



دار المنبي للطباعة والنشر شهادة نشر

تشهد وتتشرف دار المنبي للطباعة والنشر بـ
نشر وطباعة كتاب

الموسوم بـ

المبسط في أحكام العقد
في القانون المدني الجزائري

مدعم بأسئلة مسابقات دكتوراه حول العقد

تأليف

د. خليفة بوداود

المسجل إداريا برقم الإيداع القانوني

ردمك 8 _ 60 _ 257 _ 9931 _ 978 (ISBN):

مدير دار النشر



بتاريخ: 17 جوان 2023

دار المنبي للطباعة والنشر



مدير دار النشر: حسن الطويحي الشويخ الحفوياني
مقر دار النشر: مكمل جامعة محمد بوشناق - المسيل
التواصل مع دار النشر: almonabi.dar@gmail.com
الهاتف: 0773 83 52 82 / 0688 14 48 78
الفاكس: 0688 14 48 78



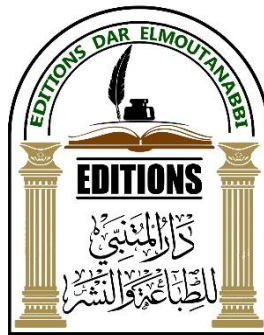
المبسط في أحكام العقد
في القانون المدني الجزائري
مدعم بأسئلة مسابقات دكتوراه حول العقد

د. خليفة بوداود

بسم الله الرحمن الرحيم

المبسط في أحكام العقد في القانون المدني الجزائري مدعى بأسئلة مسابقات دكتوراه حول العقد

- المؤلف: د. خليفة بوداود
- تنسيق داخلي للكتاب: دار المتني للطباعة والنشر
- مقاس الكتاب: 17/25
- الناشر: دار المتني للطباعة والنشر
- الرقم الدولي الموحد للكتاب
- ISBN : 978 _ 9931 _ 257 _ 60 _ 8
- الإيداع القانوني: جوان / 2023م
- الحقوق: جميع الحقوق محفوظة ©
- مقر الدار: حي تعاونية الشيخ المقراني / طريق إشبيلية
- مقابل جامعة محمد بوضياف / المسيلة
- للتواصل مع الدار: elmotanaby.dz@gmail.com
- الموقع الإلكتروني: <http://motanaby.onlinewebshop.net>
- هاتف: 0668.14.49.75 / 0773.30.52.82
- فاكس: 035.35.31.03



د. خليفة بوداود

**المبسط في أحكام العقد
في القانون المدني الجزائري
مدعى بأسئلة مسابقات دكتوراه حول العقد**

2023

الاهداء

إلى الشمس التي غابت فأظلم العالم
وتساقط الجليد فغطى الأرض ودفن كل جميل...
إلى الذكرى الخضراء التي لن تموت أبدًا في حياتي...
إلى أمي أهدي هذه الصفحات...

خليفة بوداود

فهرس المحتويات

الفصل الأول مفهوم العقد وتقسيماته

| | |
|---------|--|
| 15..... | مقدمة: |
| 19..... | المبحث الأول: مفهوم العقد |
| 19..... | المطلب الأول: تعريف العقد |
| 21..... | المطلب الثاني: نطاق العقد |
| 21..... | الفرع الأول: الطبيعة المالية لأداء المدين |
| 22..... | الفرع الثاني: أن يكون الاتفاق في دائرة القانون الخاص |
| 22..... | المطلب الثالث: مبدأ سلطان الإرادة |
| 25..... | الفرع الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة |
| 25..... | أولاً: تعريف مبدأ سلطان الإرادة |
| 25..... | ثانياً: خصائص مبدأ سلطان الإرادة |
| 26..... | الفرع الثاني: نطاق مبدأ سلطان الإرادة |
| 26..... | أولاً: من حيث تكوين العقد |
| 27..... | ثانياً: من حيث حرية تحديد آثار العقد |
| 28..... | الفرع الثالث: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة |
| 28..... | أولاً: القيود الواردة على حرية التعاقد وعدم التعاقد |
| 29..... | ثانياً: القيود الواردة على حرية تحديد آثار العقد |
| 30..... | ثالثاً: اتساع نطاق الالتزامات غير الإرادية |
| 32..... | المبحث الثاني: تقسيمات العقود |
| 32..... | المطلب الأول: تقسيمات العقود من حيث تنظيم المشرع |
| 32..... | الفرع الأول: العقود المسماة |

| | |
|---------|--|
| 33..... | الفرع الثاني: العقود غير المسماة |
| 33..... | المطلب الثاني: تقسيمات العقود من حيث تكوينها |
| 33..... | الفرع الأول: العقد الرضائي |
| 33..... | الفرع الثاني: العقد الشكلي |
| 34..... | الفرع الثالث: العقد العيني |
| 34..... | المطلب الثالث: تقسيمات العقود من حيث الآثار المترتبة عليها |
| 34..... | الفرع الأول: العقد الملزم للجانبين |
| 34..... | الفرع الثاني: العقد الملزم لجانب واحد |
| 35..... | الفرع الثالث: أهمية التقسيم |
| 35..... | أولاً: من حيث فسخ العقد |
| 36..... | ثانياً: من حيث الدفع بعدم التنفيذ |
| 36..... | ثالثاً: من حيث تحمل تبعة الهلاك |
| 37..... | الفرع الرابع: عقد المعاوضة وعقد التبرع |
| 37..... | الفرع الخامس: أهمية التقسيم |
| 37..... | أولاً: الأهلية اللازمة للعقد |
| 38..... | ثانياً: دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين (الدعوى البولصية) |
| 38..... | المطلب الرابع: تقسيمات العقود من حيث طبيعتها |
| 38..... | الفرع الأول: العقد المحدد |
| 38..... | الفرع الثاني: العقد الاحتمالي (عقد الغرر) |
| 39..... | المطلب الخامس: تقسيمات العقود من حيث تنفيذها |
| 40..... | الفرع الأول: العقد فوري التنفيذ |
| 40..... | الفرع الثاني: العقد مستمر التنفيذ (العقد الزمني) |
| 40..... | الفرع الثالث: أهمية التقسيم |
| 41..... | أولاً: من حيث الفسخ |

| | |
|---------|---|
| 41..... | ثانيا: من حيث ضرورة الإعذار |
| 41..... | ثالثا: من حيث نظرية الظروف الطارئة..... |
| 41..... | المطلب السادس: تقسيمات العقود من حيث حدوث التراضي |
| 42..... | الفرع الأول: عقد المساومة |
| 42..... | الفرع الثاني: عقد الإذعان..... |
| 42..... | الفرع الثالث: أهمية التقسيم |

الفصل الثاني أركان العقد

| | |
|---------|--|
| 47..... | المبحث الأول: ركن التراضي..... |
| 47..... | المطلب الأول: وجود التراضي..... |
| 48..... | الفرع الأول: التعبير عن الإرادة..... |
| 48..... | أولا: صور التعبير عن الإرادة |
| 52..... | ثانيا: الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانوني |
| | ثالثا: أثر الموت أو فقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة في القانون |
| 53..... | الجزائري..... |
| 55..... | رابعا: مسألة احتمال عدم التطابق بين الإرادة والتعبير عنها..... |
| 57..... | الفرع الثاني: تطابق الإرادتين..... |
| 57..... | أولا: الإيجاب |
| 61..... | ثانيا: القبول |
| 63..... | ثالثا: اقتران الإيجاب بالقبول (توافق الإرادتين)..... |
| 67..... | الفرع الثالث: صور خاصة في التراضي..... |
| 68..... | أولا: التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة..... |
| 68..... | ثانيا: التعاقد بالإذعان |

| | |
|----------|--|
| 70..... | ثالثاً: الوعد بالتعاقد |
| 75..... | رابعاً: التعاقد بالعربون |
| 76..... | الفرع الرابع: النيابة في التعاقد |
| 77..... | أولاً: تعريف النيابة في التعاقد |
| 77..... | ثانياً: أنواع النيابة |
| 78..... | ثالثاً: شروط النيابة |
| 80..... | رابعاً: آثار النيابة |
| 81..... | خامساً: تعاقد الشخص مع نفسه |
| 82..... | المطلب الثاني: صحة التراضي |
| 83..... | الفرع الأول: الأهلية |
| 83..... | أولاً: أنواع الأهلية |
| 83..... | ثانياً: تدرج الأهلية مع السن |
| 86..... | ثالثاً: عوارض وموانع الأهلية |
| 88..... | الفرع الثاني: عيوب الإرادة |
| 88..... | أولاً: الغلط |
| 92..... | ثانياً: التدليس |
| 95..... | ثالثاً: الاكراه |
| 97..... | رابعاً: الاستغلال |
| 100..... | المبحث الثاني: ركني المحل والسبب |
| 100..... | المطلب الأول: المحل |
| 100..... | الفرع الأول: المفهوم القانوني للمحل |
| 101..... | الفرع الثاني: شروط المحل |
| 101..... | أولاً: أن يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود |
| 102..... | ثانياً: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين |

| | |
|----------|--|
| 103..... | ثالثا: أن يكون المحل مشروعا وقابلا للتعامل فيه |
| 104..... | المطلب الثاني: السبب |
| 104..... | الفرع الأول: المقصود بالسبب |
| 104..... | أولا: النظرية التقليدية للسبب |
| 105..... | ثانيا: النظرية الحديثة للسبب |
| 105..... | ثالثا: موقف المشرع الجزائري من النظريتين |
| 106..... | الفرع الثاني: شروط السبب |
| 106..... | الفرع الثالث: إثبات السبب |
| 106..... | أولا: عبء الإثبات |
| 107..... | ثانيا: طرق الإثبات |
| 107..... | المطلب الثالث: ركن الشكل |
| 108..... | الفرع الأول: الشكلية المتطلبة للانعقاد |
| 108..... | أولا: الشكلية الرسمية في العقد |
| 108..... | ثانيا: الشكلية العرفية في العقد |
| 108..... | ثالثا: ركن التسليم في العقود العينية |
| 109..... | الفرع الثاني: الشكلية غير المتطلبة للانعقاد |
| 109..... | أولا: اشتراط الشكلية للإثبات في المواد المدنية |
| 109..... | ثانيا: اشتراط الشهر في بعض العقود |

الفصل الثالث

بطلان العقد

| | |
|----------|-------------------------------------|
| 113..... | المبحث الأول: أنواع البطلان وحالاته |
| 113..... | المطلب الأول: أنواع البطلان |
| 113..... | الفرع الأول: البطلان المطلق |

| | |
|----------|---|
| 114..... | الفرع الثاني: البطلان النسبي |
| 114..... | المطلب الثاني: حالات البطلان |
| 114..... | الفرع الأول: حالات البطلان المطلق |
| 115..... | الفرع الثاني: حالات البطلان النسبي |
| 115..... | الفرع الثالث: حالات خاصة للبطلان |
| 116..... | أولاً: حالات خاصة للبطلان المطلق |
| 116..... | ثانياً: حالات خاصة للبطلان النسبي |
| 117..... | المبحث الثاني: أهمية التمييز بين البطلان المطلق والقبالية للإبطال |
| 117..... | المطلب الأول: من له حق التمسك بالبطلان |
| 117..... | الفرع الأول: في البطلان المطلق |
| 118..... | الفرع الثاني: في البطلان النسبي |
| 120..... | المطلب الثاني: كيفية تقرير البطلان |
| 120..... | الفرع الأول: بالنسبة للبطلان المطلق |
| 120..... | الفرع الثاني: بالنسبة للبطلان النسبي (القبالية للإبطال) |
| 121..... | المطلب الثالث: سقوط الحق في التمسك بالبطلان |
| 121..... | الفرع الأول: الإجازة |
| 122..... | أولاً: مفهوم الإجازة |
| 124..... | ثانياً: آثار الإجازة |
| 124..... | الفرع الثاني: التقادم |
| 124..... | أولاً: في العقد الباطل بطلاناً مطلقاً |
| 126..... | ثانياً: في العقد الباطل بطلاناً نسبياً (القابل للإبطال) |
| 127..... | المبحث الثالث: آثار البطلان |
| 128..... | المطلب الأول: بالنسبة للمتعاقدین |
| 128..... | الفرع الأول: الآثار الأصلية للبطلان |

| | |
|--|-----|
| أولاً: قاعدة الأثر الرجعي للبطلان..... | 128 |
| ثانياً: الاستثناءات الواردة على قاعدة الأثر الرجعي للبطلان..... | 128 |
| الفرع الثاني: الآثار العرضية للبطلان..... | 129 |
| أولاً: نظرية إنقاص العقد (القضاء الفرنسي)..... | 130 |
| ثانياً: نظرية تحول العقد (الفقه الألماني)..... | 131 |
| المطلب الثاني: آثار البطلان بالنسبة للغير..... | 132 |
| الفرع الأول: قاعدة الأثر الرجعي للبطلان..... | 132 |
| الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة الأثر الرجعي للبطلان.... | 132 |

