع بسبب هلاك المبيع مثلا تجعل البائع هو المدين الملزم بتسليم المبيع، غير أن هذا الأخير قد هلك مما سيؤدي إلى استحالة التنفيذ بسبب هذا الهلاك و ينتج عنه انفساخ العقد، و عليه يلتزم البائع برد الثمن إن كان قد استلمه أما المشتري بالمقابل لا يلتزم بشيء، باعتباره دائنا بل له أن يسترد الثمن إن كان قد سدده للبائع بزوال العقد عن طريق الانفساخ، و يفهم من ذلك أن المدين هو من يتحمل تبعه الهلاك و لا يلزم الدائن بشيء.²

المبحث الثالث: الدّفع بعدم التنفيذ

لقد عالجت المادة 123 ق.م.ج الدّفع بعدم التنفيذ كحق لكل متعاقد في العقد الملزم لجانبين، و ذلك بنصها: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

لقد رأينا أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يُنفذ أحد المتعاقدين التزامه العقدي جاز للمتعاقد الآخر طلب فسخ العقد، ولكن قد لا يرغب في فسخ العقد و بالتالي إذا طالبه المتعاقد الذي لم يُنفذ التزامه بالتنفيذ جاز له أن يدفع بعدم التنفيذ و يُعدّ هذا الدّفع في حقيقة الأمر تطبيقا للحقّ في الحَبَس (Le droit de rétention)³ حيث يجوز لكل من التزم بأداء شيء أي تسليم شيء تحت يده أن يمتنع عن الوفاء به، مادام المدين لم يعرض الوفاء بالتزام ما ترتّب عليه بسبب التزام الدائن و مرتبط به.⁴ و عليه سنتطرق في مايلي إلى شروط التمسك بالدّفع بعدم التنفيذ وأيضا أثره.

¹ راجع المادتين 127 و 176. * فمن الشروط العامة للسبب الأجنبي أن يكون مفاجئا، غير متوقّع و لا يمكن دفعه، ستعالج موضوع "السبب الأجنبي" لاحقا بأكثر تفصيل عند دراسة "الفعل المستحق للتعويض" كمصدر غير إرادي للالتزام باعتباره موضوعا من المواضيع المقررة في البرنامج.

² أنظر أكثر تفصيلا: محمد صبري السعدي، مرجع سابق ص 361.

³ يعتبر الدّفع بعدم التنفيذ من تطبيقات القاعدة اللاتينية (exceptio non adimpleti contractus) ولقد عرّفها فقهاء القانون الكنسي على أساس المبدأ القائل: (لا يرضى عهد من لا عهد له، non servant fidem non est fides servanda)

Voir :Christian Laroumet, Op.cit , p 754

أنظر أيضا : بلعور عبد الكريم ، نظرية الفسخ...، مرجع سابق، ص 149.

⁴ فنظرية السبب هي أساس الدفع بعدم التنفيذ، التي تقيم ارتباطا وثيقا بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين و هو الأساس ذاته الذي يقوم عليه الفسخ بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين. أنظر :

Starck (B), Roland (H),et Boyer (L), les obligations, tome 3, édition Litec, Paris, 6 eme édition, 1998

المطلب الأول: شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

يتبين من خلال نص المادة 123 المذكورة آنفا، أنّ هناك ثلاثة شروط للتمسك بحق الدفع بعدم التنفيذ من طرف أحد المتعاقدين و هي كما يلي:

1- يجب أن يكون العقد ملزما للجانبين: إذ لا يجوز تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ، إذا كانت الالتزامات غير متقابلة، أو كانت بصدد عقد تقرر بطلانه أو فسخه أو زواله، فلا جدوى حينها من الدفع بعدم التنفيذ.

2- يجب أن يكون الالتزام الذي يُدفع بعدم تنفيذه مُستحقّ الأداء: و يقصد بذلك أيضا أنّه يجب أن تكون الالتزامات المتقابلة مُستحقة الأداء و واجبة التنفيذ. و إذا تمسك الطرفان بالدفع بعدم التنفيذ يُمكن الاستعانة بالقاضي لمعرفة المُتخلف عن الوفاء من بين المتعاقدين، و قد يأمر القاضي بالإيداع لدى شخص ثالث يتولى مهام التسليم، و بذلك يتم تنفيذ العقد في آن واحد من قبل الطرفين.¹

3- يجب أن يكون أحد المتعاقدين رافضا لتنفيذ التزامه من جهة غير أنه و من جهة أخرى يجب أن لا يتعسف المتعاقد الآخر المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ عند استعماله لهذا الحق.

ولهذا يشترط أن يكون من يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ طرفا حسن النية، إذ لا يليق أن يكون هو سببا في عدم تنفيذ المتعاقد الآخر للعقد، أي أن لا يتعسف في استعمال الدفع بعدم التنفيذ، فهو وسيلة ضمان في يد المتعاقد التي يضغط بها على المتعاقد الآخر لتنفيذ التزامه.²

المطلب الثاني: أثر الدفع بعدم التنفيذ

الأثر الذي يخلّفه الدفع بعدم التنفيذ هو أنّه يُوقّف تنفيذ العقد فقط، و هذه هي الخاصية التي يمتاز بها حيث لا يزِيل الالتزام كما رأينا بالنسبة للفسخ ، فتوقيف تنفيذ الالتزام يعتبر كوسيلة مؤقتة لغرض الضّغط على المتعاقد الثاني لتنفيذ العقد، وهو لا يحتاج إلى إعدار لاستعماله، غير أنّه يجوز لهذا المتعاقد المتمسك بعدم التنفيذ المطالبة بالتنفيذ الجبري سواء العيني أو عن طريق التعويض للعقد كما له أن يطلب فسخه.³

و الدفع بعدم التنفيذ يُنتج أثره ليس فقط في مواجهة المتعاقد الآخر، بل أيضا في مواجهة الغير الذي يُقصد به هنا كل من اكتسب حقا في تاريخ لاحق على التمسك بعدم التنفيذ، نفترض مثلا أنّ هناك عقد بيع و تأخر المشتري في تسديد الثمن غير أنّه قام ببيع العين التي اشتراها لمشتري آخر، حينها يحق للبائع

¹ في التنفيذ الجبري، في عرض الوفاء و الإيداع، أنظر نصا المادتين 584 و 585 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

² بلحاج العربي، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 474 .

³ أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط.. الجزء الأول، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص-ص 833-836.

أن يحبس العين محل العقد و يتمسك بعدم التنفيذ ليس فقط تجاه المشتري الذي لم يدفع الثمن أي المشتري المتعاقد معه، بل له أيضا التمسك بعدم التنفيذ أيضا في مواجهة المشتري الثاني.¹

و قد يصل الدّفع بعدم التنفيذ أمام القضاء عن طريق الطّرف الآخر، بموجب دعوى يُطالب فيها بالتنفيذ، وهنا يكون لصاحب الحقّ في الدّفع، التمسك به أمام القاضي، و للقاضي سلطة تقديرية في هذا الشأن إذ أنّه إذا رأى عدم توافر الشّروط سالف ذكرها فقد يرفضه و يحكم لطالب الدّعى بطلباته سواء كانت التنفيذ العيني للعقد أو التنفيذ بمقابل أو بفسخ العقد، أمّا إذا رأى القاضي أنّ لمن تمسك بالدّفع حقّ في ذلك فهو يُقرّه على موقفه هذا، و عليه فإنّ أثر الدّفع بعدم التنفيذ إذا ينحصر في وقف الالتزام مؤقتا و الغرض منه هو الضّغط على المتعاقد الآخر للمبادرة إلى تنفيذ التزامه.²

المبحث الرابع: المسؤولية المدنية العقدية (جزء إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته العقدية)

La responsabilité contractuelle

المسؤولية عنصر من عناصر الالتزام و قد سبق لنا أن رأينا أنّ الالتزام له عنصران هما المديونية و المسؤولية، فالعنصر الأوّل و هو المديونية في العقد، يعني واجب على المدين بإرادته مختارا بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد، كما سبق توضيحه فإذا هو أخلّ بهذا الواجب أمكن للدائن تحريك العنصر الثاني في الالتزام و هو عنصر المسؤولية، أي الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزام العقدي، و المسؤولية لا تقوم إلّا عند استحالة التنفيذ العيني للعقد و عليه تنصّ المادة 176 من ق.م.ج على أنّه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينا حكم عليه بتعويض الضرر النّاجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يُثبت أنّ استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخّر المدين في تنفيذ التزامه."

