

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق والعلوم السياسية



" محاضرات في القانون المدني "

مصادر الالتزام

موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس " ل.م.د "

من اعداد الأستاذة:

زكري ايمان

السنة الجامعية 2018/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

A decorative floral element with multiple petals and a central stem, positioned to the left of the first word of the Basmala.

قائمة أهم المختصرات

ج. ر: جريدة رسمية.

ق.م: قانون مدني.

ق.أ: قانون أسرة.

ق.ت: قانون تجاري.

ص: صفحة.

Liste des principales abréviations.

Art : article.

C.C.F : code civil français.

J.O.R.F : journal officiel de la république française.

Op.cit. : ouvrage précité.

P : page.

مقدمة

تعتبر نظرية الالتزام أساس العلاقات المالية والاقتصادية في المجتمع، كما انها تحكم الحياة القانونية للأشخاص من حيث تبادل السلع والخدمات، فلا يمكن للفرد أن يتجنب الخضوع لقواعد الالتزامات، حيث يبرم عقود بصورة يومية لا شباع حاجاته من المأكل والملبس والنقل وغيرها، وهذا كله تحكمه أحكام العقد وأحكام المسؤولية المدنية.

تنقسم الحقوق المالية الى حقوق شخصية وحقوق عينية، من اجل ذلك قام المشرع بتنظيم هذه المعاملات المالية في القانون المدني¹، فخصص الباب الأول من الكتاب الثاني لمصادر الالتزام، والذي تضمن فصول خصص أولها للمصدر القانون ثم الفصل الثاني تناول فيه العقد، ثم تطرق في الفصل الثالث للفعل المستحق التعويض، ثم في الفصل الرابع لشبه العقود.

تعد نظرية الالتزام بمثابة العمود الفقري والشريعة العامة للقانون بكافة فروعها وليس للقانون المدني فقط، فهناك مبادئ أساسية تحكم العلاقات القانونية بين الافراد مصدرها نظرية الالتزام، وهذه المبادئ تسيطر على القانون الخاص بفروعه المختلفة، فدراسة القانون التجاري مثلا غير ممكنة دون العلم والمعرفة بنظرية الالتزامات وكذلك الحال في قانون العمل. وفي غير ذلك فإن الصلة وثيقة بين نظرية الالتزام والاقتصاد والعلاقات الدولية، لذلك تعتبر دراسة هذه النظرية أمراً في غاية الأهمية².

كان للالتزام في القانون الروماني القديم مصدران هما العقد والجريمة، وفي فترة لاحقة أضاف الفقه الروماني الى العقد مصدراً اسمه "شبه الجريمة"، يتمثل في العمل الذي يصيب

¹ الامر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، والقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر عدد 78

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، طبعة 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005، ص05.

الغير بضرر لكنه غير مصحوب بنية الاضرار، كما تم إضافة شبه العقد لمصادر العقود وهي عمل اختياري مشروع ينشأ عنه التزام نحو الغير.

اما المشرع فقد اعترف بالعقد كمصدر عام للالتزام في القانون المدني، واعتبر الإرادة المنفردة مصدر استثنائي، أما العمل غير المشروع بصوره المختلفة فاعتبره مصدرا لا اراديا للالتزام، الى جانب شبه العقود الاثراء بلا سبب وتطبيقاته المختلفة¹.

كما اعتبر المشرع القانون مصدر جميع الحقوق وهو المصدر غير المباشر لكل الالتزامات سواء كان مصدرها المباشر تصرف قانوني او فعل غير مشروع، فهو الذي جعل كل هذه المصادر مصدرا للالتزام، حيث تتعدد الالتزامات القانونية وتوجد في شتى فروع القانون، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة من ق.م.

بالنظر لمصادر الالتزام في القانون المدني نجد العقد أهم مصدر حيث يعتبر المصدر الرئيسي للالتزام ولا تمثل الإرادة المنفردة الا مصدرا استثنائيا، وان تطور الحياة الاقتصادية وتطور وسائل الاعلام والاتصال ضاعف من أهمية العقد مما انعكس على مفهومه وتكوينه وحتى قبل تكوينه منذ مرحلة التفاوض لغاية مرحلة التنفيذ والآثار المترتبة عن ذلك ثم انتهاءه²، سواء بفسخه او ببطلانه او ابطاله، وكل ما ترتبه هذه المراحل من التزامات تقع على عاتق المتعاقدين قام المشرع بتنظيمها، ومن جهة أخرى نص المشرع على المسؤولية الناشئة عن الأفعال الشخصية والتي لا يكون مصدرها العقد، الى جانب التعويض عن المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء، الى جانب مصادر غير ارادية أخرى للالتزام والمتمثلة في الاثراء بلا سبب وشبه العقود.

من أجل توضيح ذلك لا بد من الإجابة عن التساؤلات التالية: - ما هي مصادر الالتزام، واين تتجلى أهميتها خاصة العقد باعتباره المصدر الرئيسي للالتزام؟ - كيف ينشأ العقد وما هي صورته؟ وما هي آثاره القانونية؟ - ما هي المسؤولية الناشئة عن عدم احترام

¹ فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 08.
² هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 10.

المتعاقدين للعقد المبرم بينهما؟ - ما هي طرق انتهاء العقد؟ - في ماذا تتمثل المصادر للإرادية للالتزام، وما هي أنواعها.

للإجابة عن هذه التساؤلات انتهجنا تقسيم الدراسة لأبواب خصصنا الباب الأول لماهية الالتزام ومصادره، ثم لتوضيحاً لهذه المصادر خصصنا الباب الثاني لأركان العقد، ثم الباب الثالث تم تخصيصه لدراسة آثار العقد وبطلانه، ثم تطرقنا في الباب الرابع لجزاء الإخلال بالعقد، ثم في الباب الخامس والأخير تطرقنا للمصادر للإرادية للالتزام.

الباب الأول: ماهية المصادر الارادية للالتزام.

لا بد من التعرض لمفهوم الالتزام وأهميته وتقسيماته المختلفة من اجل حصر مصادره الارادية المتمثلة في التصرف القانوني وهو اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني، والذي ينشأ عنه كل من العقد والتصرف القانوني بإرادة منفردة.

الفصل الأول: مفهوم الالتزام وتقسيماته.

لا بد من تحديد المفهوم التشريعي والفقهني للالتزام، والتطرق لأنواعه وتقسيماته التقليدية والحديثة، الى جانب تسليط الضوء على خصائصه وأهميته.

المبحث الأول: مفهوم الالتزام وخصائصه.

تعتبر مسألة التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي من المسائل الرئيسية في القانون المدني، أما خصائص الالتزام فهي التي تميز من خلالها بين ما هو التزام قانوني ملزم للأفراد وما هو التزام طبيعي يتجرد من خاصية الالتزام.

المطلب الأول: تعريف الالتزام وأهميته.

عند التطرق لمفهوم الالتزام يظهر كل من الحق الشخصي والحق العيني، كما تظهر ضرورة تحديد الطابع الشخصي لعلاقة الدائنية الى جانب طابعها الموضوعي، أما أهمية نظرية الالتزام وتطورها فيبينان تبين سبب اعتبار القانون المدني حجر الزاوية لكل فروع القانون.

الفرع الأول: التعريف الفقهي للالتزام.

الالتزام رابطة قانونية لا تقوم إلا بين شخصين هما طرفا الالتزام ويمكن للدائن بمقتضى هذه الرابطة أن يجبر المدين على القيام بأداء معين، فيضع هذا الالتزام المدين في حالة خضوع في مواجهة الدائن لذلك تم تغليب جانب المدين فسميت النظرية بنظرية الالتزام، ويشترط لوجود الالتزام علاقة شخصية بين الدائن والمدين تعتبر أساس قانوني للتفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني الذي يمنح لصاحبه سلطة مباشرة على شيء معين بالذات، في حين يخول الحق الشخصي لصاحبه سلطة على المدين يكون للدائن بمقتضاها مطالبة المدين بأداء معين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل¹.

إن التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني قائمة على أساس شخصي وآخر مادي، فلا ينشئ الحق العيني إلا على شيء معين بذاته كما ترد عليه الحياة، ويمنح لصاحبه حق التتبع والتقدم، أما الحق الشخصي فهو حق الدائنية الذي ينشئ على شيء معين لكنه لا يقبل الحياة².

من أجل تحديد مفهوم الالتزام لأبد من الإشارة للمذهبين المتنازعين لتعريفه وذلك لغياب المفهوم التشريعي له:

1. المذهب الشخصي:

يعتبر الفقيهان Savigny و Planiol أبرز أنصار المذهب الشخصي اللذان يعتبران أن الالتزام سلطة دائن على مدين، وأن الحقوق ليست إلا روابط قانونية شخصية، ويحظى في هذه النظرية شخص المدين باهتمام كبير ويكون للدائن سلطة عليه، إذ لا يكتمل الالتزام حسب هذا المذهب إلا بوجود دائن ومدين، فحق المشتري في تسلّم المبيع والتزام البائع بتسليمه، وحق البائع في الثمن والتزام المشتري بدفعه في عقد البيع عبارة عن علاقة قانونية تقتض وجود

¹ فايز محمد حسين، الموجز في نظرية الالتزامات في القانون الروماني، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 17.
² بلحاج العربي، القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2004، ص 18.

طرفين أحدهما دائن والآخر مدين، كما أن حق المضرور في التعويض والتزام المتسبب في الضرر بالتعويض كذلك علاقة تفترض وجود شخصين.

من هنا استبعدت هذه النظرية كل من حوالة الحق، وحوالة الدين والوعد بالجائزة والاشتراط لمصلحة الغير¹، ففي كل هذه الأنظمة القانونية لا يتحقق ركن وجود طرفا الالتزام، وبما انه لا يمكن حسب هذا التصور نشوء التزام دون وجود الدائن والمدين فلا تعتبر الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام.

II. المذهب المادي.

تزعّمه الفقه الألماني الذي نظر للالتزام نظرة مادية وعلاقة قانونية تنشئ بين ذمتين ماليتين، فلا تعتبر شخصية الدائن والمدين محل اعتبار في هذا المذهب بقدر ما يعتني بمحل الالتزام، أي ان العنصر الأساسي هو العنصر المالي فينصّل الالتزام عن شخص الدائن والمدين ويختلط بمحله، ويترتب على هذا التصور للالتزام إجازة كل من حوالة الحق وحوالة الدين والوعد بالجائزة، والالتزام بإرادة منفردة وحتى الاشتراط لمصلحة الغير²

الفرع الثاني: مفهوم الالتزام في القانون المدني.

أما المشرع الجزائري فقد نظر للالتزام نظرة شخصية عندما عرف العقد في المادة 54 من ق.م بأنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، كما أنه لم يستبعد النظرة المادية للالتزام عندما تبنى نظرية حوالة الحق المواد 239 إلى 250، وحوالة الدين 251 من ق.م، كذلك الاشتراط لمصلحة الغير المادة 116 من ق.م والتعهد عن الغير المادة 113 من ق.م، كما تبنى المشرع معايير مادية مثل الغبن المادة 359 ق.م في بيع العقار وفي القسمة المادة 732 من ق.م،

¹ مصطفى العوجي، القانون المدني العقد الجزء الأول، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 22، 23.

² علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2005، ص 11.

الى جانب الالتزام بإرادة منفردة المادة 123 مكرر ومكرر 1، واعتراف المشرع ببقاء رضا الشخص بعد موته أو فقدانه لأهليته المادة 62 ق.م¹.

يبير موقف المشرع الجزائري الذي لم يرجح مذهب على آخر بأن تغليب أحد المذهبين أمر صعب تحقيقه، ذلك أن المذهب المادي متوافق مع مقتضيات العلاقات القانونية المعاصرة من سرعة وتداول الأموال، كما أن إغفال الجانب الشخصي للالتزام أمر لا يمكن حدوثه إذ لا يمكن تصور نشوء التزام بدون مدين، وإذا أمكن تصور حالة عدم وجود دائن يوم نشوء التزام فلا يمكن تصوره عند تنفيذه وتقدير صحته، يرجع أساس النظرة الشخصية للالتزام والتي يكون للدائن فيها سلطة مطلقة على مدينه للقانون الروماني، لكن لم تلق هذه النظرية حظا واسعا عند تطبيقها لأنها لا تعترف بتحويل الالتزام ونقله، لذلك لا يمكن الاكتفاء بها لتفسير الالتزام، فلا بد من الاعتماد على تفسير موضوعي والذي يتضمن عنصرين عنصر المديونية وعنصر المسؤولية².

بناء عليه يمكن تعريف الالتزام بأنه " حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل" فيكون هنا للالتزام وجه شخصي يتمثل في الالتزام بالامتناع عن العمل أو القيام بعمل، بينما يتمثل الوجه المادي للالتزام في القيمة المالية له بالنظر لمحله، ويعرف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري الالتزام بأنه: " حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع بالعمل"³.

¹ تنص المادة 62 من القانون المدني على انه: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل ان ينتج

التعبير أثره، فان ذلك يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير او من طبيعة التعامل".

² عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية للالتزامات، دراسة مقارنة، طبعة 1، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص18.

³ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 1998، ص 22.

الفرع الثالث: أهمية الالتزام.

يتسم قانون الالتزامات بأهمية معتبرة سواء من الناحية العملية أو من الناحية النظرية، فعمليا يتضمن هذا القانون قواعد قانونية عامة تنظم علاقات الأفراد القانونية في حياتهم اليومية، باعتبارهم يبرمون عقود ويتحملون مسؤوليات والتزامات ناتجة عن الحياة الاجتماعية والاقتصادية، كلها التزامات مالية عقديه وغير عقديه، الى جانب التزامات اجتماعية، والتزامات أخرى في القانون العام بين الفرد والإدارة وبين الدول في القانون الدولي العام¹.

اما الأهمية النظرية العلمية للالتزام فتظهر في اتساع في مجالها جعلها حقلًا خصبا يضم مختلف الروابط القانونية نظرا لبلوغها لحد من العمومية والتجريد لم يبلغه أي فرع من فروع القانون، هذا ما جعلها شريعة عامة أو حجر الزاوية لمختلف فروع القانون وأساس الفكر القانوني، ومهما كان مجال الدراسة القانونية لا بد من الرجوع للقاعدة العامة للالتزامات من أجل تفكير مضبوط ودقيق نظرا لتميزه بثبات قواعده وتجريدها، فرغم تطور المجتمع تبقى نظرية الالتزام أقل تأثرا بعوامل التطور ما جعلها أكثر ثباتا،² على عكس قوانين أخرى لا يمكن أن تبقى جامدة خاصة التجاري، و القانون الدولي العام، القانون الدولي الخاص والتي تبقى دائما بحاجة للقانون المدني.

الفرع الرابع: تطور نظرية الالتزام

تتسم نظرية الالتزامات بالثبات والاستقرار لكنها مهما بلغت من عموم وتجريد هي ليست خالدة ثابتة لا يصيبها التطور، فهي قواعد تتغير بتغير الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، فبعد ان ظهرت نظرية الالتزام في القانون الروماني في مجموعة جستنيان تطورت في القانون الفرنسي الذي جاء ليكمل صياغتها خاصة بعد صدور قانون نابليون الذي استند على أحكام القضاء، فتم اعتماد المبادئ الأخلاقية في تعاقدات الأفراد أبرزها مبدأ "حسن النية".

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص26.

² رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص10.

كما تم التوسيع من دائرة الالتزامات غير الإرادية، ثم تغيرت مبادئ الحرية الإرادية بعد ظهور النزعة الاشتراكية التي قيدت مبدأ سلطان الإرادة، وأهم هذه التطورات توسيع سلطات القاضي في تعديل العقد المتفق عليه، وتوسيع نطاق المسؤولية التقصيرية، و نظرية التعسف في استعمال الحق التي ظهرت في الشريعة الإسلامية إلى جانب الكثير من الأنظمة التي يرجع ظهورها للشريعة الإسلامية كنظريته تبعة الهلاك¹.

المطلب الثاني: خصائص الالتزام.

لا يوجد التزام قانوني دون مسؤولية ناشئة عنه عند الاخلال به، وإضافة لخاصية الالتزام يعتبر الالتزام رابطة مالية وشخصية في آن واحد.

كما ان أهمية نظرية الالتزام ليست قائمة بالنسبة للقانون المدني فقط، انما تتجسد بالنسبة لفروع القانون المختلفة.

الالتزام رابطة قانونية.

الالتزام واجب ينص عليه القانون ويكفل احترامه ويترتب عليه آثار تتمثل في عنصر المديونية أو الدين وهو الواجب القانوني الذي يفرض على المدين الالتزام به، وعنصر المسؤولية وهو الاجبار أي امكان إجبار الدائن للمدين على القيام بهذا الأداء نظرا لما خوله القانون المدني من سلطة للدائن لإجبار المدين على التنفيذ.

لابد من الإشارة في هذا المقام للالتزام الطبيعي الذي يحتوي على عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية، على عكس الالتزام المدني القانوني الذي يمنح للدائن حق اللجوء للسلطة العامة من أجل اجبار المدين على الدفع، هذا ما لا نجده في الالتزام الطبيعي الذي نص عليه المشرع في المادة 160 من ق.م: " المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به، غير أنه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبيعيا".

¹ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 07.

يعتبر الالتزام الطبيعي من الحقوق الناقصة لأنه لا يمنح لصاحبه الوسائل القانونية لإكراه المدين على التنفيذ، مع أنه التزام قانوني يعتبر قانون وفاء لا تبرعا أو هبة غير أن تنفيذه يكون دائما باختيار المدين¹.

الالتزام ذو طبيعة مالية:

يستلزم الالتزام عنصر الأداء المالي الذي يقوم نقدا، أو يكون عبارة عن عمل معين يقوم به المدين لحساب الدائن كتسجيل عقد أو عمل صنع أو اصلاح، كما يكون امتناع عن عمل معين كان جائز أو ممكن القيام به لو لم يوجد نص أو اتفاق يمنعه كوجود اتفاق يمنع المنافسة، أو حظر القانون للمنافسة غير المشروعة، فلا يكون الالتزام التزاما قانونيا بالمعنى الدقيق دون أن يكون للأداء قيمة اقتصادية، أو على الأقل قيمة يمكن تقويمها بالنقود²، فتفصل هذه الخاصة بين الحقوق الشخصية الأسرية والالتزامات المالية، فحتى الحقوق المالية للأبناء مثلا تجاه آبائهم تعتبر ذو طبيعة خاصة لأنها تحتوي على جانب مادي وآخر معنوي.

الالتزام ذو طبيعة شخصية:

يحتوي الالتزام على طرفان طرف سلبي وآخر ايجابي لا يكتمل الالتزام دون وجودهما، ويمكن أن ينشئ الالتزام دون وجود الدائن لكن في مرحلة التنفيذ غير ممكن، حيث تقوم نظرية الالتزام على رابطة قانونية إذا نظرنا إليها من ناحية المدين سميت التزاما وإذا نظرنا إليها من ناحية الدائن حقا شخصا³.

1 علي فيلاي، المرجع السابق، ص16.
2 نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون اللبناني والتشريعات العربية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، لبنان، 1995، ص9
3 علي علي سليمان، المرجع السابق، ص09.

المبحث الثاني: تقسيمات الالتزام.

يقسم الالتزام بحسب مصدره لمصادر ارادية وأخرى غير ارادية، وهو نوعان التزام قانوني وآخر طبيعي، اما في تقسيم الالتزام بحسب محله فيظهر تقسيم كلاسيكي وتقسيم حديث.

المطلب الأول: تصنيف الالتزام بحسب مصدر.

الفرع الأول: التقسيم التقليدي للالتزام.

يعرف الالتزام بأنه العمل أو الواقعة القانونية التي ينشا عنها الالتزام فوفقا للقانون الروماني تقسم الالتزامات لالتزامات تعاقدية مصدرها العقد، والتزامات ناشئة عن الجرائم والتزامات أخرى لا تنشئ عن العقد أو الجريمة، وعليه فحسب قانون جستنيان تكون مصادر الالتزامات إما عقد أو جريمة أو شبه عقد وشبه جريمة، فتعتبر الاتفاقات والعقود الشكلية أو الرضائية التزامات عقديه، أما الالتزامات الناشئة عن شبه العقد فهي التزام الفضولي الذي يقوم بعمل يريد به تحقيق مصلحة لغيره، أو إثراء المدين دون سبب قانوني، والتزامات أخرى مصدرها الجريمة كسرقة أو نصب، والتزامات ناشئة عن شبه الجريمة وهي تلك الأفعال الضارة غير الإرادية التي تقع نتيجة خطأ أو إهمال¹، الى جانب التزامات يفرضها المشرع التي لا تلعب فيها ارادة الفرد أي دور كالتزام الوصي والولي.

وجه لهذا التصنيف انتقادات أهمها أن القانون مصدر مستقل بذاته ولا يتساوى مع باقي المصادر الإرادية، كما أن المصادر الأخرى العقدية مثلا لا يكون لها أي أثر قانوني إلا بوجود نص يرتب لها ذلك الأثر.

¹ فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص24

وجه انتقاد آخر لهذا التقسيم من حيث سلطة القاضي عند تقديره لقيمة التعويض فهو لا يميز بين الخطأ العمدي وغير العمدي عند تحديده لمبلغ التعويض المناسب للضرر الذي وقع¹.

الفرع الثاني: تقسيمات الالتزام في القانون المدني.

نجد في القانون المدني تقسيمات الالتزام ابتداء من المادة 160، أشار المشرع من حيث مصدر الالتزام لالتزام طبيعي والتزام مدني، فيجبر المشرع المدين على تنفيذ الالتزام المدني بينما يترك تنفيذ الالتزام الطبيعي لحريه المدين².
 يعتبر الالتزام الطبيعي واجب أخلاقي ارتفعت منزلته حتى قارب ان يكون التزاما مدنيا، وفي غياب النص القانوني يرجع للقاضي تقرير وجود الالتزام الطبيعي، كما يشير المشرع الى عدم جواز مخالفة الالتزام الطبيعي للنظام العام المادة 161 من ق.م، خاصة أنه في مركز وسط بين الواجب الاخلاقي و الالتزام القانوني، من امثله التزام الأبناء بالإئفاق على والديهم أو انفاق الأخ الاكبر على إخوته، ويعتبر الوفاء في الالتزام الطبيعي اختياريا ليس تبرعيا، أما إذا تعهد الشخص بالقيام بالتزام طبيعي هنا يتحول من التزام طبيعي لالتزام مدني المادة 163³، كما أنه لا يجوز مطالبة الدائن بالاسترداد لأنه نفذ باختيار المدين 162 من ق.م⁴.

المطلب الثاني: تقسيم الالتزام بحسب محله.

كما يظهر لنا من خلال النصوص كل من التقسيم الكلاسيكي الذي يشمل كلمن الالتزام بإعطاء والالتزام بالقيام بعمل الالتزام بالامتناع عن عمل، أما التقسيم الحديث للالتزام فيشمل كل من الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية.

¹ Margorie Brusorio Ailland, Droit des obligations, 4^{eme} édition, larcier, France, 2013, p10

² تنص المادة 160 من ق.م على انه " المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به، غير انه لا يجبر على التنفيذ اذا كان الالتزام طبيعيا".

³ تنص المادة 163 من القانون المدني على انه: "يمكن ان يكون الالتزام الطبيعي سببا للالتزام مدني".

⁴ تنص المادة 162 من ق.م على أنه " لا يسترد المدين ما أداه باختياره بقصد تنفيذ التزام طبيعي".

الفرع الأول: التقسيم التقليدي.

- يتمثل في الالتزام بإعطاء الشيء والالتزام بالعمل والالتزام بالامتناع عن عمل:
- الالتزام بإعطاء شيء هو ذلك الالتزام بنقل حق عيني، والذي يلتزم بموجبه المدين بنقل ملكية الشيء أو أي حق عيني آخر أصليا كان أو تبعيا (بيع أو رهن رسمي أو حيازي)¹.
 - أما الالتزام بالقيام بعمل فيتعهد بموجبه المدين بتنفيذ أداء إيجابي لمصلحة الدائن دون أن يتضمن الالتزام نقل حق عيني، كالالتزام الطبيب نحو المريض أو التزام المؤجر بتمكين المستأجر من العين المؤجرة أو التزام العامل نحو رب العمل.
 - أما الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل فيلتزم بموجبه المدين بأداء سلبي تجاه الدائن تحقيقا لمصلحة هذا الأخير، كالامتناع عن المنافسة أو الامتناع عن القيام بالبناء².
- تظهر أهمية هذا التقسيم في أنه يعتمد على كيفية إجبار المدين على تنفيذ التزامه، والذي يختلف بحسب الأداء.

رغم انه تقسيم دقيق للالتزام الا انه قد تم انتقاده خاصة بالنسبة للالتزام بإعطاء شيء أو بنقل حق عيني نظرا لأنه لا يتحقق ولا يتم نقل ملكية الحق إلا بعد انعقاد العقد، فيكون هذا الالتزام لاحقا للالتزام بإبرام العقد وتبادل الإيجاب والقبول، اي لا يكون عمليا الا التزام بالقيام بعمل والمتمثل في الالتزام بنقل حق عيني، وعليه فحسب منتقدي هذا التقسيم لا يوجد إلا نوعين من الالتزام التزام بعمل وبالامتناع عن القيام بعمل³.

¹ عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص20.

² عندما يكون الالتزام بموجب الاتفاق وليس النص القانوني الذي يمنع المنافسة غير المشروعة او البناء وفق شروط قانونية معينة.

³ M. Brusorio, op.cit, p09.

الفرع الثاني: التقسيم الحديث.

يقوم هذا التقسيم على مدى اتصال الأداء الذي يلتزم به المدين بالغاية من وراء نشوء الالتزام، وهو نوعان التزام بتحقيق نتيجة، والالتزام ببذل عناية.

- ففي الالتزام بتحقيق نتيجة يكون المدين مطالباً بتحقيق نتيجة معينة وإلا اعتبر التزامه غير منفذاً، فيكون حينها المدين مخلاً بالتزامه كالتزام المستأجر بدفع الأجرة، و التزم البائع بنقل الملكية والتزام الناقل بنقل البضاعة أو المسافر إلى الوجهة المقصودة فلا يعد المدين قد نفذ التزامه إلا بتحقيق هذه النتيجة¹.

- أما في الالتزام ببذل عناية فلا يطلب من المدين تحقيق نتيجة معينة بل يتعهد المدين ببذل جهداً معتبر لتحقيق هدف محدد، فيكون حينها المدين قد نفذ التزامه ولو لم تتحقق النتيجة لأن انتفاء النتيجة لا يثبت عدم احترام المدين لالتزامه، كالتزام الطبيب و المحامي، فلا تقوم مسؤولية هؤلاء عن عدم التنفيذ إلا في حال ارتكابهم خطأ وليس عند عدم تحقق النتيجة²، لمعرفة هذا النوع من الالتزامات نبحث عن إرادة المتعاقدين، فالعنصر القسدي للأطراف هو الذي يحدد مضمون الالتزام.

تكمن أهمية هذا التقسيم في إثبات قيام المدين بالالتزام، ففي الالتزام بتحقيق نتيجة لا يطالب الدائن بإثبات خطأ أو تقصير المدين بل إن مجرد إثباته عدم تحقق النتيجة المرجوة يكفي لقيام مسؤولية المدين عن عدم التنفيذ، فلا يكون الدائن مطالباً بإثبات خطأ المدين فيكون الخطأ مفترضاً في جانب المدين في الالتزام بتحقيق نتيجة فإن التزم المشتري بدفع الثمن لا يحتاج لعناية، كذلك عدم التزم الناقل بتنفيذ العقد يظهر في عدم وصول البضاعة أو الشخص للمكان والزمان المتفق عليه فيكون الناقل مخلاً بالتزامه.

ما على المدين في هذه الحالة إلا أن يثبت أن عدم التزامه يرجع لسبب لا يمكن توقعه أو تلافيه كأن يكون بسبب أجنبي أو قوة قاهرة، حيث يلتزم المدين بالتعويض عند استحالة

¹ علي فياللي، المرجع السابق، ص22.

² M. Brusorio, op.cit, p09

التنفيذ العيني، ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ كانت لسبب أجنبي لا يد له فيه المادة 176 من ق.م¹.

أما في الالتزام ببذل عناية فعلى الدائن إثبات خطأ المدين من أجل قيام مسؤولية هذا الأخير عن عدم تنفيذ الالتزام، ويتم الاستعانة بمعيار الرجل العادي لإثبات خطأ المدين طبقاً للمادة 172 من ق.م التي تنص: " إن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي"، فيكون على الدائن إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية كإثبات إهمال الطبيب الذي لم يخضع المريض للعملية الجراحية رغم أن حالته تتطلب ذلك²، أو اثبات إهمال المحامي عند تقويته لميعاد استئناف الحكم مثلاً.

من أجل التمييز بين هذين الالتزامين نبحث عن الهدف من الالتزام فإذا كان الهدف هو تحقيق نتيجة معينة لا تقبل احتمالات عدم تحقيقها كان التزاماً بتحقيق نتيجة، أما إذا كان الهدف يحمل احتمالات ممكن أن تمنع تحقيق الالتزام اعتبر التزاماً ببذل عناية³.

الفصل الثاني: ماهية التصرف القانوني.

لم يرد في القانون المدني نص متعلق بتصنيف المصادر الإرادية للالتزام ومع ذلك تعرض المشرع لهذه المصادر في الفصل الثاني من الكتاب الثاني في المواد 54 الى 123 من القانون المدنية، الى جانب الإرادة المنفردة في فصل ثاني مكرر وذلك في المواد 123 مكرر ثم 123 مكرر من ق.م¹، اما المصادر اللإرادية والشبه ارادية للالتزام فتناولها المشرع في الفصل الثالث والرابع من الكتاب الثاني من القانون المدني.

¹ تنص المادة 176 من ق.م: " إذا استحال على المدين أن ينفذ التزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه.

² محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، طبعة 2، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2002، ص 206.

³ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 16.

تضمن المرسوم المعدل للقانون المدني الفرنسي 1 تعديلات جديدة متعلقة بمصادر الالتزام أولها تغيير تسمية الكتاب الثالث من " العقود والالتزامات الاتفاقية" الى مصادر الالتزام حيث أصبح الكتاب الثالث يضم كل مصادر الالتزام الارادية ولا ارادية بداية من المادة 1100 من القانون المدني الفرنسي.

إضافة الى ذلك قد ميز المشرع الفرنسي بموجب المرسوم السالف الذكر المعدل للقانون المدني بين التصرف القانوني، والواقعة القانونية وذلك في المواد 1-1100 و 2-1100 من القانون المدني الفرنسي حيث اعتبرت المادة 2-1100 ان الواقعة القانونية هي تلك الاعمال التي يرتب عليها القانون اثرا قانونيا²، بينما اعتبرت المادة 1-1100 من القانون المدني الفرنسي التصرف القانوني هو اتجاه الارادات الى احداث أثر قانوني.

في حين لا نجد ان المشرع الجزائري قد تطرق للتمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية.

يعتبر التصرف القانوني كل تصرف تتجه من خلاله الإرادة إلى إحداث أثر قانوني وتغيير وضعيته القانونية، فيصبح الشخص بمحض إرادته دائنا أو مدينا، وهو نوعان تصرف قانوني وحيد الطرف UN ACT UNILATERAL، وتصرف قانوني ثنائي الطرف أو متعدد الأطراف UN ACT MULTILATERAL³.

أما القانون فيعتبر مصدرا عاما للالتزام تتاوله المشرع في الباب الفصل الأول من الكتاب الثاني، فهو الذي يمنح لباقي المصادر القدرة على إنشاء الالتزام، كما يكفل تنفيذه سواء كانت المصادر إرادية أو غير إرادية كلها مصدرها النص القانوني في مختلف فروع القانون المدني، التجاري، الإداري...، حيث تنص المادة 53 من ق.م "تسري على الالتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيرها النصوص القانونية التي قررتها".

¹ المرسوم رقم 131-2016 الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي.

² Art 1100-1 du c.c.f: "les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées a produire les effets de droit."

Art 1100-2 du c.c.f: " les faits juridiques sont des agissements ou des évènements auxquelles la loi attache des effets de droit".

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح ق.م.ج، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة 4، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 35.

وعليه سنتناول من خلال هذا الفصل تحديد مفهوم التصرف القانوني بنوعيه.

المبحث الأول: التصرف القانوني بإرادة منفردة.

يكون التصرف القانوني بإرادة منفردة عندما تتجه إرادة الشخص لإحداث أثر قانوني دون أن تقابل هذه الإرادة إرادة أخرى، حيث اعترف المشرع للإرادة المنفردة بقدرتها على إنشاء آثار للتصرف القانوني واعتبرها مصدرا للالتزام في المادة 123 مكرر من ق.م، لكنه لم يعتبرها مصدرا عاما للالتزام وإنما مصدرا استثنائيا أي كلما نص عليه القانون¹.

إن ظاهرة اعتبار الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام ليست جديدة حيث ظهرت في الفقه الإسلامي إلى جانب العقد، فيعتبر الوعد بالجائزة أحد أهم تطبيقات الإرادة المنفردة الذي عرف في الفقه الإسلامي "بالجعل"²، للإرادة المنفردة القدرة على إنشاء آثار قانونية متعددة فقد تكون سببا لإنشاء حق عيني في الوصية، كما تكون وسيلة لانقضاء بعض الحقوق العينية كالتنازل عن حق الانتفاع أو عن حق الرهن، أو التخلي عن حق الملكية، كما قد تكون وسيلة لانقضاء الحق الشخصي، كإبراء المدين المادة 305 من ق.م، كما تكون الإرادة المنفردة وسيلة لإضافة آثار قانونية على عقد مبرم كإقرار الأصيل لتصرف أبرمه نائبه المادة 77 من ق.م .

من هنا فللإرادة المنفردة دور مهم في إنشاء الالتزام القانوني سواء اعتبرت مصدرا عاما أو استثنائيا³.

المطلب الأول: الوعد بالجائزة.

يعتبر أبرز تطبيقات التصرف بإرادة منفردة وهو عندما يقوم شخص بتوجيه وعد للجمهور بجائزة يمنحها لمن يفوز بمسابقة معينة، فجب أن يحدد الواعد مضمون الوعد بجائزة

¹ تنص المادة 123 مكرر من ق.م: "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير"

² يرجع هذا للطابع المادي للالتزام في الشريعة الإسلامية التي أجازت حوالة الحق وحوالة الدين.

³ محمد الدين صبري السعدي، المرجع السابق، ص 367.

وذلك بتعيين العمل المطلوب إنجازه والأشخاص الموجه إليهم الوعد ونوع الجائزة، كما يجب أن يكون الواعد كامل الأهلية رضائه خال من العيوب و أن يصدر واعدا باثا نهائيا، ويمكن أن تحدد مدة معينه لإنجاز العمل لا يجوز خلالها رجوع الواعد عن وعده، أما إذا لم يحدد أجل يجوز للواعد الرجوع عن وعده علنا¹ أي أن الواعد بالجائزة لا يتحلل من وعده إلا بعد انقضاء المدة.

أما إذا قام أحد الأشخاص من الجمهور بالعمل المطلوب خلال المدة المحددة أصبح دائما للواعد بالجائزة سواء كانت لديه الرغبة في الحصول على الجائزة أو لم يكن على علم بها، طبقا مادة 123 مكرر 1 في فقرتها الأولى، فيلزم حينها الواعد تجاه من يقوم بالعمل المطلوب بجائزة ذات قيمة مالية كنفود أو ميزات عينية أو تسهيلات معينة، كما قد يلتزم بأداء أدبي كتقديم شهادة تقدير أو رمز للتفوق²، أما إذا تم العمل قبل إعلان العدول للجمهور فان دعوى المطالبة تسقط خلال 6 أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور المادة 123 مكرر 1.

المطلب الثاني: بعض تطبيقات التصرف القانوني بإرادة منفردة.

لعل اهم تطبيقات الإرادة المنفردة في القانون المدني تتمثل في:

- إجازة العقد القابل للإبطال: الذي نصت عليه المادة 100 من ق.م، عند قيام المتعاقد بإجازة العقد يزول حقه في طلب الإبطال.
- الوصية: المادة 184 من قانون الاسرة، عندما يوصي شخص بمال معين لشخص آخر في حدود الثلث ولغير وارث، وهي تصرف مضاف إلى ما بعد موت الموصي³.
- الوقف: عندما يتم حبس العين من اجل تخصيصها للمنفعة العامة، بحيث يخرج المال سواء كان عقار أو منقولاً من ملك الواقف لتخصيصه للمنفعة العامة ولا يجوز حينها

¹ تنص المادة 123 مكرر من ق.م: " إذا لم يعين الواعد أجلا لإنجاز العمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان الجمهور"

² خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص193.