الفصل الرابع آثار العقد

| | |
|---|-----|
| المبحث الأول: مبدأ القوة الملزمة للعقد (العقد شريعة المتعاقدين).... | 137 |
| المطلب الأول: مفهوم القوة الملزمة للعقد..... | 140 |
| الفرع الأول: التعريف بالقوة الملزمة للعقد..... | 140 |
| الفرع الثاني: الأساس القانوني للقوة الملزمة للعقد..... | 140 |
| المطلب الثاني: أثر القوة الملزمة للعقد وجزاء الإخلال بها..... | 141 |
| الفرع الأول: أثر القوة الملزمة للعقد..... | 141 |
| أولاً: الانقضاء بالتنفيذ..... | 141 |
| ثانياً: الانفساخ لاستحالة التنفيذ..... | 142 |
| الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالقوة الملزمة للعقد (انحلال العقد)..... | 146 |
| أولاً: المطالبة بالتنفيذ العيني وما يعقب ذلك من تنفيذ جبري..... | 146 |
| ثانياً: حل الرابطة العقدية بالفسخ..... | 147 |
| ثالثاً: الدفع بعدم التنفيذ..... | 160 |
| رابعاً: التنفيذ عن طريق التعويض وقيام المسؤولية العقدية..... | 168 |

| | |
|---|-----|
| المطلب الثالث: استثناءات القوة الملزمة للعقد (العقد شريعة | |
| المتعاقدين)..... | 177 |
| الفرع الأول: إنهاء العقد بإرادة منفردة..... | 177 |
| الفرع الثاني: إنهاء العقد أو تعديله بإرادة المشرع..... | 178 |
| الفرع الثالث: تعديل العقد بواسطة القاضي..... | 179 |
| أولاً: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه..... | 181 |
| ثانياً: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه..... | 188 |
| المبحث الثاني: مبدأ نسبية أثر العقد (نطاق القوة الملزمة للعقد)..... | 195 |
| المطلب الأول: مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الموضوع..... | 195 |
| الفرع الأول: تحديد مضمون العقد..... | 196 |
| الفرع الثاني: التزام العاقدین بتنفيذ العقد (القوة الملزمة للعقد)..... | 200 |
| المطلب الثاني: مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص..... | 201 |
| الفرع الأول: آثار العقد بالنسبة للمتعاقدین..... | 203 |
| الفرع الثاني: آثار العقد بالنسبة للغير..... | 207 |
| فهرس المصادر والمراجع..... | 213 |

مقدمة:

يقصد بمصدر الالتزام الأسباب القانونية المنشأة له ومثال ذلك: التزام المشتري بأداء الثمن مصدره عقد البيع، أمّا التزام من ألحق ضرراً بغيره بالتعويض فمصدره الفعل الضار، وقد حدّد القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام في خمس مصادر في المواد (من 53 إلى 159 منه) وتمثل في المصادر الإرادية وتضم (العقد والإرادة المنفردة)، والمصادر غير الإرادية وتضم (المسؤولية التقصيرية، والاثراء بلا سبب، والقانون).

وتتجسد المصادر الإرادية للالتزام في التصرف القانوني، بحيث إذا توافقت إرادتين على إحداث أثر قانوني كنا أمام العقد كمصدر للالتزام، أمّا إذا استقلت إرادة بمفردها لإحداث هذا الأثر كنا بصدّد الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام.

وبالنظر لما يحتله العقد من مكانة بين مصادر الالتزام ستقتصر الدراسة في هذا الكتاب على هذا المصدر وذلك وفق الخطة الآتية:

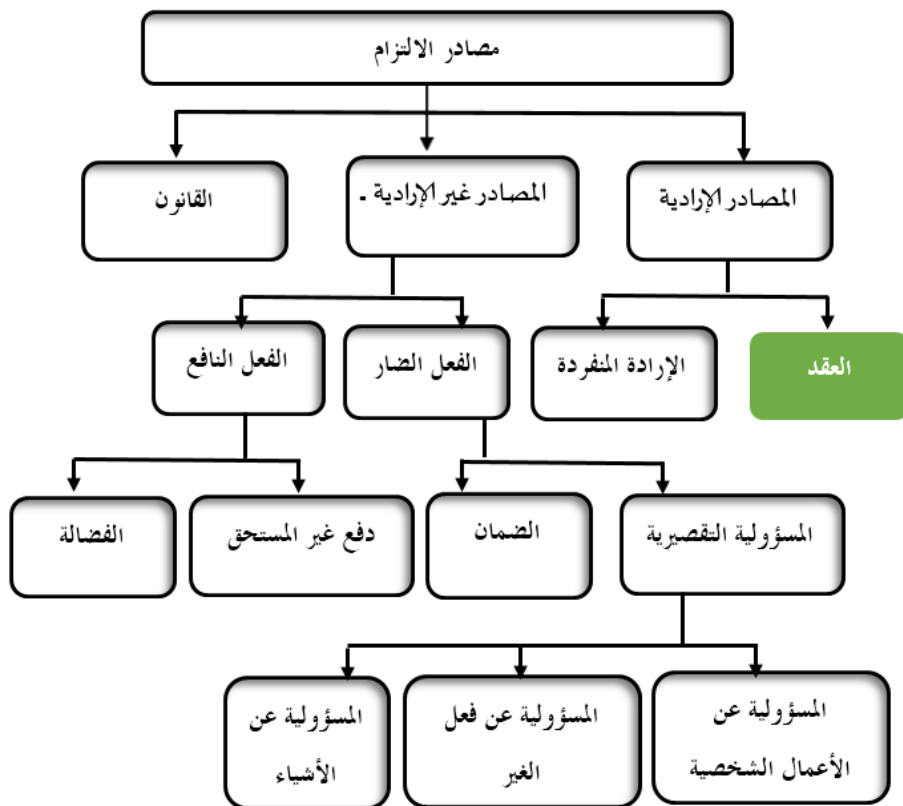
الفصل الأول: مفهوم العقد وتقسيماته

الفصل الثاني: أركان العقد

الفصل الثالث: بطلان العقد

الفصل الرابع: آثار العقد

الشكل رقم (01) مخطط يبين مصادر الالتزام



المصدر: من اعداد المؤلف

الفصل الأول

مفهوم العقد ونقسيمايه

يمثل العقد المصدر الأول للالتزام والإطار العام للعمل الإرادي بحيث يتضمن أحكاماً تنظم العلاقة الناشئة بين أطرافه، وقد عالج المشرع الجزائري المسائل المتعلقة بالعقد في الفصل الثاني (العقد)، من الباب الأول (مصادر الالتزام) من الكتاب الثاني (الالتزامات والعقود) من القانون المدني الجزائري وبالضبط في المواد (من 54 إلى 123 منه)

لذلك سنتناول في هذا الفصل مفهوم العقد وبيان أقسامه وذلك من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: مفهوم العقد

سنبدأ الكلام بتعريف العقد من خلال بيان المقصود منه، ثم نتعرض لنطاقه، وبعد ذلك نعرض لدور الإرادة في إنشائه (مبدأ سلطان الإرادة) وذلك من خلال مطالب ثلاثة نتناولها تباعاً كما يلي:

المطلب الأول: تعريف العقد

يحصل في الحياة العملية عدد غير متناه من العقود، وكل هذه العقود باختلاف تسمياتها وأغراضها يجمعها عامل مشترك ألا وهو العقد القائم على التقاء إرادتين، لذلك فقد حاول الفقه إعطاء تعريفات عديدة للعقد، كما حاولت بعض التشريعات المدنية تعريفه أيضاً¹ ومن بينها القانون

¹ عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2000، ص ص 24 و 25.

المدني الجزائري¹ من خلال المادة 54 منه بنصها: " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

ليتضح من هذا التعريف أن القانون المدني الجزائري في تعريفه للعقد قد حذ حذو القانون المدني الفرنسي في ذلك، حيث جمع بين تعريف العقد والالتزام مع أنه إذا كان موضوع العقد هو انشاء الالتزام، فإن موضوع الالتزام هو عمل ايجابي أو سلبي، ليصبح الالتزام بذلك مجرد أثر يترتب على العقد، الأمر الذي يُظهر الفارق الجوهرى بين العقد والالتزام.

كما أنه جعل العقد أحد أشكال الاتفاق، وبذلك فهو يُميز بينهما رغم اندثار التفرقة بين المصطلحين واستقرار أغلب الفقه على ترادف اللفظان، كونهما يؤديان نفس المدلول والمتمثل في توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني مهما كانت طبيعة هذا الأثر.

لذلك فإن التعريف الأقرب للعقد كمصدر للالتزام هو أنه: " كل اتفاق يقوم بين شخصين أو أكثر على انشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها." كهدف يسعى إليه العقد ليجتنب على هذه القاعدة نتيجة في غاية الأهمية وهي أن كل اتفاق لا يؤدي إلى إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها

¹ المادة 54 من القانون المدني قبل تعديلها بموجب القانون 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر، عدد 44، الصادرة في 26 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، تنص على أن: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل، او عدم فعل شيء ما".

لا يعتبر عقدًا بالمعنى الصحيح الذي يقصده التعريف¹، وعليه فإنه لوجود عقد لابد من توافر الشروط الآتية:

- 1- وجود إرادتين أو أكثر، باستثناء الوصية التي تتضمن طرف واحد.
- 2- تطابق أو توافق الإرادتين كالإيجاب والقبول في عقد البيع.
- 3- اتجاه الإرادتين أو أكثر نحو إحداث أثر قانوني معين، إمّا بإنشاء التزامات وحقوق، أو نقلها، أو تعديلها، أو إنهاؤها.

المطلب الثاني: نطاق العقد

يتحدّد نطاق العقد كمصدر للالتزامات والحقوق الشخصية والذي يخضع للقواعد العامة الواردة في القانون المدني من خلال الأمرين الآتين:

الفرع الأول: الطبيعة المالية لأداء المدين

ومعنى ذلك أن يكون محل العقد ذا قيمة مالية أو اقتصادية، فينشئ العقد التزامات يكون أداء المدين فيها ماليًا، أو ما يمكن تقديره بالنقد، لذلك يخرج من معنى العقود والاتفاقات التي تقع في دائرة القانون الخاص العقود والاتفاقات التي تكون متعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج² الذي من شأنه

¹ خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 17 و18.

² نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، مصر، 2004، ص30.

أن يُنشئ واجبات قانونية بين أفراد الأسرة وليس إنشاء روابط يكون الأداء فيها ذا قيمة مالية¹.