فإجبار المدين على تنفيذ التزامه العيني، أي إجباره بتنفيذ الأداء الذي التزم به من خلال العقد لا يُتصوّر إلّا إذا كان هذا التنفيذ مُمكنًا، أمّا إذا استحال التنفيذ عينا، فإنّه يلتزم بمقابل ما كان يجب عليه تنفيذه ذلك بتعويض الدائن عن كل ضرر يلحقه من عدم تنفيذ العقد وفق ما اتفق عليه أو حتى عند التأخير في

¹ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد- الإرادة المنفردة- العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون- و مصدران جديان للالتزام الحكم- القرار الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص202.

²Voir :Christian Laroumet, Op.cit , p 755.Voir aussi : J. Carbonnier, Les obligations, tome 4, édition Thémis, Paris, 22^{ème} édition, 2000, p321

تنفيذه. فالمسؤولية المدنية العقدية إذا هي جزاء الإخلال بالالتزام العقدي، أي كانت صورة هذا الإخلال¹ ويشترط لقيام هذه المسؤولية توافر ثلاثة شروط هي:

1- وجود عقد صحيح وقائم بين المتعاقدين.²

2- أن ينشأ ضرراً من جراء عدم تنفيذ أو عن الإخلال بالالتزام المترتب عن العقد.

3- أن يكون المخلّ بالالتزام في العقد هو المدين و أن يلحق بالمتعاقدين الآخر الدائن في العقد ضرراً مباشراً من جراء هذا الإخلال.³

و هذه هي شروط المسؤولية المدنية العقدية التي يمكن تفصيلها بأكثر توضيح من خلال التطرق إلى الأركان التي تقوم عليها هذه المسؤولية المدنية عموماً و هي الخطأ، الضرر و العلاقة السببية.⁴

المطلب الأول: الخطأ العقدي

الخطأ هو الركن الأول من أركان المسؤولية المدنية العقدية، و يُقصد بالخطأ العقدي عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدية، أو التأخير في تنفيذه، و يستوي أن يكون عدم التنفيذ أو التأخير فيه عن عمد أو عن إهمال من قبل المدين، و يستوي أيضاً أن يكون عدم التنفيذ كلي أو جزئي للالتزام، و قد رأينا أنّ الالتزام التعاقدية قد يكون التزاماً بتحقيق نتيجة أو التزاماً ببذل عناية⁵، و يتحقق الإخلال بالالتزام بتحقيق نتيجة بعدم تحقق النتيجة و لو بذل الملتزم في العقد كلّ ما بوسعه من جهود أمّا لو كان الالتزام هو بذل العناية فإنّ عدم بذل الجهد المطلوب و اللّازم الذي يستلزمه الوضع يُعدّ إخلالاً بالالتزام التعاقدية، و على عكس ذلك، فإذا بذل ما يلزم من عناية فقد نفذ التزامه سواء تحققت النتيجة أو لم تتحقق، فمثلاً عدم إعداد التجار للخزانة المتفق عليها يُعدّ إخلالاً بالتزامه بتحقيق نتيجة صنع الخزانة، ويعتبر عدم بذل الطبيب الجهود اللازمة لعلاج المريض إخلالاً بالتزامه ببذل العناية اللازمة للقيام بالعلاج.

و يتحمل الدائن الذي يطالب بالتعويض عبء إثبات عدم التنفيذ أو الإخلال به فإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة فعلى الدائن إثبات مجرد عدم تحققها تقوم مسؤولية المدين أمّا إذا كان الالتزام ببذل عناية فعليه إثبات أنّ المدين لم يبذل العناية المطلوبة.⁶*

1 رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 234 و 235

2 صحة العقد بناء على كل ما تطرقنا إليه من خلال أركان العقد وشروط صحته.

3 سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 167

4 سنعالج هذا الموضوع بشكل مختصر باعتبار أننا سنرجع لهذا الموضوع عند دراسة الفعل المستحق للتعويض لاسيما أننا سنتطرق

إلى المسؤولية المدنية العقدية و المسؤولية المدنية التصيرية و التمييز بينهما.

5 راجع الالتزام بتحقيق نتيجة و الالتزام ببذل عناية ضمن هذه المطبوعة.

6 محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 254.

المطلب الثاني: الضرر

و هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية العقدية، فالضرر هو الأذى الذي يُصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، و هو ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب نتيجة إخلال المدين بتنفيذ التزامه سواء بعدم تنفيذه أو تنفيذه خلافا و مغايرا على ما اتفق عليه، أو حتى بالتأخير في تنفيذه، و قد يكون الضرر ماديا و (أو) معنويا و يعرف أيضا بالضرر الأدبي ، ونظرا لأن العقود تنظم العلاقات المالية بين الأفراد، فإنّ عدم تنفيذها يؤدي في أغلب الأحيان إلى الضرر المادي (المالي)¹ الذي يلحق الدائن. و يشترط في الضرر أن يكون حالا و محقق الوقوع أمّا إذا كان احتماليا فلا يُستحقّ عنه التعويض إلا بحدوثه فعلا. و يُسأل المدين عن الضرر المباشر الذي يكون نتيجة حتمية مباشرة للإخلال بالالتزام العقدي ،و هو أيضا يُسأل عن الضرر المتوقع فقط دون الضرر غير المتوقع، إلا في حالة الخطأ الجسيم، الذي يثبتته الدائن²، فإذا كان الدائن يُطالب بالتنفيذ عن طريق التعويض فعليه إثبات الضرر الذي يدّعيه و الذي لحقه من جرّاء عدم تنفيذ العقد أو التأخير في تنفيذه من قبل المدين.³

المطلب الثالث: علاقة السببية بين الخطأ و الضرر

العلاقة السببية هي الركن الثالث في المسؤولية المدنية، فلا يُعتدّ بالخطأ و الضرر فقط بل يجب أن تربطهما علاقة سببية، أي أن يكون الخطأ هو السبب المباشر في إحداث الضرر، و هذا ما أكّده المادة 176 المذكورة أعلاه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه."

و يقع على الدائن إثبات علاقة السببية بين خطأ المدين التعاقدية و بين الضرر الذي لحق به من جرّاء هذا الخطأ و بالمقابل بإمكان المدين أن ينفي مسؤوليته بإثبات أن الضرر كان راجعا لسبب لا يد له فيه، أي أنّ السبب أجنبي و الذي قد يتمثل في القوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل الدائن المتعاقد

* إن إثبات عدم تنفيذ أو إخلال المدين بالتزامه العقدي في الالتزام بتحقيق نتيجة أسهل من إثباته في الالتزام ببذل عناية لأنّ الالتزام ببذل عناية مرتبط بعنصر الاحتمال كما رأينا و بعناصر خارجية موضوعية تحدّد إن كان هناك تقصير في بذل العناية أو لم يتحقّق هذا التقصير.

¹ قد يكون هناك استثناء مثل ما هو الشأن بالنسبة للضرر المعنوي الذي يخلفه إخلال الطبيب بالتزامه ببذل العناية في العقد الطبي

² لأنّ حسن النية في تنفيذ العقد مفترض كما رأينا راجع تنفيذ العقد بحسن نية ضمن هذه المطبوعة.

³ بلحاج العربي، نظرية العقد... مرجع سابق، ص466.

المضرور بذاته¹ كأن يتعاقد شخص مع الناقل لنقل بضاعته دون أن يحتاط إلى تغليفها بما يُناسب لتفادي كسرها باعتبار أنها من زجاج سهلة التكسير، فإذا طالب الدائن صاحب البضاعة تعويضاً عن بضاعته التي أوصلها الناقل مكسورة فما على الناقل إلا إثبات أن الضرر الذي لحق صاحب البضاعة كان بسببه هو، و هنا تنقطع علاقة السببية بين فعل الناقل و بين الضرر، فيُصبح سببه لا يد للناقل فيه بل أجنبياً عنه و بالتالي تنتفي مسؤوليته العقدية².

¹ إنَّ دراسة السبب الأجنبي تشترك فيه كل من المسؤولية العقدية و المسؤولية التصديرية لذا نرجئ دراسته عند معالجتنا للمسؤولية المدنية التصديرية (الفعل المستحق للتعويض).