³ تنص المادة 184 من ق. أ على أنه: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريقة التبرع"

توارثه، حيث تنص المادة 06 من قانون الأوقاف¹ على انه: "الوقف العام هو ما حبس على جهات خيرية من وقت انشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات" - الإيجاب الملزم لجانب واحد تصرف بإرادة منفردة نصت عليه المادة 64 من ق.م.

المبحث الثاني: ماهية العقد وتقسيماته.

يعتبر العقد أهم مصدر ارادي للالتزام، فلا بد من تعريفه و تمييزه عن المفاهيم المشابهة له، الى جانب ضرورة التطرق لتقسيماته التشريعية والفقهية.

المطلب الأول: مفهوم العقد وتمييزه عما يشابهه.

عرف المشرع العقد في المادة 54 من ق.م بأنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، فيتضح لنا من خلال هذه المادة أنه لا بد من توفر عنصرين لوجود العقد، يتضمن العنصر الاول اتفاق بين شخصين أو عدة أشخاص فلا يحصل الاتفاق إلا بين شخصين فأكثر سواء كانوا أشخاص طبيعية أو معنوية، أما العنصر الثاني فيتمثل في هدف الاتفاق حيث يكون لكل طرف في الاتفاق هدف و مصلحة مختلفة عن الآخر، ومع ذلك فإن تباين المصالح لا يمنع انعقاد العقد بعد توحيد وجهات النظر وتطابق إرادة المتعاقدين رغم اختلاف الأهداف، فيكون للعقد صورتين الأولى تتمثل في العقد الثنائي الذي يرتب آثار قانونية تتحصر في طرفيه، وعقد متعدد الاطراف يرتب آثار بالنسبة لكل الأطراف المتعاقدة².

¹ قانون رقم 91-10 المؤرخ في 27-04-91 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-02، المؤرخ في 14 ديسمبر 2002.

² C.R- Brahinsky, « Droit civil : les obligations, 3^{eme} edition, Galino editeur, France, 2004, p31.

الفرع الأول: العقد والاتفاق.

نلاحظ أن المشرع قد عرف العقد بأنه اتفاق لذلك لا بد من التمييز بين العقد والاتفاق، خاصة بعد قيام بعض التشريعات بالتمييز بينهما، فاعتبر الاتفاق عبارة عن توافق الإرادات من أجل إنشاء أو تعديل أو إنهاء التزام قانوني، أما العقد ما هو إلا مصدر للالتزام فيكون الاتفاق أشمل من العقد، أي أن العقد جزء من الاتفاق وأضيق مجالاً منه، وتم وضع معيار تحديد الاتفاق بأنه التصرف الذي يقصد به إنشاء علاقات عائلية، أو إنشاء حقوق عينية أو تعديل التزامات أو إنهاؤها.

أما العقد فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله، من هنا بدأت تزول التفرقة بين العقد والاتفاق واصبح كل منهما مرادف للآخر فتم تجاوز هذه التفرقة¹، ففي الوقت الحاضر لم يصبح لهذه التفرقة أية أهمية فاعتبر العقد اتفاق ولكنه اتفاق من نوع خاص، أي انه ذلك الاتفاق الذي ينشئ التزامات قانونية وليس ذلك الاتفاق الذي لا يرتب التزاماً وأثر قانوني فليس كل الاتفاقات تصرفات قانونية،² فأعمال المجاملة أو الوعود بين الأصدقاء لا تعتبر تصرفات قانونية ينشئ عنها التزام قانونين، كأن يقوم صديق بدعوة صديقه للعشاء ثم يخلف وعده أو أن يعد والد ابنه بمكافئة إذا نجح في دراسته فهذين الواعدين لا يصلان إلى مرتبة الالتزام القانوني ولا يلزمان الواعدين بأي التزام قانوني³.

الفرع الثاني: العقد والالتزام.

نلاحظ أن المشرع قد مزج بين العقد والالتزام في تعريفه للعقد في المادة 54 من ق.م، رغم أن العقد مصدر الالتزام وليس هو الالتزام بحد ذاته، فلا يوجد التزام بدون عقد، حيث ان

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص35.

² C.R. Brahinsky, op.cit, p31.

³ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص11.

الالتزام هو تلك الرابطة أو العلاقة التي تنشأ عن العقد، فلا يعتبر الالتزام إلا أثر يترتب على العقد¹.

يمكن أن نلاحظ ميل المشرع للمذهب الشخصي في تعريفه للعقد فحتى الالتزام بالمنح لا يدل على نقل الحق العيني حيث يعرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 من ق.م بأنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

بينما قام المشرع الفرنسي بتعريف العقد بالنظر للأثر القانوني الذي يترتب، وذلك في المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن "العقد هو اتفاق ارادتين أو إرادة عدة اشخاص على انشاء، تعديل، نقل أو انتهاء الالتزامات"².

لكن بما أنه ليس كل العقود والاتفاقات تصرفات قانونية فإن ليس كل اتفاق التزام من أجل ذلك لا يمكن اعتبار العقد هو نفسه التزام.

لعل أفضل تعريف للعقد هو أنه: "اتفاق بين شخصين فأكثر لإحداث أثر قانوني (أي إنشاء التزام سواء كان حق شخصي أو حق عيني) ، أو تعديله أو إنهائه"، يتجنب هذا التعريف فكرة اعتبار العقد التزاما، فالاتفاقات المجاملة وبعض الاتفاقيات والعقود التنظيمية التي تتدخل من خلالها الدولة في تكوين الاتفاق لا تعتبر ذلك العقد الذي ينشأ بتوافق الارادات، وليس كل الالتزامات والحقوق المتولدة عنها يمكن إخضاعها للنظرية العامة للالتزام كعقود الأحوال الشخصية الزواج مثلا.

لا يمكن اعتبار كل الاتفاقات عقودا في النظرية العامة للالتزام التي تلعب فيها الارادة دورا أساسيا، وتعتبر هي جوهر وأساس العقد وهي من تحدد آثاره.³

¹ خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص17.

² Art 1101 du C.C.F : « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص18

الفرع الثالث: العقد والتصرف التنظيمي.

ظهرت ضرورة التمييز بين العقد والتصرف التنظيمي حيث يرتب العقد آثارا بالنسبة للمتعاقدین فقط، بينما يرتب التصرف التنظيمي آثار تفرضها الدولة على أشخاص دون أن تكون إرادتهم محل اعتبار فيلتزمون قانونيا دون المشاركة في التصرف القانوني، وذلك بعد أن ازداد تدخل الدولة في الشؤون المالية للأفراد، الى جانب فكرة النظام العام التي اتسع نطاقها مما أثر على الحرية التعاقدية، ان تدخل الدولة لتقييد وتوجيه بعض المعاملات التعاقدية جعل دور الإرادة يتراجع أحيانا في بعض العقود كعقود الإذعان¹، ويبقى للعقد قوة ملزمة محدودة ليست مستقلة انما مستمدة من كل من القانون والقضاء الذي يميز بين كل من العقد الذي يرتب التزاما قانونيا، وبينه وبين الاتفاق والتصرف التنظيمي².

المطلب الثاني: تقسيمات العقود.

أشار المشرع لتقسيمات معينة من العقود، كما توجد تقسيمات فقهية مختلفة في غاية الأهمية لا بد من التطرق لها.

الفرع الأول: التقسيم التشريعي للعقود.

وردت تقسيمات العقود في القانون المدني من المادة 55 إلى 58 من ق.م.

1- عقود الملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة لجانبين، أو (عقود تبادلية وعقود

ملزمة لجانب واحد).

أ-العقد الملزم لجانبين

¹ منذر الفضل، المرجع السابق، ص 47.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 45.

نصت المادة 55 من القانون المدني على العقد الملزم لجانبين، فهو ذلك العقد الذي ينشأ التزامات متقابلة على عاتق طرفيه، ويكون بموجبه كل متعاقد دائنا ومدينا نحو المتعاقد الآخر في نفس الوقت بسبب ما التزم به كعقد البيع.

يجب أن تنشأ هذه الالتزامات التبادلية في وقت واحد، لأن العقد الذي ينشئ ملزما لجانب واحد ثم يرتب التزاما مقابلا لاحقا وقت تنفيذه لا يعتبر عقدا تبادليا، ففي عقد الوديعة لا يلتزم المودع تجاه المودع لديه بأي التزام، وهو عقد ملزم لجانب واحد، لكن إذا قام المودع لديه بدفع مصاريف لحفظ الشيء يلتزم حينها المودع برد هذه النفقات، وهنا لا يمكن اعتبار هذا العقد تبادليا¹، لذلك أطلق عليه بعض الفقه الفرنسي تسمية "العقد التبادلي الناقص" un "contrat synallagmatique imparfait"².

أما إذا نشأت الوديعة تبادلية فإنها تبقى كذلك كالوديعة بأجر تعتبر حينها عقدا تبادليا، رغم أن الأصل في الوديعة أنها بغير أجر³، يكون المودع فيها هو الملتزم وحده ببذل العناية في حفظ الشيء المودع لديه، وهذا ما نصت عليه المادة 592 من ق.م.

ب-العقد الملزم لجانب واحد.

هو ذلك العقد الذي يرتب التزاما على جانب واحد فقط من طرفيه فيكون أحدهما دائنا غير مدين والمتعاقد الآخر مدين غير دائن، مثل الوديعة بغير أجر، إلى جانب عقد الكفالة والوكالة بلا أجر وعقد الهبة فهي عقود تستلزم توافق إرادتين، ويتميز العقد الملزم لجانب واحد عن التصرف القانوني من جانب واحد أي بإرادة منفردة كالوصية أو الوعد بالجائزة أن العقد حتى ولو كان ملزما لجانب واحد فإنه ينعقد بإرادتين، أما التصرف من جانب واحد فينشأ بإرادة واحدة⁴.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 46.

² C.R. Brahinsky, op.cit, p34.

³ تنص المادة 596 من ق.م على أنه: "الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر فإذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة"

⁴ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 13

يمكن اعتبار العقد الملزم لجانب واحد تصرف ثنائي في نشأته فردي في آثاره فعبارة "جانب واحد" يقصد بها أثر العقد لا تكوينه¹، فإن هذا التقسيم يركز على آثار العقد.

ج- أهمية التمييز بين العقود الملزمة لجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد.

تظهر أهمية التمييز بين العقد التبادلي والعقد الملزم لجانب واحد أن سبب إلتزام أحد المتعاقدين هو محل التزام المتعاقد الآخر بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين، بينما يكون سبب التزام المتعاقد في العقد الملزم لجانب واحد مستقلا لا علاقة له بالتزام مقابل، وقد يكون سببه نية التبرع².

تظهر أهمية أخرى من حيث شكل العقد ففي العقود التبادلية نظرا لتقابل الالتزامات يتسلم كل الأطراف المتعاقدة عقودهم ويتم الحصول عليها بمجرد انعقاد العقد، كما يتم إعداد نسخ للعقد الأصلي بقدر عدد الأطراف المتعاقدة، أما العقد الملزم لجانب واحد فإن عقدا واحدا يعتبر كافيا فيحتفظ به المتعاقد الذي يمكنه إخفاؤه إذا رأى أنه لا يحقق له مصلحة مما يؤدي إلى الإضرار بالدائن³.

أما من حيث مضمون العقد فإن في العقد الملزم للجانبين يجوز لأحد طرفيه أن يدفع بعدم تنفيذ العقد، ولا مجال لهذا الدفع في العقد الملزم لجانب واحد، إذ لا فائدة من الامتناع عن التنفيذ، حيث تنص المادة 123 من ق.م على أنه: "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".

كما يجيز امتناع المتعاقد عن الدفع في العقد الملزم للجانبين للدائن طلب فسخ العقد المادة 119 من ق.م، أما تبعه الهلاك فإنها تقع على عاتق المدين في العقد الملزم لجانبين، ففي عقد البيع مثلا إذا لم يتم البائع بنقل الملكية مثلما تم الاتفاق عليه وهلك الشيء كان البائع هو المسؤول عن الهلاك فهو المدين بنقل الملكية، (كأن تكون سلعة سريعة التلف) ، فيتحمل

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص64.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص48.

³ C.R Brahinsky, op.cit, p03.

البائع فقدان حقه في الثمن بينما ينقضي التزام المشتري بدفع الثمن في حالة الهلاك لسبب أجنبي¹.

أما في العقد الملزم لجانب واحد فإن من يتحمل تبعه الهلاك هو الدائن، في عقد الوديعة مثلا يتحمل الدائن وهو المودع تبعة هلاك الشيء المودع لسبب أجنبي فيستحيل حينها على المودع لديه رد الشيء وينقضي بذلك التزامه بالرد².

2- عقود المعاوضة وعقود التبرع، تقسيم العقود من حيث مقابل الالتزام.

أ- **عقد المعاوضة:** عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلًا لما أعطى، يعتبر عقد البيع عقد معاوضة لأن البائع يأخذ الثمن مقابل المبيع الذي يعطيه للمشتري الذي يأخذ المبيع مقابلًا للثمن الذي يعطيه البائع³، عرف المشرع عقد المعاوضة⁴ في المادة 58 من ق.م التي تنص على انه: "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما"، فأغلب العقود هي عقود معاوضة كعقد الايجار، الشركة، المقاوله...

ب- **عقد التبرع:** هو العقد الذي لا يحصل فيه أحد المتعاقدين على عوض عما قدمه للمتعاقد الآخر كعقد الهبة بلا عوض حيث تنص المادة 202 من القانون الأسرة في فقرتها الأولى: "الهبة تملك بلا عوض"، لكن قد يحدث أن تكون الهبة بعوض فتكون الهبة هنا عقد ملزم لجانبين، كهبة أموال مقابل تأدية خدمة معينة حيث أجاز المشرع ذلك في المادة 202 في فقرتها الثانية التي تنص على انه: "يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على انجاز الشرط".

أما معيار التفرقة بين عقد المعاوضة وعقود التبرع فيتمثل في توافر نية التبرع أي معيار نفسي، إلى جانب وجود العوض أي معيار مادي اقتصادي، كما لا ينبغي أن تكون نية المتبرع تتصرف لإلزام الطرف الآخر بتكاليف معين⁵، فليس كل تبرع عقد الملزم لجانب

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص65.

² منذر الفضل، المرجع السابق، ص60.

³ رمضان أبو سعود، المرجع السابق، ص31.

⁴ مع ذلك لم يعرف المشرع عقد التبرع.

⁵ جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري، الدار الجامعية، مصر، 1994، ص57.

واحد كهبة مقابل دفع عوض لشخص ثالث مستفيد من عقد الهبة، لا يجعل هذا التصرف عقد الهبة معاوضة إنما تبقى تبرعية لكنها ملزمة لجانبين، لذلك فإن التمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع يكون على أساس العناصر المادية و المتمثلة في الأداءات المتقابلة، إلى جانب العناصر النفسية المتمثلة في نية المتعاقد في التبرع، على أن يقوم القاضي بتكييف طبيعتها القانونية مستدلا بالتعاقدات السابقة، وحتى المعاملات المستقبلية للمتعاقدين والتي قد تكشف عن إرادة الطرفين¹

ج- أهمية التمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع.

- أ. الرسوم الضريبية تكون مرتفعة عموما في عقود المعاوضة مقارنة بعقود التبرع.
- ب. قواعد الضمان لمسؤولية المتعاقد تكون أشد قسوة في عقد المعاوضة، حيث يلتزم البائع في عقد البيع بضمان عدم التعرض، وضمان العيوب الخفية، على عكس الملتزم في عقود التبرع فإنه لا يقع على عاتقه هذه ضمانات.
- ج. أما بالنسبة للطبيعة التجارية للعقد فإن عقود المعاوضة هي وحدها التي يمكن أن تكتسي طبيعة تجارية باعتبار ان العمل التجاري قائم على عنصر المبادلة، أما عقود التبرع فلا يمكن أن تكون عقود تجارية فهي دائما عقود مدنية².
- د. لا يشترط المشرع نفس الأهلية في عقود التبرع والمعاوضة ففي عقد الهبة اشترط المشرع الاهلية الكاملة في الواهب، بينما سمح للموهوب له أن يكون قاصرا أو محجورا عليه، وهذا ما يتضح في المادتين 203 و 210 من قانون الاسرة³، اما عقود المعاوضة فلا تبرم الا من طرف متعاقدين راشدين متمتعان بأهلية التصرف.
- هـ. عيب الغلط باعتباره عيب من عيوب الإرادة فإنه يؤثر في عقود التبرع باعتبارها موجهة لأشخاص معينين، مما قد يؤدي لبطان عقد التبرع لقيامه على اعتبار شخصي، على

¹ محمد صبري، المرجع السابق، ص66.

² Francois. Terré, Philippe Similer, Yves Lequette, « Droit civil, les obligations », 9^{ème} Edition, Dalloz, France, 2005, p79.

³ تنص المادة 203 من ق. الأسرة: " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغاً تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه"، كما تنص المادة 210 من ق. الأسرة: " إذا كان الموهوب له قاصراً أو محجوراً عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانوناً".

عكس عقود المعاوضة فالأصل فيها أنها لا تتأثر بعيب الغلط في الأشخاص باستثناء عقد الشركة التجارية وبالأخص شركة التضامن.

و. أما الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرف فإن إثبات سوء النية لا يكون شرطاً للطعن في تصرفات المدين عندما تؤدي تصرفات هذا الأخير لإضعاف الضمان العام المخول لدائنيه، أما في المعاوضات فلا بد من إثبات الغش وتواطؤ المتصرف والمتصرف إليه، فإن الغش يكون أسهل تبيينه في التبرعات على عكس المعاوضات خاصة ان إثبات سوء النية يكون من العناصر النفسية الداخلية¹.

3- العقد المحدد والعقد الاحتمالي.

أ. **العقد المحدد:** Le contrat commutatif هو ذلك العقد الذي يعرف فيه كل من المتعاقدين مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ عند التعاقد، مثل عقد البيع وليس مهما أن يكون الثمن مؤجلاً أو مقسطاً، كما أنه ليس مهما أن يكون تسليم المبيع مؤجلاً أو معجلاً، كما لا يشترط أن تكون الأداءات التبادلية متساوية فالعبرة ليست بالتعادل المالي للأداءات بل يكفي أن يكون مقدار الالتزامات والحقوق محددًا وقت انعقاد العقد².

ب. **العقد الاحتمالي:** أما العقود الاحتمالية les contrats aléatoires فهي تلك العقود الذي لا يستطيع فيها كل متعاقد أن يحدد ما سيحصل عليه وقت إبرام العقد، إنما يتحدد لاحقاً وتبعاً لحصول أمر غير محقق الوقوع، أو يكون محقق الوقوع لكن وقت وقوعه غير معروف، يطلق عليها عقود الغرر المحرمة في الشريعة الإسلامية.

أكثر هذه العقود شيوعاً في الحياة العملية عقد التأمين الذي أجازته فقهاء الشريعة الإسلامية في حالة خلوه من الربا، وذلك لاعتباره من العقود المهمة في الحياة الاقتصادية، (كالتأمين الجوي، البحري، التأمين ضد الحريق، ضد السرقة، تأمين من المسؤولية الطبية، تأمين تعاوني، التأمين المفروض على السيارة)³.

¹ جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 59.

² علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 16.

³ منذر الفضل، المرجع السابق، ص 65.

عقد التأمين عقد احتمالي نظرا لعدم إمكان المؤمن يوم إبرام العقد معرفه ما سينتج من أضرار لأنه يقوم بدفع مبلغ التأمين على أساس الضرر ومداه، كما لا يعلم المؤمن عليه مقدار ما سوف يتحصل عليه.

نص المشرع على عقد التأمين في المواد 619 الى 625 من ق.م، كما تعرض المشرع في الباب العاشر من الكتاب الثاني من القانون المدني لعقود الغرر من بينها عقد الرهان والقمار، حيث حظرهما المشرع عملا بأحكام الشريعة الإسلامية إلا ما تعلق منها بالرهان الرياضي والمسابقات المادة 612 من ق.م¹.

لا بد أن نميز في هذا المقام بين العقد الاحتمالي والعقد المعلق على شرط الذي يعلق وجوده على شرط واقف أو فاسخ، أي أمر مستقبلي فيعلق وجود العقد أو زواله على شرط واقف أو فاسخ غير محقق الوقوع، وإن الأمر المستقبلي في العقد المعلق على شرط يجعل الالتزام منعما بانعدام الشرط أو موجودا إن وجد الشرط انعقد العقد، أما العقد الاحتمالي فإن الأمر المستقبلي يضاف لعقد الموجود، ولا يتحدد مقدار الالتزام الا بتحقق الأمر المستقبلي الذي يضاف لعناصر العقد.

ج. أهمية التمييز بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي.

تظهر الآثار المترتبة عن هذا التقسيم في تطبيق أحكام الغبن المادة 358 من ق.م، حيث تستبعد هذه الأحكام في العقد الاحتمالي كونه قائم على الغرر أي احتمال الكسب أو الخسارة، فلا يمكن الطعن بالغبن في العقود الاحتمالية على عكس بعض العقود المحددة كما تستبعد نظرية الظروف الطارئة في العقد الاحتمالي، فهي لا تطبق إلا على العقد المحدد.²

الفرع الثاني: التقسيم الفقهي للعقود.

لم يتعرض المشرع لكل التقسيمات فترك أمرها للفقهاء.

¹ تنص المادة 612 من ق.م: " يحظر القمار والرهان غير أن الأحكام الواردة في الفقرة السابقة لا تطبق على الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري".

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص51.

1-تقسيم العقود من حيث تنظيم أو عدم تنظيم المشرع لها.

أ. العقد المسمى.

هو العقد الذي وضع له المشرع تنظيماً خاصاً به، واسم خاصاً كعقد الهبة، الإيجار، الشركة، القرض.

ب. العقد غير المسمى.

هو العقد الذي لم يضع له المشرع تنظيماً خاصاً به، ولم يخصه باسم معين وهذا لا يعني أنه غير موجود أو غير خاضع للقانون، إنما يخضع للقواعد العامة التي تنظم كل العقود المسماة، ويرجع سبب عدم تنظيم هذه العقود أنها غير شائعة، فيخضع العقد المسمى للأحكام التي تنظمه أما العقد غير المسمى فيخضع للأحكام العامة للعقود، كما تتحدد آثاره هذه العقود بإرادة الأطراف وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة.

يقوم القاضي بتكييف العقد غير المسمى على أساس خصائصه وصفاته و الإرادة المشتركة لأطرافه¹، وتبقى مسألة عدم قيام المشرع بتنظيم عقد مهم مسألة نادرة الوقوع نظراً لقيام المشرع بتنظيم معظم العقود واضعاً لبعضها تنظيماً قانونياً خاصاً، كالقانون المتعلق بالاعتماد الإيجاري le leasing الذي صدر بموجب الأمر رقم 96-09² المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

ظهر الاعتماد الإيجاري في الدول الأنجلوسكسونية باسم "le leasing" البيع الإيجاري "le crédit-bail" يعتبر اقتصادياً طريقاً من طرق تمويل المشاريع، فكان لزاماً على المشرع تنظيمه نظراً لديناميكيته وحيويته في الحياة الاقتصادية.

أما عدم تسمية المشرع لعقود الأخرى لا يعني أنها غير موجودة عملياً، حيث فقدت هذه التفرقة أهميتها مع تطور الحرية التعاقدية باعتبار أن كل من العقد المسمى وغير المسمى عقود ملزمة خاضعة للقواعد القانونية، فيخضع الأول لنظامه القانوني الخاص به والثاني

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص53.

² الأمر رقم 96-09 المؤرخ بـ 10 جانفي 2009 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، ج.ر، عدد 3، الصادر بتاريخ 14 يناير 2009.

للقواعد العامة، فمع ظهور قواعد آمرة قيدت من الإرادة التعاقدية أصبحت العقود غير المسماة منتشرة وفي تزايد مستمر نظرا للجوء الأفراد المتزايد لها تهربا من الأحكام الآمرة المقيدة لإرادتهم في العقود المسماة التي قام المشرع بتنظيمها وتقييد الأفراد بأحكامها¹.

2- تقسيم العقد من حيث أركان انعقاده.

أ. **عقد رضائي:** هو العقد الذي ينعقد عن طريق توافق إرادتي أطرافه باقتران الإيجاب والقبول،

فتكفي الإرادة لانعقاده دون حاجة لاتخاذ أي إجراء شكلي.

ب. **العقد الشكلي:** هو العقد الذي لا تكفي فيه إرادتي أطرافه وإنما يجب أن تفرع الإرادتين في

قالب رسمي، مثل التصرفات الواردة على العقار المادة 324 مكرر 1 من ق.م، وعقد بيع

المحل المادة 324 مكرر 1 من ق.م، وعقد الشركة التجارية المادة 445 من ق.ت،

وحتى بعض المنقولات، وللركن الشكلي أهمية كبيرة في تنبيه المتعاقدين لأهمية العقد،

كما أنها تسهل عملية اثباته و تفسير القاضي له، وتعتبر الشكلية ركنا لانعقاد لكن ليس

هناك ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على كتابة العقد فلا يكون عندئذ الشكل القانوني ركنا

لانعقاد وإنما شرط للإثبات.

ج. **العقد العيني:** هو ذلك العقد الذي لا يكفيه التراضي لانعقاده بل يجب تسليم الشيء محل

العقد²، فيكون التسليم ركنا لانعقاده كعقد الوديعة، وعقد الرهن الحيازي المادة 948 من

القانون المدني.

3- تقسيم العقود من حيث دخول الزمن في تكوينها.

أ. **عقد فوري:**

عقد لا يكون الزمن فيه عنصرا جوهريا فلا يتدخل فيه الزمن لقياس مقدار الأداء في

أي من الالتزامات الناشئة، أي أن تنفيذه يكون فوريا ولو تراخى التنفيذ إلى أجل لاحق كأن

يؤجل دفع الثمن في عقد البيع.

¹ F. Terré, P. Similer, Droit civil, les obligations, op.cit, p.71.

² جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص50.

ب. العقد الزمني أو المستمر:

يعتبر فيه الزمن عنصرا جوهريا فلا ينفذ الالتزام إلا من خلال اقترانه بالزمن، اذ لا يمكن وجود عقد ايجار دون معيار الزمن لأنه يرد على المنفعة والزمن هو الذي يحدد مقدار المنفعة المتفق عليها، وهي عقود مستمرة ذات التنفيذ المستمر مثل عقد الايجار، وعقد العمل، وعقود دورية مثل عقد التوريد، وعقد الايراد أو المرتب مدى الحياة، فهي عقود تنفذ دوريا أي يتكرر فيها الأداء على نطاق زمني محدد حيث تلعب الارادة دورا في تحديد الزمن، الذي يمثل عنصر أصيل وأساسي في طبيعة العقد¹.

ج. أهمية التمييز بين العقد الفوري والعقد الزمني.

- من حيث الفسخ:

يترتب عن فسخ العقد الفوري ارجاع المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل العقد كأن العقد لم ينشئ، فيرد المشتري الشيء المبيع ويرد البائع الثمن في عقود البيع، بينما يستحيل ارجاع المتعاقدين للحالة السابقة على التعاقد في العقود الزمنية فليس للفسخ أثر رجعي فيها لأن ما نفذ من الالتزامات لا يمكن إعادته لارتباطه بالزمن الذي لا يمكن إرجاعه، فيكون الفسخ في العقد الفوري بأثر الرجعي بينما يكون في العقد الزمني بأثر فوري.

أ. من حيث أثر وقف التنفيذ:

لا يؤثر وقف تنفيذ العقد على العقد الفوري فلا ينقص منه شيء بمضي الزمن الذي لا يؤثر على مقدار الأداء، وإذا توقف لسبب ما ثم زال سبب الوقف استأنف العقد بعد زوال سبب الوقف²، أما في العقد الزمني فان لوقف التنفيذ أثر قانوني، فإذا توقف تنفيذ عقد الايجار لقوة قاهرة لمدة 6 أشهر وكانت المدة المحددة في عقد الايجار سنة تصبح مدة العقد تسعة أشهر بدلا سنة.

¹ نبيل إبراهيم السعد، المرجع السابق، ص74.

² جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص63.

ب. من حيث تطبيق نظريه الظروف الطارئة:

يعدل القاضي تطبيقاً لهذه النظرية شروط العقد من أجل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول عند حدوث حوادث استثنائية ليس في الوسع توقعها¹، وبما أن العقد الزمني لا يمكن وجوده إلا مقترناً بالزمن فإنه يكون عرضة لتغير الظروف، لذلك فإن المجال الطبيعي لهذه النظرية هو العقد الزمني، أما العقد الفوري فلا يتوقف تنفيذه بعد حدوث أمر طارئ لأن الأصل أنه يكون قد نفذ إلا إذا كان مؤجلاً للتنفيذ.

ج. من حيث الاعذار: يكون انذار المدين ضرورياً في العقد الفوري لاستحقاق التعويض عن التأخير في التنفيذ، أما في العقد الزمني فلا ضرورة للأعذار لأن التأخير في تنفيذ العقد الزمني لا يمكن تداركه لفوات الزمن فلا تكون هناك فائدة للإعذار².

4- تقسيم العقود من حيث مساواة المتعاقدين.

أ. عقد المساومة:

هو ذلك العقد التقليدي الذي تتساوى فيه إرادتي المتعاقدين في وضع ومناقشة شروط العقد، كعقد البيع حيث يتمتع كل متعاقد بحرية كاملة في وضع بنود العقد والاتفاق على شروطه، الثمن، مكان الانعقاد والتنفيذ، وزمان نقل الملكية وتسليم الشيء.

ب. عقد الإذعان:

هو العقد الذي يملئ فيه أحد المتعاقدين شروطه على المتعاقد الآخر الذي لا يكون له إلا رفض أو قبول العقد دون أن يكون بإمكانه مناقشة بنوده بسبب المركز القانوني القوي للطرف المذعن، أو بسبب احتكار فعلي أو قانوني للسلع والخدمات فيرضخ الطرف المذعن لكل الشروط المقررة من الطرف الآخر، هذا ما ينضح من المادة 70 من ق.م، فيفرض الطرف القوي شروطه و لا يكون للطرف الآخر حق اقتراح أي تعديل، فله إما أن يقبل أو

¹ المادة 107 من ق.م.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 71.

يرفض الإيجاب مثل عقد النقل، أو العقود التي تكون السلطة الإدارية طرفاً فيها مثل عقود الخدمات، غاز، كهرباء فلا يمكن هنا للمتعاقد تعديل أو مناقشة بنود العقد¹.

هناك عقود أخرى تقوم بموجبها مؤسسات أو شركات كبرى باحتكار سلعة أو خدمة معينة، حيث تقوم بتحضير عقود نموذجية مسبقاً عند اعداد المشروع، يمكننا أن نقول أنه ليس لعقد الإذعان تنظيم قانوني خاص به إنما يظهر من خلال خصائص بعض العقود التي يفرض صاحبها من خلالها شروطه بقوة القانون، فيتدخل المشرع فيها من أجل حماية الطرف الضعيف كعقد التأمين².

تظهر أهمية هذا التقسيم في تطابق الإيجاب والقبول الذي يتحقق في عقد المساومة بينما يعتبر قبولاً اضطرارياً في عقد الإذعان.

كما تظهر هذه الأهمية من خلال سلطة القاضي في تعديل شروط عقد الإذعان نظراً لوجود علاقة عقدية غير متساوية، بينما لا يكون للقاضي نفس سلطة تعديل الاتفاق في عقد المساومة³، كما أن الشك يؤول لمصلحة المدين في عقد المساومة، ففي حالة وجود شك في التزامات، أو في بنود العقد يفسره القاضي لمصلحة المدين عملاً بالمادة 112 من ق.م، أما في عقود الإذعان فيفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن دائماً كان أو مديناً.

5- تقسيم العقود من حيث هيكلها التنظيمي.

أ. عقد بسيط.

هو الذي يتناول نوعاً واحداً من العقود ولا تمتزج به عقود أخرى، كعقد البيع، الإيجار، القرض.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 60.

² F.Terré, op.cit, p.84

³ المادة 110 و 106 من ق.م

ب. العقد المختلط.

يسمى كذلك عقد مركب وهو العقد الذي يتكون من مزيج من عقود مختلفة اختلطت فأصبحت عقدا واحدا، حيث يتضمن أحكام أكثر من عقد كعقد الفندق¹ الذي يتم بين النزيل وصاحب الفندق، فهو عبارة عن مزيج من عقود مختلفة منها الإيجار والبيع بالنسبة للمأكل والمشرب وأشياء أخرى، وعقد وديعة لأمتعة النزيل، وعقد عمل بالنسبة للخدمة المقدمة. بالتالي فإن العقد المركب يتضمن أحكام عدة عقود مسماة وتسري عليه أحكام العقود الذي يشتمل عليها، لكن عند تناقض هذه الأحكام وتنافرها مما يصعب معه الجمع بين كل هذه الأحكام يقوم القاضي بترجيح أحكام العقد الغالب أو العقد الأساسي في العقد المختلط، فيرجح العنصر الجوهري الغالب².

6- تقسيم العقود من حيث طريقة التعبير عن الإرادة.

أ. العقد التقليدي:

هو ذلك العقد الذي يعبر فيه المتعاقدين عن إرادتهما شفويا أو كتابيا فيتم تبادل الإيجاب والقبول في مجلس العقد أين تتحقق وحدة زمان ومكان العقد، أو تعاقد بين غائبين عند تحلف وحدة الزمان والمكان في العقد، فيكون مجلس عقد حكمي.

ب. العقد الإلكتروني:

لا يختلف العقد الإلكتروني من حيث موضوعه أو أطرافه عن سائر العقود التي نص عليها المشرع لكن ما يميزه انه عقد يتلاقى في الإيجاب والقبول عبر شبكة الأنترنت، إذ لا يتحقق التواجد المادي للمتعاقدين وإنما يتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية فيجمعهم مجلس عقد حكمي افتراضي، فيتمكن المتعاقدين من إبرام العقد بتبادل الإيجاب والقبول من

¹ نظم المشرع عقد الفندق بموجب القانون رقم 99-01 المؤرخ في 06 يناير 1999.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص34.

خلال التحدث ورؤية بعضهما البعض كأنهما حاضرين حيث تتحقق وحدة المكان بطريقة افتراضية¹.

نظرا للتطور الذي عرفته شبكة الاتصالات الدولية، فازدهرت نتيجة لذلك التجارة الإلكترونية، كما أنه يتصف غالبا بأنه ذو طابع تجاري أو استهلاكي يخضع لكل من القانون المدني والتجاري كما يخضع عادة للقواعد الخاصة بحماية المستهلك.²

نظم المشرع احكام العقد الالكتروني بموجب القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية³، واعتبره ذلك العقد الذي يتم عن بعد دون حضور فعلي وامتزامن لأطرافه، باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني، ويتم ابرامه بين مستهلك الالكتروني ومورد الالكتروني، على ان يتم التسديد عن طريق وسيلة الدفع الالكتروني طبق للمادة 06 من القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

وسع المشرع من مفهوم الكتابة فلم تصبح الكتابة تركز على المفهوم التقليدي الورقي المادي، بل أصبح القاضي يقبل الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات عند تحقق شروطها التي نص عليها المشرع في المادة 323 مكرر⁴.

7- تقسيم العقود من حيث أطرافها.

أ. عقد فردي:

هو العقد الذي يتم بين شخصين فأكثر، وتتصرف آثاره إلى أفراد العقد فقط.

ب. العقد الجماعي:

عقود تربط بين جماعة من الأفراد بصفاتهم الجماعية بفرد من الأفراد أو بجماعة أخرى

وله صورتان:

¹ يمينة حوحو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، 2016، ص 24.

² F.Terré, op.cit, p.82.

³ القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر عدد 28 بتاريخ 16 ماي 2018. تنص المادة 323 مكرر 1 على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط لمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وان تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

1 عقد يتم بين عدة أشخاص ليست لهم مصالح متناقضة، ويجمعهم هدف مشترك كعقد الجمعية أو الشركة.