الفرع الثاني: أن يكون الاتفاق في دائرة القانون الخاص

لذلك فإن مجال العقد الذي نقصده يتحدّد بالاتفاقات المنشئة للالتزامات بين أشخاص القانون الخاص، فتخرج من مجاله الاتفاقات المتعلقة بفروع القانون العام، كالاتفاق الدولي الذي ينعقد بين الدول والذي يخضع للقانون الدولي العام والعقود التي تبرمها الدولة بوصفها ذات سلطة وسيادة مع الأفراد والتي تخضع للقانون الإداري، كعقد التزام المرفق العام². ويُستثنى في هذا الشأن العقود التي تبرمها الدولة بوصفها شخصاً عادياً فتعتبر في حكم الأفراد وتخضع لأحكام القانون المدني، كعقد إيجار أو بيع مال من أموال الدولة الخاصة، كما تجدر الإشارة إلى التأثير الكبير للنظرية العامة للعقد سواءً على تنظيم المعاهدات الدولية أو العقود الإدارية³.

المطلب الثالث: مبدأ سلطان الإرادة

الأصل هو حرية التعاقد وهذا ما جسّده المشرع الجزائري في (المادة 106 ق م ج) بنصها: "العقد شريعة المتعاقدين..."، الأمر الذي يبرز الدور الأساسي لمبدأ سلطان الإرادة كأساس تدور حوله القواعد القانونية المنظمة

¹ ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية (مصادر الالتزامات)، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 41.

² أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1998، ص 12.

³ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 31.

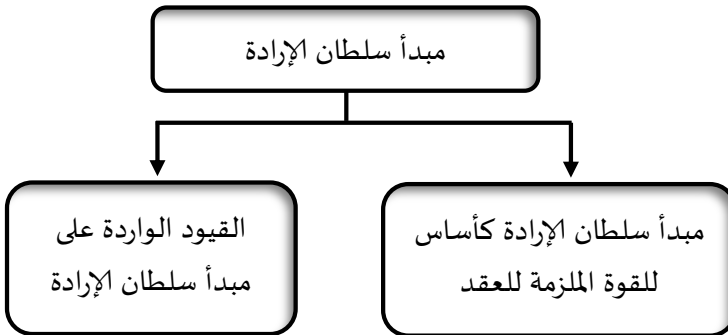
للعقد وكنحتاج للفلسفة السياسية الفردية في القرن الثامن عشر والحرية
الرأسمالية في الاقتصاد التي بلغت أوجها في القرن التاسع عشر¹.

إلا أن التطورات الحاصلة في شتى المجالات أدت إلى تراجع هذا المبدأ،
من خلال تدخل المشرع بوضع قيود موضوعية وشكلية أوجب احترامها، لا
سيما ما تعلق بمقتضيات النظام العام والآداب العامة واقتضاء شكلية
معينة في بعض العقود، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح الاشكال الآتي:

ما حدود الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة في العقد؟ أو بمعنى آخر هل
للإرادة دور مطلق أم نسبي في التعاقد؟

لذلك سوف نعرض لهذا المبدأ من خلال الفروع الآتية:

الشكل رقم (02) تقسيم موضوع مبدأ سلطان الإرادة



¹ نبيل ابراهيم سعد، المرجع نفسه، ص31.

لكن قبل التفصيل نُذكر أن موضوع مبدأ سلطان الإرادة كان سؤالاً

لمسابقة الدكتوراه في عدّة مناسبات نذكر منها:

- العقد بين الإرادة والقانون حلل وناقش؟ (جامعة الأغواط 2018)
- يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلاص بالنصوص القانونية حلل وناقش؟ (جامعة المسيلة 2018 و2019).
- مبدأ سلطان الإرادة... حلل وناقش؟
- القانون والعقد... حلل وناقش؟ (جامعة ورقلة).
- حدود حرية الأطراف في التعاقد... حلل وناقش (جامعة تيارت 2017).
- القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد... حلل وناقش (جامعة الشهيد حمدة لخضر – الوادي).

الفرع الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

نتعرض في هذا الفرع إلى تعريف مبدأ سلطان الإرادة وخصائصه على النحو الآتي:

أولاً: تعريف مبدأ سلطان الإرادة

تعددت التعاريف الفقهية لمبدأ سلطان الإرادة ومن بينها: "أن الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود دون التقيد بالأنواع التي نظمها المشرع، وتتمتع أيضاً بحرية الدخول في علاقة تعاقدية من عدمه، وكذا في تحديد ما يترتب على العقد من آثار قانونية وتعديلها بعد ترتيها، وإنهاء العقد بعد إبرامه، مادامت تلتزم في ذلك بحدود النظام العام والآداب العامة"¹، وعليه فإن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على شقين، الأول يتعلق بالشكل وهو عبارة عن مبدأ الرضائية والثاني يتعلق بالموضوع من خلال حرية الإرادة في تحديد آثار هذا العقد.

ثانياً: خصائص مبدأ سلطان الإرادة

يتميز مبدأ سلطان الإرادة بجملة من الخصائص يمكن أن نوردها فيما يلي:

1- حرية الشخص في التعاقد

الأصل أن الشخص لا يلتزم إلا بإرادته²، لذلك فإنه استناداً للحرية العقدية للأفراد يمكنهم إنشاء ما يشاؤون من عقود وأن ينظموا آثارها وفق

¹ أنظر محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص 48

² أنظر حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 11.

إرادتهم الحرّة، ولا تقتصر هذه الحرية على موضوع العقد فحسب بل تمتد أيضاً إلى الشكل¹.

2- عدم تعارض حرية التعاقد مع حريات الآخرين

وهو ما يجسد نظرية العقد الاجتماعي، بحيث لا يجوز للفرد عند ممارسة حقه في التعاقد والالتزام المساس بحريات الآخرين ولا بحقوقهم².

3- الدور الضيق للقانون في الرقابة على حرية الفرد في التعاقد والالتزام

ومفاد هذه الخاصية أن دور القانون والقاضي يكون محايداً اتجاه حرية الفرد في التعاقد والالتزام، بحيث يسهر فقط على احترام الشخص لحريات الآخرين وحقوقهم عند ممارسته لهذا الحق.

الفرع الثاني: نطاق مبدأ سلطان الإرادة

يتحدّد نطاق مبدأ سلطان الإرادة من خلال إرادة الفرد التي تملك سلطة انشاء العقد من جهة، وتحديد آثاره من جهة أخرى.

أولاً: من حيث تكوين العقد

يظهر دور مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد من خلال حرية الأطراف في كيفية التعاقد من جهة، وهذا ما يُعبر عنه بمبدأ الرضائية الذي

¹ أنظر فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص26.

² أنظر محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2012، ص6.

يفيد بأن التراضي وحده كاف لإبرام العقد الذي ينشأ بمجرد تطابق إرادتي العاقلين¹، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في (المادة 59 ق.م.ج).

وكذا الحرية في تحديد مضمون العقد من جهة أخرى، كون الفرد حرّ في التعاقد وفقا لما يرتضيه من شروط، ورغم تنظيم المشرع لطائفة من العقود، فإن تدخله يكون عادة عن طريق القواعد المكملّة والمفسرة لإرادة الطرفين²، ومن أمثلة النماذج التشريعية التي تجيز لأطراف العقد الاتفاق على ما يحقق مصالحهما نجد مثلاً، الفسخ الاتفاقي للعقد طبقاً لنص (المادة 120 ق.م.ج)، والاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية طبقاً لنص (المادة 178 من نفس القانون).

ثانياً: من حيث حرية تحديد آثار العقد

يتجلى دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد آثار العقد من خلال مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" الذي يعني أن ما تقرّره الإرادة ويدخل في نطاق العقد يشكل قوة ملزمة للطرفين كما لو كان القانون قد نص عليه، فيلزمهما بوجوب تنفيذ ما ينشأ لهما من حقوق وما يترتب عليهما من التزامات بموجب العقد، ولا يقتصر هذا الحظر في التعديل على أحد المتعاقدين منفرداً فحسب، بل يشمل أيضاً القاضي الذي لا يملك سلطة الحلول محل الإرادة

¹ أنظر العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص45.

² أنظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، طبعة جديدة مزيّدة ومنقحة، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص44.

الفردية ولو كان ذلك بدعوى تحقيق العدالة أو منع الظلم¹، وهو ما جسّده المشرع الفرنسي في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي وعلى غرار المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني الجزائري بنصها: "العقد شريعة المتعاقدين...".

وكذا مبدأ "الأثر النسبي للعقد" والذي يعني انصراف آثار العقد لعاقبيه دون سواهما، على أساس أن هذا المبدأ هو الآخر استمد قوته من فكرة فلسفية مفادها أن الفرد لا يلزم إلا بإرادته الحرة وهو ما جسّده المشرع الجزائري أيضاً في (المادة 108 ق.م.ج) بنصها: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين..." و(المادة 113 ق.م.ج) بنصها: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير...".

الفرع الثالث: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

إذا كان جوهر العقد هو الإرادة، فإن وظيفة هذه الأخيرة تقتصر على مجرد الخضوع لأحكام القانون، فالعقد لا يكون صحيحاً إلا في حدود المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع والتي تحدّد في الغالب بقواعد أمرة، لذلك ورد على مبدأ سلطان الإرادة في شقيه الكثير من القيود التشريعية.

أولاً: القيود الواردة على حرية التعاقد وعدم التعاقد

فُرض على مبدأ سلطان الإرادة في مسألة حرية التعاقد من عدمه قيدان أساسيان الأول يتعلق بالزام القانون المتعاقدين إفراغ بعض

¹ أنظر خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 106.

التصرفات في شكل محدّد إلى جانب الرضائية وهو ما يُعبر عنه بالتصرفات الشكلية¹، هذه الأخيرة التي قد تكون مباشرة باعتبارها ركنًا رابعًا في بعض العقود، سواءً كانت رسمية كالتصرفات الواردة على العقار طبقًا للمواد (324 مكرر 1 و 883 و 886 ق م ج)، أو عرفية كعقد الشركة المدنية طبقًا للمادة (418 ق م ج)، أو شكلية غير مباشرة كاشتراط الكتابة للإثبات طبقًا للمواد (333 و 645 ق م ج)، واشتراط الشهر في بعض العقود طبقًا للمادة (795 ق م ج).

أما الثاني فيتعلق بالإجبار على التعاقد من خلال اجبار الشخص على التعاقد بحكم القانون، وذلك إمّا حماية لمصلحة خاصة أو تحقيقًا للمصلحة العامة في المجتمع، ومن أمثلة ذلك الإجبار على التعاقد في مجال الملكية كحق المجرى وحق المرور وحق الشفعة²، طبقًا للمواد (693 و 795 ق م ج)، وكذا نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، طبقًا للمادة (677 ق م ج).

ثانياً: القيود الواردة على حرية تحديد آثار العقد

ويتجسد ذلك في عقود الإذعان التي تطغى فيها إرادة الطرف القوي على إرادة الطرف الضعيف المذعن، بفرض شروط لا تقبل المناقشة، نتيجة احتكاره سلعة أو خدمة ضرورية.

¹ أنظر محمد حسن منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 47.

² أنظر حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 77.

كما أن تطور فكرة النظام العام والآداب العامة في مختلف التشريعات أدّى إلى قيود في مجال التعاقد تفرض على المتعاقدين عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة في المجتمع تحت طائلة بطلان العقد.

ضف إلى ذلك فرض المشرع للالتزامات جديدة على عاتق أحد المتعاقدين تحقيقاً للتوازن في الروابط العقدية، كالالتزام بالإعلام الذي يستند إلى مبدأ حسن النية في العقود، وكذا منح القاضي السلطة التقديرية في تعديل العقد في الكثير من الحالات، أو إعفاء أحد طرفي العقد من بعض الشروط، أو إنهائه بناءً على طلب أحد الأطراف، ومثال ذلك: تخويل القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه طبقاً لنص (م 184 ق م ج) وتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة طبقاً للمادة (3/107 ق م ج)، وكذا سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، أو إعفاء الطرف المذعن منها نهائياً طبقاً لنص المادة (110 ق م ج)...إلخ.