² اطلع على نص المادة 127 ق.م.ج: "إذا أثبت الشخص أنّ الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"

الخاتمة

توصلنا في نهاية هذا الجزء من دروس مصادر الالتزام، إلى معالجة مصدرين هما القانون و العقد و قد تبين لنا أنّ للقانون كمصدر للالتزام خصوصية، كونه مصدرا غير مباشر لكل الالتزامات التي يكون مصدرها المباشر التصرف القانوني أو الواقعة القانونية، باعتبار أنّ القانون هو الذي ينصّ على هذه المصادر بموجب نصوص قانونية و هو الذي يحدد أحكامها، غير أنّه ليس هو من يُنشئها مباشرة هذا من جهة و من جهة أخرى قد يكون القانون مصدرا مباشرا للالتزامات القانونية التي يُنشئها هو بذاته مباشرة و ذلك من خلال نصوص خاصة و أيضا هو الذي يحدّد تعاليمها و يطبّق عليها مباشرة، سواء كانت هذه الالتزامات ناشئة بموجب نصوص من القانون العام أو بنصوص من القانون الخاص كما رأينا. أما العقد كمصدر للالتزامات، و الذي أخذ الحصّة الأكبر من هذه الدروس، كونه المصدر الذي عولج بعدد كبير من النصوص القانونية ضمن نظرية الالتزام في القانون المدني و ذلك لتعدد المسائل القانونية المرتبطة به، و لكونه أيضا مصدرا للالتزام الأكثر تداولاً بين الأشخاص، لدرجة أنّه يطلق على الأحكام القانونية و الفقهية التي تُنظم هذا المصدر المهم للالتزام بنظرية العقد لذا فقد تطرقنا من خلال دراستنا للعقد إلى مرحلة تكوينه بما تعرفه من أركان و شروط و توصلنا إلى ضرورة احترام هذه الأركان تحت طائلة البطلان في حالة الإخلال بها و أن شروط العقد لا تقل أيضا أهمية لما لها من دور في استقرا المعاملات التعاقدية نتيجة لاحترامه و عدم تعريض العقد للقابلية للإبطال و بتطرقنا إلى تنفيذ العقد توصلنا إلى أنه يكتسي ما يسمى بالقوة الإلزامية لتنفيذ ما رتبّه من التزامات ناشئة عنه، و التي تجعل هذا العقد واجبا على المتعاقدين يرتّب آثاره القانونية وفق ما اتفقا عليه و وفق ما نص عليه القانون و توصلنا في ذلك إلى أنّ العقد كمبدأ يرتّب آثاره فيما بين المتعاقدين و خلفيهما و قد تمتد كاستثناء للغير وفي حالة الإخلال بالعقد فقد يزول بالفسخ أو قد يزول بالانفساخ عند استحالة تنفيذه كما قد يترتب على المدين في العقد جزاء التعويض أو ما يعرف بالمسؤولية المدنية العقدية الناتجة عن إخلاله بالتزاماته التعاقدية.

قائمة المراجع
المراجع باللغة العربية
أولا / الكتب

- 1- أحمد شوقي عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام المصادر الإرادية و المصادر غير الإرادية المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، الطبعة الأولى، سنة 2000.
- 2- أحمد شوقي عبد الرحمان، إجازة العقد القابل للإبطال في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006
- 3- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر.
- 4- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات التشريعية...دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
- 5- بلحاج العربي، أحكام التركات و المواريث في قانون الأسرة الجزائري، دار الثقافة ' عمان' الأردن، طبعة 2012.
- 6- جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر 1975
- 7- حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الحادية عشر، 2017.
- 8- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 9- خالد بوشمة، نظرية النيابة الشرعية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي - منشورات بغدادي للطباعة و النشر، الجزائر، 2009.
- 10- دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2004.
- 11- خالد بوشمة، نظرية النيابة الشرعية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي - ، منشورات بغدادي للطباعة و النشر، الجزائر، 2009

- 12- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 13- سمير عبد السيد تتاغو، مصادر الالتزام، العقد- الإرادة المنفردة- العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون- و مصدران جديان للالتزام الحكم- القرار الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 14- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.
- 15- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، الطبعة السادسة عشر، 2016.
- 16- عبد القادر الفار، (مراجعة تدقيق و تنقيح بشار عدنان ملكاوي)، مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، الطبعة الثانية 2016.
- 17- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2000.
- 18- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2000.
- 19- عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 20- علاء محمد الفراعير، العقود الإلكترونية، التراضي- التعبير عن الإرادة دراسة مقارنة. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى 2014.
- 21- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الطبعة الثامنة، 2008.
- 22- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر، 2008.
- 23- علي فيلالي، مقدمة في القانون، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر، 2008.
- 24- علي فيلالي، العقود الخاصة، البيع، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2018.
- 25- عمر علي الشامسي، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2010.
- 26- رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2004.

- 27- ماجد محمد سليمان أبو الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد ناشرون، الطبعة الأولى، 2009، السعودية.
- 28- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، الطبعة الثالثة، 2017.
- 29- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام : مصادر الالتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.
- 30- محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، مدخل إلى القانون والالتزامات، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1998.
- 31- محمد سيد عمران منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان 2002.
- 32- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، طبعة جديدة مزيدة و منقحة، دار الهدى، الجزائر، 2007.
- 33- محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام الجزء الأول، مصادر الالتزام، الناشر مكتبة الوحدة، طرابلس، ليبيا، الطبعة الثانية، 2018.
- 34- محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر دمشق سوريا، الطبعة الأولى الجزء الأول، 2006.
- 35- محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الأنترنت دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، الطبعة الثانية 2011.
- 36- لطلو خيار غنيمة، نظرية العقد، بيت الأفكار للنشر و التوزيع، الجزائر، طبعة 2018
- 37- لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- 38- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015.
- 39- وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد و الاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.

ثانيا / أطروحات الدكتوراه

- 1- أحلوش بولحبال زينب ، حرمة الجسد و العمل الطبي بين الشريعة الإسلامية و القانون، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص ، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة ، كلية الحقوق، نوقشت بتاريخ 13 نوفمبر 2016.
- 2- عبد الحميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، نوقشت سنة 1998
- 3- عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه تخصص قانون، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، كلية الحقوق نوقشت بتاريخ 16 جوان 2014.

ثالثا / رسائل الماجستير -

- 1- بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي الجزائر، 2013/2012.
- 2- تونسي حسين، انحلال العقد، رسالة ماجستير، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة الجزائر كلية الحقوق، نوقشت سنة 2004.
- 3- نبهات بن حميدات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، رسالة ماجستير في القانون، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، نوقشت سنة 2007.

رابعا / المقالات

- 1- رايس محمد، مدى أثر مبدأ النظام العام و الآداب الحميدة على العقد المدني، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق جامعة تلمسان العدد 5 لسنة 2008 ص-ص 80-95
- 2- علي فيلاي، الدين و القانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، الصادرة عن جامعة الجزائر كلية الحقوق، المجلد 45 العدد 04 لسنة 2008 ص-ص 49-79

خامسا / النصوص القانونية

- 1-الأمر رقم 66 / 156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.
- 2-الأمر رقم 75 / 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
- 3-الأمر 75/59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم.

- 4-الأمر 75/ 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ج ر عدد 92 المؤرخة في 18 نوفمبر 1975.
- 5-الأمر رقم 76/ 105 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل المعدل و المتمم، ج ر عدد 81 المؤرخة في 18 ديسمبر 1977.
- 6- الأمر رقم 76/ 101 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 يتضمن قانون الضرائب المباشرة والرّسوم المماثلة ج ر عدد 102 المؤرخة في 22 ديسمبر 1976.
- 7- الأمر 76/104 المؤرخ في 22 ديسمبر 1976 يتضمن الضرائب غير المباشرة، ج ر عدد 70 المؤرخة في 2 أكتوبر 1976
- 8- القانون رقم 84/ 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم.
- 9- الأمر رقم 95/13 المؤرخ في 11 مارس 1995 الذي ينظم مهنة الترجمان العمومي ج ر عدد 17 المؤرخة في 29 مارس 1995.
- 10- قانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر عدد 41 المؤرخة في 27 يونيو 2004
- 11- الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي ج ر عدد 14 المؤرخة في 08 مارس 2006
- 12- قانون رقم 04/18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها ج ر عدد 83 المؤرخة في 26 ديسمبر 2004
- 13- قانون رقم 06/02 المؤرخ في 20/ 02/ 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق ج ر عدد 14 المؤرخة في 08 مارس 2006.
- 14- قانون رقم 06/03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر العدد 46 المؤرخة في 16 يوليو 2006
- 15- قانون رقم 08/ 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- 16- القانون 15/04 المؤرخ في أول فبراير سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر عدد 6 المؤرخة في 10 فبراير سنة 2015
- 17- القانون رقم 16/07 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزاد العلني، ج ر عدد 46 المؤرخة في 03 أوت 2016

- 18- قانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 مايو سنة 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28 المؤرخة في 16 مايو 2018
سادسا/ القرارات القضائية
- 1- قرار المحكمة العليا رقم 257742، عن الغرفة المدنية بتاريخ 06 فيفري 2002، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول لسنة 2003.
- 2- قرار المحكمة العليا رقم 391371، عن الغرفة المدنية، بتاريخ 21 نوفمبر 2007، مجلة المحكمة العليا العدد 2 لسنة 2008.
- 3- قرار المحكمة العليا رقم 160673، عن الغرفة المدنية بتاريخ 08 أكتوبر 1997، مجلة القضاة، العدد 2 لسنة 1998.
- المراجع باللغة الفرنسية