2 الاتفاقيات الجماعية: عقود تتم بين أطراف لها مصالح متناقضة¹، فعقد الصلح الذي ينعقد بين شخصين أو عدة أشخاص يتعاقدون بصفتهم الفردية يعتبر عقد فردي، لكن عقد الصلح الواقي من الإفلاس الذي ينعقد بين المدين وجماعة الدائنين بصفة جماعية يعتبر عقدا جماعيا، كذلك عقد العمل الذي ينعقد بين صاحب العمل والعامل عقد فردي، بينما عقد العمل المشترك الذي ينعقد بين رب العمل أو أكثر وبين نقابة أو أكثر من نقابات العمال يعتبر عقد جماعي يتم بين أطراف ذات مصالح متناقضة².

من خصائص العقد الجماعي أن آثاره القانونية تنصرف لكل الأطراف بما فيهم الذين لم يرضوا بمضمونه (الشركة، عقود النقابات، أرباب العمل...)، على عكس العقد الفردي الذي لا يلزم إلا أطرافه التي وافقت عليه.

الباب الثاني: أركان العقد.

اشترط المشرع لقيام العقد توفر أركانه الأساسية المتمثلة في الرضى والمحل والسبب.

الفصل الأول: ركن الرضى.

ان العقد عبارة عن تلاقي ارادتين ومن هذا التلاقي ينشأ التراضي الذي يمثل جوهر الاتفاق، لذلك لا بد من التعرض لمفهوم ركن الرضى وتحديد صورته.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص64.

² جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص47.

المبحث الأول: مفهوم التراضي وصوره.

يقصد بالتراضي اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، ويعتبر العقد من التصرفات القانونية التي يلزم لانعقادها إرادة طرفين فأكثر، أي يجب صدور إيجاب وقبول وتطابقهما، فيعتبر التراضي ركن مهم في إنشاء العقد ويتحدد من خلاله محل الالتزام العقدي، ويكون كل تغيير أو تعديل للعقد إيجاباً جديداً¹، تنص المادة 59 من ق.م على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، وذلك دون الإخلال بشروط صحة التراضي والمتمثلة في أهلية التصرف بالنسبة لطرفي العقد²، إضافة لضرورة خلو الرضى من عيوب الإرادة.

المطلب الأول: مفهوم الرضى في العقد.

الفرع الأول: تعريف ركن الرضى وتطوره.

تعتبر الإرادة جوهر وأساس العقد وبدونها لا تقوم للعقد قائمة وهي التي تنشئ العقد وتحدد آثاره، هذا ما يسمى بالحرية التعاقدية³، ولا بد من الإشارة للمبدأ الذي كرس هذه الحرية التعاقدية وهو "مبدأ سلطان الإرادة"، فهو مبدأ قانوني يعتبر الإرادة الحرة صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها، وتنفيذها ولا تتقيد الإرادة بالآثار التي يربتها المشرع، وإنما يكون لها بما تملكه من سلطان كل الحرية في رسم آثار العقد وتعديله وإنهاءه⁴.

تعتبر الحرية الطبيعية للإنسان الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة الذي بدأ في البروز في العصور الوسطى، حيث كانت تعاليم الكنيسة المسيطرة على الأوضاع في أوروبا

¹ منذر الفضل، المرجع السابق، ص 71

² المادة 40 من ق.م.

³ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 109.

⁴ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 18

عندما كان هامش حرية الفرد محدوداً¹، فساهم القانون الكنيسي في الحد من الشكلية وظهر مبدأ الرضائية²، وبعد قيام الثورة الفرنسية التي اعتبرت انتصار لحرية الفرد ظهر الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم على فكرتين أساسيتين، أولها ارتباط المبدأ بالحرية الاقتصادية التي تركز على مبدأ "دعه يعمل دعه يمر"، والسماح للأشخاص بأن يتعاقدوا كما يشاؤون، ثاني فكرة هي ارتباط الحرية الاقتصادية بالمنفعة الاجتماعية، باعتبار أن المصلحة العامة ليست إلا مجموع المصالح الخاصة.

انتصرت آنذاك الحرية الفردية التي قدست الفرد واعتبرت حريته مطلقة لا تقيد إلا بإرادته، فعرف مبدأ سلطان الإرادة تطوراً كبيراً في القرنين 17 و18 بعد ازدهار الحرية الاقتصادية التي كرست مبادئ الحرية التعاقدية، ومبدأ المساواة وقامت التشريعات المدنية التي ظهرت في القرنين 18 و19 بتبني هذه المبادئ.

لكن بعد تراجع العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تسببت في ازدهار المبدأ بدأت عيوب مبدأ سلطان الإرادة في البروز، فتمت مهاجمته بعد انتقاد أساسه الفلسفي والاقتصادي، خاصة بعد ظهور المذهب الاشتراكي وبعد التناقض الذي ساد بين الحرية التعاقدية والعدالة نتيجة لتزايد حالات عدم المساواة في القوى الاقتصادية، وبين المجموعات الاجتماعية والمتعاقدين³، كان نتيجة لذلك ظهور تشريعات اجتماعية فسيطرت الدولة على وسائل الإنتاج، وقيدت إرادة الأفراد من أجل خلق توازن القوى فتراجع مبدأ سلطان الإرادة.

بعد تغليب فكرة العدالة الاجتماعية على العدالة الفردية بدأ استبداد الدول وطغيانها في الظهور، مما أدى لتراجع المبادرة الفردية والمنافسة الاقتصادية الحرة فكان من الضروري إيجاد قواعد قانونية تحقق التوازن بين الطبيعة الفردية والاجتماعية للفرد، فأدى ذلك لبروز أنظمة قانونية حرة باعتدال تتوازن فيه الإرادة الحرة مع العدالة والمصلحة العامة، فظل مبدأ

¹ لم يكن مبدأ سلطان الإرادة مكرساً في القانون الروماني القديم الذي سادت فيه الشكلية التي تتناقض مع مبدأ سلطان الإرادة

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص16

³ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص34.

سلطان الإرادة صامدا عبر كل العصور رغم ما ورد عليه من تقييدات¹، ويترتب على هذا المبدأ جملة من النتائج:

1- الحرية التعاقدية:

يكون مصدر العقد إرادة حرة دون تدخل المشرع من أجل إلزام المتعاقدين بشكل تعاقدى خاص، فلا تكون هناك حاجة لإفراغ إرادة المتعاقدين في شكل معين، ونجد هذا المبدأ يسود جميع العقود في الفقه الإسلامي بغض النظر عن وسيلة التعبير عن الإرادة، فالأهم هو تطابق إرادة المتعاقدين²، كما لا يجبر المشرع أي شخص على التعاقد، وتعتبر الرضائية هي القاعدة العامة في إنشاء العقود، هذا ما يتضح من المادة 59 ق.م التي اعتبرت مبدأ الرضائية هو الأصل أما الشكلية هي الاستثناء، لورود عبارة " دون الإخلال بالنصوص القانونية"³.

2- تحديد مضمون العقد

الإرادة وحدها كفيلة بتحديد مضمون العقد وجميع آثاره، فيحدد الأطراف شروط العلاقة العقدية وآثارها، المادة 106 من ق.م⁴.

أ. مبدأ القوة الملزمة للعقد

الإرادة الحرة هي التي تكسب العقد قوته الإلزامية فطالما أبرم العقد بإرادة حرة وجب تنفيذ ما تم الاتفاق عليه، وتسري إلزامية العقد في حق أطرافه وكل من الخلف العام والخلف الخاص وحتى الغير، إلى جانب القاضي الذي يكون ملزما باحترام اتفاق المتعاقدين حتى وإن كان اتفاق غير عادل في وجهة نظره.

¹ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 117 و118.

² اعتمد الفقه الإسلامي مبدأ سلطان الإرادة بنتائج دون إفراط أو تفريط، حيث قام على الاعتدال في حدود شرعية.

³ تنص المادة 59 من ق.م: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

⁴ تنص المادة 106 من ق.م: " العقد شريعة المتعاقدين

ب. مبدأ الأثر النسبي للعقد

يقصد به أن آثار العقد لا تتصرف لغير أطرافه فالإرادة الحرة لا تلزم إلا أطراف العقد دون غيرهم، ولا ينشئ عن العقد حقوقا إلا لأطرافه، كما لا يترتب التزامات الا بالنسبة لأطرافه¹.

الفرع الثاني: وجود الإرادة.

لابد من صدور الرضى من جانب كل من المتعاقدين فلا يلتزم الشخص بقعد لم يرض به، ولا يكون الرضى صحيحا إلا إذا صدر من شخص يتمتع بأهلية التصرف وبهدف إحداث أثر قانوني.

يجب التعبير عن الإرادة بشكل قاطع في دلالاته على المعنى المقصود حتى يقترن القبول ويتطابق معه، فالإرادة ظاهرة نفسية داخلية لا يمكن الكشف عنها إلا بعد اتخاذها مظهرا خارجيا، ويتضح من المادة 60 من ق.م²، أن التعبير عن الإرادة يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

أ- التعبير عن الإرادة الصريح.

يقع التعبير عن الإرادة الصريح عندما تتخذ الإرادة مظهرا خارجيا بإحدى الطرق التي نص عليها المشرع في المادة 60 من ق.م، وتتمثل طرق التعبير الصريح عن الإرادة في اللفظ عن طريق الكلام الذي يدل على المعنى المقصود، وبأي لغة يفهمها المتعاقد أو بواسطة الكتابة ويستوي أن تكون الكتابة رسمية أو عرفية، كما يستوي أن تكون الكتابة بخط اليد أو إلكترونيا، و لا يهم توقيع المتعاقد، كما اعتبر المشرع الإشارة المتداولة عرفا من طرق التعبير الصريح عن الإرادة بالنسبة للأشخاص العاجزين عن النطق والكتابة ، ولم يمنع المشرع الشخص ذو العاهتين من التعبير عن الإرادة، وإذا تعذر عليه ذلك أجاز للمحكمة أن تعين له

¹ يخضع مبدأ نسبية اثر العقد من حيث الأشخاص لاستثناءات فتتصرف حينها آثار العقد للغير.

² تنص المادة 60 من ق.م: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، 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"

مساعداً قضائياً¹، كما لم يمنع المشرع أن يكون التعبير عن الإرادة بالإشارة بين الناس القادرين على الكلام طالما كانت الإشارة متداولة عرفاً كهز الرأس عمودياً تدل على الرفض، وأفقياً على القبول، كذلك هز الكتف يدل على عدم القبول².

ب- التعبير الضمني عن الإرادة.

أجاز المشرع أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً في المادة 60 من ق.م. في فقرتها الثانية، دون بيان طرق التعبير الضمني عن الإرادة، فلا يوجد فرق بين التعبير الصريح والضمني من حيث القيمة القانونية، لكن يجب أن يكون التعبير الضمني مقترناً بسلوك يدل على الإرادة، أو يتم استخلاصها من ظروف الحال عندما يتخذ الشخص موقفاً يدل على إرادته دون أن يستعمل طريقاً من طرق التعبير الصريح عن الإرادة، كقيام التاجر بعرض سلعة يعتبر تعبيراً ضمناً لكنه مقترن بسلوك واضح الدلالة.

بالتالي فالإرادة التي لم يصدر عنها تعبير لا ترتب أثر قانوني، لكن للإرادة صورتان إرادة داخلية وهي الإرادة الباطنية للشخص أو ما يفكر به داخلياً، وإرادة خارجية وهي الإرادة المصريح عنها التي يكشف عنها الشخص عن طريق الكلام أو باتخاذ موقف معين، من هنا قد تتعارض الإرادة الباطنية الداخلية مع الإرادة الخارجية الظاهرة، كأن تكون العبارة المصريح بها غير مطابقة للإرادة الداخلية نتيجة لغموض في التعبير أو نتيجة وقوع خطأ في الكتابة، مثاله عرض تاجر لسلعة قدر بيعها بسعر 100.000 دج لكنه يصرح بـ 1000 دج، يجب البحث هنا عن الإرادة التي يعتد بها.³

تتازع في مسألة البحث عن الأثر القانوني للتعبير عن الإرادة اتجاهين:

أ. يعتد الاتجاه الأول بالإرادة الباطنة، وأساس هذه النظرة مبدأ سلطان الإرادة فيتم تغليب الإرادة الحقيقية الداخلية فيعتد بالنية الخفية لا بما تأخذ الإرادة من مظهر خارجي⁴،

¹ تنص المادة 80 من ق.م: " إذا كان الشخص أصم، أبكم أو أعمى أو أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته."

² حسن ققادة، المرجع السابق، ص 35.

³ F.Terré, op.cit, p.108

⁴ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 302.

فيقوم القاضي بالبحث عن الإرادة الداخلية للمتعاقدين على اعتبار ان الإرادة الحقيقية هي جوهر التصرف القانوني فلا يجوز إلزام الشخص إلا بما أراده حقيقة. يعاب على هذه النظرية التي كرسها القانون المدني الفرنسي أن الإرادة مسألة نفسية تتكون من عناصر داخلية يصعب الكشف عنها، الأمر الذي يؤدي للمساس باستقرار المعاملات عندما يدعى شخص أن إرادته الباطنية سليمة لكنه سيء النية في الحقيقة، فيدعي أن إرادته الحقيقية لم تقصد عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية مثلا.

ب. اتجاه حديث يعتد بالإرادة الظاهرة وهي نظرية ألمانية أخذت بما يظهر عن الشخص من سلوك خارجي، وغلبت الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية يطمئن لها الأفراد، في حين لا تعتبر الإرادة الباطنية إلا ظاهرة نفسية داخلية لا يعلمها إلا صاحبها، وتقوم هذه النظرية على أساس أن العقد يستمد قوته الملزمة من سلطان القانون وما يقتضيه من استقرار وثقة في المعاملات، حيث يطمئن المتعاقد إلى ما ظهر أمامه من إرادة، أي من المنطقي الاخذ بالإرادة الظاهرة¹.

ج- الموقف التشريعي من الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة.

لا يوجد في القانون الفرنسي ما يؤكد تغليب إحدى النظريتين على الأخرى ومع ذلك تسود الإرادة الظاهرة في حالة وجود تناقض بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، فيتم إبطال العقد دون الإخلال بحق المتعاقد بالمطالبة بالتعويض نظرا لاعتقاده وبحسن نية أن الإرادة الظاهرة هي الإرادة الحقيقية للمتعاقد الآخر².

أما موقف المشرع الجزائري فيتضح لنا من خلال لنا من خلال المادة 111 من ق.م³ أن المشرع قد فضل الإرادة الظاهرة باعتماده على عبارات العقد التي لا يجوز الانحراف عنها، وفي حالة غموض العبارات لابد على القاضي أن يبحث عن النية

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 98.

² F.Terré, op.cit, p109

³ تنص المادة 111 من ق.م: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات"

المشتركة للمتعاقدين باعتبارها الأصل، و يقوم القاضي بالاستهداء بمظاهر خارجية كطبيعة المعاملة والعرف الجاري في المعاملات.

كما يظهر لنا من خلال المادة 62 من ق.م أن المشرع يعتد بإرادة الشخص حتى بعد وفاته، أي إرادته الظاهرة كذلك المادة 98 من ق.م التي تنص في فقرتها الثانية: "يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك"، مما يعني أن أساس سبب العقد هو الإرادة الظاهرة، كما أن عيب الغلط لا يفسد الرضى كلياً، وإنما يجعل العقد قابلاً للإبطال.

د- مدى اعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة.

يعتبر السكوت وضع سلبي لا يصلح للتعبير عن الإيجاب الذي يتضمن عرضاً إيجابياً ولا القبول لأنه ليس للسكوت مفهوماً واضحاً، وبين قاعدة لا ينسب للسكوت قولاً والسكوت علامة الرضى أو السكوت في معرض الحاجة إلى بيان¹ اعتبر المشرع السكوت تعبيراً عن الإرادة لكن عندما يقترن بظروف وملابسات تدل على الرضى، وهو ما يسمى "بالسكوت الملابس" أو السكوت الموصوف الذي نص عليه المشرع في المادة 68 من ق.م² التي حددت حالات صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة:

أ. إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري وغير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحات بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم ويعتبر السكوت حينها قبولاً، لكن لم يوضح المشرع العرف التجاري وطبيعة المعاملة، كما لم يبين الوقت المناسب للرفض، ومن أمثلة هذه الملابسات: إرسال تاجر فاتورة سلع تحتوي على بند لم يسبق الاتفاق عليه، يعتبر حينها عدم إبداء المتعاقد مع التاجر لرفضه قبولاً، لأن طبيعة المعاملة تدل على ذلك، أما العرف التجاري فمثاله: إرسال البنك إلى عميله بياناً عن حسابه ذاكراً في البيان

¹ أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة نشأة المعارف، مصر، 2004، ص 37.

² تنص المادة 68 من ق.م: "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرض ...

أن عدم الاعتراض عليه يعد قبولاً له فسكوت العميل عن الرد يعتبر قبولاً لهذا البيان في هذه الحالة.

ب. وجود تعامل سابق بين المتعاقدين مثل: عقود التوريد، عندما يعتاد التاجر على ارسال البضاعة لعميله في مواعيد منتظمة يعتبر سكوت هذا الأخير قبولاً، ويلتزم بتنفيذ العقد¹.

أما إذا قام المورد بإخطار المتعامل معه بتغيير السعر فسكوت العميل يعتبر قبولاً نظراً لتعلق الإيجاب بتعاملات سابقة جرت على هذا الأساس، خاصة أن تغيير السعر كان ناتجاً عن تقلبات أسعار السوق، وأن الرابطة العقدية بينهما قائمة على تعامل سابق، أما إذا أراد التاجر الرفض فيعبر عن رفض، لكن سكوته يعتبر في هذه الحالة قبولاً.

ج. إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ويعتد هنا بالمنفعة المادية أو المعنوية سكوت المتعاقد في هذه الحالة عن الرد يعتبر قبولاً لأنه يحقق مصلحة لمن وجه إليه، فلا يوجد مبرراً للرفض، كأن يعرض التاجر على عميله تخفيض الثمن، أو عرض شخص على آخر أن يهبه مالا معيناً فسكوت الموهوب له هنا يعتبر قبولاً².

لم يبين المشرع كيفية تقدير الإيجاب النافع لمصلحة المعروض عليه³، لكن لا يعتبر السكوت قبولاً في حالة عدم علم الطرف الآخر بوجود إيجاب، وبما أن الطرف الآخر لم يصله إيجاب فسكوته لا يعتبر قبولاً، ومع ذلك هناك بعض الحالات التي لا يكفي فيها سكوت المتعاقد انما يشترط المشرع التعبير الصريح عن الإرادة، مثلما ورد في المادة 252 من ق.م عندما يتعلق الأمر بحوالة الدين حيث تنص المادة: "لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها."

وعليه فإن الحالات التي أوردها المشرع للسكوت للملابس قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، فكل سكوت تحيطه ظروف وملابسات تدل على الرضى اعتبر قبولاً.

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 43.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 62.

³ مع أن الهبة لا تتم إلا بالقبض باعتبارها عقدا عينياً، المادة 206 من قانون الأسرة.

الفرع الثالث: آثار التعبير عن الإرادة.

يرتب التعبير عن الإرادة آثار قانونية تتمثل في مساءلة المعبر عن إرادته، وتختلف الآثار القانونية باختلاف طبيعة التعبير، فقد يكون التعبير إيجاباً أو قبولاً، أو مجرد دعوة للتفاوض وقد تصدر من شخص قد توفي، أو فقد أهليته.¹

أ- وقت إنتاج التعبير عن الإرادة لأثره القانوني.

ينتج التعبير عن الإرادة أثره عندما يتصل بعلم من وجه إليه، وذلك عند تضمينه أمراً معيناً أو تعليمات قانونية موجه لشخص معين²، أما عند عدم إنتاج التعبير عن الإرادة لأثره فللمعبر عن إرادته الحق في العدول، وللتعبير عن الإرادة وجود فعلي ووجود قانوني.

يتحقق الوجود الفعلي بمجرد صدور لفظ أو كتابة أو إشارة، أو عند اتخاذ موقف يدل على الإرادة، أما الوجود القانوني فيتحقق عند اتصال هذه الطرق في التعبير عن الإرادة بعلم من وجهت إليه فيتطابق حينها الوجود القانوني مع الوجود الفعلي، أما عند عدم تزامنها مثل حالة التعبير عن الإرادة عن طريق رسالة فإن وصول الرسالة إلى من وجهت إليه هو وقت تحقق الوجود القانوني للتعبير عن الإرادة³، ويتضح من المادة 61 من ق.م أن الإرادة لا تنتج أثرها القانوني إلا عند اتصالها بعلم من وجهت إليه، ويعتبر وصول التعبير عن الإرادة قرينة على العلم به، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك فقرينة وصول الرسالة يمكن اثبات عكسها بإثبات أن العلم قد تم في وقت غير وقت وصول الرسالة⁴.

ب- أثر الموت وفقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة.

ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني إذا اتصل بعلم من وجه إليه، فيتضح من المادة 62 من ق.م أن المشرع لم يعتبر الموت وفقدان الأهلية مؤثراً على صحة التعبير عن الإرادة في حالة اتصاله بعلم من وجه إليه، فإذا توفي الموجب بعد تعبيره عن إرادته ينعقد العقد عند

¹ خليل أحمد قدامة، المرجع السابق، ص36.

² كالإخطار بإنهاء عقد عمل غير محدد المدة.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص86.

⁴ لأن الرسالة تكون قد وصلت لكنه لم يعلم بها لغيابه.

وصول الإيجاب لعلم من وجه إليه أما إذا توفي الموجب قبل وصول الإيجاب لعلم من وجه إليه فلا ينعقد العقد، أما إذا كان الذي مات أو فقد أهليته هو القابل فإن التعبير عن الإرادة ينتج أثره عند وصوله لعلم الموجب، و إذا توفي القابل قبل وصول تعبيره عن الإرادة لعلم الموجب فلا ينعقد العقد، كما ينعقد إذا وصل العلم لورثة الموجب، أما إذا كان العقد قائم على اعتبار شخصي كفن أو عمل معين لا يقوم به الا الشخص بعينه فلا ينعقد العقد رغم وصول التعبير عن الإرادة لعلم من وجه إليه أو ورثته¹.

الفرع الرابع: تطابق الإرادتين.

توافق الإرادتين هو اقتران الإيجاب بقبول مطابق له، وقد نصت المادة 59 من ق.م على انه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

1- الإيجاب.

هو تعبر الشخص عن رضاه بالتعاقد على أمر معين يعرضه على غيره، وهو الإرادة الأولى في التعاقد، يجب ان تتوفر جملة من الشروط لاعتبار الإيجاب تعبيراً قانونياً عن الإرادة:

1. أن يكون الإيجاب جازماً: أي صادراً عن نية باثة في التعاقد، فإذا لم يعقد الموجب العزم والتصميم على التعاقد النهائي فإننا لا نكون أمام إيجاب بل مجرد دعوة للتفاوض، قد يوجه الإيجاب لشخص معين أو للجمهور كعرض سلعة على الجمهور فذلك لا يؤثر على صحة الإيجاب طالما ينعقد العقد بمجرد صدور القبول من أي شخص من الجمهور، و لا يمكن أن يصدر إيجاباً مقترناً بشرط الموافقة على التعاقد، فهذا الشرط يمكن الموجب من الامتناع عن التعاقد فلا يكون في هذه الحالة هذا العرض إيجاباً بل مجرد دعوة للتفاوض².

¹ حسن قداة، المرجع السابق، ص37.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص90.

2- التمييز بين الإيجاب والدعوة للتعاقد:

إن للتمييز بين الإيجاب والدعوة للتعاقد أهمية كبيرة باعتبار أن الإيجاب هو الخطوة المباشرة إلى العقد، أما الدعوة للتعاقد فليست إلا وسيلة لحث من وجهت إليه الدعوة على أن يتقدم لإبرام العقد¹، فإن إرسال شركة التأمين الوسيط للمؤمن له من أجل توضيح مزايا التأمين لهذا الأخير وأهميته، وإرسال صور للوثائق والاستمارات الخاصة بالعقد من أجل دراستها وتحصنها لا يعتبر إيجاباً بل مجرد دعوة للتعاقد².

الإيجاب صالح لتكوين العقد إذا تطابق معه القبول أما الدعوة للتعاقد فهي مجرد اقتراح لا يتضمن النية القاطعة للالتزام بالعرض، تعتبر الدعوة للتعاقد مجرد عرض من أجل الدخول في مفاوضات حول العقد، والتي قد تطول كما قد تقصر، وقد تنتهي إلى عرض باث أي إيجاب، وقد تنقطع دون أن تنتهي إلى شيء فيتوقف الأمر على النية والظروف المحيطة بالتعبير عن الإرادة.

ان الكشف عما إذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً أو مجرد دعوة إلى التعاقد أي مفاوضات يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها والتي يمكن أن يستخلصها من سلوك الأطراف³.

يعتبر كل من الإيجاب والدعوة للتفاوض تعبير عن الإرادة لكن الفرق بينهما يكمن في الهدف والوظيفة، فوظيفة الدعوة للتعاقد هي مجرد الإعلان عن الرغبة في التعاقد بقصد استدراج من توجه إليه الدعوة لإبرام العقد، والتعرف على الشخص الذي يمكن أن يتعاقد معهن أما الإيجاب فتحدد فيه كل مقومات العقد و يقبل أن يتحول إلى عقد بمجرد قبول من وجه إليه، ولا يعتبر إيجاباً إلا إذا تضمن الإرادة القاطعة وكل عناصر التعاقد، فعرض السلعة في

¹ محمد صبري السعدي المرجع السابق، ص104.

² منذر الفضل، المرجع السابق، ص9.

³ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص101.

واجهات المحلات التجارية يعتبر مجرد دعوة للتفاوض على البيع لكن عرضها مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً لهذا البيع¹.

2. يجب أن يكون الإيجاب محددًا ودقيقًا، أي كاملاً متضمناً لجميع العناصر الجوهرية للعقد، فبالنسبة لعقد البيع يجب أن يتضمن فيه الإيجاب تحديداً للمبيع والثمن، ولا حاجة إلى بيان مكان تسليم المبيع، أو الوفاء بالثمن لأن تحديد المبيع والثمن يكفيان لانعقاد العقد بمجرد صدور القبول، ولا يلزم أن يحتوي على المسائل التفصيلية للعقد إذ يمكن الرجوع بشأنها للقواعد المكملة².

3- القوة الملزمة للإيجاب: أساس القوة الملزمة للإيجاب هو الإرادة المنفردة للموجب،

ويتم بعدة طرق.

أ. الإيجاب المقترن بأجل.

يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه مدة معينة مادام هو من ألزم نفسه بإرادته عند تحديده أجل معين للطرف الآخر للإعلان عن قبوله، فلا يحق للموجب التراجع إلا بعد انتهاء الأجل، ولا يعتد برجوعه في الإيجاب خلال هذه المدة، فينعقد العقد إذا اقترن به القبول في حدود مدة قيام الإيجاب، و يتضح من المادة 63 من ق.م³ أن للإيجاب قوة ملزمة عند اقترانه بالمهلة المتفق عليها، و في حالة عدم تحديدها فإن الإيجاب يسقط بانقضاء مجلس العقد، فلا يجوز العدول عن الإيجاب إلا بعد سقوط الأجل، أو بعد إعلان الموجب له عن رفضه وقد يكون أجل القبول متفق عليه صراحة أو ضمناً، و يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة.

¹ أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة نشأة المعارف، مصر، 2004، ص32.

² أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص51.

³ تنص المادة 63 من ق.م: " إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل ويستخلص الأجل من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة".

ب. الإيجاب الصادر في مجلس العقد.

إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فللموجب العدول عن إيجابه ما لم يصدر القبول فوراً، وينعقد العقد فوراً في حالة عدم عدول الموجب أو صدور ما يدل أنه قد عدل عن إيجابه وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد، المادة 64 من ق.م، ويأخذ حكم التعاقد بين حاضرين التعاقد عبر الهاتف أو بطريق يماثله، فتسقط القوة الملزمة للعقد إذا لم يحصل القبول فوراً، وللموجب حينها الحق في العدول، أما إذا سقط الإيجاب وصدر بعده القبول فلا ينعقد العقد.

ج- التعاقد بين الغائبين.

تحدد قوة الإيجاب الملزمة بالمدة اللازمة لاتصال الإيجاب بعلم من وجه إليه، فيقوم القاضي بتقديرها حسب ظروف المعاملة تطبيقاً للمادتين 67 و68 من ق.م.¹

4- سقوط الإيجاب: يسقط الإيجاب عند الرجوع فيه قبل وصوله إلى علم من وجه إليه،

أي قبل أن ينتج أثره وذلك في الحالات التالية:

- عندما يعدل الموجب عن إيجابه في حالة التعاقد بين حاضرين، وذلك لعدم اقتران الإيجاب بأجل صريح أو ضمني، وهذا ما يتضح من المادة 64 ف1 من ق.م.²
- يسقط الإيجاب بانفضاض مجلس العقد دون الوصول لمرحلة إبرام العقد، عند عدم صدور القبول فيمكن للموجب عندها التحلل من إيجابه.
- يسقط الإيجاب بانتهاء المدة المحددة للقبول، إذ لا يستطيع الموجب التحلل من إيجابه أو التراجع فيه قبل انتهاء المدة المحددة.
- يسقط الإيجاب بتقديم عرض يزيد أو ينقص عنه، فيكون بحاجة لإيجاب جديد مثل البيع بالمزاد العلني فكل عطاء يزيد عن الآخر يسقط الإيجاب.

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

² تنص المادة 64 من ق.م: " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً".

- يسقط الإيجاب عند رفض من وجه له الإيجاب¹.

5-القبول:

هو تعبير الطرف الثاني في العقد عن إرادته، وهو الإرادة الثانية في العقد والذي لا يتحقق إلا بتوافره على شروط معينة:

أ. أن يكون القبول جازما باثا من أجل إحداث أثر قانوني.

ب. أن يصل القبول والإيجاب لا يزال قائما لم يسقط، أما بعد سقوطه لا ينعقد العقد إلا إذا صدر إيجاب جديد.

ج. أن يكون القبول مطابقا للإيجاب ومتقفا معه في المسائل الجوهرية، حتى في حالة احتفاظ الطرفين ببعض المسائل التفصيلية من أجل الاتفاق عليها لاحقا بعد إبرام العقد، أما إذا وقع خلاف حول المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن القاضي هو من يفصل فيها وفقا لطبيعة المعاملة وأحكام العرف والعدالة المادة 65 من ق.م²، لكن يشترط عدم وجود اتفاق على أن عدم الاتفاق بشأن المسائل التفصيلية يمنع انعقاد العقد.

الفرع الخامس: زمان ومكان تطابق الإرادتين.

يجب أن نميز بين التعاقد بين الغائبين والتعاقد بين الحاضرين في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، وهذا ما يتضح من المادة 67 من ق.م.

¹ أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص53 و63.

² تنص المادة 65 من ق.م: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ألا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة والأحكام القانون والعرف والعدالة".

1- التعاقد بين حاضرين:

في حالة التعاقد بين حاضرين يتم العقد في الوقت الذي يقترن فيه بالإيجاب بالقبول، أما المكان فهو مكان وجودهما، أما عند تباعد مكان وجودهما كحالة التعاقد عن طريق الهاتف فالمكان الذي ينعقد فيه العقد هو المكان الذي يكون فيه الموجب قد علم بالقبول.

2- أما التعاقد بين غائبين فإن العقد ينعقد وقت العلم بالقبول، وهو نفس زمان ومكان الانعقاد أي المكان الذي يعلم فيه الموجب القبول، وهي قرينة قانونية بسيطة يمكن اثبات عكسها، بأن يثبت الموجب انه رغم وصول القبول إليه إلا أنه لم يعلم به نظرا لغياب أو سفر. تعتبر مسألة تحديد مكان الانعقاد وزمانه مهمة جدا من أجل معرفة المحكمة المختصة إقليميا، وزمن انتاج العقد لآثاره القانونية¹، كما أثارت مسألة التعاقد بين غائبين جدلا فقهيًا واسعًا لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد، فظهرت نظرية تسليم القبول، اعلان القبول، وتصدير القبول².

لكن موقف المشرع يبدو واضحًا في المادة 67 من ق.م التي تنص على انه: " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان الذين وصل إليه فيهما القبول"، كما يجيز المشرع للطرفان الاتفاق على ما يخالف تلك الأحكام السابقة، فبإمكانهما الاتفاق على سريان مدة العقد في وقت آخر غير الذي أشار إليه المشرع، وفي مكان آخر مناسب يحقق مصلحة للطرفين.

2- التراضي في العقود الإلكترونية:

تشير العقود الإلكترونية إشكالات قانونية فيما يتعلق بتبادل إرادة المتعاقدين منذ مرحلة المفاوضات وتحديد زمان ومكان إبرام العقد، وقد نص المشرع في المادة 64 من ق.م³ على

¹ جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 102.

² علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 35.

³ تنص المادة 64 من ق.م: "كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف وبأي طريق مماثل".

التعاقد عن طريق الهاتف أو بأية طريقة مماثلة، بما يفيد وسائل الاتصال الأخرى كالأنترنت والهاتف المحمول وغيرها من الأجهزة الرقمية الحديثة.

يعتبر التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وتعاقد بين غائبين من حيث المكان، إلا إذا وجدت فترة زمنية طويلة تفصل بين الإيجاب والقبول.

يعاني التعاقد الإلكتروني من عيوب أهمها انعدام الثقة وقلق المتعاقدين بالنسبة للبيانات والمعلومات التي يتم إرسالها، خاصة ان الالتزام القانوني بتقديم معلومة صحيحة هو أساس التراضي من أجل إبرام العقد، ويعتبر عدم تحديد أسعار البضائع والخدمات في الموقع التجاري على شبكة الانترنت أو عن طريق رسالة عبر البريد الإلكتروني مجرد دعوة للتفاوض.

كذلك عند احتفاظ صاحب الموقع لنفسه بتعديل شروط العقد يبقى مجرد دعوة للتعاقد، لأنه لم يحدد العناصر الجوهرية للعقد فيجب أن يحتوي الإيجاب الإلكتروني على نفس الشروط العامة لصحة الإيجاب، من ناحية أخرى فإن القبول في العقود الإلكترونية يتحقق بمجرد الضغط على الزر الموجود على الجهاز "bouton entrée"، فيكون الرضى سريعا بكيفية تبعث الشك أنه لم يقبل التعاقد بصفة جدية، وهذا من الإشكالات التي يفرزها التعاقد الإلكتروني¹.

أما زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني هو مكان وزمان علم الموجب بالقبول، ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك طبقا للمادة 67 من ق.م. والجدير بالذكر أن المشرع قد اشترط لقبول الاثبات الإلكتروني ضرورة التأكد من هوية الشخص، وأن تكون الوسائط الإلكترونية معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، المادة 323 مكرر².

يمكن للقاضي ان يرفض التوقيع الإلكتروني عند مخالفته للشروط الشكلية والموضوعية المحددة في المادة 323 مكرر¹.

¹ بلحاج العربي، "الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص30.

² المادة 323 مكرر 1 المضافة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في ماي 06-05 المعدل والمتمم للقانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

المطلب الثاني: صور خاصة للتراضي.

الفرع الأول: النيابة في التعاقد.

الأصل في التراضي أن يتم بين أصيلين يتعاقدان بأنفسهما ولحسابهما الخاص، وقد يبرم العقد بواسطة نائب يتعاقد باسم ولحساب الأصيل، أو بين نائبين يتعاقد كل منهما باسم ولحساب طرف يمثله وهذا ما يسمى "التعاقد بطريق النيابة"¹، والذي نظمته المشرع في المواد من 73 إلى 77 من ق.م.

يمكننا ان نعرف النيابة من خلال الأحكام القانونية المنظمة لها بانها "حلول إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص آخر وهو الأصيل في إنشاء تصرف قانوني تتصرف آثاره إلى ذمة الأصيل لا ذمة النائب"، حيث يعبر النائب عن إرادته باسم غيره ولحسابه، فيكون النائب طرفا في التصرف، لكنه لا يكون طرفا في العلاقة القانونية التي تنشئ عن هذا التصرف الذي تتصرف آثاره للأصيل كما لو كان هو من قد أبرم التصرف بنفسه². تعتبر النيابة نظاما قانونيا حديثا لم يعرفه القانون الروماني الذي كان قائما على الشكلية، فلم تستوعب القوانين القديمة فكرة النيابة، لكن نظرا لتطور المعاملات ومن أجل تيسير إبرام بعض العقود التي لا يستطيع بعض الأشخاص لظروف خاصة أن يبرموا بأنفسهم التصرفات القانونية تم الاعتراف بهذا النظام من طرف معظم التشريعات القانونية.³

1-أنواع النيابة: تنقسم النيابة بالنظر لمصدرها الذي يقرر وجودها ويحدد نطاقها إلى:

أ. **نيابة اتفافية:** تلك التي تتم بين الأصيل ونائبه الوكيل، ولا تعتبر الوكالة نوع من النيابة بل هي نفسها النيابة الاتفافية.