ثالثاً: اتساع نطاق الالتزامات غير الإرادية

من بين القيود التي واجهت مبدأ سلطان الإرادة أيضاً ما يتعلق باتساع نطاق الالتزامات غير الإرادية التي تنشأ عن مصادر أخرى غير الإرادية، كالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار وعن القانون، وتطور أحكام المسؤولية التقصيرية نتيجة الثورة الصناعية وانتشار استخدام الآلات الخطرة في المجتمعات الحديثة، وذلك بتجاوزها الالتزام بالتعويض عن الضرر على

أساس الخطأ، إلى اعتماد الضرر كأساس للتعويض ولودون خطأ من جانب المسؤول¹.

ختامًا نخلص إلى أنه رغم الدور الذي تتمتع به الإرادة في مجال التعاقد باعتبارها جوهر العقد وأساسه، إلا أن هناك قيود عديدة يفرضها التشريع على كل المراحل التي يمر بها العقد.

فمن جانب حرية الأطراف في التعاقد يتضح أنه وردت استثناءات على مبدأ الرضائية، حيث استوجب المشرع الشكلية في بعض العقود واعتبرها ركنا للانعقاد، كما هو الحال في التصرفات الواردة على العقار، كما ظهرت فكرة الإجبار على التعاقد، بحيث لا يكون المتعاقد حرًا في اختيار المتعاقد الآخر، بل يُلزم بالتعاقد مع طرف أو جهة محدّدة من السلطة العامة.

أما بالنسبة للقيود الواردة على حرية الأطراف في تحديد آثار العقد فإنها تتجسد من خلال ظهور عقود الإذعان التي تغطي فيها إرادة الطرف القوي على إرادة الطرف الضعيف (المذعن)، وذلك بفرض شروط لا تقبل المناقشة نتيجة احتكاره سلعة أو خدمة ضرورية.

ضفّ إلى ذلك تطور فكرة النظام العام والآداب العامة في مختلف التشريعات ترتب عليه قيود في مجال التعاقد تستوجب عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة تحت طائلة بطلان العقد.

¹ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 49.

وكذا فرض المشرع للالتزامات جديدة على عاتق أحد المتعاقدين، كالالتزام بالإعلام الذي يستند إلى "مبدأ حسن النية في العقود" هذا من جهة، ومن جهة أخرى منح القاضي السلطة التقديرية في تعديل العقد وفقاً للحالة المعروضة كلما توافرت شروطها.

المبحث الثاني: تقسيمات العقود

يعتبر تقسيم العقود من مهام الفقه وليس من مهام المشرع أو القاضي، وهو من الأهمية بما كان من الناحية العملية، ذلك أن ترتيب العقود إلى عدّة أصناف بحسب الخصائص المميزة لكل صنف يساهم في تحديد النظام القانوني لكل عقد، وفيما يلي سوف نعرض لأهم أقسام العقود كما يلي¹:

المطلب الأول: تقسيمات العقود من حيث تنظيم المشرع

تنقسم العقود من حيث موضوعها إلى عقود مسمّاة، وعقود غير مسمّاة.

الفرع الأول: العقود المسمّاة

وهي العقود التي وضع لها المشرع تسمية وتنظيماً معينين، وقد نظم القانون المدني الجزائري جملة من العقود ووضع لكل منها أحكاماً معينة، كعقد البيع وعقد الإيجار وعقد الهبة وعقد الشركة...إلخ.

¹ أنظر محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، طبعة ثانية، دون دار نشر، تونس، 1997، ص ص 75-76.

الفرع الثاني: العقود غير المسماة

وهي التي لم يضع لها المشرع تنظيمًا خاصًا بها لعدم شيوعها بين الناس مقارنةً بالعقود المسماة، لذلك يستحيل حصرها من حيث العدد أو النوع لما للأفراد من حرية في انشاء ما شاءوا من هذا النوع من العقود، وتخضع هذه العقود للقواعد العامة التي تخضع لها العقود المسماة ومن أمثلتها: اتفاق أحد المستشفيات مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة بعضًا من الأسرة تستخدم للتعليم الطبي.

المطلب الثاني: تقسيمات العقود من حيث تكوينها

تنقسم العقود من حيث تكوينها إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعينية.

الفرع الأول: العقد الرضائي

وهو العقد الذي يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين، دون أن يستلزم ذلك شرط آخر وهذا هو الأصل في العقود والمعبر عنه بمبدأ الرضائية، الذي يُعتبر نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة لكن لا يمنع ذلك من اتفاق المتعاقدين على الكتابة لإثبات العقد.

الفرع الثاني: العقد الشكلي

وهو الذي لا يكفي لانعقاده تراضي الطرفين، بل ينبغي إلى جانب التراضي اتباع شكل خاص، كتحريم العقد في شكل رسمي مثلما هو الأمر بالنسبة لبيع العقار أو رهنه طبقًا للمادتين (324 مكرر 1 و882 ق.م.ج).

الفرع الثالث: العقد العيني

وهو العقد التي تكون صحته رهينة تسليم الشيء، مثل عقد عارية الاستعمال وعقد الوديعة، وعقد الهبة.

المطلب الثالث: تقسيمات العقود من حيث الآثار المترتبة عليها

الفرع الأول: العقد الملزم للجانبين

هو العقد الذي يلتزم فيه كل متعاقد تجاه الآخر وعلى وجه التبادل بمقتضى الاتفاق المعقود، بحيث يكون كل متعاقد دائئاً ومدينًاً في الوقت نفسه ومثال ذلك: عقد البيع، فالبايع دائئ للمشتري بالثمن ومدين له بتسليم العين المبيعة، والمشتري دائئ للبايع بالعين المبيعة ومدين له بالثمن، وعقد الايجار وعقد العمل، وعقد المقاولة...الخ.

الفرع الثاني: العقد الملزم لجانب واحد

هو العقد الذي يلتزم فيه أحد المتعاقدين دون الطرف الآخر، أي ذلك العقد الذي يكون بمقتضاه أحد الطرفين مدينًاً والآخر دائئاً فقط، كالهبة¹.

ويختلف العقد الملزم لجانب واحد عن التصرف القانوني الصادر من جانب واحد في كون العقد الملزم لجانب واحد لا يتم إلا بتلاقي إرادتين وتوافقهما وارتباطهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، مثل الهبة والعارية، أما التصرف القانوني الصادر من جانب واحد فهو تصرف قانوني

¹ أنظر محمد الزين، المرجع نفسه، ص76.

انفرادي، أي عمل قانوني صادر من جانب واحد ويتم بإرادة واحدة فقط لترتيب أثر دون الحاجة إلى الارتباط بإرادة أخرى، مثل الوصية والوعد بجائزة¹.

ويرتبط تحديد ما إذا كان العقد ملزم للجانبين أو لجانب واحد بطبيعة العقد أو اتفاق العاقلين، فطبيعة العقد تجعل من بعض العقود لا يمكن أن تكون إلّا عقوداً ملزمة للجانبين كعقد البيع والايجار والمقاولة، أما اتفاق العاقلين فقد يجعل من بعض العقود ملزماً لجانب واحد، كما يمكن لهذا الاتفاق أن يجعل العقد، عقداً ملزماً للجانبين، طبعاً حسب الاتفاق، كعقد الوديعة مثلاً² الذي يلتزم فيه المودع لديه بردّ الشيء المودع (كمدّين) إلى المودع (كدائن)، فلو اشترط المودع لديه مقابلاً لقاء قبوله الوديعة تحول عقد الوديعة إلى عقد ملزم للجانبين³.

الفرع الثالث: أهمية التقسيم

وللتفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد أهمية كبيرة، بحيث يترتب على ذلك نتائج أهمها:

أولاً: من حيث فسخ العقد

في العقد الملزم للجانبين إذا أخلّ أحد طرفي العقد بالتزاماته العقدية كان للطرف الآخر أن يطلب حلّ الرابطة العقدية بالفسخ، كون

¹ أنظر محمد الزين، المرجع نفسه، ص 76.

² أنظر ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 60.

³ أنظر عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 36.

الالتزامات متقابلة، أمّا في العقد الملزم لجانب واحد فلا يمكن للدائن ذلك لعدم وجود التزامات متقابلة أو متبادلة، وليس له سوى مطالبة المدين بتنفيذ التزاماته.

ثانياً: من حيث الدفع بعدم التنفيذ

لكل طرف في العقد الملزم للجانبين الدفع بعدم التنفيذ، وذلك من خلال الامتناع عن تنفيذ التزاماته العقدية حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ ما عليه من التزامات إذا امتنع عن ذلك، أمّا في العقد الملزم لجانب واحد فلا يتحقق مثل هذا الدفع لعدم ارتباط وتقابل الالتزامات، وأنّ هناك شخص واحد يقع على عاتقه تنفيذ الالتزامات¹.

ثالثاً: من حيث تحمل تبعة الهلاك

في العقد الملزم للجانبين يطبق القاضي مبدأ التبعة متى استحال على العاقد تنفيذ التزامه لسبب خارج عن إرادته، فينقضي الالتزام بسبب استحالة التنفيذ وتبرأ ذمته، وينقضي في الوقت نفسه الالتزام المقابل الذي في ذمة الطرف الآخر بقوة القانون لارتباط كل منهما بالآخر، بمعنى أن تبعة الهلاك في العقد الملزم للجانبين تقع على عاتق المدين بالالتزام إذا استحال تنفيذه.

¹ أنظر ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 61-62.

أما في العقد الملزم لجانب واحد فتقع تبعة الهلاك على الدائن وليس على المدين، لأنه ليس هناك التزام مقابل لالتزام هذا الأخير¹.

الفرع الرابع: عقد المعاوضة وعقد التبرع

عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلًا لما أعطاه، ومن عقود المعاوضة عقد البيع وعقد القرض، والكفالة.

أما عقد التبرع فهو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلًا لما أعطاه، ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلًا لما أخذه، ومن عقود التبرع عقد العارية وعقد الهبة دون عوض والوديعة والوكالة دون عوض².

الفرع الخامس: أهمية التقسيم

وتظهر أهمية هذا التقسيم في نقاط عدّة أهمها:

أولاً: الأهلية اللازمة للعقد

في التبرعات يُشترط الأهلية الكاملة لأنها ضارّة ضررًا محضًا، أمّا في المعاوضات فلا يُشترط ذلك، وإن كانت قابلة للإبطال إذا طلب ذلك صاحب الولاية على ناقص الأهلية، أو طلب ذلك ناقص الأهلية نفسه³.

¹ أنظر أمير فرج يوسف، العقد والارادة المنفردة، ط 1، دارالفتح للتجليد الفني، الاسكندرية، مصر، 2008، ص 13.

² أنظر أمير فرج يوسف، المرجع نفسه، ص 14.

³ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 67.

ثانيا: دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين (الدعوى البولصية)

للطعن بالدعوى البولصية في عقود المعاوضة لأبد على الدائن أن يثبت غش المدين أو تواطؤه مع المتصرف إليه بسوء نية، أما في عقود التبرع فغش المدين مفترض ولا يُلزم الدائن بإثبات تواطؤه مع المتبرع إليه حتى ولو كان هذا الأخير حسن النية¹.

المطلب الرابع: تقسيمات العقود من حيث طبيعتها

تنقسم العقود من حيث طبيعتها إلى عقود محدّدة وعقود احتمالية (عقود الغرر).

الفرع الأول: العقد المحدّد

وهو العقد الذي تكون فيه التزامات كلا طرفيه محدّدة وقت إبرام العقد²، بحيث يستطيع كل منهما معرفة مقدار ما يُعطى، ومقدار ما يأخذ³ ومثال ذلك: عقد البيع الذي يُحدّد فيه الثمن ونوع المبيع وقت إبرام العقد⁴.