- Les Ouvrages /

- 1- A.Benchneb , Théorie générale du contrat, Office Publication Universitaire, 1982.
- 2- Christian Larroumet, Droit civil, Les obligations, Le contrat ,édition DELTA ,Beyrouth ,Liban avec la collaboration de ECONOMICA, Paris France, 3eme édition, 1996
- 3- Francois Chabas, Leçons de droit civil, tome 2/ premier volume Obligations théorie générale, édition DELTA, Beyrouth Liban, 2000.
- 4- Jaques Ghestin, Le droit des contrats, Recueil Sirey-DALLOZ, Paris, 1990
- 5-J. Carbonnier, Les obligations, tome 4, édition Thémis, Paris, 22ème édition, 2000
- 6- Planiol (M) et Ripert(G), Traité pratique de droit civil Français, édition Sirey Paris, 1952
- 7- René Demogue, *Traité des obligations en général*, tome 5, n° 1237 publié par Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925.
- 8-Starck (B), Roland (H),et Boyer (L), les obligations, tome 3, édition Litec, Paris, 6 eme édition, 1998

- Les Article /

1- Jaques Guestin, Le contrat en tant qu'échange économique, « le principe ou la théorie du juste et de l'utile », Revue d'Economie Industrielle, volume 92 n°1 année 2000 p-p 81-100.

2- Lahlou Khiair Ghnima, Réflexion sur le droit des obligations, Revue Algérienne des sciences juridiques et politiques, 2013, N° 1, p-p 21-30.

3- Maury(M), Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, Revue internationale de droit comparé, Vol. 3 N°3, Juillet-septembre 1952. p-p. 485-516.

مصادر إلكترونية باللغتين العربية و الفرنسية/

1- قاموس المعاني: المعنى اللغوي لمصطلح الرضا على الرابط:

<http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/رضاء>

الإطلاع بتاريخ: 10 جويلية 2019 على الساعة 19:25

2- وسائل الاتصال عن بعد على الرابط : <https://www.marefa.org>

3- Transmissions : histoire des moyens de communication à distance sur le lien : <https://www.eyrolles.com/Sciences/Livre/transmissions-histoire-des-moyens-de-communication-a-distance-9782950525574/>

الإطلاع بتاريخ: 15 سبتمبر 2019 على الساعة 18:30

4- The web masters /Administrateurs de site web:

<https://www.commentcamarche.net/contents/691-webmaster-administrateur-de-site-web> consulté le 20 octobre 2019 à 23 :00

5- Clément François, Le porte-fort et la stipulation pour autrui, Ressource Open Access de l'institut d'études judiciaire Jean Domat, Université Paris1, Panthéon Sorbonne sur le lien : <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect2/ssect2-porte-fort-stipulation-autrui/>

publié le 29 juin 2016 dernière mise à jour le 29/06/2016 consulté le 04 décembre 2019 à 21:15.

6-Jehan de MALAFOSSE , Le restaurateur de la raison d'après Domat jean « 1625-1696 » *Encyclopædia Universalis en ligne.* [URL:http://www.universalis.fr/encyclopédie/jean-domat](http://www.universalis.fr/encyclopédie/jean-domat) Consulté le 16 décembre 2019 à 22 : 30.

ملحق

مخططات نموذجية لبعض

الدروس الملخصة

شروطه المادة 71 ق م ج:

- 1) -تحديد جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي الموعود به.
- 2) -تحديد المدة المراد من خلالها إبرام العقد الموعود به.
- 3) - استيفاء الوعد بالتعاقد كافة الشروط الشكلية المتطلبية في العقد الموعود به (أي العقد النهائي المراد إبرامه من خلال الوعد)

طبيعته وأطرافه المادة 71 ق م ج:

-طبيعته: هو عقد ابتدائي يُمهد لإبرام العقد النهائي الموعود به.

-أطرافه حسب حالتين:

1- الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد

←الطرف 1 واعد(ملزم) بالوعد

←الطرف 2 موعود له (غير ملزم) بل له حق شخصي.

أو

2-الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين

←الطرف 1 واعد و موعود له (ملزم و له حق شخصي)

← الطرف 2 واعد و موعود له (ملزم و له حق شخصي)

الوعد بالتعاقد المادتان 71 و72 ق.م.ج

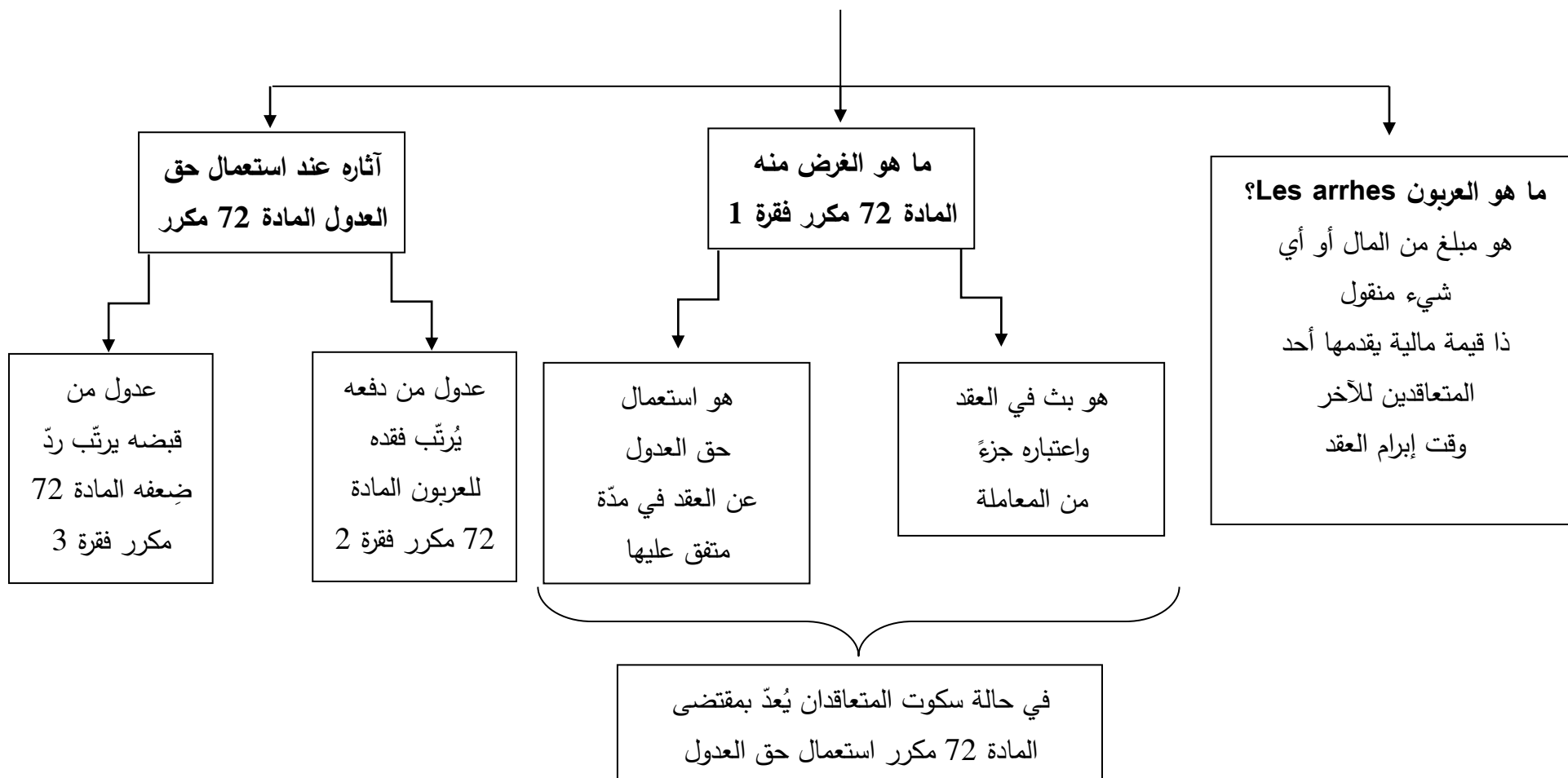
آثاره المادة 72 ق م ج:

1-يُنشئ التزام في ذمة الواعد بإبرام العقد الموعود به

2- يُنشئ حقا شخصيا في ذمة الموعود له بمطالبة الواعد بتنفيذ العقد.

3- ينشئ حقا لصالح الموعود له بمقاضاة الواعد وقيام الحكم القضائي مقام العقد.