¹ جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص190.

² أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص37.

³ محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية دراسة في التشريعات والفقہ الإسلامي من منظور موازن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص22.

ب. نيابة قضائية: هي تلك التي يمنح فيها المشرع السلطة للقاضي بأن يقررها، كما هو الحال بالنسبة للوصاية على القاصر، المواد 92 الى 98 من ق.أ، حيث تنص المادة 92 من ق.أ على أنه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".

يعتبر كذلك المقدم نائبا وهو الشخص الذي يعينا القاضي لرعاية الأشخاص المحجور عليهم او المفقودين او الغائبين للقيام بشؤونهم¹، وذلك بناء على طلب أقاربهم المادة 111 من ق.أ.

كما يعتبر الحارس القضائي الذي أشارت إليه المادة من ق.م 603 من ق.م نائبا وهو الذي يتولى الحراسة القضائية على الأموال المشتركة في حالة شغور الإدارة، أو قيام نزاع بين الشركاء، إذا تبين أن الحراسة هي الوسيلة الضرورية لحفظ حقوق ذوي الشأن، وهذا ما يتضح من المادة 604 من ق.م.

ج. النيابة القانونية: هي التي يقررها القانون كنيابة الولي على أولاده القصر المادة 87 من ق.أ²، ونيابة الدائن عن المدين ضمن ما يسمى بالدعوى غير المباشرة المادة 190 من ق.م، والوكالة في المواد 571 إلى 589 من ق.م، فلا تكون هناك نيابة دون نص أو اتفاق.

¹ تنص المادة 104 من ق.أ: "إذا لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدا لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه".

² تنص المادة 87 من ق.أ: "يكون الأب ولدا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونيا"

2- شروط النيابة.

أ. حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل.

تحل إرادة شخص مقام آخر في اجراء التصرف يعني أن يعبر النائب عن إرادته أثناء إبرام العقد أو التصرف القانوني¹ الذي أنابه به الأصيل وبذلك يتم التصرف بإرادة النائب نفسه لا بإرادة الأصيل، وطالما أن النائب يتصرف بإرادته بصفته نائباً فإن آثار التصرف لا تلحق النائب ولا تمر بذمته وإنما تتصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل، فعندما يتفاوض النائب على البيع والشراء يعبر عن إرادته هو، وهذا ما يميز النائب عن الرسول الذي لا دخل لإرادته في إبرام العقد إنما هو مجرد شخص ينقل إرادة أحد طرفي العقد إلى الطرف الآخر عندما يكون مثلاً تعاقد بين غائبين، في حين يعتبر التعاقد بين الأصيل ونائب الأصيل تعاقد بين حاضرين في مجلس العقد².

كما يختلف النائب عن الوسيط الذي ينقل إرادة الطرفين بغرض تقريب وجهات النظر من أجل التعاقد، أي السمسار الذي لا يسأل عن تنفيذ العقد إلا إذا كلفه أحد عملائه بإبرام العقد الذي توسط فيه فإنه يعتبر حينها وكيلًا وسمسارًا في آن واحد³.

-آثار حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

بما أن إرادة النائب محل اعتبار فيجب أن تكون خالية من العيوب، فإذا شاب إرادة النائب عيب في التصرف الذي أنابه فيه الأصيل كان العقد قابلاً للإبطال حتى ولو كانت إرادة الأصيل سليمة خالية من العيوب⁴ هذا ما يتضح من المادة 73 من ق.م. كذلك الأمر بالنسبة لحسن النية حيث يتم البحث عن نية النائب عند التعاقد لا نية الأصيل، فإذا قام النائب سيء النية بالتواطؤ مع مدين معسر يمكن لدائني هذا الأخير إبطال التصرف الصادر عن النائب عن طريق الدعوى البولصية أي دعوى عدم نفاذ التصرف

¹ عندما يقوم الأصيل بِنابة الوكيل يمكن أن يوكله في إبرام عقد أو أي تصرف قانوني آخر.

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 139.

³ باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، المكتبة القانونية، مصر، 2006، ص 78.

⁴ كأن يطلب منه شراء سيارة معينة فيقع في غلط ويقوم بشراء نوع آخر.

القانوني المادة 191 من ق.م، وذلك بعد التثبت من سوء نية النائب لا الأصيل ولا يمكن هنا للأصيل أن يتدخل لتصحيح التصرف إذ لا يعتد بهذا التصرف قانونا.

تجدر الإشارة هنا لنص المادة 73 من ق.م في فقرتها الثانية حيث منع المشرع الموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض علمه بها عندما يتصرف النائب وفقا لتعليمات صادرة إليه من الأصيل فلا يعتد بحسن نية النائب وإنما الأصيل، مثاله: إذا قام النائب بشراء شيء كان الموكل يعلم ما به من عيب، فلا يجوز له الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية حتى ولو جهل الوكيل وثبت قيامه بالعمل وفقا لتعليمات الأصيل.

ما يمكن ملاحظته من خلال المادة 73 من ق.م¹ أنها غامضة فكأصل عام تكون إرادة النائب محل اعتبار إلا في حالة تصرف النائب وفقا لتعليمات موكله، وهذا يجعل تصرف الأصيل صحيحا حتى ولو أكره على التعاقد أو شاب رضائه عيبا آخر.

كما تعتبر المادة 73 من ق.م ناقصة فيما يخص مسألة أهلية التصرف بالنسبة للنيابة الاتفاقية فالنيابة القضائية والقانونية لا تتطلب أهلية الأصيل².

يجب أن يكون الأصيل متمتعا بأهلية التصرف بينما يمكن أن يكون النائب ناقص اهلية بما أن آثار التصرف تتصرف مباشرة للأصيل، فلا يعتد حينها إلا بأهلية الأصيل ولا يشترط حينها في النائب إلا أهلية التمييز، أما الرسول فيمكن أن يكون غير مميز (فاقد للأهلية) مادام قادرا ماديا على نقل إرادة الأصيل، ولا يعتد في عيوب الرضى وفي الأهلية إلا بإرادة الأصيل لا الرسول³.

ب. التزام النائب حدود النيابة.

على النائب الالتزام بحدود ومعالن النيابة التي منحت له من الأصيل وعدم تجاوزها وإلا كان هو من يسأل في مواجهة الطرف الآخر، لأنه يكون قد فقد صفته كنائب إلا عندما يكون

¹ تنص المادة 73 من ق.م: " إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضاء "

² لأن انعدام أهليته أو نقصها هو سبب وجود نائب له هو الذي يجب أن يكون متمتعا أهلية كاملة.

³ عيد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 212.

الغير الذي تعاقد معه النائب حسن النية لا يعلم حدود النيابة ففي هذه الحالة يلتزم الأصيل لا نائبه في مواجهة الغير، حيث يضع حدود هذه النيابة اتفاق النائب والأصيل¹.

عندما يتجاوز النائب حدود نيابته لا يكون أمام المتعاقد الآخر إلا الرجوع على النائب للمطالبة بالتعويض عند إصابته بالضرر، وذلك بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية، ولا ينفذ تصرف النائب في ذمة الأصيل عندما يتجاوز حدود وكالته، ومع ذلك يرد على هذه القاعدة حالات استثنائية ينفذ فيها تصرف النائب في ذمة الأصيل رغم تجاوز حدود النيابة أو حتى عند انتهائها:

1) إذا كان الغير بسبب خطأ الأصيل أو إهماله قد اعتقد بحسن نية أن النائب كان يتصرف في حدود سلطاته ولم يتجاوزها، ترجع هذه الحالة لفكرة "النيابة الظاهرة"².

كما قد يعتقد الغير أن النيابة لازالت قائمة لم تنته بعد، ومن أمثلة ذلك أن يكون العمل الذي قام به النائب مجاوزا حدود سلطاته من الأعمال التي تدخل عادة في سلطات الوكيل، ولم يكن الأصيل قد حدد بصفة كافية وواضحة قيود لهذا العمل، أو كأن يترك الأصيل سند النيابة في يد النائب بعد انتهاء النيابة المادة 76 من ق.م، لا تتحقق هذه الحالة إلا في النيابة الاتفاقية³.

2) عندما يكون في تجاوز النائب لحدود نيابته نفعاً للأصيل وتوفرت ظروف يغلب معها الظن أنه ما كان للأصيل إلا ان يوافق على ذلك التصرف، على النائب في هذه الحالة ابلاغ الأصيل بهذا الخروج عن حدود نيابته المادة 75 من ق.م.

3) حالة إقرار الأصيل لتصرف النائب، فالإقرار اللاحق كالأذن السابق ويسري أثر العقد إلى ذمة الأصيل من يوم إبرام العقد لا من يوم اصدار الإقرار.

¹ اما النيابة القانونية والقضائية فيضع حدودها النص القانوني..

² اعتمادا على نظرية الظاهر التي تعتبر وليدة الاجتهاد القضائي الفرنسي و بعد نجاحها اعترفت بها معظم التشريعات، اما مفهومها فيتمثل في الاعتراف بصحة اعتقاد الشخص بحسن نية صحة وضع ظاهر و أنه وضع يحميه القانون.

³ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 141.

ج. اجراء التصرف باسم ولحساب الأصيل.

لابد أن يعلن النائب أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإذا لم يفعل ذلك فإن آثار التصرف لا تضاف للأصيل، وهذا ما يتضح من المادة 75 من ق.م.1، في بعض الأحوال قد لا يرغب الأصيل في الظهور فيتعاقد حينها النائب باسمه لحساب الأصيل دون الإفصاح عن اسم هذا الأخير، وهذا ما يسمى بالتسخير أو الاسم المستعار "Le prête nom"² فتكون هنا نيابة ناقصة، أما النيابة التامة فتكون عندما يقوم النائب بالتصرف باسم ولحساب الأصيل، فينتقل أثر العقد مباشرة لذمة الأصيل دون المرور بذمة النائب، مثل ما هو عليه الحال في التسخير عن طريق الاسم المستعار.

مع ذلك لم يعتبر المشرع افصاح النائب عن صفته كنائب ضروريا في حالتين:

- أ. عندما يكون المتعاقد مع النائب عالما منذ البداية بوجود النيابة فلا داعي لتصريح النائب بها، مثاله عندما يكون الغير عالما أن الوصي يتعامل بأموال القاصر الموصى عليه.
- ب. عندما يستوي عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب، مثل بعض العقود الفورية التي لا تتطلب طبيعتها الإعلان عن النيابة ك شراء من محل تجاري يستوي حينها لدى المشتري أن يتعامل مع الأصيل أو نائبه، المادة 75 من ق.م.3.

3-آثار النيابة.

- بالنسبة للأصيل: تنتقل له آثار التصرف القانوني الذي أبرمه النائب مباشرة دون أن يمر بذمة النائب، ودون أن ينقل النائب الملكية أو يحولها للأصيل بعد ابرام التصرف.
- بالنسبة للنائب: لا يكتسب النائب حقا من ذلك التصرف القانوني، كما لا يلزمه بأي التزام اتجاه الغير ولا يسأل عند تنفيذ العقد.

¹ تنص المادة 75 من ق.م. على أنه: "إذا لم يعلن المتعاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائنا أو مدينا إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب"

² إسماعيل عبد النبي شاهين، مدى مسؤولية الوكيل في عقد الوكالة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2012، ص 185.

³ تنص المادة 75 ق.م: "إذا لم يعلن المتعاقد وقت ابرام العقد انه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف الى الأصيل".

- بالنسبة للغير: بعد إبرام النائب للتصرف القانوني تنشئ مباشرة العلاقة بين الأصيل والغير، فيسأل الأصيل تجاه الغير عن الحقوق المترتبة عن العقد وعن تنفيذه، وللغير الرجوع على النائب عند ارتكابه خطأ أثناء التعاقد، وذلك على أساس مسؤولية عن فعل غير مشروع، ولا يطالب النائب بالتنفيذ إلا إذا كان قد كفل الأصيل.

4-انتهاء النيابة.

تنتهي النيابة بقيام كل طرف بما عليه من التزامات تجاه الآخر، فيدفع الموكل المقابل للوكيل إذا كانت وكالة بأجر، إضافة لدفع التعويضات والتكاليف، وكل ما أنفقه الوكيل لتنفيذ الوكالة.

أما الوكيل فإنه مطالب ببذل عناية الرجل العادي في تنفيذ الوكالة، اذ يقع عليه التزام تقديم الحساب للموكل واخطاره بكل المعلومات الضرورية¹، وتنتهي الوكالة بسحبها من الموكل بإرادة منفردة 587 من ق.م²، أما إذا قام الوكيل بإبرام التصرف دون علمه بانتهاء الوكالة، ودون علم من تعاقد معه فينصرف أثر العقد للأصيل لحماية للوضع الظاهر وحسن نية الغير المادة 76 من ق.م.

تعاقد النائب مع نفسه: منعه المشرع في المادة 77 من ق.م إلا بعلم الأصيل وبترخيص منه وإلا كان التعاقد باطلا، أي لا يتعاقد النائب مع نفسه إلا بترخيص مسبق أو إجازة لاحقة.

الفرع الثاني: الوعد بالتعاقد.

يتكون العقد مباشرة عند تطابق الإيجاب والقبول، وينتج حينها آثاره القانونية، إلا أنه قد لا يتكون العقد دفعة واحدة في زمان ومكان واحد إنما قد تسبقه مراحل تمهيدية قد تتخذ صورة وعد بالتعاقد يصدر من طرف واحد أو من طرفين³.

¹ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 194.

² تنص المادة 587 من ق.م: يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيد بها ولو وجد اتفاق ويخالف ذلك.

³ منذر الفضل، المرجع السابق، ص 95.

1- مفهوم الوعد بالعقد: يعتبر الوعد بالعقد عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى الواعد

بقبول إبرام عقد آخر في المستقبل مع شخص آخر وهو الموعود له إذا أظهر هذا الأخير إرادته في التعاقد خلال فترة معينة، مثال: أن يعد شخص شخصا آخر ببيع سيارته بمبلغ معين إذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء، وذلك خلال أسبوع وعند قبول الموعود له هذا الوعد ينعقد الوعد بالعقد، أما بعد إبدائه لرغبته في الشراء وذلك خلال المدة المحددة ينعقد البيع دون حاجة لرضاء جديد من الواعد.

يعتبر الوعد بالتعاقد عبارة عن اتفاق يلتزم فيه أحد الطرفين أو كلاهما بإبرام عقد في المستقبل، وذلك خلال المدة وبالكيفية المتفق عليها وعندما يقبل الموعود له الوعد يكون أمام علاقة طبيعتها القانونية وعد بالبيع، أو وعد بالشراء وليس عقدا باثنا، ويعتبر الوعد بالعقد اتفاقا ممهدا للعقد النهائي الذي قد ينعقد أو ربما لا ينعقد¹.

نظم المشرع هذا العقد في المادتين 71 و 72 من ق.م، يكون الوعد بالعقد إما عقدا ملزما لجانب واحد أو يكون ملزما لجانبين عندما يكون كل من طرفيه واعدة و موعودا له في نفس الوقت، كأن يتعهد البائع ببيع السيارة إلى المشتري إذا أبدى رغبته خلال المدة المحددة، وكذلك يعد المشتري البائع بشراء السيارة نفسها إذا أبدى هذا الأخير رغبته خلال هذه المدة، فنكون حينها أمام اتفاق يلتزم به كل من الطرفين بإبرام العقد النهائي، إلا أن الغالب في الحياة العملية هو أن يكون الوعد بالتعاقد ملزما لجانب واحد².

2- شروط الوعد بالعقد.

- يجب أن تتوفر شروط الانعقاد وشروط الصحة اللازمة في كل العقود والتمثلة في الرضى، المحل، السبب، الأهلية وخلو العقد من عيوب الرضى، أما بالنسبة للأهلية فيشترط في الوعد من جانب واحد أن يكون الواعد أهلا للتعاقد، ويكون وعده عندئذ صحيحا

¹ كما تتخذ المرحلة التمهيدية للعقد صورة العقد الابتدائي المتمثل في صدور وعد من طرفي العقد لإنشاء عقد نهائي، و قد يدفع مبلغ من المال قبل ذلك و يكون عندئذ تعاقد بالعربون.

² بلحاح العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص133.

ولو فقد الأهلية عند إبرام العقد الموعود به بشرط ألا تزيد التزاماته عمل كانت عليه عند الوعد.

أما الطرف الموعود له في الوعد من جانب واحد فلا تشترط فيه الأهلية إلا عند إبدائه لرغبته في إبرام العقد الموعود به، فيكفي أن يكون مميزاً عند صدور الوعد له، ولكن يشترط أن يخلو رضائه من العيوب عند صدور الوعد له وعند إظهار رغبته في إبرام العقد الموعود به، أما إذا كان الوعد من الجانبين فيجب أن تتوفر الأهلية في كلا الطرفين وأن يخلو رضائهما من العيوب عند صدور الوعد¹.

- لا ينعقد عقد الوعد بالتعاقد إذا لم يتضمن تحديد جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعود به، فلا ينعقد العقد عقد الوعد بالبيع مثلاً إلا بعد تحديد المبيع والثمن وكل أسس العقد.
- لا ينعقد الوعد بالتعاقد إلا إذا حددت المدة التي يجب إبرام العقد الموعود به خلالها، فالوعد بالعقد مضاف إلى أجل معلوم متفق عليه صراحة أو ضمناً، أما عند تخلف هذا الشرط يعتبر الوعد باطلاً².

- إذا كان العقد المزمع عقده من العقود التي اشترط المشرع لانعقادها استيفاء شكل معين كالتصرفات القانونية الواردة على العقار، فإن المشرع يشترط لصحة الوعد أن يقع في قالب رسمي وإلا كان باطلاً، وهذا ما يتضح من المادة 72 من ق.م. التي تنص على أنه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد "

3- آثار الوعد بالعقد.

لمعرفة آثار الوعد بالتعاقد يجب التفرقة بين مرحلتين:

أ. آثار الوعد بالتعاقد قبل إبداء الموعود له لرغبته في انعقاد العقد الموعود به:

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 46.

² جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 205.

لا يترتب عقد الوعد إلا التزاما على عاتق الواعد الذي يلتزم بالمحافظة على الشيء الموعود ببيعه طوال مدة الوعد، وألا يتصرف فيه إلى الغير وعند إخلاله بهذا الالتزام وجب عليه تعويض الموعود له، كما يمتنع عن القيام بأي عمل يمنع انعقاد العقد الموعود به كأن يقوم بهبته أو رهنه، و ينتقل هذا الالتزام لورثة الواعد، حيث ينشئ للموعود له حق شخصي يترتب على ذلك أن تكون ثمار الشيء وكل ما ينتج عنه ملكا للواعد مالك الحق العيني، فإذا هلك الشيء الموعود به لقوة قاهرة انقضى التزام الواعد لاستحالة الوفاء به، فينقضي حق الموعود له في التمسك بالوعد، ويتحمل الواعد تبعه الهلاك ولا يكون للموعود له الا المطالبة بالتعويض، كما تجدر الإشارة أنه من آثار اعتبار حق الموعود له حقا شخصيا جواز انتقاله لورثة الموعود له¹.

ب. آثار الوعد بالتعاقد بعد ابداء الموعود له لرغبته في انعقاد العقد الموعود به:

يسقط الوعد إذا مضت المدة المحددة في الوعد ولم يعلن الموعود له عن رغبته في التعاقد، أما في حالة اظهار رغبته في التعاقد خلال المدة المحددة فينعقد العقد النهائي في وقت العلم بهذه الرغبة وليس من وقت الوعد بالتعاقد، ودون حاجة لرضاء جديد من الواعد². أما إذا نكل الواعد ورفض تنفيذ الوعد كأن يعدل الواعد عن وعده خلال المدة المتفق عليها أو بعد اعلان الرغبة في التعاقد يكون الواعد مسؤولا عن الإخلال بالوعد، ويطلب الموعود له التنفيذ العيني عن طريق استصدار حكم بإيقاع العقد أي بإبرام العقد الموعود به، وهذا ما جاء في المادة 72 من ق.م.3³، فيحق للموعود له رفع دعوى قضائية للمطالبة بتنفيذ الوعد، وهنا ينظر القاضي في مدى صحة الوعد ومطابقته لشروطه القانونية الموضوعية وخاصة الشكلية ثم يصدر حكما بوجوب ابرام العقد وذلك بإلزام الواعد بتنفيذ الوعد، ويعتبر الحكم مقررا

¹ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 63

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 130

³ تنص المادة 72 من ق.م.3: "اذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا لتنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

للعقد لا منشأ له حيث يكون العقد الموعود به قد انعقد بمجرد إظهار الموعود له رغبته، وإن عبارة "قام الحكم مقام العقد" التي وردت في المادة 72 من ق.م يقصد بها صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي به يجعل العقد باثا، كأن الحكم القضائي قد أصبح بمثابة العقد النهائي الذي ينبغي تسجيله لكي يتم اعتباره سنداً رسمياً للملكية.

أما العقد الابتدائي فهو من بين العقود التمهيديّة وهو عقد كامل مرتب لجميع آثاره القانونية، لكن انتقال الملكية لا يتم إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل والشهر¹، أما الوعد بالعقد فحتى ولو كان ملزماً لجانبيين هو يهدف إلى إبرام العقد الموعود به، بالتالي فهو ليس إلا وسيلة للوصول لهذا العقد المستقبلي ومن ثم تقتصر آثاره على إلزام المتعاقدين بإبرام العقد الموعود به وإلا سقط الوعد ولم يعد له أي أثر قانوني.

كما لا يجب الخلط بين الوعد بالعقد والوعد بالترفضيل فهو كذلك عقد تمهيدي² يلتزم بمقتضاه الواعد إذا قرر مستقبلاً إبرام عقد معين أن يختار الموعود له دون سواه في الحالة التي يقرر فيها التعاقد فعلياً.

يحتفظ الواعد في الوعد بالترفضيل بحريته في إبرام العقد من عدمه عكس الواعد في الوعد بالعقد فإنه يبقى على وعده بينما يقع على الواعد بالترفضيل فقط التزام ألا يبرم العقد مع الغير، كما لا يعتبر الوعد بالترفضيل مفاوضات بل أن وعده يلزمه بالتفاوض مع الموعود له عندما يقرر إبرام العقد، حيث يترتب الوعد بالترفضيل حقاً شخصياً معلقاً على شرط رغبة الواعد بإبرام العقد لم ينظم المشرع عقد الوعد بالترفضيل في حين نظم المشرع الفرنسي تحت 131 السالف الذكر، في المرسوم رقم 2016 - le pacte de préférence اتسمية وذلك بموجب المادة 1123 من القانون المدني الفرنسي³.

¹ يرجع سبب نشأة العقد الابتدائي إلى ما يتطلبه القانون في الوقت الحاضر من إجراءات شكلية لنقل الملكية.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 134.

³ Art 1123 du c.c.f.: " le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage a proposer prioritairement a son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas ou elle déciderait de contracter."

المبحث الثاني: صحة التراضي.

اشترط المشرع لصحة العقد أن يكون من صدر منه التعبير عن الإرادة متمتعاً بأهلية التصرف، وأن يكون رضاًؤه خالياً من عيوب الإرادة وهي الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال والغبن، حيث تجعل هذه العيوب إرادة الشخص معيبة فتصبح تصرفاته قابلة للإبطال لمصلحة من شاب رضاًؤه عيباً.

المطلب الأول: الغلط.

نص عليه المشرع في المواد 81 إلى 85 من ق.م، وهو وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له أمراً على غير حقيقته، ويكون هذا الوهم هو الدافع إلى التعاقد أي هو فكرة داخلية نفسية يتوهم من خلالها الشخص أمراً مخالفاً للواقع، فقد يغلط في الشخص المتعاقد ذاته أو في صفة من صفاته، أو يغلط في الطبيعة القانونية للعقد أو يغلط في قيمة الشيء وثمانه، وقد يفسد الغلط إرادة المتعاقد أو كلاهما¹.

الفرع الأول: شروط الغلط.

أ. شرط الزمن:

يجب أن يقع الغلط الذي يدفع المتعاقد لإبرام العقد وقت انعقاد العقد فيعتد بإرادة الشخص وقت إبرام العقد لا قبله أو بعده، وهذا طبقاً للمادة 81 من ق.م فإذا وقع الغلط في مرحلة المفاوضات، أو مرحلة تنفيذ العقد لا يبطل العقد لأن الإرادة يوم إبرام العقد كانت سليمة.

ب. أن يكون الغلط جوهرياً:

يجب أن يكون الغلط جسيماً أي الغلط الذي يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فيه، أي الغلط المؤثر الذي يكون دافعاً للتعاقد، ويعتبر الغلط من مسائل الواقع فيقع على

¹ جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 141.

من يدعي أنه وقع في غلط اثباته بكافة طرق الاثبات، وهو يخضع لتقدير القاضي¹ حيث أشار المشرع لمعيارين يمكنان القاضي من تقدير حالة الغلط.

يبحث القاضي عن معيار ذاتي يتمثل في الحالة النفسية للشخص وقت إبرام العقد، أي البحث عما إذا كان المتعاقد يوافق على إبرام العقد لو علم حقيقة الأمر أي بأنه يعلم وقوعه في الغلط، وباعتباره معيار غير كاف أشار المشرع لمعيار موضوعي ليتمكن القاضي من العثور على الأدلة التي يبنى حكمه على أساسها، وهو أن يبلغ الغلط حدا من الجسامة أي أن يكون الدافع للتعاقد²، بحسب معيار الرجل العادي حماية لاستقرار المعاملات ورعاية لمصلحة المتعاقد الآخر حسن النية.

الفرع الثاني: حالات الغلط لجوهري.

نص المشرع في المادة 82 من ق.م على بعض حالات الغلط الجوهري والتي وردت على سبيل المثال وليس الحصر:

أ. الغلط في صفة جوهرية في العقد

هناك معيارين لتحديد الغلط، تتمثل الصفة الجوهرية للشيء على ضوء المعيار الشخصي في الصفة التي يتوهمها الشخص بناء على رغباته النفسية، والتي تدفعه الى إبرام العقد، أي تلك الصفات التي تكون أساسية في نظر المتعاقد، كأن يقوم بشراء شيء نظرا لقيمته التاريخية والأثرية باعتباره منسوبا لحضارة معينة، كذلك الغلط في ذات المتعاقد يعتبر غلطا ذو طبيعة شخصية كقيامه بشراء شيء معين باعتباره مملوكا لصديقه أو قريبه.

أما الصفة الجوهرية على ضوء المعيار الموضوعي فهي تلك الصفة التي تتعلق بذاتية الشيء، والصفة التي ينفرد بها بغض النظر عن الاعتبارات الشخصية، كأن يشتري

¹ بن شويخ رشيد، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2012، ص80
² تنص المادة 82 من ق.م " ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص اذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية لو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية"

سيارة على أنها جديدة ثم يظهر له أنها مستعملة، أو يقوم بإبرام عقد رهن لشيء مصنوع من نحاس معتقدا أنه من ذهب¹.

لكن السؤال المطروح في هذه الحالة هل يمكن ابطال العقد لمجرد وقوع غلط فردي جسيم (شخصي أو موضوعي) حتى ولو كان المتعاقد الآخر حسن النية، لم يعلم بالصفة الجوهرية التي دفعت المتعاقد معه لإبرام العقد؟

لا يكفي أن يكون أحد المتعاقدين فقط قد وقع في غلط من أجل رفع دعوى الإبطال فيجب أن يكون المتعاقد الآخر سيء النية وقع في غلط مماثل، أو على الأقل كان على علم بهذه الصفة الجوهرية التي دفعت المتعاقد للتعاقد، أو كان من السهل عليه العلم بها.

فلا يجوز إبطال العقد إلا إذا كان الغلط مشترك، ورغم أن المشرع لم ينص على الغلط المشترك صراحة لكن إرادة المشرع تتجه الى حماية المتعاقد حسن النية حفاظا على استقرار المعاملات، وهذا ما يتضح من المادة 82 من ق.م في فقرتها الثانية التي تنص: " ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية"، يعتبر مبدأ حسن النية من أهم شروط التعاقد²، فمن البديهي أن يكون شرطا أساسيا يجب أن يتحقق في إرادة المتعاقدين فلا يجوز التمسك بصحة العقد، أو بإبطاله على وجه يتعارض مع ما يقضي به مبدأ حسن النية الذي اشترطه المشرع منذ مرحلة ابرام العقد .

نظرا لأهمية مبدأ حسن النية في التعاقد الزم المشرع الفرنسي الأطراف المتعاقدة به حتى في المراحل التمهيديّة للعقد، فأصبح يمتد الى فترة المفاوضات ولم يعد مقتصرًا على مرحلة تنفيذ العقد، حيث يعتبر هذا الحكم القانوني من بين أهم المستجدات التي جاء بها المرسوم المعدل للقانون المدني الفرنسي الصادر في 2016³.

¹ عبد المجيد محمد الحفناوي، نظرية الغلط في القانون الروماني، منشأة المعارف، مصر، 1974، ص126.

² يعتبر محسن النية مبدأ مفترض في إرادة المتعاقدين اثناء ابرام العقد وتنفيذه، والذي أشار إليه المشرع في المادة 107 من ق.م.

³ Art 1104 du c.c.f" les contrats doivent être négociés formés et exécutés de bonne foi."

ب. الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته:

يقع هذا الغلط في العقود ذات الاعتبار الشخصي، كأن يهتم المتعاقد بأن يبرم العقد مع الأصيل لا مع نائبه، أو عندما تكون شخصية الوكيل، محل اعتبار أو عندما يوكل الأصيل محاميا ظنا منه أنه يملك الخبرة الكافية ثم يتضح له أنه طالب حقوق أو محامي تحت التمريم، أو أن يعهد شخص إلى مهندس زراعي بالإشراف على زراعته ثم يتبين له أنه لا يحمل شهادة، لكن لا يعتبر غلطا يجوز طلب ابطال العقد ان يكون المهندس غير مدرجا في نقابة المهن مادام يحمل المؤهل العلمي، ومصرح له بممارسة مهنته، طالما لم تكن إرادة المتعاقد تتجه لذلك.

الفرع الثالث: حالات أخرى للغلط لم ترد في القانون المدني.

الغلط في الباعث: لا يكون الدافع للتعاقد هنا متصلا بصفة جوهرية في الشخص أو الشيء، بل يتصل بهدف التعاقد كأن يقوم شخص ببيع عقار وهو مريض بئمن يقل عن قيمته بكثير لا اعتقاده أنه في مرض الموت، فإذا تبين له أنه لم يكن مريضا يجوز له أن يطلب ابطال البيع¹.

الغلط في القانون: أشار إليه المشرع في المادة 83 من ق.م الذي يجيز للمتعاقد رفع دعوى ابطال طالما أنه متعلق قاعدة قانونية لا تتصل بالنظام العام، كقيام شخص بالتزام ظنا منه أنه التزام قانوني ثم يتبين له انه مجرد التزام طبيعي².

أما الغلط في طبيعة العقد فيؤدي لبطلان العقد بطلانا مطلقا، كقيام شخص بإبرام عقد بيع اعتقادا منه بأنه عقد هبة، يكون هنا الرضى منعما حيث لا يؤدي الغلط هنا لإفساد الرضى وجعله معيبا إنما منعما، وكذلك الحال عندما يقع غلط في محل العقد، كأن يستأجر

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 91.

² رغم أن القاعدة الدستورية تقضي أنه لا يعذر بجهله القانون، الا ان الغلط الذي أشار اليه المشرع في المادة 83 من ق.م لا يتعلق بالنظام العام.

مكان على أنه محل تجاري ثم يتبين له أنه استأجر سكن معد للإقامة فيه، يؤدي هذا الغلط لانعدام شرط تعيين المحل مما يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا.

الفرع الرابع: اثبات الغلط.

يعتبر الغلط من مسائل الواقع حيث يقع على من يدعي الوقوع فيه اثباته بكل وسائل وطرق الاثبات، فيثبت كل شروط الغلط و بأنه وقع يوم ابرام العقد في غلط جوهري دفعه للتعاقد، وبأنه لو علمه لما أبرم العقد.

يمنع المشرع المتعاقد من التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع مبدأ حسن النية¹، خاصة عندما يبدي استعدادة لتنفيذ العقد على الوجه المتفق عليه، ولا يمكن لشخص آخر رفع دعوى الابطال لأنه مقرر لمصلحة الشخص الذي وقع في غلط دون سواه، بالإضافة لجواز المطالبة بالتعويض إذا تضرر رافع دعوى الابطال من بطلان العقد.

المطلب الثاني: عيب التدليس.

نص عليه المشرع في المادتين 86 و 78 من ق.م، وهو إيهام شخص باستعمال طرق احتيالية واللجوء للخداع بقصد إيقاع المتعاقد في غلط من أجل حمله على التعاقد²، وإذا كان الغلط وهما تلقائيا يقع فيه المتعاقد فإن التدليس وهم يقع بفعل شخص آخر، وهذا ما يتناقض مع مبدأ حسن النية وهو يتكون من عنصرين:

الفرع الأول: عناصر التدليس.

أ- **العنصر المادي:** يتمثل في الطرق الاحتيالية والتصرفات السلبية أو الإيجابية التي تدفع المتعاقد للوقوع في الغلط، وتكون غير مشروعة صادرة من أحد المتعاقدين أو الغير، أما

¹ المادة 85 من ق.م.

² بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 80.

التصرفات الإيجابية فتكون معلنة كظهور المتعاقد بمظهر اليسر أي مظهر الثراء لإيهام الغير أنه يمتلك شركة تجارية، أو قيام شخص بتقديم معلومات كاذبة للمتعاقد الآخر.

أشار المشرع للتدليس عن طريق الكتمان وهو تصرف سلبي فالسكوت العمدي عن واقعة أو ملابسة يجب التصريح بها للمتعاقد نظرا لأهميتها يعتبر تدليسا، لأن المتعاقد قد كتم اعلام المتعاقد بها لتحقيق غاية معينة، وهي دفعه للتعاقد، بحيث لو علم بها لما أبرم العقد¹، كما يعتبر الكذب تدليسا ولا يشترط اقترانه بالوسائل الاحتمالية عندما يكون يتناول واقعة ذات أهمية كبيرة عند المتعاقد، فالكذب يعتبر في حد ذاته حيلة.

يتولى قاضي الموضوع تقدير مدى فعالية الحيلة المستعملة، كما لا يشترط بلوغ الحيلة حدا معيناً من الجسامة لاختلاف التدليس المدني عن التدليس الجزائي²، ويختلف التدليس عن المبالغة في الوصف كالإشهار المبالغ فيه لسلع معينة³، لأنه يختلف عن الكذب والحيل التي تدفع المتعاقد على اعتقاد أمر على غير حقيقته، والذي يحتوي على نية التضليل.

ب-العنصر المعنوي: هو أن يقصد المتعاقد خداع الشخص لدفعه للتعاقد أي انه خطأ عمدي، أما إذا قام شخص بدفع المتعاقد لإبرام العقد دون قصد خداعه لا نكون بصدد التدليس، عندما يقوم التاجر بالترويج لسلعته لا يعتبر تدليسا فلا يكون هنا أمام المتعاقد إلا ابطال العقد على أساس الغلط⁴، نظرا لعدم اتجاه إرادة المتعاقد معه لتضليله ودفعه للتعاقد بسوء نية، مع أن المشرع لم ينص على شرط وجود نية التضليل لكنها تستخلص من شروط التدليس المعيب للإرادة وحالاته الواردة في المادتين 86 و 87 ق.م.

¹ جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص151.

² الذي يتخذ صور الجريمة كالنصب والتزوير، الغش التجاري.

³ لا يعتبر تدليسا ابراز التاجر بضاعته في أحسن صورة طالما أنه لا يقصد تضليل المتعاقد.

⁴ عند غياب نية التضليل نكون أمام حالة الغلط المشترك.

الفرع الثاني: شروط التدليس.

أ- أن يكون التدليس جسيما:

يجب أن تكون الحيل المستعملة قد بلغت حدا من الجساماة فأصبحت دافعا للتعاقد، أي أن تكون الحيلة مؤثرة، يميز الفقه هنا بين التدليس الدافع أو الرئيسي والتدليس العارض أو العرضي، فالتدليس الدافع هو الذي يحتوي على طرق احتيالية مؤثرة فيدفع المتعاقد لإبرام العقد وهو معيب للإرادة، يمنح للمتعاقد حق طلب الإبطال أو التعويض.