الفرع الثاني: العقد الاحتمالي (عقد الغرر)

وهو العقد الذي لا يستطيع طرفاه وقت إبرامه تحديد قيمة ما يعطيانه أو يأخذانه، أو قيمة أحدهما، كون تحديد هذه القيمة يتوقف على

¹ أنظر سويلم فضيلة، محاضرات في القانون المدني (مصادر الالتزام)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2017-2018، ص 12.

² أنظر زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام (العقد والارادة المنفردة)، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 39.

³ أنظر عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 40.

⁴ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 39.

أمر مستقبل غير محقق الوقوع، أو غير معروف قبل حدوثه لأن أساسه الاحتمال ومثال هذه العقود الاحتمالية عقد التأمين الذي يُجهل فيه تحقق أو عدم تحقق الخطر المؤمن عليه، ممّا يحول دون معرفة المؤمن أو المؤمن له قيمة الغنم أو الغرم لأيّ منهما¹.

ويثير التمييز بين العقد المحدّد والعقد الاحتمالي مسألتين في غاية الأهمية والمتمثلة في التمسك بالغبن، كون العقود المحدّدة تسمح بمثل هذا الطعن بالنظر إلى طبيعتها، أمّا العقود الاحتمالية فلا تسمح بمثل هذا الطعن لأنها تقوم على احتمال حصول تفاوت كبير بين التزامات كل من العاقدين، كون التفاوت بين التزامات العاقدين هو طبيعة تلك العقود، كما أنّ العقود المحدّدة تعتبر مجالاً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، من خلال ردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول على خلاف العقود الاحتمالية التي لا تعتبر مجالاً لتطبيق هذه النظرية².

المطلب الخامس: تقسيمات العقود من حيث تنفيذها

يمكن تقسيم العقود من حيث تنفيذها إلى عقود فورية التنفيذ وعقود مستمرة التنفيذ.

¹ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 72.

² أنظر ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 67.

الفرع الأول: العقد فوري التنفيذ

وهو العقد الذي يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيه، فيكون تنفيذه فورياً حتى ولو تراخى في بعض الحالات¹ ومثال ذلك: عقد البيع الذي يعتبر عنصر الزمن فيه معدوم، فنقل ملكية المبيع وتسليمه إلى المشتري يتم فوراً وكذلك دفع الثمن إلى البائع، فلا يغير من طبيعة العقد الفورية الاتفاق على تأخير تسليم المبيع أو تأجيل دفع الثمن، أو دفعه على أقساط لأن ذلك لا يؤثر في تحديد محل الالتزام الناشئ عن عقد البيع وهو الثمن أو المبيع².

الفرع الثاني: العقد مستمر التنفيذ (العقد الزمني)

وهو العقد الذي يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً وأساسياً فيه، لأن هناك أشياء لا يمكن تصورها إلا مقترنة بزمن، كما لو ورد العقد على منفعة شيء ما، كون المنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة، كعقد الإيجار وعقد التوريد، وعقد الإيراد مدى الحياة³.

الفرع الثالث: أهمية التقسيم

تظهر أهمية تقسيم العقود من حيث تنفيذها إلى عقود فورية وعقود مستمرة من عدة نواحي أهمها:

¹ أنظر خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 25.

² أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 68.

³ أنظر خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 26.

أولاً: من حيث الفسخ

للفسخ في العقد الفوري أثر رجعي وذلك بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، أمّا العقد الزمني فلا يكون للفسخ فيه أثر رجعي، بل ينصرف أثره للمستقبل دون الماضي، كون ما تم تنفيذه من التزامات لا يؤثر فيه الفسخ¹.

ثانياً: من حيث ضرورة الإعذار

يكون الإعذار ضرورياً لاستحقاق التعويض عند التأخير في تنفيذ العقد الفوري، أمّا في العقد الزمني فلا ضرورة للإعذار لأن تأخر المدين في تنفيذ التزامه المستمري يشمل ما فات من الزمن فقط.

ثالثاً: من حيث نظرية الظروف الطارئة

يعتبر العقد المستمر المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، كون تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذه العقود مرتبط بالزمن، أمّا في العقد الفوري فلا مجال لهذه النظرية إلا إذا كان هذا العقد الفوري متراخي التنفيذ أو مقسّطاً².

المطلب السادس: تقسيمات العقود من حيث حدوث التراضي

ينقسم العقد من حيث كيفية حدوث التراضي فيه إلى عدّة تقسيمات أهمها عقود المساومة وعقود الإذعان وهي من التقسيمات الجديدة التي

¹ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 42.

² أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 71.

ظهرت نتيجة ازدياد التعامل بين الأفراد سواءً على المستوى الوطني أو الدولي وازدياد تدخل الدولة أيضًا لحماية الطرف الضعيف في العقد.

الفرع الأول: عقد المساومة

وهو العقد الذي تتساوى في انعقاده إرادة أطرافه من خلال المساواة بين أطرافه في مناقشة شروطه دون أن تطغى إرادة على أخرى ومثال ذلك: عقد البيع، الإيجار...الخ.

الفرع الثاني: عقد الإذعان

وهو العقد الذي يخضع فيه أحد أطراف العقد لجميع الشروط التي يضعها الطرف الآخر (الموجب) دون أن يملك الحق في مناقشة أو تغيير أو تعديل هذه الشروط بالنظر لما يتمتع به هذا الموجب من احتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة ما ومثال ذلك: شركات النقل أو الكهرباء والغاز أو التليفون، أو عقود التأمين¹.

الفرع الثالث: أهمية التقسيم

تظهر أهمية هذا التقسيم من عدّة نواحي أهمها ما يتعلق بسلطة القاضي في تعديل وتحديد شروط العقد والتي تكون أوسع في عقود الإذعان، من خلال سلطة القاضي في تعديل الالتزامات إذا كانت تتضمن شروطًا تعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها نهائيًا، وكذا سلطته في تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن كطرف ضعيف طبقًا لنص (المادة 2/112 ق.م.ج)

¹ أنظر خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 27.

مقارنة بسلطته في عقود المساومة (العقود التفاوضية) التي لا يجوز للقاضي فيها الخروج عن المبدأ القانوني في تحديد مضمون العقد وشروطه، كون العقد شريعة المتعاقدين¹.

¹ أنظر عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 43.

الفصل الثاني

أركان العقد

لقيام العقد صحيحًا ومرتبًا لآثاره القانونية يشترط القانون توافر أركانه، والمتمثلة في التراضي والمحل والسبب، إضافة إلى ركن الشكل بالنسبة للعقود الشكلية، لذلك سنتناول هذا الفصل في أربعة مباحث كما يلي:

المبحث الأول: ركن التراضي.

المبحث الثاني: ركن المحل.

المبحث الثالث: ركن السبب.

المبحث الرابع: ركن الشكل.

المبحث الأول: ركن التراضي

يتحقق التراضي كركن جوهري لوجود العقد بتطابق إرادتي المتعاقدين على إحداث أثر قانوني معين، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في (المادة 59 من ق.م.ج) بنصها: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية."، ولا يكفي وجود التراضي لتمام صحة العقد، بل لا بد أن يكون هذا التراضي صحيحًا، أي أن يصدر من ذي أهلية وأن يكون خاليًا من العيوب، وسوف نتناول ذلك في مطلبين يتعلق الأول "بوجود التراضي" في حين يتعلق الثاني "بصحة التراضي".

المطلب الأول: وجود التراضي

طبقًا لنص (المادة 59 من ق.م.ج) فإن التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبير عن إرادتي طرفي العقد، وقد يتعاقب التعبير عن هاتين

الإرادتين المتطابقتين فيصدر الإيجاب أولاً ثم يتبعه قبول مطابق له، وقد يحدث في بعض الأحيان أن يتعاصر التعبير عن هاتين الإرادتين المتطابقتين، كما هو الحال في الرهان على سباق الخيل¹، وقد يتخذ توافق الإرادتين أيضاً بعض الصور الخاصة، كما قد ينوب شخص شخصاً آخر في إبرام العقد باسمه بصفته نائباً عنه² وعليه سنتناول ذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة

الفرع الثاني: تطابق الإرادتين

الفرع الثالث: صور خاصة لتوافق الإرادتين

الفرع الرابع: النيابة في التعاقد

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة

على اعتبار الإرادة أمر كامن في النفس فإنه لا يمكن الوقوف عليها والاعتداد بها، إلا بالتعبير عنها وظهورها للعالم الخارجي بأي وسيلة من الوسائل المستخدمة في التعبير للكشف عن نية الشخص الطبيعي في إبرام العقد.

أولاً: صور التعبير عن الإرادة

قد يكون التعبير عن الإرادة -إيجاباً كان أو قبولاً- صريحاً، وقد يكون ضمناً، كما قد يصلح السكوت أن يكون قبولاً في بعض الحالات.

¹ أنظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص 57.

² أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 77.

1- التعبير الصريح عن الإرادة

وهو الكشف عن الإرادة بصورة مباشرة، سواءً باللفظ المعبر عن المعنى المراد أو الكتابة، أيًا كان شكلها ونوعها، أو الإشارة المتداولة عرفًا للتعبير عن الموافقة أو الرفض، أو باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في مقصود صاحبه¹، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في (المادة 1/60 من ق.م.ج).

2- التعبير الضمني عن الإرادة

وهو التعبير الذي يكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشرة من خلال ظروف أو مواقف يرجح معها أنّ إرادة الشخص قد انصرفت إلى معنى معين ومثال ذلك: قيام شخص ببيع شيء معروض عليه للشراء فهذا يدل على أن المشتري قد قبل البيع، وكذا استمرار المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة بعد انتهاء الايجار، وقبول المؤجر الأجرة دون اعتراض فهذا يُعدّ إيجابًا ضمنيًا من المستأجر بتجديد الايجار وقبولًا ضمنيًا من المؤجر²، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري أيضًا في (المادة 2/60 ق.م.ج).

وكاستثناء فإن هناك حالتين لا يُعتدُّ فيهما بالتعبير الضمني عن الإرادة وهما:

- حالة اشتراط القانون التعبير الصريح عن الإرادة.

¹ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 95.

² نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص 95-96.

- وحالة اتفاق الطرفان على ضرورة التعبير الصريح وعدم كفاية التعبير الضمني¹.

3- مدى اعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة

يعتبر السكوت موقف سلبي لا يمكن التعبير به عن الإيجاب، كون هذا الأخير، أي (الإيجاب) يُمثل أول مرحلة من مرحلتَي العقد (الإيجاب والقبول)، كما أن العرض يجب أن يتضمن بياناً واضحاً لطبيعة الصفقة المراد إبرامها والسكوت لا يمكن أن يكون وسيلةً لهذا البيان، لذلك يثور التساؤل بالنسبة للقبول، أي مدى اعتبار السكوت قبولاً².

الأصل أن السكوت لا يُعتبر قبولاً اعمالاً لقاعدة " لا ينسب لساكت قول"، إلا أن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات تتمثل في الآتي:

أ- حالة وجود نص قانوني

يعتبر السكوت قبولاً إذا نص القانون على ذلك صراحةً ومثال ذلك: ما نصت عليه (المادة 355 ق.م.ج) بخصوص البيع بشرط التجربة، حيث يعتبر المشتري قابلاً بالمبيع إذا قام بتجربته وانتهاء المدة المتفق عليها لإعلان الرفض دون الإفصاح عن إرادته.

¹ سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 14.

² أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 83.

ب- حالة وجود اتفاق بين المتعاقدين على اعتبار السكوت قبولاً

ومثال ذلك: اتفاق المؤجر والمستأجر على تحديد وقت معين قبل انتهاء عقد الايجار طبعاً يُعلم فيه المستأجر، المؤجر بعدم رغبته في تجديد الايجار، فإذا سكت المستأجر عن ذلك خلال هذا الأجل أُعتبر سكوته قبولاً لتجديد الايجار¹.