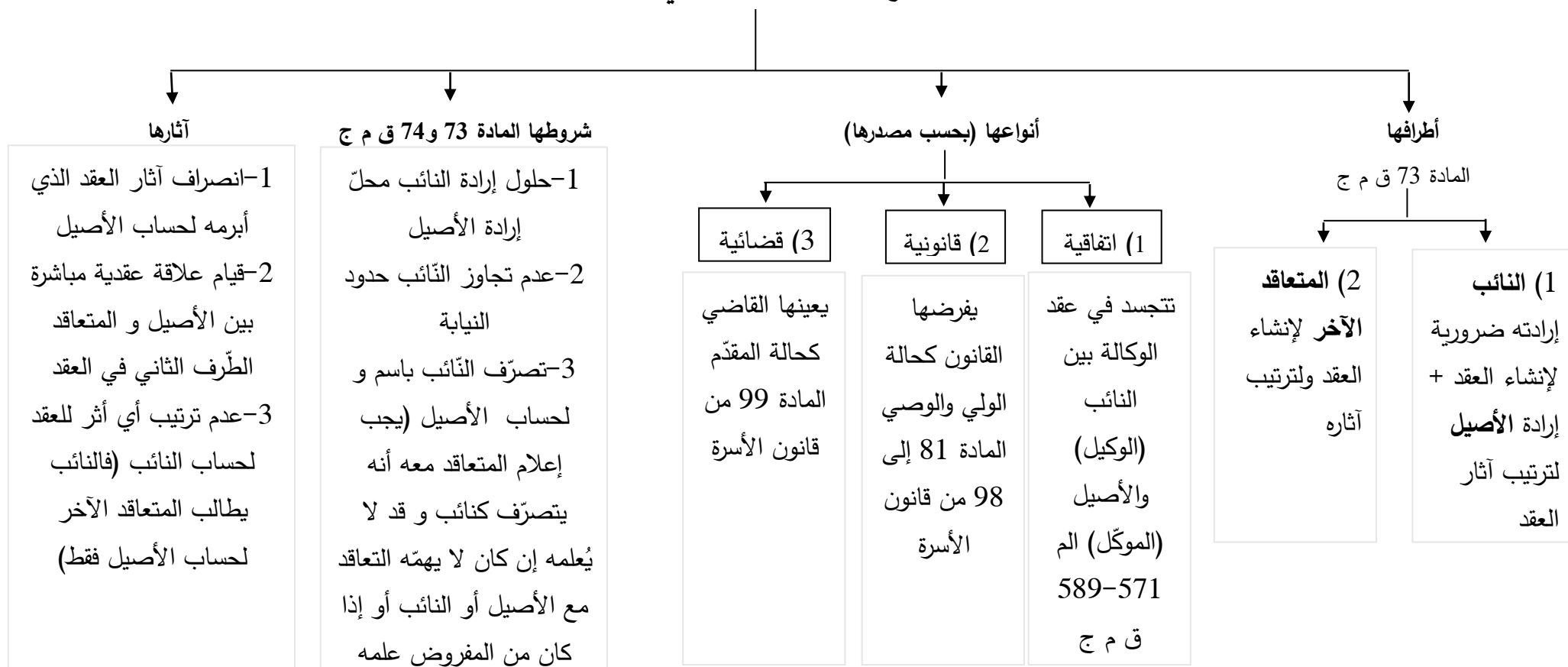
التعاقد بالعربون المادة 72 مكرر ق.م.ج



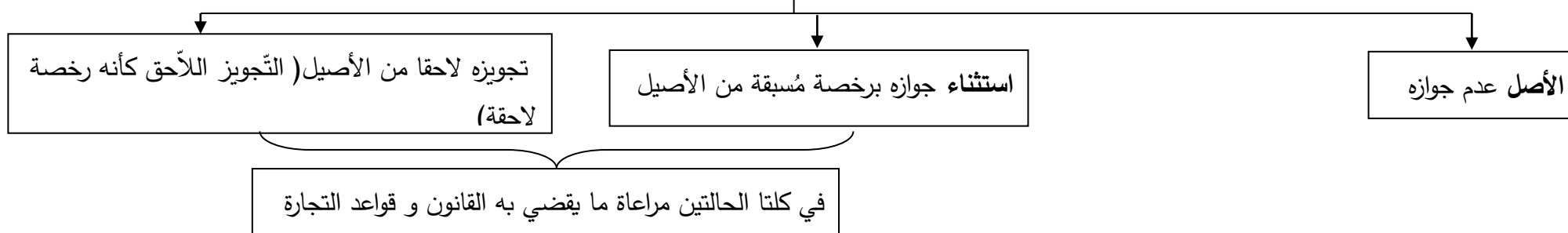
النيابة التعاقدية

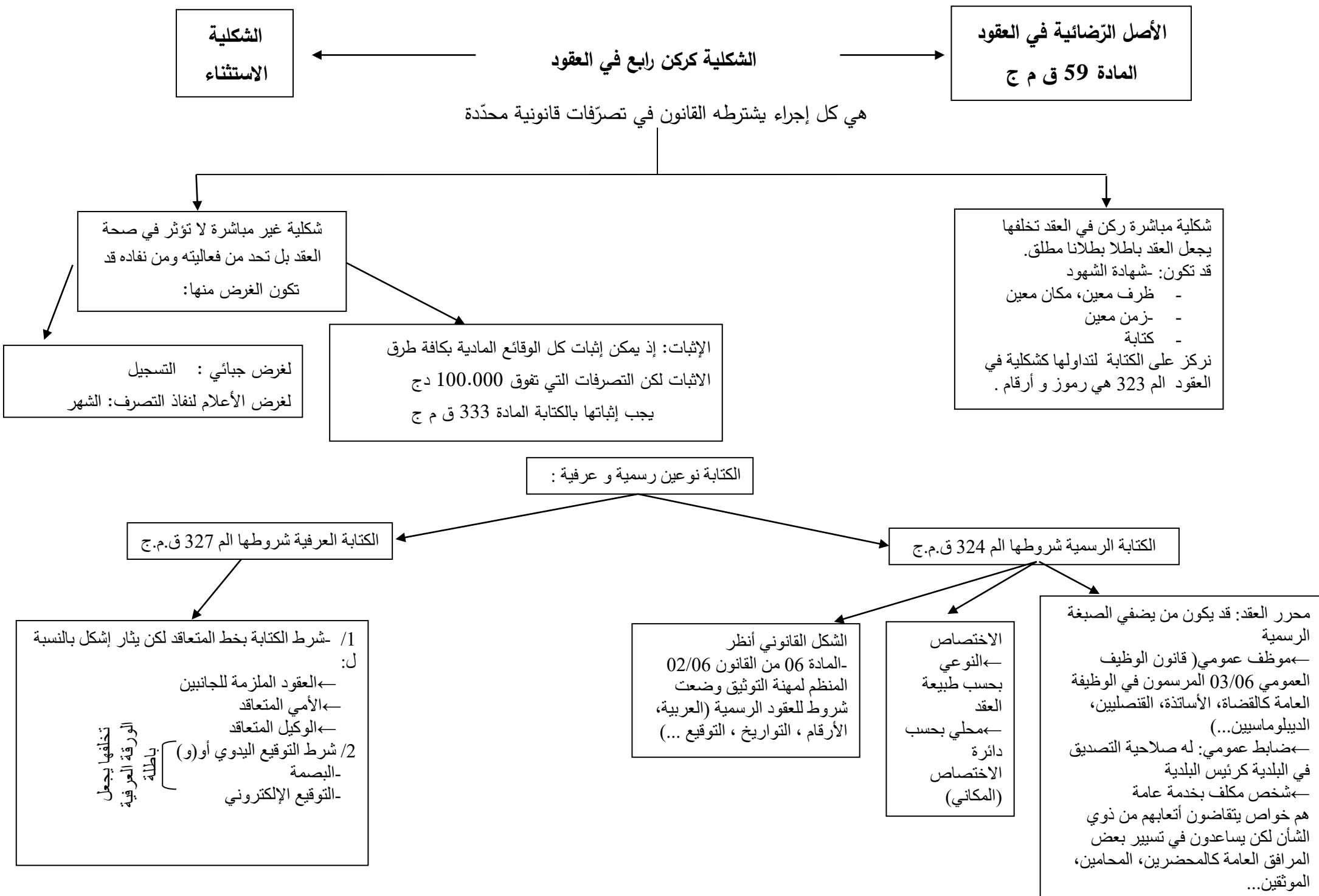
هي استثناء على الأصل تتمثل في حلول إرادة النائب محل إرادة