أما التدليس العرضي فلا يؤثر على صحة العقد لأنه لا يعيب الإرادة فقد يكون يحمل مبالغة في الوصف فقط، كأن يغري المتعاقد لقبول شروط أشد أي يقع دون استعمال طرق احتيالية، كما أنه لا يحول دون إبرام العقد لو علم به المتعاقد، بينما يتمتع المتعاقد عن إبرام العقد إذا علم به في التدليس الدافع لأنه مؤثر، وهذا لا يمنع أن يقوم حق المتعاقد في التدليس العرضي بالمطالبة بالتعويض في حالة إصابته بضرر¹.

ب- توفر نية التضليل:

اشترط المشرع ضمنا سوء نية المتعاقد أو نائبه وذلك في المادة 86 من ق.م، إذ يعتد بإرادة النائب فإذا صدر منه التدليس لا يمكنه أن يدفع بحسن نية الأصيل، أما إذا كان التصرف وفقا لتعليمات الأصيل يكون العقد قابلا للإبطال، ويعتد حينها بإرادة الأصيل فيكون العقد قابلا للإبطال سواء صدر التدليس من الأصيل أو نائبه.

الفرع الثالث: التدليس الصادر من الغير.

يجب أن يصدر التدليس من المتعاقدين، وفي حالة صدوره من الغير فعلى المتعاقد المدلس عليه اثبات علم المتعاقد معه، أو اثباته أنه كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس المادة 87 من ق.م²، وذلك حماية لاستقرار المعاملات، كما أن الأخذ بالتدليس بصفة

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 132.

² تنص المادة 87 من ق.م: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس".

مطلقة من شأنه أن يضر بالمتعاقد الثاني حسن النية خاصة إذا صدر التدليس من الغير ولم يكن للمتعاقد يد فيه.

إذا تمكن المتعاقد المدلس عليه من اثبات علم المتعاقد معه بالتدليس، أو كان من المفروض علمه به يطلب ابطال العقد دون الاخلال بحقه في المطالبة بالتعويض عند اصابته بضرر، أما إذا تعذر عليه اثبات علم المتعاقد معه فما عليه إلا الرجوع على الغير والمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية طبقاً لأحكام المادة 124 من ق.م، كما يمكنه في هذه الحالة أن يطلب ابطال العقد على أساس عيب الغلط إذا استطاع اثبات عناصره، خاصة الغلط الدافع للتعاقد طبقاً للمادة 81 من ق.م، لأنه لا يضطر في هذه الحالة لإثبات الطرق الاحتمالية وعلم المتعاقد بها.

الفرع الرابع: اثبات التدليس.

يتعلق التدليس بإثبات وقائع مادية فيجب على المتعاقد المدلس عليه اثبات وجود الاحتمال بكافة طرق الإثبات، ويعتبر اثباته أسهل من عملية اثبات الغلط لأنه لا علاقة له بحالة نفسية ووهم داخلي للمتعاقد فإذا تحقق القاضي من وجود التدليس يبطل العقد بناء على طلب المتعاقد المدلس عليه دون غيره، ودون الاخلال بحقه في التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء التدليس الذي تعرض له من المتعاقد أو من الغير،¹ أما إذا فضل المتعاقد التمسك بالعقد يمكنه استعمال حقه في التعويض دون المطالبة بإبطال العقد.²

المطلب الثالث: عيب الاكراه.

عيب يجعل المتعاقد يبرم العقد تحت سلطان خوف حال، فتكون ارادته غير حرة رغم أنها موجودة لكنها تختار ابرام عقد معين من أجل انقاء شر تخشاه، أي اختيار أقل الضررين³،

¹ بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص84.

² هذا لا يعني أنه وقع في تدليس عرضي بل رغبة منه في التمسك باستمرارية العقد.

³ المادة 88 من ق.م.

أما إذا وصل الإكراه إلى حد اعدام الإرادة كلياً يكون حينها العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لا نسبياً، فلا يعتبر الإكراه عيباً في الإرادة إلا إذا ولد الرهبة البينة أو الخوف الذي يصيب نفس المتعاقد، حيث يكون الشخص عالماً بحقيقة الأمر على عكس عيب الغلط والتدليس، يقوم الإكراه الذي يعيب الإرادة على عنصرين:

الفرع الأول: عناصر الإكراه.

أ- **عنصر مادي:** أي حسي يقوم عند استعمال وسائل ضاغطة على الإرادة الحرة للشخص، أي إكراه جسماني أو بدني، على أن لا يصل العنف إلى اعدام الإرادة كلياً مما يجعل العقد، باطلاً بطلاناً مطلقاً، أما الإكراه المادي المفسد للإرادة فوسيلته التهديد بالإيذاء، أو الضرب مما يولد في نفس الشخص رهبة بينة المادة 88 من ق.م.¹، والتي تحقق بجسامة الخطر وعواقبه الوخيمة التي يخشاها المتعاقد، كأن يهدد الشخص بحرق ممتلكاته، أو اختطاف أحد أبنائه فيكون الخطر محدقاً وشيك الوقوع أو مستقبلي يهدده شخصياً أو أحد أقاربه مما يدفع الشخص لإبرام العقد تفادياً للألم المستقبلي، إذ لا يشترط وقوع الأذى المهدد به².

ب- **عنصر معنوي:** عندما يمس التهديد شرف المتعاقد، كما لا يعدم الإكراه المعنوي الإرادة وإنما ينفي حرية الاختيار، ويستوي أن يكون التهديد بالحق الأذى حالاً أو في المستقبل مادام التهديد يخيف الشخص المكروه، فالخوف هو الذي يكون حالاً لا الخطر، كما يستوي أن يكون الخطر محدقاً بالمتعاقد أو أحد أقاربه، مع أن المشرع لم يحصر أقارب المتعاقد بنص يوضح درجة القرابة التي يعتد بها.

لكن بالرجوع للقاعدة العامة تتمثل القرابة في المواد 33 و 34 و 35 من ق.م في الصلة بين الأصول والفروع، وقرابة الحواشي تلك الرابطة التي تجمع بين أشخاص لهم نفس أصل

¹ تنص المادة 88 من ق.م على أنه: "يجوز ابطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".

² لم يكن يعتد القانون الروماني بالإكراه كعيب من عيوب الرضى إلا إذا وقع الأذى.

واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر، كما اعتبر المشرع في المادة 35 أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر.

تنص المادة 114 من القانون المدني الفرنسي على أنه: "Il y'a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable". وبذلك لم يعين القانون الفرنسي صلة القرابة في حالة اكراه المتعاقد، فيمكن أن يشمل الإكراه الأشخاص غير الأقارب أي كل المقربين من الشخص، كصديق أو خطيب.

في حين نجد المشرع الجزائري قد ضيق دائرة المقربين من المتعاقد المكره، بتحديدته لأقارب الشخص، مستثنيا بذلك كل الأشخاص الذين لا تربطهم صلة قرابة به، مع أن النص الفرنسي للمادة 88 من ق.م.²

يشير لعبارة ses proches أي الأشخاص المقربين.

يتولى القاضي تقدير الرهبة البينة، فقد يبدو للقاضي أن هذا الخوف من التعرض للخطر ممكن أن يتعرض له الشخص أو أحد أقاربه، أو أحد الأشخاص المقربين منه من غير الأقارب كصديق عزيز قد تفوق علاقة الصداقة أو الزمالة علاقة القرابة والمصاهرة³. كما يتولى القاضي تقدير جسامه الخطر وهو أمر نسبي يخضع للمركز الثقافي والاجتماعي والاقتصادي والنفسي لكل متعاقد، فيراعي القاضي في تقديره للإكراه سن المتعاقد وجنسه وحالة المتعاقد النفسية، فقد يكون المكره جباناً أو شجاعاً، حتى حالته الاجتماعية غني أو فقير، والحالة العلمية كذلك فالشخص المتعلم يختلف عن الجاهل،

¹ لم يتطرق المشرع الفرنسي لتحديد درجة القرابة عندما تطرق لعباب الإكراه حتى بعد تعديل القانون المدني بموجب المرسوم الصادر في 10 فبراير 2016 المعدل لقانون المدني الفرنسي.

² Art 88 du C.C.A : La crainte est réputée fondée lorsque la partie qui l invoque devait croire, d'après les circonstances qu' un danger grave et imminent la menaçait elle-même ou l'un de ses proches dans sa vie ,sa personne, son honneur ou ses biens.

³ لذلك يجب إعطاء عبارة أقارب مفهوماً واسعاً.

كما يراعي القاضي زمان ومكان التهديد ليلاً أو نهاراً، أو في مكان مكتظ أو يخلو من الناس، إضافة لتوفر الخدمة الأمنية المادة 88 فقرة 3، ويتحقق الخطر الجسيم حتى ولو لم تكن التهديدات حقيقية فيمكن أن تكون وهمية¹، طالما كانت مؤثرة على الشخص المكره وتؤدي لعجزه عن دفع الخطر.

الفرع الثاني: شروط الإكراه.

أ. أن يكون التهديد مؤثراً في نفس المتعاقد، يتحقق ذلك عندما تصبح إرادته غير حرة.
ب. يجب أن تتولد الرهبة وقت إبرام العقد لا قبله أو بعده، حيث لا تعيب العقد تلك الرهبة التي تتولد قبل إبرام العقد أو بعد إبرامه.
ج. يجب أن يكون الإكراه غير مشروع أي أن الإكراه المعيب للإرادة هو الذي يهدف إلى تحقيق غاية غير مشروعة، فمن بين شروط الرهبة البينة أن تكون بدون حق أي عدم مشروعية الغاية والوسيلة، أما إذا كانت الرهبة البينة قائمة على حق فإن رضاه الشخص يكون سليماً، لأن التهديد باستعمال الشخص لحقه تكون غايته مشروعة فلا نكون أمام إكراه معيب للإرادة عندما يهدد الدائن مدينه برفع دعوى قضائية بعد امتناعه عن تسديد الدين فهنا تتحقق مشروعية الغرض والوسيلة²، على عكس تهديده للحصول على قيمة الدين ومبلغ إضافي.

الفرع الثالث: الإكراه والنفوذ الأدبي.

لا يعتبر النفوذ الأدبي الذي قد يكون لشخص على آخر إكراها كالنفوذ للأب والأم على الولد، أو للزوج على زوجته أو هيبة الأقارب، أو المدرس وطالبه أو للرئيس على مرؤوسه، فهي علاقات احترام وتقدير وامتثال، فممكن ان تدفع هذه السلطة الأدبية الطرف الواقع تحت

¹ مثل أعمال الشعوذة.

² علي فيلالي، المرجع السابق، ص 137

نفوذ أدبي لإبرام العقد، لذلك تعتبر الشوكة أو النفوذ الأدبي مشروعاً في حالة مشروعية الغرض والوسيلة.

لا يعتبر النفوذ الأدبي إكراهاً إلا إذا كان مصحوباً بوسيلة أخرى عندما يقوم صاحب هذا النفوذ باستغلال نفوذه وتجاوزه للحد المتعارف عليه، فعندما لا يكون مصدر هذا النفوذ الشعور بالاحترام بل الخوف والرهبة يصبح إكراهاً، وكذلك عندما يستعمل النفوذ الأدبي لتحقيق غاية غير مشروع¹، نكون هنا بصدد إكراه معيب للإرادة حيث يقوم القاضي بالتمييز بين الإكراه والنفوذ الأدبي.

أشار المشرع الفرنسي في المادة 1143 من القانون المدني² لحالة الخضوع الناتج عن السلطة التي يملكها شخص على شخص آخر معتبراً هذا الخضوع إكراهاً معيباً للإرادة عند قيام صاحب السلطة باستغلالها استغلالاً تعسفياً.

د. أن يتصل الإكراه بعلم المتعاقد الآخر، ويكون صادر من المتعاقد أو نائبه واعتبر المشرع في المادة 89 من ق.م الإكراه الصادر من الغير غير معيب للإرادة، إلا إذا علم به المتعاقد أو كان من المفروض حتماً علمه به.

الفرع الرابع: الإكراه وحالة الضرورة.

لم يتطرق المشرع لحالة الضرورة، فقد يوجد إكراه ناشئ من ظروف يستغلها المتعاقد للضغط على إرادة من وقع تحت تأثيرها لدفعه للتعاقد والحصول على مقابل لم يكن ليحصل عليه في الظروف العادية، كأن يلزم الطبيب المريض بدفع أجر مرتفع مقابل إجرائه لعملية جراحية لمريض بحاجة ماسة لها، ولا يكون ذلك المبلغ الأجر الذي يتقاضاه الطبيب عادة لإجراء مثل هذه العملية³.

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص75.

² Art 1143 de C.C.F « il y a également violence lorsqu'une partie abusant l'état de dépendance dans lequel se trouve son contractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif. »

³ أنور سلطان، المرجع السابق، ص76

رغم عدم إشارة المشرع لحالة الضرورة فإن المادة 88 قد أشارت للرهبة البينة، وطالما أن حالة الضرورة قد تولد خوفا ورهبة في نفس المتعاقد يمكن اعتبارها إكراها معيبا للعقد، كما أن إشارة المشرع في المادة 89 للإكراه الصادر من الغير، فإنه يمكن أن يشمل المعنى الواسع للغير تلك الظروف التي ينشئ منها الإكراه، كما يمكن اعتبار حالة الضرورة إكراها معيبا للإرادة باعتباره مخلا بمبدأ حسن النية في التعاقد¹، فلا بد من تحقق عنصر سوء نية المتعاقد الذي لا يكون سببا في وجود حالة الضرورة لكنه يقوم باستغلالها.

الفرع الخامس: إثبات الإكراه.

يتضمن الإكراه إثبات وقائع مادية حيث يقوم المتعاقد المكروه بإثبات وسائل الضغط غير المشروعة التي دفعته لإبرام العقد، فيقوم القاضي بتقدير وسائل الإكراه وغرضها ومدى تأثيرها على المتعاقد وبناء عليه يقوم بإبطال العقد دون الإخلال بحق المتعاقد في طلب التعويض من المتعاقد ومن الغير.

المطلب الرابع: الاستغلال والغبن.

يقصد بهما عدم تعادل التزامات أحد المتعاقدين مع ما حصل عليه من نفع مادي أو أدبي بموجب العقد، على أن يقع هذا التفاوت نتيجة استغلال لحالة نفسية أو ضعف ناتج عن ظروف داخلية أو خارجية للمتعاقد فنكون حينها أمام حالة استغلال.

أما عدم تعادل الالتزامات واختلال التوازن المادي بين ما يلتزم به كل من المتعاقدين فيعتبر غبنا، وهو قائم على أساس نظرية مادية وهو لا يعتبر عيبا في الإرادة وإنما عيبا في العقد، في حين يعتبر عيب الاستغلال عيبا في الإرادة وهو قائم على نظرية نفسية نظرا لكونه ناتج عن استغلال ضعف نفسي يوجد لدى المتعاقد، مما يؤدي لاختلال التوازن بين الالتزامات المتبادلة فيوجد إلى جانب الجانب المادي جانب نفسي المادة 90 و 91 من ق.م.

¹ المادة 107 من ق.م

الفرع الأول: الاستغلال.

يتضح من المادة 90 من ق.م وجود عنصرين للاستغلال.

1- عناصر الاستغلال.

-عنصر نفسي:

تنص المادة 90 من ق. م¹ على ضرورة تحقق حالة استغلال الضعف النفسي لدى المتعاقد، والذي يتخذ صورة الطيش البين والهوى الجامح، فيتمثل الطيش في الخفة والتسرع اللذان يؤديان إلى سوء التقدير الناتج عن اللامبالاة، وعدم الاكتراث بنتائج التصرف الذي يبرمه الشخص الذي يكون في حالة تحمس يغفل فيها عن الأضرار المستقبلية لتصرفه²، أما الهوى الجامح فهو رغبة شديدة تقوم في نفس المتعاقد فتغلب عاطفته على إرادته ويفقد سلامة الحكم.

وعليه يعتبر كل من الطيش والهوى حالة نفسية تتال من إدراك المتعاقد حيث تعتبر نوع من الإكراه فشدته ميوله تجعله كأنه مكرها، وبما أن الحالة النفسية ممكن أن تقع في الكثير من المعاملات التعاقدية اشترط المشرع أن يقوم المتعاقد باستغلال الطيش والهوى. أي أنه في حالة عدم علم المتعاقد الآخر بهذه الحالة النفسية للمتعاقد المغبون فالعقد صحيح، كما اشترط المشرع أن يكون هذا الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد، ويتثبت القاضي من وقوعه يوم إبرام العقد.

¹ تنص المادة 90 من ق.م على أنه: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا او هوى جامح جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد او ينقص من التزامات هذا المتعاقد."

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، 193.

-عنصر مادي:

لابد أن يكون التفاوت في الأداءات المتقابلة للمتعاقدين متجاوزا الحدود المألوفة في التعامل، فيجب أن يكون التفاوت جسيما وفاحشا وليس ذلك التفاوت البسيط، فيقوم القاضي بتقدير مسألة تفاوت الأداءات، ويختلف هذا التقدير بحسب الطبيعة القانونية للعقد المبرم. في عقود المعاوضة المحددة يعتبر تقدير التفاوت أمرا يسيرا، فتكون العبرة بالاختلال الفادح بين الالتزامات وقت انعقاد العقد¹، أما في العقود الاحتمالية يكون تقدير التفاوت في الأداءات على ضوء الاحتمالات التي تحكم ظروف المعاملة، فهي التي تحدد التزامات المتعاقد، ومن تم لا يدخل في هذا التقدير الاحتمالات الضعيفة والبعيدة ويقع على عاتق المتعاقد المغبون إثبات هذا التفاوت².

أما عقود التبرع التي ينعقد فيها المقابل فيمكن ان يتحقق فيها كذلك عيب الاستغلال³، فكما هو معلوم أن العوض الذي يحصل عليه المتعاقد المتبرع قد يكون ماديا أو أدبيا، كما أن نية التبرع لا تنعدم في العقود التبرعية الملزمة لجانبين، فيمكن أن يفرض الواهب على الموهوب له القيام بالتزام معين كتقديم خدمة مثلا، بحيث نكون بصدد عقد ملزم لجانبين دون أن يتجرد الواهب من نية التبرع، فنكون بصدد عقد ملزم لجانبين وفي نفس الوقت عقد تبرع، وان تقدير التفاوت في الالتزامات في هذه الحالة يكون بالنظر لقيمة الأشياء الشخصية للمتعاقد من جهة وعلى ضوء ثروة المتبرع من جهة أخرى⁴.

2- آثار الاستغلال وحكمه.

يقع على المتعاقد المغبون عبئ اثبات الاستغلال بعنصره المادي والمعنوي للمطالبة بإبطال العقد، وحرصا من المشرع على استقرار المعاملات أجاز للمتعاقد المغبون رفع دعوى

¹ أما اختلال التوازن الفادح نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية التي قد تطرأ بعد انعقاد العقد فلا تؤثر على صحته.

² همام محمد محمود، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر 2004، ص175.

³ عندما نص المشرع في المادة 90 من ق.م. على التفاوت في الأداءات لم يحدد نوعا معيناً من العقود، وبذلك يمكن وجود عيب الاستغلال في كل العقود بما فيها التي ينعقد فيها المقابل كعقد التبرع.

⁴ همام محمد محمود، المرجع السابق، ص176.

الانقاص، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بإبطال العقد إذا تمسك المتعاقد به، و يتضح من المادة 90 من ق.م أنه لا يجوز للقاضي أن يزيد من التزامات الطرف الثاني إنما عليه فقط أن ينقص من التزامات المتعاقد المغبون إلى حد لا يجعلها باهظة، أما إذا طلب المتعاقد إبطال العقد فيخضع ذلك التقدير لسلطة القاضي، فيمكن أن يقرر إبطال العقد أو يتوقى الإبطال برفع الغبن عن الالتزامات الفاحشة مهما كانت طبيعة العقد¹.

الفرع الثاني: الغبن.

للاستغلال مظهر مادي وهو الغبن الذي يعتبر عيب يلحق محل العقد، فهو ليس عيب في الرضى ولا يكون له تأثير على الإرادة، كم لا يؤثر على العقد إلا إذا بلغ حدا معيناً في بعض التصرفات التي قرر فيها المشرع حماية خاصة للمتعاقد، لا يوجد الغبن إلا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية²، وفي بعض التصرفات القانونية التي يصرح بها القانون بتفاوت بين التزامات المتعاقدين محدد بقيمة معينة، حيث نصت المادة 358 و 359 من ق.م في حالة بيع عقار بغير يزيد عن خمس قيمة العقار يقوم للبائع حق رفع دعوى تكملة الثمن إلى اربعة أخماس، ويقدر الغبن بحسب قيمة العقار وقت البيع.

والملاحظ أن المشرع لم ينص على حق المتعاقد في الإبطال وإنما دعوى تكملة الثمن، على ألا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار. كما أشار المشرع للغبن في المادة 732 ق.م فيما يتعلق بالقسمة الرضائية، وأجاز للشخص المغبون نقض القسمة إذا لحقه غبن يزيد عن الخمس وقت القسمة.

¹ ففي عقود المعاوضة يمكن أن يتمسك المتعاقد باستمرارية العقد فيعرض ما يراه القاضي مناسباً لرفع الغبن ليتوقى دعوى الإبطال 90 فقرة 3.

² لا يمكن تحقق الغبن في العقود الاحتمالية حيث تقتضي طبيعة التصرف ذاته وجود حالة تفاوت مادي كبير بين الأداءات.

سقوط دعوى الاستغلال والغبن.

ترفع دعوى الاستغلال سواء للإبطال أو للانقاص خلال سنة من تاريخ إبرام العقد، وهي مدة سقوط للحق في رفع الدعوى وليس مدة لتقادم الحق، أي أنها لا تنقطع و لا تتوقف على عكس مدة التقادم¹.

أما دعوى تكملة الثمن في الغبن فتسقط بالتقادم بالنسبة لبيع العقار بمرور 3 سنوات من يوم إبرام العقد، وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز والحكمة من قصر المدة هي حماية المتعاقد واستقرار المعاملة.

أما دعوى الغلط والتدليس فيسقط الحق في ابطال العقد بمضي 5 سنوات من يوم اكتشافه وبالنسبة للإكراه من يوم انقطاعه، أما ناقص الأهلية فيمضي 5 سنوات من يوم زوال سبب نقص أهليته، وفي كل الأحوال لا يجوز التمسك بالإبطال للغلط أو التدليس أو الاكراه بعد مضي 10 سنوات من يوم إبرام العقد المادة 101 ق.م.

الفصل الثاني: ركن المحل وركن السبب.

لقيام العقد يجب توفر موضوعه أي محل التزام طرفيه، الى جانب غرضه أي سبب قيامه.

المبحث الأول: المحل.

المحل هو الشيء الذي أبرم العقد من أجل الحصول عليه، أو تحقيقه من وراء إبرام العقد فمحل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به².

¹ يختلف التقادم عن السقوط فيعتبر التقادم مرور زمن معين على مركز قانوني ويجوز وقف سريان الزمن وانقطاعه على عكس السقوط أو التقادم المسقط للحق هو عبارة عن مدة يضعها المشرع لاستعمال الحق، أي رخصة يقررها القانون وهي لا تنقطع ولا يقف سريانها.

² عيد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص 465.

المطلب الأول: وجود المحل وتعيينه.

يشترط المشرع في محل الالتزام أن يكون موجودا وممكنا، معينا أو قابلا للتعيين ومشروعا، هذا ما نص عليه المشرع في المادة 93 إلى 95 من ق.م.

الفرع الأول: ان يكون المحل موجودا وممكنا.

تنص المادة 93 من ق.م "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"، فيجب أن يكون المحل موجودا يوم إبرام العقد وألا يكون مستحيلا¹، كما لا يجب أن تكون الاستحالة قائمة وقت إبرام العقد، وهناك استحالة مادية حالة ومستقبلية، واستحالة طبيعية²، واستحالة قانونية كالتصرف في الأموال المخصصة للمنفعة العامة أو الزواج من امرأة متزوجة.

أ- المحل المستقبلي:

سمح المشرع في المادة 92 من ق.م أن يكون المحل شيئا مستقبلا بنصها: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا"، فأجاز المشرع كفالة الدين المستقبلي المادة 650 من ق.م، كما يجوز بيع المحاصيل الزراعية المستقبلية، رغم أنها تتضمن قدرا من المجازفة في وجود الشيء من عدمه حيث تتحقق المجازفة في مقداره.

كما يمكن التعاقد على بعض الأشياء المستقبلية التي تتضمن وقتا لإنجاز، كالتعاقد مع صانع كالنجار أو الحداد وسائر الحرف، أي ان المحل غير موجود لكن ممكن وجوده مستقبلا.

¹ أي يجب ان يكون المحل ممكنا

² أشياء غير قابلة للتعامل فيها بطبيعتها كالتصرف في حياة الانسان أو اسمه.

كم أجاز المشرع بيع العقار بناء على التصاميم الذي نظمه المشرع في القانون رقم 11- 04 المحدد للقواعد المنظمة للترقية العقارية¹، حيث سمح المشرع بالتعاقد على عقار مستقبلي لكن محقق الوجود، وذلك لاعتبارات عملية وأخرى اقتصادية.

يجب الا يتوقف وجود الشيء المستقبلي على إرادة الشخص، كما يجب أن يتم الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد، فإذا كان الالتزام يتعلق ببناء منزل يجب تعيين كل المواصفات التي يتضمنها هذا البناء هذا بالنسبة للالتزام بالقيام بعمل، أما إذا كان التزام بمنح شيء فيتم تحديد صفاته، و في الالتزام بالامتناع عن عمل يجب تعيين العمل الذي يمنع المدين من القيام به.

وعليه أجاز المشرع كقاعدة عامة التعامل في الأشياء المستقبلية، لكنه استثنى بعض التصرفات كالتعامل في شركة إنسان على قيد الحياة وذلك في المادة 92 فقرة 2 من ق.م واعتبره باطلا ولو كان برضاه، وسبب بطلان هذا التصرف هو عدم وجود الشركة المتمثلة في الذمة المالية للشخص والتي تصبح شركة بعد وفاته، تعتبر أحكام الميراث من النظام العام فلا يجوز التعامل في الشركة إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون²، كالوصية وهي تصرف الشخص في تركته المستقبلية على أن تضاف آثار التصرف إلى ما بعد وفاته، المادة 184 إلى 201 من ق.م³ كما منع المشرع رهن الشيء المستقبلي رهنا رسميا أو حيازيا المواد 886 و 966 ق.م⁴.

ب- هلاك الشيء: قد يحصل أن يكون المحل موجودا إلا أنه يهلك⁵، بعد انعقاد العقد وقبل تسليمه لسبب لا يد للبائع فيه ففي هذه الحالة يسقط التزام البائع ولا يكون العقد باطلا، بينما يرتب هلاك المحل قبل انعقاد العقد أو اثناؤه بطلان العقد بطلانا مطلقا لانعدام المحل،

¹ قانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج. ر 16 مارس 2016.

² ممكن ان يعد المتعاقد ببيع عقار يؤول إليه مستقبلا عن طريق الميراث طالما أن الوعد يرتب حقا شخصيا وليس عينيا.

³ تنص المادة 184 من قانون الأسرة على أنه " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"

⁴ ففي الرهن الرسمي يجب تعيين العقار وفي الرهن الحيازي يجب تسليم الشيء .

⁵ الهلاك يعني تلف الشيء، أي استهلاكه ماديا وفقدانه لخصائصه مما يجعله غير صالح للاستعمال.

لان هلاك الشيء يجعل المحل غير موجودا يوم إبرام العقد ما لم يتفق الأطراف على شيء مستقبلي، كما يجعل هلاك الشيء تنفيذ الالتزام أمرا مستحيلا فتكون الاستحالة حينها مطلقة، أما الاستحالة النسبية فلا تمنع انعقاد العقد و هي التي يظل فيها المدين ملتزما حتى لو تعذر عليه التنفيذ، كأن يلتزم بالتنفيذ بمقابل متى كان التنفيذ العيني غير ممكنا المادة 164 من القانون المدني.

الفرع الثاني: أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعين.

يجب أن يكون المحل معينا بذاته إذا كان من الأشياء القيمة كالسيارة يجب تحديد نوعها ومواصفاتها، وإذا كانت قطعة أرض وجب تعيين موقعها مساحتها وما يجاورها، أما إذا كان محل الالتزام من الأشياء المثلية وجب تعيينها بجنسها ونوعها ومقدارها، فالمثليات هي تلك الأشياء التي يقوم بعضها مقام البعض الآخر عند الوفاء والتي تقدر بالكيل والمقياس والوزن¹.

اعتبر المشرع العقد باطلا بطلانا مطلقا في حالة عدم تعيين نوع ومقدار الاشياء المثلية وسمح أن يكون المحل قابلا للتعين من حيث مقداره إذ تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره طبقا للمادة 94 فقره 2 من ق.م، من أمثلة المحل القابل للتعين اتفاق المتعاقدين على أن يتم البيع بالثمن المتداول في السوق يوم إبرام العقد أو يوم تنفيذه، كذلك الاتفاق على أن يبيعه كمية القمح الموجود بالمستودع، أما درجة جودة المحل المعين بنوعه فإنها تتحدد في غياب الاتفاق على ضوء العرف وظروف التعامل، وإذا تعذر تحديدها وفقا لذلك التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط، هذا ما تقتضي به المادة 94 من القانون المدني.

¹ مثل سكر، أرز يجب تحديد جودته ووزنه أو مقداره.

أما إذا كان الشيء محل الالتزام نقوداً¹، يلتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد بغض النظر عن ارتفاع قيمتها أو انخفاضها وقت الوفاء، حيث يعتد المشرع بالقيمة الاسمية للنقود المادة 95 من ق.م.

المطلب الثاني: مشروعية المحل وعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة.

أشارت المادة 93 من القانون المدني لبطلان المحل المخالف للنظام العام والآداب العامة، يجب أن يكون المحل مما يجوز التعامل فيه²، يعتبر النظام العام تلك المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو أخلاقية، من بينها الأسس التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة وسيادة الدولة وعلاقتها بالأفراد، كذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي والأسس التي تقوم عليها الأسرة كأحكام الزواج والطلاق والنفقة، وتتمثل أسس النظام العام في الأمن والسكينة والصحة العامة.

أما الآداب العامة فهي تلك الأسس الأخلاقية التي تهدف إلى حفظ كيان المجتمع، وتمثل الآداب العامة الجانب الأخلاقي للنظام العام فهي جزء منه بغض النظر عن الدين فهي مبادئ وأعراف وتقاليد لمجتمع ما، تعتبر فكرة النظام العام والآداب العامة فكرة نسبية يخضع تقديرها للقاضي باعتبارها فكرة مرنة ومتغيرة، فهي تختلف بحسب المكان والزمان نظراً لما تتأثر به من ظروف عامة تتطور باستمرار³.

¹ تعتبر النقود من المثليات.

² فإذا كان محل العقد مخدرات أو لحم الخنزير كان العقد باطلاً.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 213

المبحث الثاني: السبب.

سبب العقد هو الباعث الذي دفع المتعاقد لإبرام العقد، وإذا تعددت الأسباب فلا شك أن أحدهما هو الأقوى كونه المحرك الرئيسي الذي دفع الشخص للتعاقد، أي السبب المباشر أما السبب غير المباشر فهو الباعث، فيتمثل سبب التزام البائع في عقد البيع في قبض الثمن، أما الباعث فقد يكون استثمار هذا الثمن في مشروع تجاري¹.

مرت فكرة السبب كركن في العقد بتطور فقهي عبر الزمن، وذلك من خلال نظريتين الأولى تقليدية تعتمد على فكرة السبب القصدي، أما الثانية فتعتمد بالسبب الدافع إلى التعاقد.

المطلب الأول: السبب الموضوعي والسبب الشخصي.

الفرع الأول: السبب القصدي أو السبب الموضوعي.

هو الغرض المباشر للمتعاقد من وراء إبرامه للعقد، وهو السبب القصدي الموجود داخل العقد لا خارجه فسبب التزام البائع هو التزام المشتري بدفع الثمن²، لما بدأت الإرادة تتدخل في تكوين العقود بدأت فكرة السبب تظهر في القانون الروماني³، هذا ما جعل القانون الروماني يعترف بالسبب الموضوعي الدافع للتعاقد الذي تعتبر الحيادية أهم خصائصه وهو لا يكشف عن صفة المشروعية في العقد.

الفرع الثاني: السبب الباعث أو السبب الشخصي.

جاء به القضاء الفرنسي الذي نادى بضرورة البحث عن السبب الباعث وعدم الاكتفاء بالغرض المباشر للتعاقد، أي السبب الذاتي الداخلي الذي لا يتم الكشف عنه داخل العقد وإنما

¹ نجد أن المحل في كل الالتزامات القانونية، بينما لا نجد السبب إلا في الالتزامات الإرادية

² بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 97.

³ كانت العقود في القانون الروماني تخضع للشكلية ولم تعند بالسبب إلا لإنشاء العقد.

خارجه، وألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة وإلا اعتبر العقد باطلا، فمن أهم خصائص السبب الباعث أنه ليس حياديا أو موضوعيا، وأنه متعدد حيث يبطل عقد القرض إذا كان الدافع من ورائه الحصول على مال من أجل المقامرة.

الفرع الثالث: تطور نظرية السبب.

تطور السبب لازدواجيته حيث ظهر سبب العقد وسبب الالتزام، لذلك نادى خصوم فكرة السبب بضرورة استبعاده والاكتفاء بركن الرضا والمحل، نظرا لغموض السبب وتداخله مع ركن المحل من حيث الوظيفة، وساهم كل من الفقه والقضاء الفرنسي في دفع المشرع لإعادة النظر في نظرية السبب، حيث أشار الفقيه "بلانيول" إلى أنها نظرية خاطئة لا فائدة منه.

كما قام القضاء الفرنسي بالقضاء ببطلان الكثير من العقود ذات الغرض غير المشروع على أساس بطلان محلها وليس سببها، هذا ما جعل المشرع الفرنسي يستغني عن السبب كركن للعقد، وذلك بعد صدور المرسوم رقم 131-2016 فألغت المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي¹، ركن السبب واكتفت بشرط الأهلية وركن الرضا والمحل².

المطلب الثاني: شروط السبب.

أشارت المادة 97 للسبب الباعث بنصها على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا"، أما النص في صياغته باللغة الفرنسية فينص على أنه: «le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs».

¹ Art 1128 de C.C.F: « sont nécessaires à la validité d'un contrat : ¹le consentement des parties ² leur capacité de contracter ³ un contenu licite et certain »

² فتم الاعتراف بتجريد الالتزام من ركن السبب، وهذا ما فعلته الكثير من التشريعات كالقانون الألماني الذي استغني عن فكرة السبب بفكرة المحل.

يتضح لنا من النصين أنهما غير متطابقين بسبب ترجمة غير موفقة، حيث تشير المادة بالنص العربي لشرط مشروعية السبب، بينما نجد النص الفرنسي يشير لشرط وجود السبب أي السبب الدافع الموضوعي، وشرط مشروعيته أي السبب الباعث. في حين نجد المادة 98 تؤكد على افتراض وجود السبب، وافتراض صحته بنصها: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروع ما لم يعم الدليل على غير ذلك. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي ان للالتزام سببا آخر مشروعاً ان يثبت ما يدعيه".

الفرع الأول: وجود السبب.

اعتبر المشرع العقد بلا سبب عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً المادة طبقاً للمادة 97 من ق.م، لأنه يؤدي لانعدام محل التزام المتعاقد الآخر مما يؤدي إلى بطلان العقد في العقود الملزمة للجانبين، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فيتم الكشف عنه بالنظر لنية المتعاقد، فالسبب في عقد الهبة هو نية المتعاقد التبرعية.

الفرع الثاني: مشروعية السبب.

يجب ألا يكون السبب مخالفاً للنظام العام والآداب العامة أي أن يكون جائزاً مباحاً، فعقد شراء بندقية مثلاً يعتبر عقد صحيحاً أو باطلاً بحسب الباعث الدافع إلى الشراء، فإذا كان الباعث غرض الصيد كان العقد صحيحاً، أما إذا كان بغرض ارتكاب جريمة كان العقد باطلاً¹.

¹ منذر الفضل، المرجع السابق، ص 134.

الفرع الثالث: اثبات السبب.