ج- حالة السكوت الملابس

وهو السكوت الذي يقترب بظروف ترجح تفسيره على أنه قبول وقد نصت (المادة 68 ق. م. ج) على حالات السكوت الملابس على سبيل المثال لا الحصر، كون كل سكوت تقترب به ملابس تدل على الرضى فهو سكوت ملابس وتتمثل هذه الحالات في الآتي:

- إذا كان هناك تعامل سابق بين العاقدين مفاده أن الموجب لا ينتظر ردًا بالقبول ومثال ذلك: أن يعتاد تاجر التجزئة طلب السلعة من تاجر الجملة فيرسل له هذا الأخير السلعة دون أن يرد بالقبول.
- إذا جرت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري على اعتبار السكوت قبولاً: ومثال ذلك: ارسال البنك بياناً بالحساب للعميل وسكوت هذا الأخير، فإن سكوته يعتبر اعتماداً لبيان الحساب هذا.

¹ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 50.

- إذا كان الإيجاب في مصلحة من وجه له: ومثال ذلك: عرض الكفيل كفالته على الدائن، فإذا سكت هذا الأخير أُعتبر سكوته قبولاً¹، أو أن يعرض التاجر على العميل تخفيض ثمن السلعة، أو أن يعرض شخص على آخر أن يهبه مالا من أمواله وكل ذلك متروك لتقدير القاضي².

ثانيا: الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانوني

الأصل أن التعبير عن الإرادة في التعاقد، سواء كان إيجاباً، أو قبولاً لا ينتج أثره إلا حين وصوله إلى علم من وجه إليه، ما لم يقدّم دليل على خلاف ذلك وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في (المادة 61 ق. م. ج) وسوف نفصل ذلك كما يلي:

1- إذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً

يختلف الأمر ما إذا كان المتعاقدان يجمعهما مجلس واحد أو يباعد بينهما المكان.

أ- إذا كان (الموجب له) موجوداً في مجلس العقد: فإن الإيجاب يتصل بعلمه مباشرة في مجلس العقد، فإذا صدر منه قبولاً مطابقاً انعقد العقد.

ب- إذا كان (الموجب له) موجوداً في مكان آخر: بمعنى أنه ليس هناك اتصال مباشر بين العاقدين، فيكون هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، فإن الإيجاب لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب له، ولما كان إثبات ذلك

¹ أنظر زكريا سرايش، المرجع نفسه، ص 51.

² أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 100.

صعبًا جعل القانون وصول الايجاب قرينة بسيطة على العلم به تقبل إثبات العكس، بحيث يستطيع الموجب الرجوع في ايجابه مادام لم يتصل بعلم من وجه له.

2- إذا كان التعبير عن الإرادة قبولًا

يخضع الأمر أيضًا إلى الفرضين السابقين.

أ- إذا كان (الموجب) موجودًا في مجلس العقد: فمتى صدر قبولًا من (الموجب له) وكان مطابقًا للإيجاب اقترن به وانعقد العقد.

ب- إذا كان (الموجب) موجودًا في مكان آخر: أي يكون هناك فاصل زمني بين الايجاب والقبول، فإن القبول لا يتصل بعلم (الموجب) إلا إذا وصل إليه وعلم به، ولما كان إثبات ذلك صعبًا جعل القانون وصول القبول قرينة بسيطة على العلم به تقبل اثبات العكس بحيث يستطيع (الموجب له) إثبات غيابه أو مرضه مثلاً، ويترتب على ذلك أن القابل (الموجب له) يستطيع أن يرجع في قبوله مادام هذا القبول لم يتصل بعلم (الموجب)، كأن يستعيد الرسالة التي ضمنها قبوله قبل علم (الموجب) بهذا القبول¹.

ثالثاً: أثر الموت أو فقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة في القانون الجزائري

طبقاً لنص (المادة 62 ق.م.ج) فإن موت أو فقدان أهلية من صدر منه التعبير عن الإرادة-قبل أن يكتمل لهذا التعبير وجوده القانوني-لا يمنع من

¹ أنظر نبيل ابراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 102-103.

إنتاج أثره متى اتصل بعلم من وجه له، وسوف نفصل ذلك مع بيان ما إذا كان المتوفى أو فاقد الأهلية هو (الموجب)، أو (الموجب له)¹.

1- إذا كان المتوفى أو فاقد الأهلية هو (الموجب)

إذا سلمنا أن موت (الموجب) أو فقدانه لأهليته بعد أن صدر عنه الإيجاب وقبل أن يصل هذا التعبير عن الإرادة إلى علم من وجه إليه لا يمنع من أن ينتج هذا التعبير أثره متى اتصل بعلم (الموجب له).

فإنه لا يكفي صدور قبول مطابق لهذا الإيجاب من قبل (الموجب له)، بل لا بد أن يتصل بعلم من وجه إليه أي (الموجب)، ومادام هذا الأخير قد توفي أو فقد أهليته، فإن العقد لا ينعقد ليظل الإيجاب صحيحاً لكنه عديم الأثر في انعقاد العقد.

2- إذا كان المتوفى أو فاقد الأهلية هو (الموجب له)

إذا صدر منه القبول المطابق قبل وفاته أو فقدانه لأهليته، فإن هذا التعبير يبقى قائماً وينتج أثره عند اتصاله بعلم (الموجب) طبعاً، ولا تؤثر في ذلك الوفاة إلا إذا كانت شخصية القابل (الموجب له) محل اعتبار أساسي في العقد²، كأن يكون هذا الأخير رسماً مثلاً حينها يسقط القبول بموت القابل ولا ينعقد العقد.

¹ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 57.

² أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 105.

رابعاً: مسألة احتمال عدم التطابق بين الإرادة والتعبير عنها

الأصل أن الإرادة الظاهرة، سواءً تم التعبير عنها صراحةً أو ضمناً تكون مطابقة للإرادة الحقيقية (الباطنة)، لكن قد يحدث أن تتعارض الإرادتين، سواءً قصدًا أو نتيجة خطأ حينها يثور التساؤل حول أي الإرادتين يُعتدُّ بها لإنشاء العقد¹، هذه المسألة تتنازعها نظريتان نستعرضهما، ثم نتطرق لموقف القانون المدني الجزائري من ذلك.

1- نظرية الإرادة الباطنة (الاتجاه اللاتيني)

ترى هذه النظرية أن العقد قوامه الإرادة الباطنة إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يستمد منه العقد قوته الملزمة، أما التعبير عنها فما هو إلا مجرد دليل على وجود هذه الإرادة² لذلك فإنه في حالة وجود تعارض بين الإرادتين لا بد من الاعتداد بما أراده المتعاقد في سريره لأنه هو الأصل، وتأخذ بهذه النظرية القوانين اللاتينية وعلى الأخص القانون الفرنسي³.

لكن هذه النظرية انتقدت على أساس أن الإرادة الحقيقية (الباطنة) تعتبر أمراً نفسياً كامناً لا يمكن الوقوف عليه، إلا من جانب صاحبه، كما أنها تؤدي إلى عدم استقرار المعاملات بفتح المجال أمام المتعاقد الذي يكفي أن يثبت أن إرادته الحقيقية تختلف عن التعبير عنها لنقض العقد⁴.

¹ أنظر عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 53.

² أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 106-107.

³ أنظر عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 53.

⁴ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 107.

2- نظرية الإرادة الظاهرة (الاتجاه الجرمانى)

انطلاقاً من النقد الموجه للنظرية الأولى ترى هذه النظرية ضرورة التمسك بالإرادة المعلنة (الظاهرة) في التعبير لا بالإرادة الكامنة في النفس التي لا يمكن أن تكون إلا مقصورة على ما يُقصد بالإرادة الظاهرة، كما أن الإرادة الظاهرة هي المعول عليها بالنسبة للغير عندما يتعاقد مع من صدرت عنه هذه الإرادة¹، لذلك فإن الإرادة الظاهرة هي التي يُعتمد بها لأنها تبعث الثقة في نفس المتعاقد ومن ثمّ استقرار المعاملات، وقد اعتنق هذه النظرية الفقه الألماني وأخذ بها القانون المدني الألماني².

لكن يُؤخذ على هذه النظرية مغالاتها في الاعتداد بالإرادة الظاهرة وإهمالها للإرادة الباطنة ما يجعل من الخلاف بين منطق كلا النظريتين ليس مجرد خلاف نظري، بل له نتائج عملية تترتب على الأخذ بهذه النظرية أو تلك³.

3- موقف المشرع الجزائري من النظريتين

سلك القانون المدني الجزائري مذهب وسط فلم يلجأ إلى تغليب إحدى النظريتين على الأخرى، حيث تبني نظرية الإرادة الباطنة في عدة نصوص قانونية متمثلة في المواد (59 و 81 و 86 و 88 و 90 و 98 و 199 ق.م.ج).

¹ أنظر عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 54.

² أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 91.

³ أنظر نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 108.

وفي المقابل أخذ بنظرية الإرادة الظاهرة للتخفيف من نتائج نظرية الإرادة الباطنة واستقرار المعاملات وذلك من خلال المواد (60 و 61 و 62 و 1/111 و 198 و 334 ق.م.ج).

الفرع الثاني: تطابق الإرادتين

إذا كان وجود الإرادة من خلال التعبير عنها ضروريًا لانعقاد العقد، فإنه لا بدّ أيضًا من توافق هاتين الإرادتين¹ وذلك بقبول أحد المتعاقدين يسمى (القابل) أو (الموجب له) لعرض أو إيجاب بادر به المتعاقد الآخر يسمى (الموجب)، فمتى اقترن الإيجاب بقبول مطابق له تم التراضي وانعقد العقد².

أولاً: الإيجاب

هو "التعبير البات الصادر من أحد المتعاقدين والموجه إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني"³، أو هو "تعبير يدل على اتجاه الإرادة بشكل بات إلى انشاء العقد في حال اقترانه بإرادة مطابقة له"⁴، وهوما ذهب إليه المشرع الجزائري في (المادتين 54 و 59 ق.م.ج).

ومثال ذلك: قول المشتري للبائع هل تبيعني هذا التلفاز بمبلغ قدره مائتي دينار جزائري، فهذا العرض يُعدُّ (إيجاباً) موجهاً من المشتري إلى البائع

¹ أنظر ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 84.

² أنظر محمد الزين، المرجع السابق، ص ص 109-110.

³ أنظر عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 57.

⁴ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 45.

ولهذا الأخير القبول أو الرفض¹، فإذا قبل قام العقد ولا يستطيع الموجب أن يتحلل منه.

وعليه فإنه لا اعتبار العرض ايجاباً لا بد أن يتضمن طبيعة العقد المراد إبرامه (عقد بيع ايجار...الخ)، وكذا العناصر الأساسية الواجب توافرها لإبرام العقد والمتمثلة في (الثمن والمبيع في عقد البيع، والعين المؤجرة والأجرة والمدة في عقد الإيجار...الخ).

أما إذا كان العرض يُنم عن الرغبة في إبرام العقد دون بيان أركانه السابقة فهو مجرد دعوة إلى التعاقد من خلال التفاوض² والتي لا يُرتب القانون على وجودها أي أثر يذكر ومثال ذلك: وضع البائع لسلع في الواجهة دون بيان أثمانها³، أو وضع صاحب منزل لافتة على منزله تفيد أنه للبيع أو الايجار، وكذا الإعلان الذي ينشر لهذا الغرض⁴.

1- شروط الايجاب

يُشترط لترتيب الايجاب أثره ويكون جاهزاً لارتباط القبول به ما يلي:

أ- أن يكون التعبير واضحاً ودقيقاً: أي يدل على إرادة الموجب في إبرام العقد، من خلال تحديد طبيعة العقد المراد إبرامه وعناصره الأساسية.

¹ أنظر عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 57.

² أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 103-104.

³ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 46.

⁴ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 104.

ب- أن يكون التعبير بآناً وجازماً: أي يعبر عن الإرادة القطعية لصاحبه في إبرام العقد، أمّا إذا كان صاحب التعبير يقصد به استطلاع رأي الطرف الآخر فيما يدعو إليه من تعاقد فلا يكون ذلك من قبيل الايجاب، ويخضع ذلك لتقدير قاضي الموضوع.