الأصيل مع انصراف آثار العقد في ذمة الأصيل



* ما حكم تعاقد النائب مع نفسه ؟ المادة 77 ق م ج



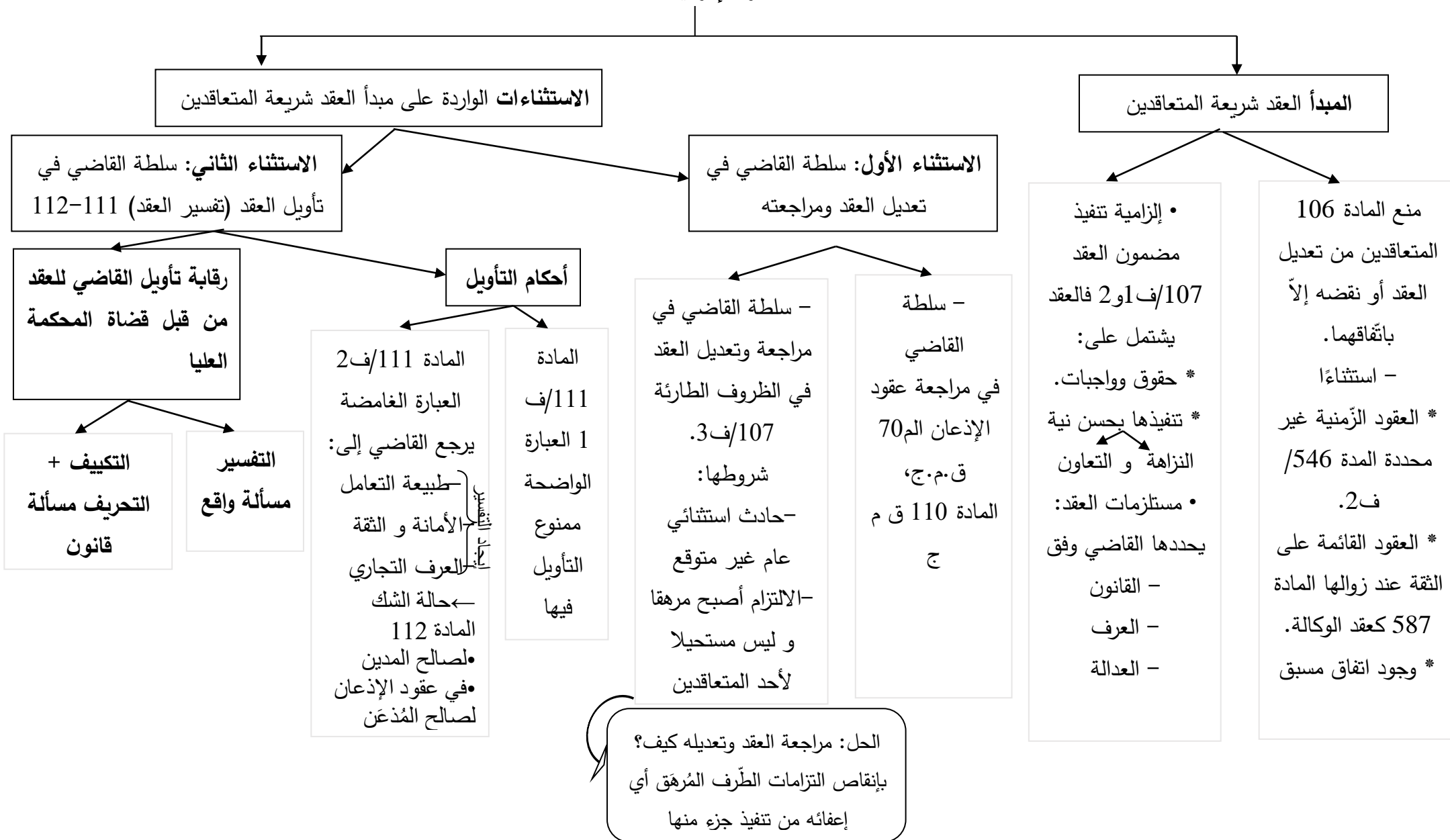


تخلفها يجعل
الكتابة العرفية
باطلة

آثار العقد الصحيح: من حيث الموضوع

Les effets du contrat

القوة الإلزامية للعقد



انحلال العقد

(في العقود الملزمة للجانبين)

الانفساخ المادة 121

- في حالة استحالة تنفيذ الالتزام ينسخ العقد بقوة القانون.

شروط الانفساخ:

- وجود الاستحالة المطلقة لتنفيذ العقد بعد إبرامه و ليس قبل ذلك

- أن تكون الاستحالة ناتجة عن سبب أجنبي عن المدين (إذا كان المدين مخطئا فإنه يترتب الفسخ وليس الانفساخ).

تحمل تبعه الانفساخ:

المدين هو الذي يتحملها وإن كانت تبرأ نمته نحو المتعاقد الآخر الدائن الذي لا يمكنه مطالبة المدين بالتنفيذ عن طريق التعويض لأنه غير مسؤول عن استحالة التنفيذ. وما بإمكان الدائن إلا أن يسترد ما قد وفى به عينا أو عن طريق التعويض.

←انفساخ العقد مثله مثل الفسخ يؤدي إلى زوال العقد

الفسخ المادة 119

الفسخ الاتفاقي المادة 120

- استثناءً قد يتفق المتعاقدان على الفسخ غير أن هذا الاتفاق يُعني عن الإعدار وعن الشروط السالف ذكرها ولاسيما منها ما تعلق بسلطة القاضي التقديرية.

- غير أنه إذا اتفق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند إخلال أحدهما بالالتزامات العقدية فهذا بسلب القاضي سلطته التقديرية وحكمه كاشفاً وليس مقررًا للفسخ.

- وقد يتفق أيضا المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة للإعدار ودون حاجة إلى الحكم، فيفسخ العقد دون اللجوء للقضاء.

الفسخ القضائي (الأصل في الفسخ)

شروطه:

- 1- العقد ملزم للجانبين
- 2- إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته.
- 3- أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزاماته أو مستعدا لتنفيذها.
- 4- طالب الفسخ قادر على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد (أو بالتعويض).
- 5- شرط إعدار المدين بتنفيذ العقد قبل المطالبة بالفسخ.

سلطة القاضي إزاء طلب الفسخ:

- هو غير ملزم بالاستجابة له سلطته تقديرية فقد يحكم به أو لا يحكم به وقد يُعطي المدين مهلة للوفاء كما له سلطة أيضا فيما يتعلق بالحكم بالتعويض إذا طالب به الدائن أو عدم الحكم به.

آثار الفسخ

-إعادة المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد

إزالة كل أثر للعقد كأنه لم يكن: يكون بالاسترداد العيني إذا أمكن وإذا كان غير ممكن يتم عن طريق التعويض كما هي العقود الزمنية.

- إمكانية الحكم بتعويض إضافة إلى الفسخ باعتباره جزاء للمدين لعدم تنفيذ التزامه الذي قد يلحق ضررا بالدائن.

تعريفه: هو حق للدائن في العقود التبادلية يتمثل في امتناعه عن تنفيذ التزامه ما لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به بالمقابل فله أن يتمسك بحق الحبس الم 200 ق.م.ج

شروطه:

- مجاله العقود التبادلية.
- أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء وواجبة التنفيذ. (ولا يحق أن يدفع بعدم التنفيذ من حلّ أجل تنفيذه للالتزام و لم ينفذه).
- امتناع المتعاقد الآخر من تنفيذ التزامه هو الدافع بالمتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ (يشترط حسن النية بين المتعاقدان وعدم التعسف في استعمال حق الدفع بعدم التنفيذ).

أثره:

الدفع بعدم التنفيذ هو وسيلة دفاعية يستعملها المتعاقدان فإذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه وتمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ، فإنّ العقد يبقى قائماً لا يتأثر.

* غير أنه يجوز للمتعاقد المتمسك بعدم التنفيذ أن يطلب:

- بالتنفيذ الجبري (العيني أو عن طريق التعويض).

- أو يطلب فسخ العقد

* ويستطيع المتعاقد المُخل بالتزامه اللجوء للقضاء مُدّعياً تعسّف المتعاقد الآخر في تمسّكه بالدفع بعدم التنفيذ. أو يطلب أجالاً لتنفيذ التزامه (المادة 281 ق م ج).

الدفع بعدم التنفيذ الم 123

ق.م.ج

انقضائه:

ينقضي الدفع بعدم التنفيذ في الحالات التالية:

- هلاك الشيء محل التزام الدائن.
- تخلي الدائن في حقه في الدفع بعدم التنفيذ.
- إذا استفاد المدين المخل بالتزامه من أجل جديد لتنفيذ التزامه من قبل القاضي.
- إذا قدّم المدين ضمانات كافية للدائن تضمن الوفاء بالتزاماته.

نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص (المبدأ)

(العقد كمبدأ يرتب آثاره إلا بالنسبة للمتعاقدين)

أثر العقد بالنسبة للغير Les tiers

أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وخلفيهما

الأصل عدم انصراف أثر العقد للغير و الغير هنا هو أجنبيا ليس من المتعاقدين وليس خلفا عاما وليس خلفا خاصا. هناك حالتان تتجسد فيها هما:

المبدأ العقد يرتب آثاره إلا لذوي الشأن المتعاقدين فقط
لكن استثناء

الاشتراط لمصلحة الغير المواد(116-117-118)

La stipulation au profit d'un tiers (كالتأمين)

على الحياة

وجود:

1-المشترط

2-المتعهد

3-المنتفع

شروطه:

- 1- الإشتراط باسم المشترط دون ادخال المنتفع في العقد.
- 2- اشتراط المشترط حقا مباشرا للمنتفع وليس له هو.
- 3- للمشترط مصلحة ولو أدبية في الإشتراط.

آثاره: يترتب عن الإشتراط لمصلحة الغير ثلاث علاقات:

- 1- علاقة بين المشترط والمتعهد يحكمها عقد الإشتراط
- 2- علاقة بين المشترط والمنتفع يحكمها ما أراده المشترط لصالح المنتفع تبرعا أو معاوضة
- 3- علاقة بين المنتفع والمتعهد يمكن للمنتفع الرجوع مباشرة

على المتعهد (المادة 118)

ملاحظة: تعيين المنتفع: قد يكون مستقلا وقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا.

التعهد عن الغير الم 114

La promesse de tiers

- صورته: إبرام عقد بين (أ و ب) تعهد فيه

(أ) بأن يجعل (ج) يتعاقد مع (ب).

- (ج) حر: يقبل أو يرفض. وإذا رفض ف

(أ) مسؤول تجاه (ب) تعويضه أو تقديم له

ما كان يجب أن يقدمه (ج).

- أما إذا قبل (ج) ينشأ عقد بين (ج) و(ب)

(أ) خارج عنه يرتب أثر العقد الجديد من

يوم إبرامه غير أنه قد يتبين أن (ج) أراد أن

يرتب آثاره من تاريخ التعهد الذي قام به (أ).

أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص الم 109

Les ayants cause à titre particulier
ق م ج

- هو من يخلف المتعاقد في شيء معين فالمشترى خلف خاص للبائع في ملكية المبيع، كالمشترى الذي يشتري سيارة مؤمنة فهو يخلف البائع في التأمين على السيارة.

- وتتصرف أثر العقد للخلف الخاص بتحقق الشروط التالية:

1- أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء الذي انتقل للخلف الخاص.

2- أن يكون العقد الذي أنشأ الحقوق والالتزام سابقا في إبرامه على انتقال الشيء للخلف الخاص.

3- علم الخلف الخاص بالالتزامات

والحقوق الناشئة عن العقد وقت انتقال الشيء إليه.

أثر العقد بالنسبة للخلف العام المادة 108

Les ayants cause à titre universel
ق م ج

هو من يخلف المتعاقد في كل ذمته المالية أو في جزء منها كالورثة أو الموصى لهم بجزء من التركة.

-غير أنه قد لا تنصرف آثار العقد للخلف العام للأسباب التي ذكرتها المادة 108 وهي:

1- طبيعة التعامل: كوفاة فنان تعهد بموجب عقد برسم لوحة فأثر العقد لا ينتقل للورثة.

2- القانون: قد ينص القانون على بعض العقود التي لا تترتب آثارها على الخلف العام كعقد الوكالة ينقضي بوفاة الوكيل أو الموكل الم 585 ق م ج

3- اتفاق المتعاقدين: قد يتفق المتعاقدان على نسبية أثر العقد أي أن لا يتعدى أثر العقد المتعاقدان.

الفهرس

1.....	مقدمة.....
3.....	المحور الأول: مفهوم الالتزام.....
3.....	المبحث الأول: تعريف الالتزام و خصائصه.....
3.....	المطلب الأول: تعريف الالتزام.....
4.....	المطلب الثاني: خصائص الالتزام.....
5.....	المبحث الثاني: أنواع الالتزام (تقسيماته).....
5.....	المطلب الأول: تقسيم الالتزام من حيث الأثر.....
5.....	فرع 1: الالتزام القانوني.....
5.....	فرع 2: الالتزام الطبيعي.....
6.....	المطلب الثاني: تقسيم الالتزام من حيث المحل.....
6.....	فرع 1: التقسيم التقليدي للالتزام من حيث المحل.....
6.....	1-الالتزام بمنح أو بإعطاء شيء.....
6.....	2-الالتزام بفعل:.....
6.....	3-الالتزام بعدم فعل:.....
7.....	فرع 2: التقسيم الحديث للالتزام من حيث المحل.....
7.....	1-الالتزام بتحقيق نتيجة:.....
8.....	2-الالتزام ببذل عناية:.....
9.....	المطلب الثالث: تقسيم الالتزام من حيث المصدر.....
9.....	فرع 1: المصادر الإرادية للالتزام.....
10.....	فرع 2: المصادر غير الإرادية للالتزام.....
10.....	فرع 3: موقف المشرع الجزائري حيال تقسيم الالتزام من حيث المصدر.....

11.....	المحور الثاني: القانون كمصدر مباشر للالتزام.
11.....	المطلب الأول: القانون مصدر مباشر و مصدر غير مباشر للالتزام.
12.....	المطلب الثاني: تطبيقات للقانون كمصدر مباشر للالتزام.
14.....	المحور الثالث: العقد مصدر للالتزام (النظرية العامة للعقد).
14.....	الفصل الأول: تعريف العقد وتقسيماته.
14.....	المبحث الأول: تعريف العقد و تطور نظريته.
15.....	المطلب الأول: التعريف الاصطلاحي للعقد.
15.....	المطلب الثاني: تطور نظرية العقد (مبدأ سلطان الإرادة و تراجعها).
16.....	المبحث الثاني: تقسيمات العقود.
16.....	المطلب الأول : العقود الرضائية، العقود الشكلية و العقود العينية.
16.....	فرع 1:العقد الرضائي.
17.....	فرع 2: العقد الشكلي.
17.....	فرع 3: العقد العيني.
17.....	المطلب الثاني: العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد.
17.....	فرع 1: العقد الملزم للجانبين (العقد التبادلي).
18.....	فرع 2: العقد الملزم لجانب واحد.
18.....	المطلب الثالث العقود المحددة والعقود الاحتمالية.
18.....	فرع 1: العقد المحدد.
18.....	فرع 2: العقد الاحتمالي.
18.....	المطلب الرابع: عقود المعاوضة وعقود التبرع.
18.....	فرع 1: عقد المعاوضة.
19.....	فرع 2: عقد التبرع.

19.....	المطلب الخامس: العقود الفورية والعقود الزمنية:
19.....	فرع 1: العقد الفوري.....
19.....	فرع 2: العقد الزمني.....
20.....	المطلب السادس: عقود المساومة وعقود الإذعان:
20.....	فرع 1: عقد المساومة.....
20.....	فرع 2: عقد الإذعان.....
20.....	المطلب السابع: العقود المسماة والعقود غير المسماة:
20.....	فرع 1: العقد المسمى.....
20.....	فرع 2: العقد غير المسمى.....
21.....	المطلب الثامن: العقق 1ود البسيطة والعقود المركبة (المختلطة).....
21.....	فرع 1: العقد البسيط.....
21.....	فرع 2: العقد المركب.....
22.....	الفصل الثاني: أركان العقد وشروط صحته (تكوين العقد).....
22.....	المبحث الأول: التراضي.....
22.....	المطلب 1: وجود التراضي.....
23.....	فرع 1: إرادة الشخص المتعاقد وأهليته.....
23.....	1-الإرادة التعاقدية.....
23.....	2- أهلية التعاقد.....
24.....	أ/ عوارض الأهلية.....
26.....	ب/ موانع الأهلية.....
28.....	فرع 2: طرق التعبير عن الإرادة.....
28.....	1 - التعبير الصريح عن الإرادة.....
29.....	2-التعبير الضمني عن الإرادة.....

30.....	فرع 3: تطابق الإرادتين.....
30.....	1- الإيجاب و القبول.....
30.....	1- الإيجاب.....
30.....	أ/ تعريفه وشروطه.....
31.....	ب/ إلزامية الإيجاب وسقوطه.....
33.....	2- القبول.....
33.....	أ/ تعريفه.....
33.....	ب/ شروطه.....
34.....	II- زمان ومكان تطابق الإرادتين (زمان ومكان إبرام العقد).....
35.....	1- التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين.....
35.....	أ) التعاقد بين حاضرين.....
35.....	ب) التعاقد بين غائبين.....
37.....	فرع 4: السكوت والتعبير عن الإرادة.....
39.....	فرع 5: صور خاصة للتراضي كركن أساسي في العقود.....
39.....	أولا/ الوعد بالتعاقد.....
41.....	ثانيا/ التعاقد بالعربون:.....
42.....	ثالثا/ النيابة في التعاقد:.....
45.....	رابعا/ التعاقد الإلكتروني.....
51.....	المطلب 2: صحة التراضي.....
52.....	فرع 1: الغلط كعيب من عيوب الرضا.....
52.....	1- مواصفات الغلط الجوهري.....