افترض المشرع صحة السبب المعبر عنه في العقد واعتبره مشروعاً وحقيقياً حتى يقوم الدليل على عدم مشروعيته أو صورته، وتعتبر قرينة افتراض صحة السبب قرينه قانونية بسيطة يمكن للمتعاقدين اثبات عكسها وذلك بكل وسائل الاثبات¹، فعلى من يدعي مخالفة السبب للنظام العام والآداب العامة اثبات ذلك، وعلى من يدعي صورة السبب اثبات السبب الحقيقي، فإذا استطاع المدعي اثبات ذلك يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، وبمقتضى المادة 98 تتحقق حالة صورة السبب عندما يقوم المتعاقدان بإخفاء السبب الحقيقي أو عند عدم ذكر السبب.

أ- إخفاء السبب الحقيقي

يقع على عاتق الدائن اثبات صورة السبب، ولا يكون العقد باطلاً لصورته حيث يعتبر صحيحاً بين الأطراف المتعاقدة لكنه غير نافذ تجاه الغير، فإذا أبرم عقد بيع صوري وكانت حقيقته عقد هبة على الدائن اثبات السبب الحقيقي المتمثل في نية التبرع التي يثبتها الموهوب له، فلا يكون العقد باطلاً بين المتعاقدين فيعتد بينهما بالسبب الحقيقي، أما تجاه الغير فلا يكون العقد نافذاً إلا بعد تحول العقد²، أما إذا تمسك الدائن بالعقد الصوري وطالب الواهب من الموهوب له دفع الثمن فعلى الموهوب له اثبات الصورة، وإذا استطاع اثباتها فلا يلتزم بدفع الثمن ويبطل العقد في هذه الحالة.

ب- عدم ذكر السبب.

وضع المشرع قرينة قانونية افتراض بمقتضاها أن للعقد سبب مشروع ولو لم ينكر ذلك السبب، إلا عند اثبات عدم وجوده أي صورته فيكون العقد حينها باطلاً بطلاناً مطلقاً.

¹ يتم اثبات ذلك بكل طرق الاثبات لأن الأمر يتعلق بالنظام العام والآداب العامة، وهنا لا يجوز اثبات عكس الكتابة إلا بالكتابة.

² يتم تحويل العقد عندما تتوفر فيه أركان عقد آخر اتجهت إرادة الأطراف لإبرامه، المادة 105 من ق.م.

الباب الثالث: آثار العقد ونتائج الاخلال به.

للعقد آثار معينة من حيث موضوعه ومن حيث الأشخاص المعنية به لا بد من الإشارة إليها قبل للآثار الناجمة عن الاخلال بأحد اركانه والمتمثلة أساسا في نظرية البطلان، ثم دراسة آثار الاخلال بالالتزام العقدي الذي يرتب المسؤولية العقدية.

الفصل الأول: آثار العقد وآثار الاخلال بأركانه.

للعقد قوة ملزمة تجعله يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقات القانونية، ولهذه القوة الملزمة حدود يرسمها المشرع ويمنح للقاضي من خلالها حق التدخل في تحديد مضمون العقد من خلال تفسيره وإعادة توازن التزامات اطرافه بعد تعرضهم لظروف طارئة تؤدي لاختلال ذلك التوازن، وفي إطار الحديث عن آثار العقد يظهر لنا اشخاصه فبالإضافة للمتعاقدين يظهر اشخاص آخرون اعتبرهم المشرع من بين أطراف العقد بما انهم يتأثرون بآثاره، الى جانب اشخاص من الغير قد يمتد إليهم أثر العقد المبرم.

يعتبر البطلان جزءا لتخلف شروط العقد أو أركانه وهو الأثر الناتج عن الاخلال بركن من اركان العقد او شروط صحته، فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقا في حالة تخلف ركن من أركانه، أما في حالة تخلف شرط من شروط صحة فيكون العقد قابلا للإبطال.

المبحث الأول: آثار العقد.

يقصد بالقوة الملزمة للعقد تنفيذ ما يترتب عنه من التزامات وفقا لمضمونه الذي يتحدد وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المادة من 106 ق.م، وقاعدة ابرام العقد وتنفيذه بحسن نية طبقا للمادة من 107 من ق.م، مما يستلزم احترامه وتنفيذه من قبل المتعاقدين

باعتباره يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقات العقدية، كما لا يجوز تعديله أو نقضه¹ إلا باتفاق من طرفيه، أما القاضي فيطبقه مثلما يطبق القانون، ولا يجوز له أن يعدله أو يقوم بالمساس بمضمونه حتى ولو كانت بعض شروطه غير عادلة في نظره.

المطلب الأول: حدود القوة الملزمة للعقد.

الفرع الأول: تعديل العقد.

يجيز المشرع للمتعاقد في بعض العقود أن يستقل بتعديل العقد، أو أن يقوم بنقضه بإرادة منفردة مثاله المادة 587 و588 من ق.م التي يجيز فيها المشرع للموكل في عقد الوكالة أن ينهي الوكالة أو يقيدھا ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، كما يجيز المشرع لاعتبارات تتعلق بالعدالة تعديل بعض الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد، فسمح المشرع للقاضي في عقود الإذعان أن يعدل شروط العقد أو أن يعفي الطرف المذعن من بعض الشروط المادة 110 من ق.م²، كما يجوز للقاضي أن يقوم بتعديل العقد في حالة الاستغلال والغبن المواد 90 و91 من ق.م.

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة.

يمكن للقاضي أن يقوم بمراجعة العقد إذا طرأت ظروف استثنائية تجعل تنفيذه مرهقا بالنسبة لأحد المتعاقدين، حيث تهتم نظرية الظروف الطارئة بمرحلة تنفيذ العقد عندما تؤدي أحداث استثنائية إلى تغيير الظروف الاقتصادية للمتعاقد عند حلول أجل التنفيذ، فقد يقع حادث عام غير متوقع لا يد فيه لأي من المتعاقدين.

¹ أي الرجوع في الاتفاق.

² تنص المادة 110 من ق.م: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة"

تعالج هذه النظرية اختلال التوازن العقدي عند تنفيذ العقد وتجد تطبيقات لها في مختلف فروع القانون، قانون اداري، دولي، جبائي، اقتصادي، بحري. نذكر على سبيل المثال: التزام المورد بتوريد سلعة معينة بصفة دورية بكمية معينة، وبثمن محدد ثم لظروف استثنائية عامة ترتفع الأسعار، فيصبح السعر الذي يتحصل به المدين على السلعة الملزم بتوريدها أكبر من السعر الذي يبيع به، عندئذ يصبح تنفيذ العقد مرهقا جدا بالنسبة له¹.

شروط الظرف الطارئ.

أ. أن يطرأ حادث عام استثنائي ومفاجئ. اشترط المشرع في المادة 107 من ق.م من أجل تطبيق هذه النظرية أن يطرأ حادث استثنائي، أي حادث غير متوقع وغير مألوف لا يمكن حدوثه في الظروف العادية نذكر على سبيل المثال: الحروب، الكوارث الطبيعية، الزلازل الفيضانات، الحرائق أو أمراض كوفيد مثلًا. كما يجب أن يكون حادث عام يمس كافة الناس، أو على الأقل فئة كبيرة منهم و لا يخص المتعاقد وحده فالحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين وحده كإفلاسه أو اضراب عماله أو مرضه لا تعتبر حوادث عامة فهي حادث فردي². لا بد من الإشارة في هذا المقام للقوة القاهرة التي تعتبر حادث استثنائي غير متوقع لكنه ليس حادثا عاما لأنها حادث فردي خاص بالمدين دون غيره³. اشترط المشرع من ناحية أخرى أن يكون الحادث غير متوقع ليس في وسع الرجل العادي توقعه عند ابرام العقد، فمعيار التوقع ليس معيارا شخصيا، وإنما يكون تحديده بالاعتماد على معيار موضوعي وليس من وجهة نظر المتعاقدين. ب. أن يصيح التنفيذ مرهقا للمدين.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص252.

² صبري السعدي، المرجع السابق، ص306.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص302.

حتى يكون الحادث الطارئ سببا لتعديل العقد اشترط المشرع أن يكون تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا، اي يهدد المدين بخسارة فادحة وهنا تختلف القوة القاهرة عن الظروف الطارئة، فإن اجتمعتا في صفة المفاجئة فهما يختلفان في الأثر القانوني حيث تجعل القوة القاهرة تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة تؤدي لانقضاء الالتزام،¹ بينما تجعل الظروف الطارئة الالتزام مرهقا.

وصف المشرع التنفيذ المرهق بالخسارة الفادحة التي تهدد المدين، وذلك في المادة 107 من ق.م مما يستدعي ضرورة تدخل القاضي من أجل تقدير جسامه الخسارة بمعيار موضوعي لا دخل لظروف المدين فيه، فتقدر الخسارة بالنظر لقيمة الصفقة وحقوق والتزامات المتعاقدين بغض النظر عن ثروة المتعاقدين، فإذا تعاقد شخص على توريد سلعة معينة ثم ارتفع سعرها ارتفاعا باهظا بسبب حادث طارئ فله أن يتمسك بأحكام النظرية، حتى ولو كان ثريا له المقدرة أن يقوم بتوريد السلعة بالسعر المتفق عليه رغم ارتفاع ثمنها².

ج. ألا يكون العقد فوريا أو احتماليا.

إذ أن النطاق الطبيعي لهذه النظرية هو العقود التي يتراخى تنفيذها أي تلك العقود المستمرة أو الفورية المؤجلة التنفيذ، كعقد الايجار وعقد التوريد، أما العقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها فلا يتصور فيها الأخذ بنظرية الظروف الطارئة³، كما لا تطبق هذه النظرية على العقود الاحتمالية لأن طبيعتها القانونية تعرض المتعاقد لعنصر المخاطرة واحتمال تحقيق ربح أو التعرض لخسارة فادحة، الى جانب العقود التي يكون محلها مبلغ من النقود طبقا للمادة 95 من ق.م.

¹ جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص243.

² نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص266.

³ يمكن تعديل التزامات الأطراف المتعاقدة في العقود الفورية تطبيقا لأحكام الاستغلال إذا توفرت شروطه القانونية.

المطلب الثاني: كيفية مراجعة القاضي للعقد.

الفرع الأول: كيفية مراجعة العقد في نظرية الظروف الطارئة.

عند تحقق الضوابط السابقة على القاضي سواء إعادة التوازن بين الالتزامات التعاقدية، وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك بإنقاص التزامات الطرف المرهق إلى الحد الذي يراه مناسباً، أو يأمر بوقف تنفيذ العقد حتى زوال الحادث إذا تبين أنه مؤقت، أو يؤجل تنفيذ الالتزام إذا كان ذلك ممكناً، ويمكن ان يعفي المدين من بعض الشروط المرهقة المتعلقة بجودة الشيء، أو أجل التنفيذ أو بإعفائه من قسط من الأقساط.

كما للقاضي أن يقوم بزيادة التزامات الطرف الآخر حسبما يراه مناسباً من أجل توزيع الخسارة الفادحة بين المتعاقدين، فعلى القاضي أن يجد حلاً وسطاً متوازناً بين مصلحة الطرفين تحقيقاً للعدالة¹.

يجب الإشارة لما يخرج عن نطاق سلطة القاضي التقديرية في الظروف الطارئة، إذ ليس للقاضي أن يفرض على المتعاقد سعراً معيناً عندما يقرر رفع السعر بل يكون للمتعاقد الخيار بين الموافقة على السعر الجديد أو فسخ العقد²، ويتضح من المادة 107 من ق.م. أنه ليس للأطراف استبعاد سلطة القاضي في التعديل فيقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك، حيث تعتبر النظرية من النظام العام لا يمكن أن يستبعد تطبيقها بالاتفاق.

الفرع الثاني: تفسير العقد.

وضع المشرع حدوداً لسلطة القاضي الذي يلتزم بقاعدة القوة الملزمة للعقد فله أن يقوم بتفسيره بحسب ما ورد في المادة 111 من ق.م. ³ التي أشارت لكيفية التفسير، فإذا كانت عبارات العقد واضحة على القاضي أن يأخذ بها العقد دون الانحراف عنها عن

¹ بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 119.

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 268.

³ تنص المادة 111 من ق.م. على أنه: " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

طريق تأويلها، أما إذا كانت عبارات العقد غير واضحة فيجب على القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد والتي يكشف عنها القاضي من وضعية المتعاقدين، وظروف التعاقد والتعاملات السابقة للمتعاقدين.

أما في حالة الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين فيتم تفسير الشك لمصلحة المدين إذا عجز القاضي عن الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، فالأصل في براءة الذمة، كما يستند هذا الحكم القانوني على المبدأ المتمثل في أن الالتزام يقرره الدائن ويوافق عليه المدين لذلك فعند وقوع الشك في تفسير العقد الدائن هو من يتحمل الخسارة عند تفسير القاضي للعقد¹.

وعليه لا يمكن للقاضي أن يقوم باستكمال عناصر العقد عن طريق تفسيره إلا باللجوء للقواعد التكميلية المفسرة لإرادة الأطراف، أو للعرف أو لقواعد العدالة، وأن سلطة القاضي في تحديد نطاق العقد وفي نظرية الظروف الطارئة مسألة قانونية خاضعة لرقابة المحكمة العليا².

المطلب الثالث: نسبية أثر العقد.

لا ينتج العقد آثار في حق شخص لا علاقة له به، فان للعقد مفعول نسبي ينحصر فيما بين المتعاقدين واللذين تحصلوا على حقوق وتحملوا التزامات باعتبارهم خلفاء عامين او خلفاء خاصين، الى جانب الدائن العادي الذي يتأثر بالعقد المبرم من طرف مدينه رغم ان تأثيره غير مباشر، أما التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير يجعلان طرف ثالث أجنبي يتأثر مباشرة بعقد لم يشارك فيه، وبهذا يكون للعقد اثر مباشر بالنسبة للغير.

¹ M.B. Aillaud, Droit des obligations, 4^{ème} édition collection paradigme, Larcier, Paris, 2014, P 247

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 297.

الفرع الأول: أثر العقد بالنسبة للخلف العام والخلف الخاص والدائنين العاديين.

الأصل ألا تتصرف آثار العقد إلا لأطرافه فلا يلتزم الغير بآثاره اعمالا لقاعدة نسبية أثر العقد التي جاء بها المشرع في المواد 108 إلى 113 من ق.م، والتي وسع فيها المشرع من نطاق المتعاقد ليشمل أطرافا تتأثر بالعقد لم يعتبرهم المشرع من الغير رغم أنهم ليسوا أطرافا متعاقدة وهم الخلف العام والخلف الخاص والدائنين العاديين.

أ. الخلف العام.

هو من يخلف الشخص في ذمته المالية كلها أو بعضها كالوارث أو الموصى له الذي تتصرف له آثار العقد الذي أبرمه سلفه إما كلياً أو جزئياً، فتنقل للموصى له حقوق والتزامات الموصي المتعلقة بالشيء محل الوصية¹، أما الوارث فتنقل له الحقوق التي نشأت عن العقد بعد موت المورث، أما الالتزامات فلا تنتقل إلى الوارث إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون، اشارت المادة 108 من ق.م انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبين من طبيعة المعاملة أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام.

قيد المشرع انتقال أثر العقد للخلف العام بقواعد وأحكام الميراث باعتبار أن الوارث غير ملزم بديون مورثه حيث نجد شخصية الوارث منفصلة عن شخصية مورثه في الشريعة الإسلامية، كما لا يوجد نص في قانون الأسرة يخالف هذه القاعدة²، بالتالي يعتبر الوارث خلفاً عاماً دون الإخلال بأحكام الميراث.

كما يستثنى من قاعدة انتقال حقوق والتزامات السلف إلى الخلف العام حالة الاتفاق على اقتصار آثار العقد على المتعاقدين دون انصرافها إلى ورثة أحدهما، إضافة لطبيعة العقد التي قد تمنع ترتيب هذا الأثر كالاتزامات القائمة على اعتبار شخصي التي يبرمها المهندس أو المحامي³، إلى جانب تدخل المشرع عندما ينص صراحة على انقضاء العقد بوفاة المتعاقد،

¹ يحل الخلف العام محل سلفه في حقوقه والتزاماته المالية وليس في حقوق الشخصية.

² المادة 180 من ق. أ.

³ أنور سلطان، المرجع السابق، ص176.

بالتالي عدم انتقال آثاره للخلف العام، مثلما جاء في المادة 439 من ق.م. التي قضت بانتهاء عقد الشركة بوفاة أحد الشركاء، والمادة 852 التي قضت بانتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع. ب. الخلف الخاص.

هو من يخلف سلفه في ملكية شيء أو حق عيني آخر، كالمشتري الذي يخلف البائع في الشيء المبيع ويتلقى حق انتفاع أو ارتفاق، وقد يخلفه في ملكية شيء مادي أو معنوي، فيعتبر كل من المشتري والموهوب له والموصى له بعين معينة والدائن المرتهن خلفا خاصا، أما من يقرر له حق شخصي في ذمة شخص آخر فلا يعتبر خلفا خاصا له بل يعتبر دائنا، كالمستأجر الذي لا يعتبر خلفا للمؤجر بل دائنا له فهو يتمتع بحق شخصي وليس عيني¹، يتضح من المادة 109 من ق.م. أنه لا تتصرف آثار العقد للخلف الخاص إلا إذا توفرت شروط معينة:

أ. أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء ومرتبطة به، فيجب أن تكون توابعه الضرورية لكي تنتقل للخلف الخاص، وتكون من مكملاته بحيث تزيد من قيمته وفائدته كحق التأمين أو حق الارتفاق، أو شرط عدم المنافسة، كما تعتبر من مستلزمات الشيء تلك الالتزامات التي يتلقاها الخلف من سلفه والتي تنقص من قيمته أو تحد من استعماله كحق الرهن، وحقوق الارتفاق السلبية أو قيود البناء التي تقيد المالك بعدم تجاوز حد معين في الارتفاع، ولا تعتبر الديون من مستلزمات الشيء إلا إذا اتفق المتعاقدين على انتقالها كديون محل تجاري مثلا بعد بيعه².

ب. أن يكون الخلف الخاص عالما بهذه الحقوق والالتزامات وقت انتقال الشيء إليه، والعبرة بالعلم الحقيقي لا بالعلم الحكمي، أما إذا لم يكن عالما بها فإنها لا تتصرف إليه. يمكن انتقال الالتزامات والحقوق المتصلة بالشيء بصرف النظر عن هذين القيدين عند وجود الاتفاق، وفي كل الأحوال تعتبر مسألة واقع يفصل فيها قاضي الموضوع.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 327.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 180.

ج. أن يكون التصرف سابقا على انتقال الحق للخلف الخاص، وتثبت الأسبقية بتاريخ التصرف¹.

ج-الدائنين العاديين.

لا يعتبر الدائن العادي لا خلفا عاما ولا خلفا خاصا للمدين²، ومع ذلك يتأثر بالعقود التي يبرمها مدينه، فإذا كسب هذا الأخير حقا زادت فرصة الدائن في استيفاء حقه، أما إذا حمله العقد التزاما تراجعته فرصته في استيفاء حقه لأنه يرتب انتقاص في أموال الضمان العام، وإن تأثر الدائن يكون غير مباشرا لأنه لا يكتسب من تصرف المدين حقا ولا يتحمل التزاما، لكنه قد يستفيد وقد يتضرر من ذلك العقد.

بالتالي فإن المسألة بالنسبة للدائن هي مسألة احتجاج وليس مسألة خلافة، من أجل ذلك منح المشرع للدائن حق استعمال مجموعة من الدعاوى التي تهدف لحماية الضمان العام المخول له³ للمحافظة على أموال مدينه، وتتمثل هذه الدعاوى في الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين والدعوى الصورية.

الفرع الثاني: أثر العقد بالنسبة للغير.

نصت المادة 113 من ق.م على أنه: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا"، الأصل أن العقد لا ينشئ للغير حقوقا ولا يلزمه بالتزامات، ويعتبر الغير في مفهوم المادة 113 من ق.م ذلك الشخص الأجنبي الذي لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا للمتعاقدين، ومع ذلك فإن الغير ملزم باحترام العقد والامتناع عن كل فعل من شأنه المساس بالحقوق والالتزامات المترتبة عنه ويسمى الغير باللغة الفرنسية *le tiers*⁴.

¹ فإذا كان حق تأمين يجب أن يبرم عقد تأمين قبل العقد الذي ينقل الملكية للخلف الخاص.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، 213.

³ تنص المادة 188 من ق.م على أنه: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه".

⁴ علي سليمان، المرجع السابق، ص 89.

يحتل الغير مكانة مهمة في القانون بمختلف فروع روعه رغم انه لا يتحمل نتائج العقد كقاعدة عامة، وهذا منذ ظهور القانون الروماني الذي اهتم بحماية الغير حسن النية¹.
ميز الفقه بين الغير المطلق والأطراف الأخرى التي لم تكن طرف في الاتفاق لكن لا تعتبر من الغير عملا بقاعدة نسبية أثر العقد وهم "les faux tiers" اي الخلف العام والخلف الخاص².

يشارك كل من الخلف العام والخلف الخاص والدائنين والغير أنهم يظهرون في مرحلة نفاذ العقد، واستنادا على نص المادة 113 من ق.م يمكن أن يرتب العقد آثارا بالنسبة للغير الذي لم يكن طرفا فيه.

كذلك بالنسبة للعقود الجماعية التي تبرم بين أرباب العمل والعمال والتي تتصرف آثارها لأطراف لم تشارك فيه، إلى جانب تصالح جماعة الدائنين مع المفلس في القانون التجاري³.

لعل أهم صور اكتساب الغير لحقوق ناتجة عن عقد لم يكن طرفا فيه، "التعهد عن الغير" و "الاشتراط لمصلحة الغير".
أ. التعهد عن الغير.

هو تعهد شخص لآخر بالحصول على قبول شخص ثالث القيام بما التزم به المتعهد، فيتمثل موضوع التعهد في حمل الغير على الالتزام نحو المتعاقد والالتزام هو التزم بتحقيق نتيجة، فإذا قبل الغير يلتزم من يوم القبول لا من يوم انعقاد التعهد، ويتضح من المادة 114 من ق.م أنه يجب توفر جملة من الشروط:

يجب أن يتعهد المتعهد باسمه، وأن يلتزم شخصا تجاه المتعاقد معه، وأن يحصل على قبول الغير لما التزم به شخصيا⁴، كما تشير المادة 114 من ق.م لعدم تقييد الغير بهذا

¹ J.Ghestin, la distinction entre les parties et les tiers au contrat, Jurisclarseus, n 48, lexis-Nexis, n48, Novembre 1992, p517.

² C. Larroumet, Les obligations, le contrat, tome 3, economica France, 1986, p926.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص215.

⁴ من أبرز أمثلة التعهد عن الغير: تعهد الوكيل بالحصول على رضاء الأصيل فيما يجاوز حدود الوكالة.

التعهد وعند رفض الغير هذا الالتزام تقوم المسؤولية العقدية للمتعهد، مع أنه من النادر جدا أن يتعهد دون أن يكون متأكدا من موافقة الغير¹.

ويمكن أن يتخلص المتعهد من المسؤولية العقدية باثباته أن عدم التزامه كان راجع لسبب أجنبي، أو عن طريق قيامه بالتنفيذ بنفسه ما لم تكن شخصية الغير محل اعتبار.

ب. الاشتراط لمصلحة الغير.

يجيز المشرع في المادة 116 من ق.م للغير أن يكتسب حقا بموجب عقد لم يكن طرفا فيه، وذلك بموجب اشتراط لمصلحة الغير، حيث يقوم المشتري بالاشتراط على المتعهد أن يلتزم تجاه المنتفع الذي ينشئ له حقا مباشرا، على أن تكون للمشتري مصلحة شخصية مادية أو معنوية.

للاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات كثيرة، من بينها أن يهب شخص عقار للموهوب له مقابل أداء خدمة معينة لشخص ثالث وهو المنتفع²، الذي لم يشترط المشرع وجوده وقت التعاقد على أن يكون قابلا للتعيين وموجودا عندما ينتج العقد أثره.

المبحث الثاني: آثار الاخلال بأركان العقد.

يعتبر البطلان جزاء لتخلف شروط العقد أو أركانه فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقا في حالة تخلف ركن من أركانه، ولا يكون للعقد عندئذ وجود قانوني ولا ينتج عنه أي أثر، أما في حالة تخلف شرط من شروط صحة العقد، كوجود عيب من عيوب الإرادة أو نقص أهلية أحد المتعاقدين يكون العقد قابلا للإبطال فيكون البطلان نسبيا³، فيبقى العقد صحيحا إلا إذا تمسك من وجد هذا البطلان النسبي لمصلحته بحقه في الإبطال، فيتقرر حينها بطلان العقد ولا يصبح له أي أثر قانوني.

¹ M.B Aillaud, op.cit, p262.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص186.

³ عبارة "بطلان نسبي" هي تسمية فقهية، فالمشرع يستعمل البطلان للدلالة على البطلان المطلق والقابلية للإبطال للدلالة على البطلان النسبي.

المطلب الأول: أحكام بطلان العقد.

تعتبر المصلحة معيارا للتمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي فإذا كانت المصلحة التي قصد المشرع حمايتها مصلحة جماعية كان البطلان مطلقا، أما إذا كانت المصلحة فردية خاصة بأحد المتعاقدين كان البطلان نسبيا، فالعقد القابل للإبطال هو عقد صحيح ومنتج لجميع آثاره إلى أن يتقرر بطلانه، فيصبح عندئذ مثل العقد الباطل بطلان مطلق من حيث آثاره، أما آثار البطلان الأصلية فتتمثل أساسا في قاعدة ارجاع المتعاقدين للحالة السابقة على التعاقد وما ينتج عنها من آثار قانونية.

1- صاحب الحق في رفع دعوى البطلان.

أ. بطلان مطلق:

يتضح من المادة 102 من ق.م. 1 أن الحق في رفع دعوى البطلان المطلق يثبت لكل من له مصلحة في ذلك باعتباره بطلانا قائما على معيار المصلحة العامة، فيكون من حق كل من المتعاقدين وحتى المتعاقد المتسبب في بطلان العقد المطالبة بطلانه، ولم يميز هنا المشرع بين المتعاقد سيء وحسن النية لكنه أشار للمصلحة.

كما يكون من حق كل من الخلف العام والخلف الخاص رفع دعوى البطلان المطلق، إضافة للدائن والغير الذي لا علاقه له بالعقد على أن يتحقق الشرط الجوهري المتمثل في توفر المصلحة المشروعة، ويمكن المطالبة ببطلان العقد في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، لأنه دفع يتعلق بالنظام العام، سواء كان ذلك عن طريق دعوى أصلية أو عن طريق دفع بالبطلان، مثاله: تكون الدعوى الأصلية دعوى فسخ عقد

¹ تنص المادة 102 من ق.م. على أنه: " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة".

فيقوم المدين بأثارة دفع متمثل في بطلان العقد، يقوم حينها القاضي بعد التحقق من هذا البطلان برفض دعوى الفسخ وإبطال العقد.

ب. البطلان النسبي:

يتبين لنا من خلال المادة 99 من القانون المدني¹ اقتصار حق إبطال العقد على الشخص ناقص الأهلية أو من شاب رضائه عيب، وليس للطرف الآخر التمسك بهذا البطلان لأنه ليس مقررا لمصلحته، فيقوم المتعاقد أو نائبه وليه أو وصيه برفع دعوى إبطال العقد.

1- سلطه القاضي.

تستطيع المحكمة أن تحكم بالبطلان المطلق من تلقاء نفسها حتى ولم يطلب منها ذلك، لأن العقد الباطل لا وجود له قانونا عملا بالمادة 102 من القانون المدني، بينما لا يجوز للمحكمة إثارة قابلية العقد لإبطاله من تلقاء نفسها لأنه غير متعلق بالنظام العام على عكس البطلان المطلق.

2- الإجازة.

أ. مفهوم إجازة العقد.

يزول حق طلب إبطال العقد القابل للإبطال بالإجازة، وهذا ما أشارت له المادة 100 من القانون المدني، تعرف الإجازة بأنها تصرف قانوني بإرادة منفردة يقوم من خلاله المتعاقد بالتنازل عن حقه في طلب إبطال العقد وهي تختلف عن الإقرار²، فالإجازة ترد في هذه الحالة على عقد قابل للإبطال بينما يقع الإقرار في عقد صحيح، ويرتب الإقرار نفاذ العقد في حق المقر كإقرار المالك في بيع ملك الغير، أما الإجازة فترتب زوال حق التمسك بإبطال العقد. لا تلحق الإجازة إلا العقد القابل للإبطال فلا يمكن إجازة عقد باطل بطلانا مطلقا، حيث يقوم الشخص الذي تقررت الإجازة لمصلحته بالتنازل عن حقه في الإبطال، يزول حينها خطر إبطال العقد إذ لا يتعلق البطلان النسبي بالنظام العام، بل هو متعلق بمصلحة من قرر

¹ تنص المادة 99 من ق.م: "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

² تصدر الإجازة من المتعاقدين مثل إجازة الأصيل لتصرف النائب المادة 77 من ق.م ، أما الإقرار فيصدر من الغير كالإقرار في بيع ملك الغير

له حق الإبطال فله أن يستعمله أو يتنازل عنه بالإجازة الصريحة أو الضمنية¹، لم يشترط المشرع أن تكون الإجازة صريحة، كما انها تتم دون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر الذي يقع على عاتقه اثباتها بكل وسائل الاثبات بما أن المشرع لم يشترط أن تكون الإجازة عن طريق الكتابة.

ب- آثار إجازة العقد.

يترتب على إجازة العقد حسب ما ورد في المادة 100 من ق.م جملة من الآثار القانونية:

- 1) زوال حق المجيز في التمسك بإبطال العقد، فيستقر العقد صحيحا غير مهددا بالإبطال.
- 2) تعتبر الإجازة حقا شخصيا للمتعاقد لا أثر له على حقوق الغير، فإذا قام شركاء قصر بالبيع وبعد بلوغهم سن الرشد قام أحدهم بإجازة هذا البيع، فلا أثر لتصرفه على حقوق باقي الورثة فمن حقهم طلب إبطال البيع.
- 3) تكون الإجازة بأثر رجعي فيعتبر العقد صحيحا منتجا للجميع آثاره منذ انعقاده، على ألا تمس الإجازة بحقوق الغير، فلا تخل الإجازة بحقوق اكتسبها الغير بحسن نية قبل إجازة العقد²، فلا يكون للإجازة حينها أثر الرجعي بل فوري.

3- التقادم:

يعتبر التقادم الذي نصت عليه المادة 102 من القانون المدني تقادما مسقطا للحق في التمسك بدعوى البطلان المطلق للعقد فلا يجوز لمن تقرر لمصلحته البطلان المطلق أن يرفع دعواه إذا انقضت 15 سنة من تاريخ إبرام العقد، ولا يؤدي التقادم المسقط للحق في رفع دعوى البطلان إلى تصحيح العقد الباطل وإكسابه وجودا قانونيا، بل يعتبر التقادم مانعا من رفع الدعوى.

¹ تعتبر إجازة العقد ضمنية عند قيام من قرر له لمصلحته البطلان بتنفيذ العقد.

² مثال: قام قاصر ببيع منقول وبعد بلوغه سن الرشد باعه مرة أخرى ثم قام بإجازة البيع الأول، لا أثر للإجازة هنا على حق المشتري الثاني.

أخضع المشرع دعوى البطلان المطلق للقواعد العامة التي تحكم تقادم الحقوق حماية لاستقرار المعاملات، أما الدفع بالبطلان فلا يسقط بالتقادم ويمكن لصاحب المصلحة أن يتمسك ببطلان العقد عن طريق الدفع عوض رفع دعوى أصلية للمطالبة بالبطلان، وسبب عدم سقوط الدفع بالبطلان يتمثل في طبيعة العقد الباطل باعتباره عقداً غير موجود¹.

أما البطلان النسبي فعبارة "يسقط الحق في إبطال العقد" التي وردت في المادة 101 من ق.م.تفيد سقوط الدفع والحق في رفع الدعوى معاً، وذلك لأنه حق مقرر لمصلحة خاصة فتكفي مدة خمس سنوات لحماية هذه المصلحة، وإن انقضاء هذه المدة دون استعمال هذا الحق يعني تنازل من تقرر حق الإبطال لمصلحته عن حقه سواء عن طريق الدعوى أو الدفع.

المطلب الثاني: آثار بطلان العقد.

الفرع الأول: الآثار الأصلية للبطلان.

أ. ارجاع المتعاقدين للحالة السابقة عن التعاقد.

يعتبر العقد الباطل بطلاناً مطلقاً عقداً معدوماً يمنح الحق للمتعاقدين بالتصرف كما لو لم يكن بينهما عقد²، أما العقد القابل للإبطال فيعتبر عقداً منتجا لآثاره القانونية لغاية صدور الحكم ببطلانه، وسواء كان البطلان مطلقاً أو نسبياً فإنه يرتب رجوع المتعاقدين للحالة السابقة على إبرام العقد، حيث يزول البطلان حقوق والتزامات المتعاقدين بأثر رجعي، ولا بد أن يسترد كل متعاقد ما قام بتأديته.

¹ همام محمد زهران، المرجع السابق، ص 196.

² إذا لم يتم البائع بتسليم الشيء المبيع ولم يدفع المشتري الثمن فلكل منهما التصرف كما لم يكن بينهما عقد فيقوم البائع بالتصرف في المبيع ويقوم المشتري بالتصرف في نقوده.

أكد المشرع على ضرورة الاسترداد العيني، أما إذا كان الاسترداد العيني مستحيلا بسبب هلاك الشيء أو بسبب طبيعة المعاملة¹ يكون الاسترداد عن طريق التعويض أي تنفيذ بمقابل أو استرداد بمقابل²، وفي حالة غياب الاتفاق حول قيمة التعويض يحدده القاضي. لا يلزم المشرع في المادة 103 من ق.م. ناقص الأهلية إلا برد ما عاد عليه من منفعة من وراء إبرام العقد، فإذا اشترى القاصر منزلا يلتزم برده و يسترد ثمن الشراء كاملا، أي انه إذا قام ببيع منزل و قام بتحقيق منفعة بالمبلغ الذي تحصل عليه فيقوم برده، لكن إذا تم استخدامه في لهو أو قمار فلا يلتزم برده لأنه لم ينفقه في عمل نافع كدراسة أو تجارة، وعلى المتعاقد معه إثبات عكس ذلك من أجل استرداد ما دفعه.

كما يحرم سيء النية من الاسترداد الكلي تطبيقا لقاعدة "ليس للغاش أن يستفيد من غشه"، فيحرم المتعاقد سيء النية الذي يعلم سبب البطلان من الاسترداد بسبب عدم مشروعية سلوكه ولا يعتبر هذا الحرمان من الاسترداد تعويضا للطرف الآخر، حيث لم يشترط المشرع وقوع ضرر للمتعاقد في المادة 103 من ق.م.

ب. سقوط حقوق الغير.

يسري البطلان في حق الغير، والمقصود بالغير هو كل من تتأثر حقوقه بصحة أو بطلان عقد لم يكن طرفا فيه³، وبما أن هذه النتيجة تمس باستقرار المعاملات تدخل المشرع في بعض التصرفات حماية الغير حسن النية⁴، فنصت المادة 885 من ق.م على بقاء الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته، وذلك لمصلحة الدائن المرتهن إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية، وذلك حتى ولو تم فسخ سند الملكية أو إلغاؤه لأي سبب آخر، كما تنص المادة 835 من ق.م على أنه: "من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقا عينيا على المنقول أو سند لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته،"

¹ يستحيل استرداد المنفعة في عقد الإيجار مثلا.

² تنص المادة 103 من ق.م على أنه: " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله ."

³ إذا باع عمر عمارة لزيد ثم قام هذا الأخير ببيعها لعلّي يعتبر علي من الغير، وإذا تم ابطال البيع يتأثر علي الذي يلتزم برد العمارة.

⁴ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 277

مثال: إذا باع عمر منقولاً لزيد باعتباره حائز المنقول، ثم باعه زيد لعلي فمن المفروض تطبيق الاسترداد، ومع ذلك لا يمكن لعمر ان يسترد المنقول من علي بعد تقرير بطلان العقد إذا كان حسن النية، كما أن حيازة الشيء في ذاتها اعتبرها المشرع قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك.

الفرع الثاني: الآثار العرضية للبطلان.

للبطلان آثار عرضية فيمكن توقي بطلان العقد في بعض الحالات عن طريق ابطال جزء منه او تحويله، كما تظهر هنا ضرورة التفرقة بين آثار بطلان العقد وآثار عدم نفاذه.