2- صور الايجاب

يأخذ الايجاب كتعبير عن الإرادة عدّة صور.

أ- الايجاب المجرد

الأصل في الايجاب هو التجريد، أي أن يكون مجرد من أي شرط أو تحفظ، أو ميعاد بحيث إذا اقترن هذا الايجاب بقبول، انعقد العقد مباشرة¹.

ب- الايجاب المقترن بتحفظ

قد يحدث أن يقترن الايجاب بتحفظ يضعه الموجب، ممّا يستدعي مراعاة هذا التحفظ عند القبول لانعقاد العقد ومثال ذلك: عرض البائع على المشتري بيع سلعة بثمن معين مع احتفاظه بالحق في تعديل هذا الثمن تبعاً لتغير الأسعار.

ج- الايجاب المعلق على شرط

بحيث إذا تحقق هذا الشرط لا ينعقد العقد ومثال ذلك: عرض التاجر سلع على الجمهور ذات كمية محدودة مع تعليق ايجابه على شرط عدم نفاذ الكمية.

¹ أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 17.

د- الايجاب الملزم

الأصل في الايجاب أن يقع غير ملزم، أي أن للموجب حق العدول عنه قبل صدور قبول مَمَّن وجه إليه هذا الإيجاب.

إلا أنه إذا حدّد الموجب ميعادًا لصدور القبول، فإنه يلتزم خلال هذا الميعاد بالبقاء على إيجابه، فإذا صدر القبول في المهلة المحددة انعقد العقد حتى ولورجع الموجب في ايجابه، لأن رجوعه هذا لا يُعتدُّ به لمخالفته القانون، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في (المادة 63 ق. م. ج).

وقد يتم تحديد هذا الميعاد بشكل صريح من الموجب، كأن يعرض شخص على آخر بيعه منزله بثمن محدّد ويترك له مهلة أسبوع للقبول أو الرفض، كما قد يكون تحديد هذا الميعاد بشكل ضمني من الموجب يُستشف من ظروف الحال أو طبيعة العقد التي تستلزم مدة معقولة للتفكير أو التجربة بحسب الظروف¹.

3- سقوط الايجاب

لتوضيح سقوط الايجاب نتناول ذلك في حالة الايجاب الملزم وحالة الايجاب غير الملزم.

أ- سقوط الايجاب الملزم

يسقط الايجاب الملزم في حالتين²:

¹ أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص ص 17-18.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 108.

- إذا انقضت المدة المحددة لقبوله دون أن يقترن بقبول مَن وجه إليه.

- إذا رفضه الشخص الذي وُجه إليه (م 66 ق. م. ج).

ب- سقوط الإيجاب غير الملزم

يسقط الإيجاب غير الملزم والذي يكون في التعاقد بين حاضرين في الحالات التالية:

- إذا رجع فيه الموجب قبل أن يقترن به القبول حتى قبل أن ينفذ مجلس العقد.

- إذا انقضى مجلس العقد دون أن يصدر القبول (م 2/64 ق. م. ج).

- إذا رفضه من وجه إليه (م 63 ق. م. ج).

ملاحظة هامة: إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فإنه يعتبر إيجاباً جديداً وليس قبولاً لإيجاب قائم.

ثانياً: القبول

هو "التعبير عن الإرادة الصادر ممن وجه إليه الإيجاب، والذي يأتي مطابقاً لهذا الإيجاب وبه ينعقد العقد"¹، فالقبول إذاً هو الإرادة الثانية التي يتم بها العقد، لذلك فإنه يلزم بشأنه جدية الإرادة واتجاهها إلى ترتيب أثر قانوني، سواءً كان ذلك صراحة أو ضمناً².

¹ زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 46.

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 118.

1- شروط القبول

يجب أن يتوافر القبول على الشروط التالية:

أ- أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب: ومعنى التطابق أن تصادف كل مسألة وردت في الإيجاب قبولاً من الطرف الآخر، سواءً تعلق الأمر بالمسائل الجوهرية أو الثانوية الواردة في الإيجاب (م 65 و 66 ق. م. ج)¹.

ب- أن يتم القبول خلال الفترة التي يكون فيها الإيجاب قائماً: لأنه لا ينعقد العقد إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب، بل يعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول²، (كما سبق القول).

2- مدى حرية (الموجب له) في القبول أو الرفض

الأصل هو حرية (الموجب له) في قبول أو رفض الإيجاب الموجه له، كما له أن يدعه يسقط دون أن يكون مسؤولاً عن ذلك، إعمالاً لقاعدة " الحرية في التعاقد".

إلا أن هذه الحرية ليست على إطلاقها في جميع الأحوال، بل ترد عليها قيوداً، لا سيما ما تعلق بعدم التعسف في استعمال رخصة الرفض، خاصة إذا كان (الموجب له) هو من دعا (الموجب) للتعاقد ومثال ذلك: فتح أصحاب الفنادق والمطاعم الأبواب لاستقبال النزلاء والعملاء، فإن استجابة

¹ مجيدي فتحي، محاضرات في القانون المدني، موجهة لطلبة سنة ثانية علوم قانونية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عاشور زيان، الجلفة، 2009-2010، ص 357.

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 120.

أي شخص لهذه الدعوة تكون إيجاباً يستلزم قبولاً ممّن وجه الدعوة للتعاقد حتى ينعقد العقد¹.

تذكير: السكوت لا يعتبر قبولاً إلا إذا نص القانون على ذلك، أو وجد اتفاق بين المتعاقدين على اعتبار السكوت قبولاً، أو اقترن السكوت بملازمات تكشف دلالته على القبول (كما سبق تفصيله).

ثالثاً: اقتران الإيجاب بالقبول (توافق الإرادتين)

يختلف اقتران الإيجاب بالقبول بين ما إذا كان المتعاقدين يجمعهما مجلس واحد، أو يقيمان في مكانين مختلفين.

1- التعاقد بين حاضرين

في هذا النوع من التعاقد يفترض أن يكون المتعاقدين على اتصال مباشر، فينعقد العقد في الزمان الذي يقترن فيه القبول بالإيجاب القائم في مجلس العقد، سواء كان هذا التعاقد قد تم بين عاقلين موجودين في نفس المكان والزمان (مجلس عقد حقيقي)، أو كان التعاقد قد تم عن طريق الهاتف أو أي وسيلة مشابهة تسمح بسماع أحد المتعاقدين للآخر مباشرة (مجلس عقد حكيم).

2- التعاقد بين غائبين

إذا كان التعاقد بين حاضرين حقيقة أو حكماً، لا يثير أي إشكال في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، فإن هذا الإشكال يثور في التعاقد بين

¹ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 121.

غائبين، كون المتعاقدين يباعد بينهما المكان وبالتالي تكون هناك فترة زمنية بين صدور الإيجاب من (الموجب) واتصاله بعلم من وجه له (الموجب له) وكذلك الأمر بالنسبة للقبول، والحقيقة أن هذا الأمر (أي تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين)، تتنازعه أربعة نظريات لكل منها أنصارها، كما اختلفت التقنيات الحديثة في الأخذ بأحدها، وفيما يلي نستعرض هذه النظريات، ثم نُحدّد موقف المشرع الجزائري منها.

أ- نظرية إعلان القبول

ترى هذه النظرية أن العقد ينعقد من الوقت الذي يعلن فيه (الموجب له) القبول وبذلك فهي لا تشترط وجوب اتصال القبول بعلم (الموجب)، متى توافرت ارادتين متطابقتين¹ وهو ما قد يتفق تمامًا مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة في التعامل².

ب- نظرية تصدير القبول

ترى هذه النظرية أن الزمان الذي ينعقد فيه العقد، هو الذي يُصدّر فيه القبول، بخروجه من يد (الموجب له) نهائياً، بحيث لا يستطيع هذا الأخير العدول عن قبوله، كإرسال خطاب في البريد يفيد القبول.

¹ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 59.

² أنظر محمد الزين، المرجع السابق، ص 123.

ج- نظرية استلام القبول

ترى هذه النظرية ان القبول لا يكون نهائيا، إلا إذا تسلمه (الموجب)، ومن ثمة لا يستطيع القابل العدول عنه، فينعقد العقد، ولا يشترط علم (الموجب) بهذا القبول، مادام قد تسلمه، سواء علم به، أو لم يعلم¹.

د- نظرية العلم بالقبول

ترى هذه النظرية أن العقد يعتبر تأمّا عندما يعلم (الموجب) فعلاً بالقبول، لأن الإرادة لا يمكن أن تنتج أثرها ما لم تصل إلى علم من وجهت إليه.

ويعد وصول القبول، قرينة بسيطة على العلم به، تقبل اثبات العكس، بحيث بإمكان (الموجب)، رغم تسلمه للقبول، أن يثبت عدم علمه به².

3- موقف المشرع الجزائري من النظريات السابقة

طبقا لنص (المادة 67 ق.م.ج)، يتضح أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية العلم بالقبول، بمعنى، أن في التعاقد بين غائبين، ينعقد العقد في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما (الموجب) بالقبول، إلا إذا اتفق الطرفان، أو نص القانون على غير ذلك.

¹ أنظر نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 127.

² أنظر ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 113.

كما يستشف ذلك أيضا من نص (المادة 61 ق.م.ج)، التي اعتبرت وصول التعبير عن الإرادة (رسالة مثلا) قرينة على علم (الموجب) بالقبول، حتى يثبت العكس¹.

4- أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد

لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد أهمية عملية كبيرة تتمثل في الآتي:

أ - من حيث زمان انعقاد العقد: تتجلى أهمية تحديد زمان انعقاد العقد فيما يلي:

- تحديد وقت انتقال ملكية الشيء المعين بالذات، والذي يتوقف على تاريخ انعقاد العقد.

- احتساب مدد التقادم والسقوط للدعاوى الناشئة عن العقد (كدعوى البطلان المطلق، أو دعوى إبطال العقد على أساس الاستغلال مثلا، أو الدعوى البولصية وغيرها من الدعاوى والتي يعتبر تاريخ انعقاد العقد معيارا فيها².

- تحديد مدى صحة رجوع الموجب في ايجابه، علما أنه لا يحق له ذلك إذا كان العقد قد انعقد بقبول (الموجب له) للإيجاب³.

¹ أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 22.

² أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 60.

³ أنظر محمد الزين، المرجع السابق، ص 120.

- تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة صدور قانون جديد (والذي لا يسري على العقود التي تم إبرامها قبل صدوره)¹.

ب- من حيث مكان انعقاد العقد: تظهر أهمية تحديد مكان انعقاد العقد أيضاً من عدّة جوانب أهمها:

- تحديد الاختصاص القضائي والذي يؤول في الغالب للمحكمة التي تم في دائرتها انعقاد العقد.

- تحديد القانون الواجب التطبيق في نطاق القانون الدولي الخاص (في الحالات التي يكون القانون الواجب التطبيق فيها هو قانون الدولة التي تم انعقاد العقد فيها)².

الفرع الثالث: صور خاصة في التراضي

إذا كان العقد يتم بشكل نهائي، باقتران القبول بالإيجاب، سواء كان ذلك في مجلس العقد أو بين غائبين، فإن هناك صور خاصة لتوافق الإرادتين، أو ما يطلق عليها بالمراحل التمهيديّة للعقد وتكمن هذه الخصوصية فيما قد يعتري هذه الصور من لبس في تبين حكمها أو ما تتّسم به من أهمية في العمل وتتمثل هذه الصور في الآتي:

¹ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 119.

² أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 122.

أولاً: التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة

يتم التعاقد عن طريق المزايدة بعرض موضوع العقد في مزاد عام بغية إبرامه مع من يتقدم بأكبر عطاء، أو بطريق المناقصة بغية إبرام العقد مع من يتقدم بأقل عطاء¹.