- أ/ الغلط الجوهرى جسيم..... 52.....
- ب/الغلط الجوهرى مؤثر..... 53.....
- 2- صور الغلط الجوهرى..... 53.....
- أ/ الغلط فى صفة الشىء..... 54.....
- ب/ الغلط فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته..... 54.....
- ج/ الغلط فى القانون..... 55.....
- د/ الغلط المادى..... 55.....
- 3- شروط التمسك بالغلط وإثباته..... 56.....
- فرع 2: التذلىس كعيب من عيوب الرضا..... 57.....
- 1- تعريف التذلىس..... 57.....
- 2- شروط التذلىس..... 57.....
- 3- أثر التذلىس..... 59.....
- فرع 3: الاكراه كعيب من عيوب الرضا..... 60.....
- 1- تعريف الإكراه..... 60.....
- 2- شروط الإكراه..... 60.....
- 3- أثر الإكراه وإثباته..... 63.....
- فرع 4: الاستغلال كعيب من عيوب الرضا..... 63.....
- 1- تعريف الاستغلال..... 63.....
- 2- عناصر الاستغلال..... 64.....
- أ/ العنصر المادى..... 64.....
- ب/ العنصر النفسى..... 64.....
- 3- جزاء الاستغلال (أثر الاستغلال)..... 65.....
- أ/ دعوى إبطال العقد للاستغلال..... 65.....

66.....	ب/ دعوى الإنقاص من التزامات الطرف المستغل
66.....	ج/ توقي دعوى الإبطال في عقود المعاوضة
66.....	د/ تقادم دعوى الاستغلال
67.....	4- تمييز الاستغلال عن الغبن
68.....	المبحث الثاني: المحل الركن الثاني من أركان العقد
68.....	المطلب الأول: تعريف المحل
68.....	المطلب الثاني: شروط المحل
69.....	فرع 1: اشتراط وجود المحل أو قابلية وجوده أو إمكانيته
69.....	1-المحل موجودا أو قابلا للوجود (المحل المستقبلي)
70.....	2- المحل ممكنا
70.....	-فرع 2: اشتراط تعيين المحل أو قابليته للتعيين
70.....	1- الأشياء المعينة بالذات
71.....	2- تعيين الأشياء المثلية
71.....	3- تعيين النقود
71.....	فرع 3: اشتراط مشروعية المحل
72.....	المبحث الثالث: السبب الركن الثالث في العقد
73.....	المطلب الأول: النظرية التقليدية في السبب
74.....	المطلب الثاني: النظرية الحديثة في السبب
75.....	المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من نظرية السبب
76.....	المبحث الرابع: الشكلية: الركن الرابع في العقود الشكلية
77.....	المطلب الأول: تعريف الشكلية
77.....	المطلب الثاني: أنواع الشكلية
77.....	فرع 1: الشكلية المباشرة (الركن في العقد)
78.....	1- الكتابة الرسمية

80.....	2-الكتابة العرفية.....
81.....	فرع 2: الشكلية غير المباشرة.....
81.....	1-شكلية الإثبات.....
81.....	2-شكلية التسجيل والشهر.....
83.....	-الفصل الثالث: بطلان العقد و قابلية إبطاله في القانون المدني الجزائري.....
83.....	- المبحث الأول: تعريف البطلان بنوعيه وتحديد من له حق التمسك به.....
83.....	-المطلب الأول: تعريف البطلان ونوعيه.....
83.....	-فرع 1: تعريف البطلان والقابلية للإبطال.....
84.....	-فرع 2: نوعا البطلان.....
84.....	1- البطلان النسبي للعقد.....
84.....	2- البطلان المطلق.....
85.....	المطلب الثاني: حق التمسك بالإبطال وبالبطلان.....
85.....	فرع 1: حق التمسك بإبطال العقد: (البطلان النسبي).....
86.....	فرع 2: حق التمسك ببطلان العقد (البطلان المطلق).....
86.....	المبحث الثاني: انقضاء حق الإبطال والبطلان.....
86.....	المطلب الأول: انقضاء حق الإبطال.....
86.....	فرع 1: الإجازة.....
87.....	فرع 2: التقادم.....
88.....	المطلب الثاني: سقوط دعوى البطلان.....
88.....	-المبحث الثالث: نتائج أو آثار الإبطال والبطلان.....
88.....	-المطلب الأول: المبدأ، إعادة المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد.....
89.....	-المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ إعادة المتعاقدان للحالة الأصلية قبل التعاقد.....
89.....	-فرع 1: حالة ناقص الأهلية.....

89	فرع 2: حالة المتعاقد المتسبب في عدم مشروعية العقد.....
90	المبحث الرابع: الحد من أثر البطلان لاستقرار المعاملات.....
90	المطلب الأول: انتقاص العقد.....
90	المطلب الثاني: تحويل العقد.....
91	الفصل الرابع: آثار العقد.....
91	المبحث الأول: القوة الملزمة للعقد (آثار العقد من حيث الموضوع).....
91	المطلب 1: العقد شريعة المتعاقدين كمبدأ.....
92	فرع 1: منع المتعاقدان من نقض أو تعديل العقد إلا باتفاقهما.....
92	فرع 2: إلزامية تنفيذ مضمون العقد.....
93	المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.....
94	فرع 1: سلطة القاضي في تعديل ومراجعة العقد.....
94	1- سلطة القاضي في مراجعة عقود الإذعان.....
95	2- سلطة القاضي و مراجعة العقد في الظروف الاستثنائية (نظرية الظروف الطارئة).....
95	أ/ شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:.....
96	ب/ كيفية مراجعة العقد.....
97	فرع 2: سلطة القاضي في تأويل العقد.....
98	أولاً- أحكام تأويل العقد من قبل القاضي.....
98	أ/ حالة العبارة الواضحة في العقد.....
98	ب/ حالة العبارة الغامضة في العقد.....
100	ثانياً: رقابة المحكمة العليا على تأويل القاضي للعقد.....
101	المبحث الثاني: نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص.....
101	المطلب الأول: أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وخلفيهما.....
101	فرع 1: أثر العقد بالنسبة للخلف العام للمتعاقدين.....

103.....	فرع 2: أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص للمتعاقدين
103.....	المطلب الثاني: أثر العقد بالنسبة للغير
104.....	فرع 1: التعهد عن الغير
105.....	فرع 2: الاشتراط لمصلحة الغير
106.....	1- شروط انعقاد الاشتراط لمصلحة الغير
106.....	2- آثار الاشتراط لمصلحة الغير
107.....	أ/العلاقة بين المشتراط و المتعهد
107.....	ب/العلاقة بين المنتفع والمشتراط
107.....	ج/ العلاقة بين المتعهد والمنتفع
108.....	الفصل الخامس: انحلال العقد و جزاء الإخلال به
109.....	المبحث الأول: انحلال العقد
109.....	المطلب الأول: انحلال العقد بسبب الفسخ
110.....	فرع 1: شروط الفسخ
111.....	فرع 2: تقرير الفسخ
111.....	أولا / الفسخ القضائي
111.....	ثانيا/ الفسخ الاتفاقي
112.....	فرع 3: أثر الفسخ
112.....	أولا/ أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين
113.....	ثانيا/ أثر الفسخ بالنسبة للغير
114.....	المطلب الثاني: انحلال العقد بالانفساخ لاستحالة تنفيذه
114.....	فرع 1: تعريف الانفساخ
114.....	فرع 2: شروط الانفساخ
114.....	فرع 3: آثار الانفساخ و تحمّل تبعته
115.....	المبحث الثالث: الدفع بعدم التنفيذ

116.....	المطلب الأول: شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.....
116.....	المطلب الثاني: أثر الدفع بعدم التنفيذ.....
117.....	المبحث الرابع: المسؤولية المدنية العقدية (كجزاء الإخلال بالتزامات العقد).....
118.....	المطلب الأول: الخطأ العقدي.....
119.....	المطلب الثاني: الضرر.....
119.....	المطلب الثالث: علاقة السببية بين الخطأ و الضرر.....
121.....	الخاتمة.....
122.....	قائمة المراجع.....
129.....	الفهرس.....
	الملاحق.