أ. البطلان الجزئي.

يقصد به بطلان شرط أو بعض شروط العقد، أو بطلان شق منه فلا يشمل حينها البطلان العقد كله بل الجزء المخالف لقواعد القانون، المادة 104 من ق.م¹، ومقتضى هذه القاعدة أن لا يكون العقد باطلاً بأكمله وإنما باطلاً أو قابلاً للإبطال في جزء أو شرط من شروطه، وذلك لاستقرار الروابط العقدية.

يجب أن يكون العقد قابلاً للانقسام على ألا يغير الانقسام من طبيعة العقد، كما يقوم هذا الشرط على تفسير إرادة المتعاقدين فإذا تبين أن هذا الجزء أو الشرط هو الدافع للتعاقد فإن فصل الجزء أو الشرط الجوهرية يكون مستحيلاً، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد، ويقع عبئ إثبات عدم إمكانه القيام بهذا البطلان الجزئي على عاتق من يدعى بطلان العقد كله، وإذا عجز عن إثبات ذلك يبقى العقد صحيحاً في جزئه المتبقي².

¹ المادة 104 من ق.م

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 242.

ب. نظرية تحول العقد.

نصت عليها المادة 105 من القانون المدني والمتمثلة في تحويل العقد الباطل أو القابل للإبطال والذي توفرت فيه أركان عقد آخر، فيكون حينها العقد صحيحا باعتباره ذلك العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن إرادة الأطراف قد انصرفت إلى إبرام هذا العقد¹، ولتحويل العقد جملة من الشروط:

- أن يكون العقد باطلا وقابلا للإبطال ويجب أن يكون البطلان كلياً وليس جزئياً.
 - أن يتضمن العقد الباطل عناصر عقد آخر، ففي عقد البيع إذا بيع شيء بثمن تافه كان عقد البيع باطلا لانعدام ركن الثمن، لكنه يتحول إلى هبة متى توفرت شروطها.
 - يجب أن تتصرف إرادة المتعاقدين إلى إبرام العقد الصحيح فيتضح من المادة 105 من ق.م أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي إرادة محتملة لإبرام العقد الصحيح لو علما ببطلان التصرف الأصلي، فيجب ان تتجه إرادة الطرفين لإبرام العقد الصحيح.
- يتولى القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ويقع التحويل بحكم قضائي بعد التأكد من اتجاه إرادة المتعاقدين لإبرام التصرف الصحيح في حالة علمهم ببطلان العقد المبرم².

ج. نظريه الخطأ عند تكوين العقد.

قد يكون العقد باطلا بسبب خطأ ناتج عن أحد أطرافه في حين يجهل المتعاقد الآخر هذا الخطأ ويطمئن إلى إبرام العقد، فمقتضى هذه النظرية أن كل العقود تتضمن ضمان ضمني من شأنه إلزام كل متعاقد بضمان صحة العقد الذي أبرمه، وعلى ذلك يلتزم المتعاقد بالتعويض على أساس مسؤولية عقدية بسبب الإخلال بهذا الضمان الضمني إذا كان المتعاقد معه يجهل سبب البطلان³، انتقدت نظرية الفقيه الألماني "أيرنج" ذلك أنه لا يمكن إقامة مسؤولية عقدية على أساس عقد باطل منعدم الأثر القانوني.

¹ اعترف المشرع بنظرية تحويل العقد بهدف استقرار المعاملات العقدية وتجد هذه النظرية مبررها في تفسير إرادة المتعاقدين.

² علي علي سليمان، المرجع السابق، ص80.

³ أنور سلطان، المرجع السابق، ص168.

هذا ما جعل المشرع الجزائري يتجاهل هذه النظرية واضعا قاعدة عامة مقررة في المسؤولية التقصيرية حيث تأسس المسؤولية في هذه الحالة على عناصر الخطأ والضرر والعلاقة السببية، فإذا تسبب أحد طرفي العقد في بطلانه فإنه يلتزم بالتعويض عند إرتكابه لخطأ وذلك طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية¹.

د. البطلان وعدم النفاذ.

يعتبر العقد الباطل عقدا منعما كأن لم يكن بين طرفيه وحتى بالنسبة للغير، أما عدم نفاذ العقد أو عدم سريانه في مواجهة الغير فلا يرتب آثارا قانونية تجاه الغير حيث يكون عقدا صحيحا منتجا لآثاره القانونية بين أطرافه، أو عقدا باطلا غير منتج لآثاره بين طرفيه لكن لا يحتج بصحته أو ببطلانه تجاه الغير، فالعقد الذي يبرمه مدين معسر اضرازا بدائنيه لا يسري في مواجهة الغير ولا أثر له تجاه الغير رغم أنه صحيح فيما بين المتعاقدين، كما يعتبر عقد الشركة باطلا بين الشركاء عند تخلف شرط الكتابة الرسمية لكن لا يحتج بهذا البطلان تجاه الغير الذي يحصل على حقوقه رغم بطلان هذا العقد وهذا ما قضت به المادة 418 من القانون المدني².

الفصل الثاني: آثار الاخلال بالالتزام العقدي.

يرتب اخلال أحد المتعاقدين بالعقد المتفق عليه للمتعاقد الآخر حق المطالبة بالتعويض على أساس مسؤولية عقدية، كما يمنح له حق فسخ العقد ودون الاخلال بحقه في التعويض.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 202.

² تنص المادة 418 من ق.م. على أنه: " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات غير أنه لا يحتج الشركاء بهذا البطلان".

المبحث الأول: المسؤولية العقدية.

يرتب الإخلال بالقوة الملزمة للعقد قيام المسؤولية العقدية للمتعاقد المخل بالتزامه فلا بد لقيام المسؤولية العقدية من وجود عقد صحيح لا باطل، لأن المسؤولية المترتبة عند بطلان العقد هي مسؤولية تقصيرية لا عقدية، ولا تقوم المسؤولية العقدية إلا عند استحالة التنفيذ العيني للالتزام، ومتى صار التنفيذ مستحيلا بفعل المدين حكم عليه بالتعويض¹، و تقوم المسؤولية العقدية على ثلاثة أركان الخطأ، الضرر، العلاقة السببية.

المطلب الأول: الخطأ والضرر.

الفرع الأول: الخطأ العقدي.

أ- مفهوم الخطأ: هو عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد كليا أو جزئيا عن عمد أو بغير عمد أي نتيجة إهمال، كما يعتبر التنفيذ المتأخر أو المعيب خطأ عقديا، ويكون الخطأ العقدي سلبيا أو إيجابيا، حيث يختلف باختلاف الالتزام فإذا كان التزام بتحقيق نتيجة يطالب المدين بتحقيق الغاية المنفق عليها، أما في الالتزام ببذل عناية فيلتزم المتعاقد ببذل عناية الرجل العادي، ولا تقوم المسؤولية العقدية إلا إذا استحال التنفيذ العيني فلا مجال للتنفيذ عن طريق التعويض إذا كان التنفيذ العيني ممكنا.

لا يمكن للمدين نفي الخطأ عن نفسه إلا إذا أثبت أن عدم تنفيذه راجع لسبب أجنبي، حيث تتعدم العلاقة السببية حينها بين الخطأ والضرر فتتعدم المسؤولية²، فتنتفي العلاقة السببية عند صدور خطأ من الغير طالما لم يكن تابعا له أو مساعدا أو نائبا، ولا يعد الغير سببا أجنبيا إلا إذا كان أجنبيا عن المتعاقد، وعند تحقق مسؤولية المدين عن فعل الغير

¹ لا يجوز للمدين أن يمتنع عن التنفيذ العيني ليعرض على الدائن تنفيذ عن طريق التعويض.

² المادة 176 من ق.م.

يرجع الدائن على الغير بدعوى غير مباشرة أساسها المسؤولية العقدية للمدين أو، بدعوى مباشرة على الغير إذا كلفه المدين بتنفيذ العقد¹.

ب- إثبات الخطأ العقدي.

يثبت الدائن وجود الالتزام وعدم القيام به فعليه اثبات عدم تحقق النتيجة في الالتزام بتحقيق نتيجة، كما يثبت عدم التزام المتعاقد ببذل العناية التي يبذلها الرجل العادي، يقع على المدين في المقابل نفي العلاقة السببية فلا سبيل له للتخلص من المسؤولية العقدية إلا عن طريق اثبات السبب الأجنبي، في الالتزام بتحقيق نتيجة أما في الالتزام ببذل عناية فيثبت أنه قام بالعناية اللازمة من أجل تنفيذ الالتزام.

الفرع الثاني: الضرر.

لا تقوم المسؤولية العقدية إلا إذا ثبت وقوع الضرر بسبب الإخلال بالالتزام العقدي، ويشترط في الضرر أن يكون حالاً كما يمكن ان يكون مستقبلاً لكن محقق الوقوع²، كما يجب أن يكون الضرر متوقعا ومباشرا أي متوقع حدوثه في حالة الإخلال بتنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، فلا يستحق الضرر الاحتمالي التعويض³.
لا يسأل المدين عن الضرر غير المتوقع إلا في حالة الغش والخطأ الجسيم حيث يسأل هنا المدين عن كل الأخطاء المتوقعة وغير المتوقعة المادة 182 من ق.م في فقرتها الثانية.

كما يجب أن يكون الضرر مباشرا صلته ثابتة بالخطأ المرتكب، ويستوي أن يكون الضرر ماديا أو أدبيا، فالضرر المعنوي هو ذلك الضرر الذي يصيب الانسان في سمعته أو عاطفته والذي يقع غالبا في المسؤولية التقصيرية، لأن طبيعة العقد تقتضي أن يكون إبرامه بهدف ذو قيمة مالية، غير أنه يمكن أن يكون للدائن مصلحة أدبية معنوية في تنفيذ العقد

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 237.

² تسأل شركة التأمين مثلا عن الضرر الحاصل نتيجة لخطأ مرتكب حتى في حالة امتداد إصابة الشخص إلى المستقبل.

³ يقاس شرط توقع الضرر بمقياس الرجل العادي.

فبترتب عن الإخلال بهذه المصلحة ضرر معنوي، كالضرر الأدبي الذي يصيب المريض في سمعته بعد إفشاء الطبيب لسر تم الاتفاق على عدم الإفشاء به¹.
عموماً يتضمن تعويض الضرر ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب تطبيقاً للمادة 182 فقرة أولى من ق.م.

المطلب الثاني: العلاقة السببية، وتعديل قواعد المسؤولية العقدية.

الفرع الأول: العلاقة السببية.

يجب أن يكون الضرر أثر للخطأ ونتيجة طبيعية له، فعلى الدائن أن يثبت الخطأ والضرر، أما العلاقة السببية فهي مفترضة في نظر المشرع وذلك في المادة 176 من ق.م، وعلى المدين نفيها بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يكون للمدين يد فيه والذي قد يكون:
أ. قوة القاهرة.

حدث فجائي غير متوقع يستحيل دفعه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً غير ممكناً بالنسبة للشخص العادي، ولا يشترط أن يكون حادثاً عاماً فيمكن أن يكون واقعة فردية للمدين²، ويمكن أن تكون الاستحالة مادية، أو قانونية كصدور قانون يمنع تداول سلعة معينة، على أن تمنع القوة القاهرة المتعاقد من تنفيذ الالتزام أما إذا كانت مؤقتة فهي توقف تنفيذه ولا تمنعه.
ب. فعل الدائن (خطأ المضرور) .

لا مسؤولية على المدين إذا ثبت أن عدم تنفيذ الالتزام راجع إلى الدائن نفسه³، فلا مسؤولية على الناقل إذا قام الراكب بالنزول قبل توقف الحافلة مثلاً، أما في حالة اشتراك المتعاقدين في الخطأ فالقاعدة أن توزع المسؤولية بينهما بالتساوي بحسب جسامه الضرر، إلا

¹ عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، 957.

² القوة القاهرة ممكن أن تكون حادث عام ككوارث طبيعية حرائق فيضانات، ويمكن أن يكون حادث فردي كمرض المدين أو إفلاسه.

³ خطأ الغير يعتبر سبب أجنبي.

إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، فإذا استغرق خطأ المضرور خطأ المتعاقد معه فلا مسؤولية على هذا الأخير والعكس.

الفرع الثاني: تعديل قواعد المسؤولية العقدية.

تترتب المسؤولية العقدية عن العقد فبالتالي يمكن للمتعاقدين تعديل قواعد هذه المسؤولية بالاتفاق، فيجوز بحسب نص المادة 178 من ق.م.1 اتفاق الأطراف على تشديد المسؤولية العقدية أو التخفيف منها أو الإعفاء منها كلية على أن لا يخالف الاتفاق النظام العام والقواعد الآمرة للمسؤولية، فيمكن أن تشدد مسؤولية المدين عن عدم التنفيذ حتى ولو كان عدم تنفيذه راجعا لسبب أجنبي.

التخفيف من المسؤولية وحتى الإعفاء منها جائز إلا في حالة الغش والخطأ الجسيم، فيكون المدين في هذه الحالة مسؤولاً رغم الاتفاق.

في المقابل يجيز المشرع إعفاء المدين في حالة الغش والخطأ الجسيم فقط عند صدور الغش والخطأ الجسيم من أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، وهذا ما يتضح من المادة 178 من ق.م، ورغم أهمية هذا الحكم القانوني إلا أنه غير واضح بسبب سكوت المشرع عن بيان الأشخاص المستخدمين الذين يعملون لدى المدين.

لا يجوز المطالبة بأكثر من قيمة التعويض المتفق عليه حتى ولو جاوز الضرر قيمة التعويض، ويمكن للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً، أو أنه قد نفذ جزء كبير من الالتزام الأصلي في غير حالات الاتفاق على مبلغ التعويض.

¹ تنص المادة 178 من ق.م: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية".

المبحث الثاني: فسخ العقد.

يقوم للمتعاقد حق طلب انحلال الرابطة العقدية عند عدم وفاء المتعاقد الآخر بالتزامه، فلا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة لجانبين، ويعتبر ركن السبب أساساً قانونياً لنظرية الفسخ¹، حيث أن عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه يؤدي لانعدام سبب المتعاقد الآخر، وهذا ما أكدته المادة 119 من ق.م. التي تنص على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد، أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"، فيجب أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو كان مستعداً لذلك و قادراً على إعادة الشيء إلى ما كان عليه، والفسخ ثلاثة أنواع:

المطلب الأول: أنواع الفسخ.

الفرع الأول: فسخ قضائي.

يرجع تقديره للقاضي الذي يجوز له أن يتجنبه بمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه، أو ما يسمى "بنظرة الميسرة"، كما له أن يمتنع عن فسخه إذا كان المدين قد نفذ جزءاً لا بأس به من التزامه، يلجئ المتعاقد عادة للفسخ عندما يصبح التنفيذ العيني مستحيلاً، أو في الحالات التي لا يريد فيها المتعاقد أن يحصل على التعويض (التنفيذ عن طريق التعويض)، أو يكون قد لجأ الدائن لوسيلة للدفع بعدم التنفيذ ولم ينجح، أو أنه لا يريد الدفع بعدم التنفيذ نتيجة لوقوع خلاف بين المتعاقدين حول بعض الأحوال التفصيلية للعقد التي تم الاحتفاظ بمناقشتها لاحقاً فيفضل حينها فسخ العقد²، ويجب إعدار المدين وإن أخبره بالرغبة في فسخ العقد يعتبر إعداراً.

¹ ذهب القضاء الفرنسي إلى تأسيس نظرية الفسخ على فكرة السبب، وبعد انتقاد ركن السبب أسس الفسخ على مبدأ العدالة وحسن نية المتعاقدين.

² عيد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص 715.

يمكن للمدين أن ينفذ التزامه قبل الحكم بالفسخ ولا يبقى حينها إلا مسألة التعويض عن التأخير في التنفيذ إذا تسبب ذلك التأخير في ضرر للدائن، أما إذا منح القاضي أجلا للمدين للتنفيذ اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بانقضاء ذلك الأجل دون تنفيذ¹.

الفرع الثاني: الفسخ الاتفاقي.

نصت عليه المادة 120 من ق.م، يعتبر العقد مفسوخا مباشرة دون حاجة لحكم قضائي في الفسخ الاتفاقي عند الاخلال بالالتزام العقدي، ولا يعفي هذا الاتفاق من وجوب اعدار المدين ما لم يتم استبعاد الاعذار صراحة بالاتفاق، وهذا ما يتضح من المادة 180 من ق.م، وذلك عندما يتفق المتعاقدين أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر، كما لا يغني هذا الشرط الفاسخ عن المطالبة القضائية بالفسخ فيكون الحكم القضائي في هذه الحالة كاشفا للفسخ وليس منشئا له، أما إذا اتفق الطرفان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو اعدار يصل المتعاقدان إلى أقصى صور الاتفاق على الفسخ.

أما إذا نازع المدين في واقعة عدم تنفيذ التزامه فيعرض الأمر على القضاء، فيكون كذلك حكما مقرررا للفسخ لا منشئا له²، وللقاضي سلطة التحقق من شروط الفسخ، كما يتمتع بنفس سلطته التقديرية المقررة في المادة 119 من ق.م³.

الفرع الثالث: الفسخ بقوة القانون (الانفساخ).

يفسخ العقد بقوة القانون دون حاجة لاتفاق أو حكم قضائي، وهذا ما قضت به المادة 121 من ق.م، وذلك بسبب استحالة تنفيذ العقد استحالة مطلقة ترجع لسبب أجنبي، و هنا لا يحتاج الدائن إلى أعدار المدين، كما لا يخضع هذا الانفساخ لرقابة القضاء، وإذا تم اللجوء

¹ وذلك حتى ولو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك.

² فتحي عبد الرحيم، شرح النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص349.

³ للقاضي منح أجل للمدين أو الامتناع عن الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات.

للقضاء من أجل تقريره يكون الحكم القضائي كاشفا لا مقرر له، أما إذا لم يتمكن المدين من اثبات السبب الأجنبي حكم عليه بالتعويض.

المطلب الثاني: آثار الفسخ.

أ. ينتج عن الفسخ زوال العقد بأثر رجعي فيتم إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، أما إذا استحال ذلك بسبب هلاك أو تغير طبيعة الشيء يتم الحكم بتعويض مناسب¹.

ب. بالنسبة للغير فالأصل عدم انصراف أثر الفسخ إليه، فلا ترفع عليه دعوى الفسخ لكن يمكن أن ترفع عليه دعوى الاسترداد، لأن الفسخ حجة في مواجهة الكافة²، ومع ذلك لا يمنع الأثر الرجعي للفسخ احتفاظ الغير بحقوق اكتسبها بحسن نية، وهذا ما يتضح من المواد 828 و835 من ق.م، ولا يكون هنا أمام طالب الفسخ إلا المطالبة بالتعويض.

ج. أما تبعة الهلاك فتكون على عاتق المدين فإذا هلك المبيع قبل تسليمه للمشتري لا يستطيع البائع المطالبة بالثمن ويتعين عليه رده إذا قبضه هذا في حالة الانفساخ، أما إذا فسخ العقد بسبب عدم التنفيذ يسترد كل متعاقد ما حصل عليه، و في العقود الملزمة لجانب واحد فالدائن هو من يتحمل تبعة الهلاك.

الدفع بعدم التنفيذ.

يعتبر الدفع بعدم التنفيذ تطبيقا لمبدأ حق الحبس في العقود الملزمة لجانبين، حيث يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ العقد في حالة امتناع المتعاقد الآخر عن التنفيذ، وبالرجوع للمادة 123 من ق.م يتبين لنا أن للدفع بعدم التنفيذ شروط قانونية معينة:

يجب أن يكون العقد ملزم لجانبين ومرتباً بالالتزامات فورية، فلا يمكن الدفع بعدم التنفيذ في عقد يضاف الالتزام فيه إلى أجل، إذ لا يمكن للعامل الامتناع عن تنفيذ عقد العمل بسبب

¹ المادة 122 من ق.م

² إذا قام المشتري بالتصرف في المبيع تم فسخ عقده الذي اكتسب به ملكية الشيء قبل بيعه، يسترده البائع الأول فيعتبر هنا المشتري كأنه لم يملكه.

عدم التزام رب العمل بدفع الأجرة، لأن طبيعة العقد تجعل العامل ينفذ التزامه ولا يستطيع الامتناع عن العمل إلا إذا اتفق الطرفان على دفع الأجرة مقدماً¹.

ويرتب الدفع بعدم التنفيذ وقف الالتزام إلى حين تنفيذه ووقف الفسخ إلى حين تنفيذ الالتزام، ولا يجوز التعسف في استعمال الدائن لهذا الحق خاصة إذا كان المدين قد نفذ جزء كبيراً من التزامه².

الباب الرابع: المصادر غير الإرادية وشبه الإرادية للالتزام.

تضمن الكتاب الثاني من القانون المدني كل من المصادر غير الإرادية وشبه إرادية للالتزام وذلك من خلال فصلين الثالث والفصل الرابع، وهذا ما سنتناوله من خلال هذا الجزء من الدراسة.

تقوم المسؤولية المدنية على أساس تعويض ضرر ناشئ عن إخلال بالتزام عقدي أو قانوني، فإذا كان الالتزام عقدياً قامت المسؤولية العقدية، أما إذا كان قانونياً قامت المسؤولية التقصيرية، الناشئة عن الفعل الصادر عن إهمال وغالبا يكون بغير قصد، لذلك سميت بشبه الجريمة، أو المصدر غير الإرادية للالتزام.

أما المصادر الشبه إرادية للالتزام أو ما أطلق عليها المشرع تسمية شبه العقود فهي تصرفات اختيارية مشروعة ينشئ عنها التزامات نحو الغير.

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 297.

² يلجأ عادة المتعاقد لوسيلة الدفع بعدم التنفيذ في البداية يطالب بعد ذلك المدين بالتنفيذ العيني فيجبره القاضي على التنفيذ، ثم يطالب الدائن بالتعويض على أساس مسؤولية عقدية و يعتبر الفسخ آخر وسيلة يلجأ إليها الدائن.

الفصل الأول: المسؤولية التقصيرية.

تقوم هذه المسؤولية على أساس التزام مصدره النص القانوني، فيقع على المسؤول تعويض المضرور دون وجود علاقة عقدية بينهما، فهي مسؤولية قائم على أساس الالتزام بعدم الاضرار بالغير، وهناك ثلاث اركان للمسؤولية التقصيرية، الخطأ، الضرر والعلاقة السببية.

1- نظم المشرع المسؤولية التقصيرية في المواد 124 إلى 140 مكرر 1 من ق.م، وتنقسم إلى 3 صور: مسؤولية عن العمل الشخصي، مسؤولية عن فعل الغير، مسؤولية ناشئة عن الأشياء.

المبحث الأول: المسؤولية عن العمل الشخصي.

نص عليها المشرع في المادة 124 من ق.م وهي لا تقوم إلا بتوفر أركانها:

المطلب الأول: الخطأ.

هو اخلال بالتزام قانوني ينص عليه المشرع، وهناك واجبات قانونية لا تتضمنها التشريعات لكن استقر الأمر عليها حيث يكون مصدرها مبدأ العدالة، والمسلك الصحيح والمألوف، فمن يقود سيارة في شارع ضيق مليء بالناس لا يمكن أن يسير بسرعة عالية وإلا شكل ذلك انحرافاً عن المسلك الصحيح، ويعتبر معيار الرجل العادي المتوسط الذكاء والتبصر هو معيار الخطأ الذي يوجب المسؤولية، دون اغفال الظروف التي وجد فيها هذا الشخص العادي، ويستوي في ذلك العمل أن يكون بقصد أو بغير قصد.

كما يكلف القاضي بالبحث عن الخطأ على ضوء معيار مادي ومعيار شخصي، اما في حالة الإهمال فيؤخذ بمعيار موضوعي متمثل في معيار الرجل العادي لو وجد في

ظروف المسؤول، لان الأخذ بالمعيار الشخصي قد يؤدي الى محاسبة الرجل اليقظ على أقل هفواته والتسامح مع الأشخاص غير اليقظين¹.

الفرع الأول: المعيار المادي للخطأ.

هو السلوك المعيب الذي ينحرف فيه صاحبه عن المسلك المستقيم الذي يسلكه الرجل العادي، ويعتبر الإهمال شديد الجسامة خطأ عمديا وإن كان لا يتضمن نية الاضرار، ويقوم الخطأ سواء كان الانحراف بسيطا أو جسيما، لكن يستثنى من ذلك حالة الدفاع الشرعي، وحالة الضرورة وتنفيذ أمر صادر من رئيس تجاه رؤوسه هذا ما يتضح من المادة 128 من ق.م.2: - حالة الدفاع الشرعي: تعتبر سببا لمشروعية الفعل المرتكب حتى لو كان غير مشروع إذا كان الفعل مرتكبا دفاعا عن نفسه، أو ماله أو عن نفس الغير، ولا يشترط أن يقع الضرر لمرتكب الفعل بل يكفي وقوع ما يخشى منه وقوع الاعتداء، لكن يجب أن يكون الخطر عملا غير مشروع، وأن يكون الفعل المرتكب دفعا لهذا الخطر ودون الافراط فيه، ولم يبين المشرع المقصود بالغير، فلم يشترط المشرع أن تكون هناك علاقة قرابة بالغير.

- تنفيذ أمر صادر عن الرئيس: نص عليه المشرع في المادة 129 من ق.م. يجب أن يكون العمل صادر من موظف أو أحد الأعوان العموميين، فيمكن لهؤلاء التخلص من المسؤولية إذا تم إثبات أنهم قاموا بالعمل تنفيذا لأمر من الرئيس، ويستثنى العمال غير الخاضعين لقانون الوظيف العمومي، على أن يكون الأمر واجب على الموظف تنفيذه فلا يكفي مجرد اعتقاده أنه ملزم بتنفيذه³.

- حالة الضرورة نص عليها المشرع في المادة 130 من ق.م، تتحقق عندما يعتدي شخص على حق شخص آخر لكن بسبب حالة ضرورة تبرر الخطأ، على أن يكون إلحاق

¹ دنوني هجيرة، محاضرات في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2008-2009، ص 81.

² تنص المادة 128 من ق.م. على أنه: "من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او عن ماله، او عن نفس الغير، او ماله، كان غير مسؤول، على ان لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي".

³ دنوني هجيرة، المرجع السابق، ص 81.

الضرر هو السبيل الوحيد لدفع ضرر آخر أكبر، وأن يكون الضرر محققاً على وشك الوقوع لو لم يدفع بضرر أقل منه، وألا يكون الضرر المراد تجنبه راجع إلى خطأ من يقوم بدفعه، كما لا يكون راجعاً للغير لأن خطأ الغير ينفي الدفاع الشرعي¹.

الفرع الثاني: المعيار المعنوي للخطأ (الإدراك).

لم يشترط المشرع في الشخص الذي يرتكب الخطأ إلا سن التمييز، فهي مسؤولية قائمة على أساس تحمل التبعة وليس على عنصر الإدراك، لا يسأل إلا المميز أما غير المميز فلا يسأل حيث ينتفي الإدراك في كل من الصبي غير المميز والمعتوه والمجنون²، لم يشترط المشرع أن يكون الخطأ عمدياً، كما لم يحدد جسامته فهي مسؤولية من النظام العام لا يجوز الاعفاء منها، لكن يمكن للشخص أن يتنازل عن التعويض.

الفرع الثالث: اثبات الخطأ.

تقوم المسؤولية عن العمل الشخصي على أساس الخطأ الواجب الإثبات، فعلى من يدعي الضرر اثبات وجود الخطأ، ويعتبر الخطأ واقعة مادية يمكن أن تثبت بكل طرق الإثبات كشهادة الشهود والقرائن والخبرة والمعاينة، وغيرها من وسائل الإثبات.

تطبيقات الخطأ: يعتبر تجاوز حدود الحق والانحراف عنه خطأ يلزم الشخص المتعدي بالتعويض باعتباره قد مارس رخصة على نحو يتعدى حدودها، كمن قام ببناء جزء من أرضه وجزء آخر على أرض الغير، وهي الصورة التقليدية للخطأ، أما الصورة الأخرى فتتمثل في التعسف في استعمال الحق، عندما يستعمل الحق استعمالاً يتنافى مع وظيفته الاجتماعية مما يعد انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي.

¹ جلال علي، المرجع السابق، ص 343.

² المادة 42 من ق.م.

يعتبر التصرف تعسفاً في استعمال الحق متى اتخذ إحدى الصور الثلاث التي ذكرها
المشرع في المادة 124 مكرر من ق.م.

أ. عندما يقع الخطأ بقصد الأضرار بالغير حتى ولو أدى استعمال الحق إلى تحقيق مصلحة
لصاحبه، ويعد العامل الرئيسي الغالب على استعمال الحق هو قصد الأضرار بالغير،
وتأخذ تفاهة المصلحة التي تعود على صاحب الحق نفس الحكم، من أمثلة استعمال الحق
بقصد الأضرار بالغير من يطلق زوجته وهو في مرض الموت لحرمانها من الميراث.
ب. عندما يرمي استعمال الحق للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر أي عدم تناسب
مصلحة صاحب الحق مع الضرر الذي أصاب الغير، إذ ليس من العدل استعمال الرجل
العادي حقاً على وجه يضر بالغير لتحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع هذا
الضرر¹، كمن يقوم باحتكار سلعة معينة لرفع ثمنها.

ج. إذا كان الغرض من ممارسة الحق الحصول على فائدة غير مشروعة: عندما يقصد
صاحب الحق الوصول لغاية غير مشروعة مخالفة للنظام العام والآداب العامة، كمن
يفضل عامل بسبب اشتراكه في نشاط نقابي، أو بسبب انتمائه السياسي أو الحزبي، ويقع
عبيء اثبات إحدى هذه الصور على الدائن المضرور من أجل الحصول على التعويض،
كما تقاس هذه الصور بمعيار الرجل العادي².

¹ فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، 464.

² سلمان بونياب، مبادئ القانون المدني، دراسة نظرية وتطبيقات عملية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2003،
ص157.

المطلب الثاني: الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

الفرع الأول: الضرر.

يجب أن يترتب عن الخطأ ضرر يصيب أحد الأشخاص في جسمه أو ماله، وهذا هو الضرر المادي وقد يقع الضرر على حقوق غير مالية في عاطفة المضرور أو سمعته أو عرضه فيكون الضرر أدبيا¹.

الضرر عموما هو كل ما يصيب الشخص في حق من حقوقه التي يحميها القانون، كما يجب أن يكون الضرر محققا وليس محتملا ويمكن أن يكون الضرر عبارة عن تفويت فرصة للغير.

كما يمكن أن يكون الضرر مستقبلي محقق الوقوع، وحتى غير المتوقع الوقوع، قد يترتب الضرر عن اعتداء على حق مادي ذو قيمة مادية ومعنوية في آن واحد كما هو الشأن في حادث تصادم يصاب به المسافر فيؤدي لتشوه في جسمه ينقص من قدرته على العمل مما يؤثر عليه معنويا.

اما الضرر المرتد فهو ذلك الضرر الذي يصيب الضحية المباشرة ليرتد عنه على من يرتبط معها بعلاقة معينة، فهو ضرر تبعي منبعه الضرر الأصلي لكنه مستقل عنه ومن أهم صورته التعويض عن فقد معيل الاسرة كالضرر الذي يصيب ذوي المتوفي، لكن لا تعتبر الاعالة شرطا لمطالبة المضرور بالتعويض، والضرر المرتد شأنه شأن الضرر بصورة عامة قد يكون ماديا او ادبيا².

كما لا تعتبر القرابة شرطا للمطالبة بالتعويض في الضرر المرتد المادي او المعنوي، فلم يحدد المشرع أصحاب الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المرتد، لذلك يشترط توفر

¹ المادة 182 مكرر من ق.م.

² بحماوي شريف، التعويض عن الاضرار الجسمانية، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 08/2007 ص 34.

المصلحة المشروعة للمطالبة بالتعويض، وترجع مسألة تقدير التعويض والعلاقة المشروعة التي تربط المضرور بالمدعي لقاضي الموضوع، عملاً بالمواد 131 و 132 من ق.م.

الفرع الثاني: العلاقة السببية.

لا تتحقق العلاقة السببية إلا إذا كان الضرر نتيجة للخطأ، أما إذا تدخلت عوامل أخرى كسبب أجنبي تنقطع العلاقة السببية¹، قد يكون السبب الأجنبي قوة قاهرة أو خطأ المضرور، أو خطأ الغير هذا ما أشارت إليه المادة 127 من ق.م.

تمنع القوة القاهرة والحادث الفجائي قيام مسؤولية المدين، ولا بد من توفر شرط عدم إمكان توقع القوة القاهرة، أو الحادث الفجائي وقت وقوع الفعل الضار، وما يميز القوة القاهرة عن الحادث هو أن الأولى حادث خارجي عن الشيء²، أما الحادث المفاجئ فقد ينجم عن الشيء ذاته كحريق ينشب في سيارة، ومع ذلك فإن هذا لا يمنع مسؤولية المدين عند اشتراكه بخطئه مع القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

أما إذا كان الضرر ناتجاً عن خطأ المضرور فلا مسؤولية على المدين، ويقاس هذا الخطأ بمعيار الرجل العادي، أما في حالة اشتراك كل من الشخص المضرور والمدين في الخطأ وجب البحث عن الخطأ الذي يستغرق الآخر، فإذا تبين أن المضرور قد تعمد إلحاق الضرر بنفسه مستغلاً خطأ المدين فلا مسؤولية على المدين لانعدام العلاقة السببية، كمن أراد الانتحار فألقى بنفسه أمام سيارة مسرعة.

أما إذا لم يستغرق أحد الخطأين الآخر فيتحمل كل منهما جزء من المسؤولية، وقضت المادة 126 من ق.م بتضامن المسؤولين عن الضرر متى توافرت العلاقة السببية، فيشتركون جميعاً في التعويض وبالتساوي، إلا إذا عين القاضي مقدار التعويض لكل واحد

¹ محمد بن عبد الله المرزوقي، مسؤولية المرء عن الضرر الناتج عن تقصيره، الطبعة الأولى، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، لبنان، 2009، ص215.

² كوارث طبيعية، فيضانات أو زلازل.

منهم، ويتخذ تعدد الأسباب صور كثيرة فقد يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر من حيث الجسامة، أو يكون أحد السببين نتيجة لسبب آخر¹، فلا يعتد حينها بالخطأ الثاني.

كما قد تتسلسل الأضرار بسبب خطأ واحد، وهنا يجب البحث عن الضرر المباشر فقد يقع خطأ تنتج عنه أضرار متعاقبة فتتعدد الأضرار ويكون الخطأ واحداً، كأن ينتج عن الخطأ ضرر واحد ثم تتعاقب الأضرار، مثاله: من باع بقرة بها وباء، فانتقلت العدوى لمواشي المشتري فهلكت كلها، مما أدى لعدم تمكنه من زراعة أرضه، فعجز عن تسديد ديونه فحجز على أرضه، فأصيب على أثر ذلك بمرض وتعاقبت الأضرار، فالأصل أن السببية لا تتوفر إلا بالنسبة للضرر الأول المباشر الذي يتمثل في النتيجة الطبيعية للخطأ²، وفقاً للمادة 127 من ق.م.

يعتبر خطأ الغير سببا ينفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، إذا تبين أن خطأ الغير قد شكل انحرافاً عن سلوك الرجل العادي، ويجب ألا يكون الغير من الأشخاص اللذين يسأل عنهم المدين كنائبه، أو تابعه وعند وجود خطأين أحدهما صادر من المدين وآخر من الغير يبحث القاضي عن الخطأ الذي يستغرق الآخر، وقد يتحمل كل منهما جزء من المسؤولية، إذا كان الخطأ مشتركاً.

أما في حالة صدور خطأ من كل من المضرور والمدين والغير يتحمل كل منهم جزء من التعويض، ويمكن للمضرور الرجوع على المدين والغير على أساس التضامن القائم بينهما، وفقاً للمادة 126 من ق.م.

جزاء المسؤولية عن العمل الشخصي.

يتضح من المادة 132 من ق.م أن جزاء المسؤولية التقصيرية عبارة عن تعويض يعينه القاضي تبعاً للظروف، ويقدر عادة نقداً، ويمكن أن يقسطه القاضي كما يجوز أن يكون مرتباً،

¹ عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، "الالتزامات"، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 429.

² فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 487.

أو إيرادا وقد يكون التعويض عينيا عندما يأمر القاضي بإزالة العمل¹، وإعادة الحالة لما كانت عليه، ويحتفظ القاضي بمراجعة التعويض عندما يكون الضرر مستقبلي²، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب طبقا للمادة 182 من ق.م. وعليه يمكن

المبحث الثاني: المسؤولية عن عمل الغير.

يسأل المتسبب في ضرر للغير سواء كان خطأ ناتج عن فعله هو شخصا او عن فعل من هو مسؤول عنه قانونا او اتفاقا، او في شيء يقوم بحراسته.

المطلب الاول: مسؤولية متولي الرقابة.

تتمثل في مسؤولية الشخص عن الأشخاص الخاضعين لرقابته.

الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة.

يتضح من المادة 134 من ق.م³ وجوب توفر شروط معينة لقيام هذه المسؤولية: 1. أن يكلف الشخص بالرقابة بحكم القانون أو الاتفاق: فلا تكفي الرقابة الفعلية، ولم يعرف المشرع الشخص المكلف بالرقابة حتى بعد تعديله للمادة 134 من ق.م⁴، ولم يبين الأشخاص الذين يقع عليهم هذا الالتزام، بل اكتفى بتحديد مصدره الذي يكمن في صغر سن من يوضع تحت الرقابة، حيث تجب الرقابة على القاصر أي كل من لم يبلغ سن

¹ كان يأمر القاضي بإزالة حائط حجب الضوء والهواء عن جاره.

² لا يقدر التعويض بصفة نهائية في حالات معينة، فلا تطالب امرأة حامل بالتعويض بسبب تعرضها للضرب على أساس إمكانية اجهاضها في المستقبل.

³ تنص المادة 134 من ق.م على أنه: "كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار".

⁴ بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

الرشد، فيبقى الصبي المميز خاضعا للرقابة التي تكون أساسها الولاية، فالأب ولي على ابنه وبعد وفاته تحل محله الأم.

2. كما تجب الرقابة بسبب الحالة الجسمية والعقلية للشخص كالأعمى أو المصاب بشلل أو مجنون أو معتوه، فيسأل الولي وكل من انتقلت له الرقابة كطبيب المستشفى مثلا. لا بد من التمييز بين أنواع الرقابة القانونية كرقابة الولي والرقابة الاتفاقية كرقابة المدرس ورب الحرفة، أو مدير مستشفى الأمراض العقلية، وعندما يبلغ الشخص سن الرشد يتحرر من الرقابة مهما كان مصدرها، إلا إذا أصيب بعد بلوغه لسن الرشد بعاهة جسمية أو عقلية.

3. لا تقوم هذه المسؤولية إلا بحصول فعل ضار ممن هم تحت رقابة الشخص، حتى ولو كان غير مميزا، فلم يشترط المشرع لقيام هذه المسؤولية سن التمييز في الشخص الخاضع للرقابة، فهي قائمة سواء كان هذا الأخير مميزا أو غير مميز¹.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية متولي الرقابة.

تقوم مسؤولية متولي الرقابة على أساس خطأ مفترض طالما أن الخاضع للرقابة بحاجة لها، ولأن فعل الخاضع للرقابة قرينة قانونية على عدم قيام المكلف بالرقابة بواجبه، ولا سبيل له من أجل التخلص من هذه المسؤولية إلا نفي العلاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي، ولا يسأل متولي الرقابة إلا عن الضرر الذي يقع للغير، إما إذا وقع على الخاضع للرقابة ضرر من الغير فلا يسأل عنه متولي الرقابة².

¹ المادة 134 من ق.م.

² إذا وقع ضرر للشخص الخاضع للرقابة من الغير لا يسأل عنه مدير المؤسسة إلا إذا كان خطأ شخصي.

المطلب الثاني: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

يتبين لنا من المادة 136 من ق.م شروط قيام مسؤولية المتبوع عن الأفعال الضارة

التي يرتكبها التابع والمتمثلة في:

الفرع الأول: قيام علاقة تبعية.

تقوم علاقة التبعية في الكثير من الحالات على علاقة عمل فيكون التابع يعمل لحساب المتبوع ويخضع لأوامره، ولا تقتضي هذه العلاقة وجود عقد عمل فيكفي تحقق علاقة التبعية القائمة على عنصر السلطة الفعلية أو عنصر الرقابة والتوجيه، ولا يشترط أن يكون التابع مأجورا، فيجوز أن تقوم رابطة التبعية بين الأب وابنه والصديق وصديقه طالما كلفه يعمل لمصلحته، وحتى ولو لم يكن للشخص المتبوع حق اختيار الشخص التابع.

كما لا يشترط توفر سلطة فعلية او قانونية، فيكفي عنصر الرقابة والتوجيه مثل: معلم الحرفة، كما قد تنشأ الرابطة التبعية بحكم الواقع عندما يكون العقد مصدر علاقة التبعية باطلا أو غير مشروع¹، حيث تشير المادة 136 فقرة 2 الى تحقق علاقة التبعية حتى ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع.

الفرع الثاني: أن يقع الضرر أثناء تأدية الشخص التابع لوظيفته أو بسببها.

فيكون حينها المتبوع مسؤولا عن الضرر، ويستوي أن يكون تنفيذ الأمر أو دون أمر، وسواء كان يعلم المتبوع أو بدون علمه، ولا مسؤولية على المتبوع إذا وقع ضرر لا علاقة له بالوظيفة، أما إذا تجاوز الموظف حدود اختصاصه فيسأل عن أخطائه مسؤولية شخصيته، ويعتبر خطأ في حال تأدية الوظيفة كل اخلال بواجب يقع على التابع وبمناسبة الوظيفة، فيجب وجود صلة بين الخطأ والوظيفة، لا يعتبر مثلا السائق تابعا إذا أخذ السيارة خارج أوقات العمل.

¹ سلمان بوزياب، المرجع السابق، ص 169.

كما يجب أن تكون الوظيفة سبب لوقوع الخطأ مثاله: أن يرى الخادم سيده يتضارب مع آخر، فيهب لمساعدته فيضرب الشخص الآخر فيسبب له أضرار، هذا الخطأ لم يكن ليقع لولا الوظيفة، يكون المتبوع هنا مسؤولاً عن الفعل الذي ارتكبه التابع¹.

لا يتخلص المتبوع من المسؤولية إلا إذا أثبت وقوع خطأ جسيم من التابع فالمسؤولية، هنا واجبة الإثبات وليست مفترضة، حيث سكت المشرع عن بيان إمكانية استبعاد هذه المسؤولية بنفي العلاقة السببية².

وتجدر الإشارة لضرورة التمييز بين المادة 136 من ق.م التي نصت على مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة القائمة على علاقة التبعية، وبين المادة 129 من ق.م التي يعفي فيها المشرع التابع من المسؤولية عند قيامه بتنفيذ أوامر رئيسه في إطار الوظيفة العامة، انسجاماً مع نص المادة 31 من الأمر رقم 06-03 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية³، التي تنص على انه: "إذا تعرض الموظف لمتابعة قضائية من الغير، بسبب خطأ في الخدمة، يجب على المؤسسة أو الإدارة العمومية التي ينتمي إليها ان تحميه من العقوبات المدنية التي تسلط عليه، ما لم ينسب الى هذا الموظف خطأ شخصي يعتبر منفصلاً عن المهام الموكلة له".

المطلب الثالث: المسؤولية الناشئة عن الأشياء.

لها ثلاثة صور تقوم جميعها على فكرة الحراسة، وهي تتعلق بالشخص الذي يتولى حراسة الشيء، حيث تكون له سلطة فعلية على الشيء:

الفرع الأول: مسؤولية حارس الأشياء (مسؤولية عن الأشياء غير الحية).

يشترط لقيام مسؤولية حارس الشيء وفقاً للمادة 138 من ق.م:

¹ فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 538.

² المادة 137 من ق.م.

³ أمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر عدد 46 يوليو 2006.

- أن يقوم شخص بحراسة الشيء: عندما يكون لشخص سلطة فعلية على شيء، حيث يكون مالكة سواء كانت ملكية مفردة أو شائعة¹، فإذا أراد الحارس دفع المسؤولية عليه أن يثبت خروج الحراسة من يده وقت وقوع الحادث.

- أن يحدث الضرر بفعل الشيء: فيجب أن يكون الضرر ناشئاً عن فعل الشيء، ولا يشترط أن يكون تدخل الشيء تدخلاً سلبياً، فإذا انطلقت سيارة بسرعة فائقة ففزع أحد المارة وأصيب بضرر دون أن تمسه السيارة يعتبر هذا التدخل إيجابياً²، ويكفي أن يكون الشيء مصدر الضرر سواء اتصل بالمضروب اتصالاً مباشراً أي مادياً أو كان سبباً في وقوع الضرر، كما يجب أن يصدر الضرر عن فعل الشيء، ومعياره افلات زمام الشيء من يد الحارس، أما إذا ارتكب الخطأ متعمداً يسأل الحارس مسؤولية شخصية³.

أساس المسؤولية عن فعل الأشياء.

تعتبر هذه المسؤولية مفترضة قانوناً أي لا سبيل لاستبعادها إلا نفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وإثبات السبب الأجنبي، أو إثبات انتقال الحراسة فتنفي المسؤولية حينها، ويستوي في ذلك انتقال الحراسة بإرادة الحارس كبيع الشيء أو تأجيره أو رهنه، أو انتقالها رغماً عنه في حالة سرقة مثلاً، حيث لا تقوم هذه المسؤولية على أساس حق الملكية، وإنما على أساس الحيازة والسيطرة الفعلية التي لا يشترط فيها أن تكون بموجب سند قانوني⁴.

الفرع الثاني: مسؤولية حارس الحيوان.

نصت عليها المادة 139، وتقوم على شرطين:

أن يتولى شخص حراسة الحيوان، وأن تكون له سلطة فعلية على هذا الحيوان، تقوم هذه المسؤولية على أساس الحيازة، فإذا أثبت المالك أنه لم يكن حارساً وقت وقوع الحادث فلا

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص373.

² جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص378

³ هجيرة دنوني، المرجع السابق، ص96.

⁴ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص349.

مسؤولية عليه، وتنتقل المسؤولية للغير، لكنها تثبت على الحارس إذا كان الحيوان في يد تابع الحارس.

أن يحدث الحيوان ضرراً للغير: أي حدوث الضرر بفعل إيجابي، و أن يكون سبباً مباشراً للضرر، ولم يحدد المشرع أي الحيوانات التي يكون الشخص مسؤولاً عن الضرر الناشئ عنها، فقد أشار المشرع للحيوانات بصفة عامة سواء كانت أليفة أو متوحشة، صغيرة أو كبيرة طليقة أو مقيدة، ولا يتخلص الحارس من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي كقوة قاهرة، أو حادث مفاجئ يخيف الحيوان فيطلق حركته¹.

الفرع الثالث: مسؤولية حارس البناء.

اعتبر المشرع مالك البناء مسؤولاً عما يحدثه انهزام البناء من ضرر للغير، ولو كان انهزاماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، أو قدم البناء أو عيب فيه، وعليه يستطيع المالك نفي العلاقة السببية إذا أثبت أن الحادث لم يكن بسبب إهماله، ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر، وإن لم يرق المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه، كما أشار المشرع لمسؤولية حائز العقار أو جزء منه، أو حائز المنقول عند حدوث حريق سبب ضرر للغير إلا إذا أثبت أن الحريق لا ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول عنهم².

¹ سلمان بوذياب، المرجع السابق، ص 175.

² المادة 140 من ق.م.

الفصل الثاني: المصادر الشبه ارادية للالتزام.

تتميز المصادر الشبه ارادية للالتزام بانها اعمال اختيارية مشروعة ينشأ عنها التزام نحو الغير، وهي الاثراء بلا سبب وتطبيقاته المتمثلة في الفضالة ودفع غير المستحق.

المبحث الأول: الفعل النافع " الإثراء بلا سبب".

يعتبر الإثراء بلا سبب مصدرا شبه ارادي للالتزام، ولقد تناول المشرع الجزائري فكرة الإثراء بلا سبب في الفصل الرابع تحت عنوان "شبه العقد"، واعتبر دعوى الإثراء بلا سبب دعوى أصلية عندما يثرى شخص على حساب غيره دون سبب قانوني، فيلتزم برد ما أثري به للغير، وللإثراء بلا سبب أركان نصت عليها المادة 141 من ق.م¹.

المطلب الأول: شروط الاثراء بلا سبب.

- أ. اثناء المدين بحسن نية: يجب تحقق الإثراء سواء المادي أو المعنوي في جانب المدين حسن النية فلا إثراء بلا سبب دون تحقق عنصر الإثراء.
- ب. افتقار الدائن: فإذا تحقق الإثراء دون افتقار الدائن لا يلتزم المنتفع برد أي شيء²، ويقصد بالافتقار الخسارة التي يتحملها الدائن أو فوات منفعة كان من حقه الحصول عليها.
- ج. عدم وجود سبب قانوني للإثراء: أي انعدام المصدر القانوني الذي يولد للمنتفع حق الاحتفاظ بما حصل عليه، فإذا كان للإثراء سبب في العقد أو في النص القانوني فلا يقوم المنتفع بإرجاعه، حيث يحتفظ به طالما له سبب يبرر الحصول عليه.
- د. بقاء الإثراء وقت رفع الدعوى: تهدف دعوى الإثراء بلا سبب إلى إعادة التوازن بين ذمتين أثريت إحداها على حساب افتقار الأخرى، لذلك فوقت اشتراط الإخلال في التوازن هو

¹ المادة 141 من ق.م

² فإذا قامت شركة بإنشاء بناء ترتب عليه ارتفاع قيمة الأرض، فإن إثراء صاحب الأرض لا يقابله افتقار الشركة.

الوقت الذي يطلب فيه إعادة التوازن أي وقت رفع الدعوى، فإذا زال الأثر لا محل لإعادة التوازن¹، ولا يمكن حينها رفع الدعوى، التي لا يشترط فيها اثبات صدور خطأ من المنتفع².

المطلب الثاني: آثار الإثراء بلا سبب.

دعوى الإثراء بلا سبب هي دعوى أصلية مستقلة في مرتبة دعوى المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، ويترتب عنها التعويض على أساس ما حصل عليه المثرى وفي حدود ما افترق به الغير ويتم تقدير اثره المدين وافتقار الدائن وقت رفع الدعوى.

المبحث الثاني: تطبيقات الإثراء بلا سبب "شبه العقود".

المطلب الأول: دفع غير المستحق.

الفرع الأول: شروط دفع غير المستحق.

اعتبر المشرع دفع غير المستحق صورة للإثراء بلا سبب في المواد 143 إلى 149 من ق.م، وهو واقعة قانونية ترتب الالتزام برد ما تم استيفاءه بغير حق، حيث تنص المادة 143 من ق.م على أنه: " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده، غير أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه إلا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على هذا الوفاء"، فيشترط لالتزام الموفي بالرد أن تتوافر شروط معينة. أ. الوفاء بدين غير مستحق: أي دفع دين منعدم كدين ناشئ عن عقد باطل، أو دين قد انقضى قبل الوفاء به بالتقادم، أو أن يكون الموفي هو المفترق والموفى له المنتفع، كما قد

¹ اشترط المشرع بقاء الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى، رغم أنه قد يتحقق الإثراء في وقت سابق ويؤدي لإخلال فادح في التوازن بين ذمتي الدائن والمدين، فيكون من العدل أن يتم تقدير الإخلال في التوازن وقت وقوع التزام ليس وقت الدعوى.

² سليمان مرقس، "الالتزامات"، الإثراء على حساب الغير، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1990، ص 110.

يكون وفاء لالتزام معلق على شرط أو مضاف لأجل دون تحقق الشرط أو حلول الأجل¹، ففي الالتزام المعلق على شرط فاسخ يكون الدين مستحق الوفاء ثم يصبح غير مستحقا عند تحقق الشرط الفاسخ، كما قد يكون ديننا مستحق الأداء بمقتضى عقد تم فسخه، أو عقد قابل للإبطال تم ابطاله².

ب. وقوع الموفي في غلط: أي اعتقاد الموفي انه ملتزم بالدين، وتعتبر قرينة الغلط بسيطة يستطيع الموفى له نقضها بإثباته أن الموفي كان يعلم وقت الوفاء بأنه غير ملتزم بالدين، فلا يسترد ما أداه باختياره، كما يستطيع الموفي نقض هذه القرينة بسبب نقص أهليته وقت الدفع حتى ولو علم بعدم التزامه بالدين، أو بإثباته بأنه كان مكرها على الوفاء، كأن يقوم الوفاء بدين ثم يطالب بالوفاء به مرة أخرى، أو بسبب عدم عثوره على المخالصة فيقوم بالوفاء مرة أخرى خشية الحجر على أمواله³.

الفرع الثاني: آثار دفع غير المستحق.

ترفع دعوى الاسترداد، ولا بد ان نميز هنا بين الموفى له حسن النية وسيء النية من أجل تقدير مقدار ما يرجع به الدافع على المدفوع له، فإذا كان الموفى له حسن النية معتقدا أن ما قبضه حقا له يلتزم برد ما قبضه فقط ما لم يخرج من ذمته، أما إذا تم بيعه فيلتزم برد ثمنه، ولا يسأل الموفى له إلا عن خطئه.

أما إذا كان الموفى له سيء النية فيلتزم برد الشيء ورد الأرباح التي جناها، أو التي قصر في جنبها من الشيء، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية⁴، فيلتزم برد النقود أخذا بعين الاعتبار سعرها، ويلتزم بالتعويض عند تأخره عن رد المبلغ، وفي كل

¹ حالة عدم الاستحقاق الموضوعي حيث يكون الدين موجودا لكن في ذمة أطراف أخرى.

² هجيرة دنوني، المرجع السابق، ص100.

³ محمد صبري، " شرح القانون المدني الجزائري"، مصادر الالتزام، العمل غير المشروع، شبه العقود والقانون، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص272.

⁴ المادة 147 من ق.م

الأحوال يلتزم الموفي حسن أو سيء النية برد الثمار من يوم رفع الدعوى، على ألا يلتزم ناقص الأهلية إلا برد القدر الذي أثرى به حتى ولو كان سيء النية المادة 148 من ق.م.

المطلب الثاني: الفضالة.

تعتبر الفضالة تطبيقاً خاصاً لقاعدة الأثر بلا سبب، عرفها المشرع في المادة 150 من ق.م بأنها: " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك"، يتولى الفضولي القيام بعمل قانوني أو مادي دون أن يكون ملزماً لذلك تعتبر عقداً ناقصاً أو شبه عقد، فالالتزام الفضولي لا يكون مصدره الاتفاق وإنما الإرادة المنفردة، بينما يلتزم رب العمل التزاماً قانونياً أساسه القانوني إثراء بلا سبب.

الفرع الأول: شروط الفضالة.

يشترط لقيام الفضالة توفر ثلاثة أركان.

- أ. التصدي لشأن عاجل: سواء كان العمل مادياً أو قانونياً يجب أن يتحقق شرط الاستعجال والضرورة، ويعتبر الشأن من الشؤون العاجلة إذا نتج عن التواني في القيام به خسارة مادية أو معنوية¹، ولا يشترط أن يكون الأمر نافعا للغير مادام ليس عاجلاً.
- ب. أن يكون التصدي بقصد ولمصلحة الغير: يجب أن تتوفر نية الفضالة فلا يعد من قبيل الفضالة اعتقاد الشخص أنه يقوم بعمل لحساب نفسه ثم يتبين له أنه قام به لمصلحة الغير، لأنه يعتبر في هذه الحالة إثراء بلا سبب².
- ج. ألا يكون التصدي ملزماً للفضولي: اعتبر المشرع الفضولي ذلك النائب عن رب العمل الذي يلتزم بتعهدات الفضولي وبالتعويض عن كل ضرر لحقه بسبب القيام بعمله، ولا

¹ من امثلته : انهيار جدار أو يشب حريق، أو وشوك دين على السقوط مالم يقطع بالتقادم.

² محمد الالفي، الفضالة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1975، ص 58.

يستحق الفضولي اجرا على عمله إلا إذا كان هذا العمل من أعمال مهنته¹، حيث تفترض الفضالة عدم وجود التزام على الفضولي بالقيام بما تولاه من شؤون غيره.

الفرع الثاني: آثار الفضالة.

1. بالنسبة للفضولي:

لا بد من توفر أهلية التصرف في الفضولي عند قيامه بعمل قانوني باسمه الشخصي، أما إذا تصرف باسم رب العمل، أو قام بعمل مادي فيكفي توفر التمييز لديه، ما لم يكن عملاً غير مشروع.

2. بالنسبة لرب العمل:

يكون مسؤولاً حتى ولو لم تتوفر فيه أهلية التعاقد²

3. أثر موت الفضولي أو رب العمل.:

إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً للمادة 589 من ق.م، أما إذا توفى رب العمل بقي الفضولي ملتزماً تجاه ورثة رب العمل، هذا ما قضت به المادة 156 من ق.م.

3- التزامات الطرفين.

أ. التزامات الفضولي.

يلتزم الفضولي طبقاً للمادة 153 من ق.م بالاستمرار في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، كما يلتزم بإخطار رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك، ويلتزم الفضولي ببذل عناية الشخص العادي، ويكون مسؤولاً عن خطئه وتعويض رب العمل عما يسببه من ضرر، ما لم يرى القاضي توفر ظروف تبرر إنقاص التعويض المترتب على هذا الخطأ المادة 154 من ق.م.

¹ المادة 157 من ق.م.

² المادة 158 من ق.م.

يلتزم الفضولي طبقاً للمادة 155 من ق.م بتقديم حساب لما قام به لرب العمل، كما يلتزم برد ما تسلمه بسبب الفضالة.

ب. التزامات رب العمل.

نصت عليها المادة 157 من ق.م فيلتزم الفضولي بتنفيذ التعهدات التي التزم بها تجاه رب العمل، والتي يكون أساسها نيابة قانونية، كما يلتزم بتعويض الفضولي عن التعهدات التي التزم بها وعقدها باسمه ولحسابه، ويلتزم برد النفقات الضرورية والنافعة، ويدفع له أجر عن عمله الذي لا يستحقه إلا إذا كان هذا العمل من أعمال مهنته، ويلتزم كذلك بتعويض الفضولي عن كل ضرر لحقه شرط ألا يكون بسبب خطئه.

خاتمة

تمثل نظرية الالتزام أهم جزء في القانون المدني فإضافة لضرورة الرجوع إليها في كافة نواحي القانون المدني تعتبر الأصل العام الذي يجب الرجوع إليه في مختلف المواضيع القانونية، ولعل مصدر نشوء الالتزام أي سبب نشوئه يمثل بدوره أساس هذه النظرية، فالالتزام أمر عرضي في حياة الأفراد لا بد من سبب ينشئه في ذمتهم.

تأثرت نظرية الالتزام بالحضارات القديمة بدء بحضارة العراق ثم الحضارة الفرعونية و اليونانية، لكن مما سبق دراسته نقول أن نظرية الالتزام تبلورت بشكل كبير في الحضارة الرومانية خاصة موسوعة جستنيان التي تعمقت في أساس الأحكام القانونية، ثم جاءت الشريعة الإسلامية لتطور هذه النظرية فكان لها الفضل في ظهور الكثير من الأنظمة القانونية، ثم ظهرت القوانين الأوروبية الحديثة والتي استمدت القوانين العربية احكام هذه النظرية منها لا سيما القانون المدني الفرنسي، هذا ما قام به المشرع الجزائري مستمدا من الشريعة الإسلامية كذلك العديد من الأحكام.

يعتبر القانون المدني بوضعه الحالي مصدرا عاما لنظرية الالتزام حيث يعتبر النص القانوني هو الذي يحدد اركان الالتزام ونشوئه وأحكامه وانقضائه، هذا بالإضافة للأحكام الاتفاقية التي ينشئها العقد.

من خلال ما سبق التطرق اليه يمكننا أن نقول إنه رغم تعديلات القانون المدني سنة 2005 ثم 2007 لا يزال بحاجة لتعديلات أخرى في غاية الأهمية، تتعلق خاصة بضبط

بعض المسائل القانونية بدلا من تركها في الضمنية والغموض، كما تعاني النصوص من فراغ تشريعي في بعض المسائل خاصة تلك المتعلقة بتنظيم المسؤولية سواء العقدية أو التقصيرية، فيجب مجازة ما توصلت اليه القوانين الحديثة من تطورات مهمة في مصادر الالتزام.

المراجع باللغة العربية.

- فايز محمد حسين، الموجز في نظرية الالتزامات في القانون الروماني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- بلحاج العربي، القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2004.
- مصطفى العوجي، القانون المدني العقد الجزء الأول، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2005.
- عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية للالتزامات، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 1998.
- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون اللبناني والتشريعات العربية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، لبنان، 1995.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، طبعة 2، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2002.
- محمد صبري السعدي الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ط الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2007.
- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري، الدار الجامعية، مصر، 1994.
- يمينة حوحو، عقد البيع الالكتروني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، 2016.
- أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة نشأة المعارف، مصر، 2004.
- أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة نشأة المعارف، مصر، 2004.
- بلحاج العربي، "الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية دراسة في التشريعات والفقهاء الإسلامي من منظور موازن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، المكتبة القانونية، مصر، 2006.
- اسماعيل عبد النبي شاهين، مدى مسؤولية الوكيل في عقد الوكالة، دراسة مقارنة بالفقهاء الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2012.

- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- بن شويخ رشيد، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- عبد المجيد محمد الحفناوي، نظرية الغلط في القانون الروماني، منشأة المعارف، مصر، 1974.
- همام محمد محمود، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
- فتحي عبد الرحيم، شرح النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، مصر، 2001.
- سلمان بوذياب، مبادئ القانون المدني، دراسة نظرية وتطبيقات عملية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2003.
- محمد بن عبد الله المرزوقي، مسؤولية المرء عن الضرر الناتج عن تقصيره، الطبعة الأولى، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، لبنان، 2009.
- عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، "الالتزامات"، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- سليمان مرقس، "الالتزامات"، الاثراء على حساب الغير، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1990.
- محمد صبري، " شرح القانون المدني الجزائري"، مصادر الالتزام، العمل غير المشروع، شبه العقود والقانون، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004.
- محمد الالفي، الفضالة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1975.

المراجع باللغة الفرنسية.

- Margorie Brusorio Ailland, Droit des obligations, 4^{eme} édition, Larcier, France, 2013.
- C.R- Brahinsky, « Droit civil : les obligations, 3^{eme} édition, Galino editeur, France, 2004.
- Francois. Terré, Philippe Similer, Yves Lequette, « Droit civil, les obligations », 9^{eme} Edition, Dalloz, France, 2005.
- M.B. Aillaud, Droit des obligations, 4^{eme} édition collection paradigme, Larcier, Paris, 2014.
- C. Larroumet, Les obligations, le contrat, tome 3, Economica France, 1986.
- J.Ghestin, la distinction entre les parties et les tiers au contrat, jurisclasseur, n 48, lexis-Nexis, n48, Novembre 1992.

المطبوعات.

دنوني هجير، محاضرات في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2008-2009.

النصوص القانونية.

- الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78.

- قانون رقم 91-10 المؤرخ في 27-04-91 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-02، المؤرخ في 14 ديسمبر 2002.
- الأمر رقم 96-09 المؤرخ بـ 10 جانفي 2009 المتعلق بالاعتماد الإجاري، ج.ر، عدد 3، الصادر بتاريخ 14 يناير 2009.
- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية، ج.ر عدد 28 بتاريخ 16 ماي 2018.
- قانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر 16 مارس 2016.
- القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الاسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- الامر رقم 66-155 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، معدل ومتمم بالقانون رقم 18-13 مؤرخ في 11 يوليو 2018.

القوانين الأجنبية.

- Loi n 77-1447 du 28 décembre 1977 du code civil français, j.o.r.f 29 décembre 1977, abrogé par la loi n 2018-287 du 20 avril 2018, ratifiant l'ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016.

فهرس

1	قائمة أهم المختصرات.....
2	مقدمة.....
5	الباب الأول: ماهية المصادر الإرادية للالتزام
5	الفصل الأول: مفهوم الالتزام وتقسيماته.....
5	المبحث الأول: مفهوم الالتزام وخصائصه
5	المطلب الأول: تعريف الالتزام وأهميته
6	الفرع الأول: التعريف الفقهي للالتزام.....
7	الفرع الثاني: مفهوم الالتزام في القانون المدني.....
9	الفرع الثالث: أهمية الالتزام.....
9	الفرع الرابع: تطور نظرية الالتزام.....
10	المطلب الثاني: خصائص الالتزام
12	المبحث الثاني: تقسيمات الالتزام
12	المطلب الأول: تصنيف الالتزام بحسب مصدر

12.....	الفرع الأول: التقسيم التقليدي للالتزام
13.....	الفرع الثاني: تقسيمات الالتزام في القانون المدني
13	المطلب الثاني: تقسيم الالتزام بحسب محله
14.....	الفرع الأول: التقسيم التقليدي للالتزام
15.....	الفرع الثاني: التقسيم الحديث للالتزام
16	الفصل الثاني: ماهية التصرف القانوني
18.....	المبحث الأول: التصرف القانوني بإرادة منفردة
18	المطلب الأول: الوعد بالجائزة
19	المطلب الثاني: بعض تطبيقات التصرف القانوني بإرادة منفردة
20	المبحث الثاني: ماهية العقد وتقسيماته
20.....	المطلب الأول: مفهوم العقد وتمييزه عما يشابهه
21.....	الفرع الأول: العقد والاتفاق
21.....	الفرع الثاني: العقد والالتزام
23.....	الفرع الثالث: العقد والتصرف التنظيمي
23.....	المطلب الثاني: تقسيمات العقود
23.....	الفرع الأول: التقسيم التشريعي للعقود
29.....	الفرع الثاني: التقسيم الفقهي للعقود
37	الباب الثاني: أركان العقد
37	الفصل الأول: ركن الرضى
38	المبحث الأول: مفهوم التراضي وصوره
38	المطلب الأول: مفهوم الرضى في العقد
38.....	الفرع الأول: تعريف ركن الرضى وتطوره
41.....	الفرع الثاني: وجود الإرادة

46.....	الفرع الثالث: آثار التعبير عن الإرادة.....
47.....	الفرع الرابع: تطابق الارادتين.....
51.....	الفرع الخامس: زمان ومكان تطابق الارادتين.....
54	المطلب الثاني: صور خاصة للتراضي
54.....	الفرع الأول: النيابة في التعاقد.....
60.....	الفرع الثاني: الوعد بالعقد.....
65	المبحث الثاني: صحة التراضي
65	المطلب الأول: الغلط
65.....	الفرع الأول: شروط الغلط.....
66.....	الفرع الثاني: حالات الغلط الجوهرى.....
68.....	الفرع الثالث: حالات أخرى للغلط في القانون المدني.....
69.....	الفرع الرابع: اثبات الغلط.....
69.....	المطلب الثاني: عيب التدليس
69.....	الفرع الأول: عناصر التدليس.....
71.....	الفرع الثاني: شروط التدليس.....
71.....	الفرع الثالث: التدليس الصادر من الغير.....
72.....	الفرع الرابع: اثبات التدليس.....
72	المطلب الثالث: عيب الاكراه
73.....	الفرع الأول: عناصر الاكراه.....
75	الفرع الثاني: شروط الاكراه.....
75.....	الفرع الثالث: الاكراه والنفوذ الادبي.....
76.....	الفرع رابع: الاكراه وحالة الضرورة.....
77.....	الفرع الخامس: اثبات الاكراه.....

77.....	المطلب الرابع: الاستغلال والغبن
78.....	الفرع الأول: الاستغلال
80.....	الفرع الثاني: الغبن
81.....	الفصل الثاني: ركن المحل وركن السبب
81	المبحث الأول: المحل
82	المطلب الأول: وجود المحل وتعيينه
82.....	الفرع الأول: ان يكون المحل موجودا وممكنا
84.....	الفرع الثاني: ان يكون المحل معينا او قابلا للتعيين
85.....	المطلب الثاني: مشروعية المحل وعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة
86	المبحث الثاني: ركن السبب
86	المطلب الأول: السبب الموضوعي والسبب الشخصي
86.....	الفرع الأول: السبب القصدي او السبب الموضوعي
86.....	الفرع الثاني: السبب الباعث او السبب الشخصي
87.....	الفرع الثالث: تطور نظرية السبب
87	المطلب الثاني: شروط السبب
88.....	الفرع الأول: وجود السبب
88.....	الفرع الثاني: مشروعية السبب
89.....	الفرع الثالث: اثبات السبب
90	الباب الثالث: آثار العقد ونتائج الاخلال به
90.....	الفصل الأول: آثار العقد ونتائج الاخلال بأركانه
90	المبحث الأول: آثار العقد
91.....	المطلب الأول: حدود القوة الملزمة للعقد
91.....	الفرع الأول: تعديل العقد

91.....	الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة.....
94.....	المطلب الثاني: كيفية مراجعة القاضي للعقد.....
94.....	الفرع الأول: كيفية مراجعة القاضي للعقد في الظروف الطارئة.....
94.....	الفرع الثاني: تفسير العقد.....
95	المطلب الثالث: نسبية أثر العقد
96.....	الفرع الأول: أثر العقد بالنسبة للخلف العام والخلف الخاص والدائنين العاديين.....
98	الفرع الثاني: أثر العقد بالنسبة للغير
100.....	المبحث الثاني: آثار الاخلال بأركان العقد.....
101.....	المطلب الأول: أحكام بطلان العقد
104	المطلب الثاني: آثار بطلان العقد.....
104	الفرع الأول: الآثار الاصلية للبطلان
106	الفرع الثاني: الآثار العرضية للبطلان.....
108.....	الفصل الثاني: آثار الاخلال بالالتزام العقدي
109	المبحث الاول: المسؤولية العقدية
109.....	المطلب الأول: الخطأ والضرر.....
109.....	الفرع الأول: الخطأ العقدي.....
110.....	الفرع الثاني: الضرر.....
111.....	المطلب الثاني: العلاقة السببية وتعديل قواعد المسؤولية العقدية.....
111.....	الفرع الأول: العلاقة السببية
112.....	الفرع الثاني: تعديل قواعد المسؤولية العقدية.....
113.....	المبحث الثاني: فسخ العقد
113.....	المطلب الأول: أنواع الفسخ
113.....	الفرع الأول: الفسخ القضائي.....

114.....	الفرع الثاني: الفسخ الاتفاقي.....
114.....	الفرع الثالث: الفسخ بقوة القانون او الانفساخ.....
115.....	المطلب الثاني: آثار الفسخ
116.....	الباب الرابع: المصادر غير الارادية وشبه ارادية لاللتزام.....
117.....	الفصل الأول: المسؤولية التقصيرية.....
117.....	المبحث الأول: المسؤولية عن العمل الشخصي
117.....	المطلب الأول: الخطأ
118.....	الفرع الأول: المعيار المادي للخطأ.....
119.....	الفرع الثاني: المعيار المعنوي للخطأ.....
119.....	الفرع الثالث: اثبات الخطأ.....
121	المطلب الثاني: الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.....
121.....	الفرع الأول: الضرر.....
122.....	الفرع الثاني: العلاقة السببية.....
124.....	المبحث الثاني: المسؤولية عن عمل الغير
124.....	المطلب الأول: مسؤولية متولي الرقابة
124.....	الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة.....
125.....	الفرع الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية متولي الرقابة.....
126.....	المطلب الثاني: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.....
126	الفرع الأول: قيام علاقة التبعية.....
126.....	الفرع الثاني: ان يقع الضرر أثناء تأدية الشخص التابع لوظيفته أو بسببها.....
127.....	المطلب الثالث: المسؤولية الناشئة عن الأشياء.....
127.....	الفرع الأول: مسؤولية حارس الأشياء.....
128.....	الفرع الثاني: مسؤولية حارس الحيوان.....

129	الفرع الثالث: مسؤولية حارس البناء.....
130	الفصل الثاني: المصادر الشبه ارادية للالتزام
130	المبحث الأول: الفعل النافع " الإثراء بلا سبب".....
130	المطلب الأول: شروط الاثراء بلا سبب
131	المطلب الثاني: آثار الاثراء بلا سبب
131	المبحث الثاني: تطبيقات الإثراء بلا سبب "شبه العقود".....
131	المطلب الأول: دفع غير المستحق
131	الفرع الأول: شروط دفع غير المستحق.....
132	الفرع الثاني: آثار دفع غير المستحق.....
133	المطلب الثاني: الفضالة
133	الفرع الأول: شروط الفضالة.....
134	الفرع الثاني: آثار الفضالة.....
136	خاتمة