يُعَدُّ الاعلان عن بدء المزايدة من طرف المكلف بالمزاد مجرد (دعوى للتعاقد) وليس (إيجاباً)، وإنما الإيجاب يتجسد في أول عطاء يتقدم به أول مزاد والذي يسقط بعطاء يزيد عليه من مزايد آخر، حتى ولو كان هذا العطاء الآخر باطلاً، (كأن يصدر من شخص لديه مانع قانوني قاضي مثلاً) (م 69 ق.م.ج) وهكذا فإذا رضي المكلف بالمزاد بعطاء معين أرسى عليه المزاد، ويعد هذا الرُّسُوْقُ قبولاً ينعقد به العقد وكذلك الحال في المناقصة.

وعليه وحسب (المادة 69 ق.م.ج) فإن الإيجاب الذي يتقدم به المزايد يسقط في حالتين:

- إذا تم تقديم عطاء أعلى منه من مزايد آخر ولو كان باطلاً.
- إذا أقفلت المزايدة دون أن ترسو على أحد المزايد².

ثانياً: التعاقد بالإذعان

تعتبر عقود الإذعان، عقوداً يقتصر القبول فيها بمجرد التسليم بشروط محدّدة مسبقاً يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، بحيث لا يكون

¹ نبيل ابراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 129.

² سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 21.

للطرف الآخر إن أراد التعاقد، سوى قبولها كلها أو رفضها كلها، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في (المادة 70 ق.م.ج) ومن أمثلة عقود الإذعان (عقود الاشتراك في الكهرباء والغاز والماء، وعقود النقل والتأمين...الخ).

ولكي يعتبر العقد، عقد إذعان لا بد أن يتضمن صفات أساسية تتمثل في الآتي:

- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية لا غنى عنها للجمهور.
 - أن يكون أحد المتعاقدين محتكرًا لهذه السلعة أو الخدمة.
 - أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور.
 - أن يكون الإيجاب في هذه العقود مطبوعًا وبصيغ ونماذج عقدية¹.
- نظرًا لطبيعة هذا النوع من العقود فإنها غالبًا ما تتضمن شروطًا تضر بمصلحة الطرف المذعن الذي لا يستطيع تعديل هذه الشروط، الأمر الذي دفع التشريعات المعاصرة وعلى غرارها المشرع الجزائري إلى حماية الطرف المذعن من خلال السماح للقاضي بالتدخل لإعادة التوازن المالي للعقد وفقًا لمبادئ العدالة بوسيلتين:

- الأولى: تتمثل في سلطة القاضي في تعديل هذه الشروط التعسفية (إن وجدت) أو إعفاء الطرف المذعن منها طبقًا لنص (المادة 110 ق.م.ج).

¹ أنظر ياسين محمد الجبوري، المرجع نفسه، ص ص 107-108.

- الثانية: وتتمثل في سلطة القاضي في تفسير الشك في عبارات العقد (إن وجد) لمصلحة الطرف المذعن دائنًا كان، أم مدينًا طبقًا لنص (المادة 2/112 ق.م.ج)¹.

ثالثًا: الوعد بالتعاقد

هو عقد يعد بموجبه أحد المتعاقدين يسمى (الواعد) بإبرام عقد معين في المستقبل حينما يفصح المتعاقد الآخر (الموعد له) برغبته في التعاقد خلال الموعد المحدد اتفاقًا²، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في (المادة 71 ق.م.ج) ومثال ذلك: أن يعد شخص، شخصًا آخر ببيعه سيارته بمبلغ معين (إيجاب)، فإذا أظهر هذا الشخص الآخر (الموعد له) رغبته في الشراء وقبل هذا الوعد انعقد بين الاثنين عقد (وعد بالبيع)³.

فالوعد بالتعاقد عقد يتم بتلاقي إرادتين (إيجاب) من (الواعد) و (قبول) من (الموعد له)، وإن كان في ذاته عقد، إلا أنه يعتبر تمهيدًا لأنه يُمهّد لإبرام عقد آخر هو (العقد الموعد به) حينما يعلن (الموعد له) عن رغبته خلال مدة معينة عندئذ ينعقد العقد النهائي⁴.

¹ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 124-125.

² أنظر نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 133.

³ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 126.

⁴ أنظر نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 133.

1- نطاق الوعد بالتعاقد

لا يقتصر الوعد بالتعاقد، كوسيلة تمهيدية لإبرام العقد النهائي على نوع معين من العقود، بل يُتصور في معظم العقود مثل عقد البيع والايجار والتأمين والقرض... الخ¹.

2- شروط الوعد بالتعاقد

على اعتبار الوعد بالتعاقد عقد فإنه بالإضافة إلى شروط الانعقاد والصحة اللازمة في كل عقد من (رضا ومحل وسبب، وتوافر الأهلية وكذا سلامة الإرادة من العيوب) تشترط (المادة 71 ق.م.ج) أن يتفق الأطراف على ما يلي:

- تحديد طبيعة العقد (بيع، ايجار...) وكذا تحديد المسائل الجوهرية للعقد (كالثمن والمبيع في عقد البيع، والعين المؤجرة والأجرة والمدة في عقد الايجار...).
 - تحديد المدة التي يجب فيها إبرام العقد الموعود به تحت طائلة بطلان الوعد.
 - استيفاء عقد الوعد الشكل الذي قد يتطلبه القانون إذا كان العقد الموعود به من العقود الشكلية (كالهبة، أو الرهن الرسمي، أو بيع العقار)².
- (م 2/71 ق.م.ج)³.

¹ أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 25.

² أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 127-128.

³ أنظر المادة 71 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية.

3- صور الوعد بالتعاقد

قد يكون الوعد بالتعاقد-بحسب إرادة طرفيه- إما ملزمًا لجانب واحد أو ملزمًا للجانبين.

أ- الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد

الأصل في الوعد بالتعاقد أن يكون ملزمًا لجانب واحد هو الواعد، بحيث يلزم هذا الأخير بالإيجاب الصادر منه ويبقى للموعد له حرية القبول أو الرفض ومثال ذلك: الوعد بالبيع أو الوعد بالشراء.

وقد يُقيد الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد (الموعد له) بأجل محدّد لقبوله أو رفضه، كما يُمكن أن يكون الوعد بدون أجل، وفي هذه الحالة لا ينفك التزام الواعد إلا بعد إنذار الموعد له¹.

ب- الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين

قد تُملي الضرورات العملية أن يكون الوعد بالتعاقد ملزمًا للجانبين²، بحيث يكون كل من طرفي العقد واعدًا وموعدًا له، كما في عقد البيع، الأول واعدًا بالبيع وموعدًا له بالشراء، والثاني واعدًا بالشراء وموعدًا له بالبيع³.

ويتم اللجوء إلى هذا النوع من الوعد عندما يريد شخصان إبرام عقد معين، لكن يمنعهما من ذلك عقبة قانونية ما، كاستلزام هذا التعاقد

¹ أنظر محمد الزين، المرجع السابق، ص 127.

² أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 134.

³ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 128.

إجراءات معينة من أجل إتمامه صحيحًا فيعد كل منهما الآخر بإبرام العقد عند زوال تلك العقبة القانونية، من خلال (وعد بالتعاقد ملزم للجانبين)¹.

ملاحظة هامة: في الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد يجب توافر الأهلية اللازمة للعقد في (الواعد) فقط، في حين لا يُشترط توافر أهلية (الموعد له)، إلّا وقت إبرام العقد الموعد به.

4- آثار الوعد بالتعاقد

تختلف آثار الوعد بالتعاقد في (المرحلة السابقة) على إبداء (الموعد له) رغبته في إبرام العقد الموعد به عنها في (المرحلة التالية) لإبداء الرغبة أو حلول الميعاد وسوف نفصل ذلك كما يلي²:

أ- آثار الوعد بالتعاقد قبل إبداء الموعد له رغبته في إبرام العقد الموعد به

- يلتزم (الواعد) في هذه المرحلة، بالبقاء على وعده، بإبرام العقد الموعد به، في حين لا يلتزم (الموعد له) بأي شيء.

- إذا كان الوعد بالتعاقد بيعًا مثلاً يلتزم (الواعد) بعدم التصرف في الشيء محل الوعد إلى الغير تحت طائلة مطالبته من قبل (الموعد له) بالتعويض.

- في الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين يلتزم أحد الطرفين بإزالة العقبة التي حالت دون إبرام العقد النهائي.

¹ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص 134-135.

² أنظر في الصدد نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص ص 139-142.

- إذا هلك الشيء محل الوعد قبل أن يُبدي (الموعد له) رغبته في شرائه كان الهلاك على عاتق (الواعد)، كونه هو المالك.

- للموعد له في هذه المرحلة حق شخصي على الشيء محل الوعد وليس حقًا عينيًا، بحيث إذا تصرف (الواعد) في الشيء محل الوعد لا يكون (للموعد له) حق التبعية بل الرجوع على (الواعد) بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، كما له الرجوع على المتصرف إليه بالتعويض أيضًا على أساس المسؤولية التقصيرية متى كان سيء النية.

- ينتقل حق الموعد له إلى ورثته.

ب- آثار الوعد بالتعاقد مع إبداء الموعد له رغبته في إبرام العقد الموعد به

- إذا أبدى (الموعد له) رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها، فإن العقد الموعد به ينعقد من هذا التاريخ لا من تاريخ الوعد، ولا يحتاج الأمر إلى رضا جديد من جانب الواعد.

- للموعد له أن يُبدي رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها، كما له أن يرفض التعاقد دون أن يُعتبر مُخلًا بالتزام عليه، ويستطيع أيضًا الإعراض عن إعلان رغبته إلى أن تنتهي مدة الوعد، فيسقط الوعد ويتحرر الواعد من التزاماته.

- إذا امتنع (الواعد) عن إبرام العقد الموعود به بعد إعلان (الموعود له) رغبته في التعاقد، فإنه يجوز (للموعود له)، استصدار حكمًا من القضاء يقوم مقام العقد (م 72 ق.م.ج)¹.

رابعاً: التعاقد بالعربون

الأصل في العقد أن يكون باتاً، بمعنى لا يجوز لأحد طرفيه بعد تمامه أن يستقل بالتحلل منه، إلا أن هناك حالات يتم فيها التعاقد على أن يكون لطرفيه أو لأحدهما أن يعدل عنه بمحض إرادته، ومن أهم هذه الحالات التعاقد بالعربون.

1- تعريف العربون

هو مبلغ من المال، أو أي منقول من نوع آخر، يدفعه أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر وقت إبرام العقد².

2- دلالة العربون

تتنوع الغاية من العربون وأهمها:

- حق للمتعاقدين في العدول عن العقد: بحيث إذا عدل من دفعه فإنه يفقده، أما إذا عدل من قبضه فإنه يردده ويدفع مثله.

¹ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 66.

² أنظر مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 359.

- تأكيد التعاقد وجعله باتاً: فلا يجوز الرجوع فيه وبالتالي في هذه الحالة يعتبر العربون جزء من الثمن¹.

3- دلالة العربون في القانون المدني الجزائري

طبقاً لنص (المادة 72 مكرر ق.م.ج)، فإن المشرع الجزائري يعتبر دفع العربون وقت إبرام العقد حق لكل من المتعاقدين في العدول عن إبرامه، وذلك خلال المدة المتفق عليها، فإذا انقضت هذه الأخيرة ولم يظهر أي من المتعاقدين رغبته في العدول فإن العقد يتأكد ويعتبر العربون تنفيذاً جزئياً له.

أمّا إذا عدل من قدّم العربون فإنه يفقده، وإذا عدل من قبضه فيردّه ومعه مثله، كل هذا ما لم يتفق الطرفان على تحديد دلالته².

الفرع الرابع: النيابة في التعاقد

الأصل في التعاقد أن يُبرم الشخص العقد بنفسه ولحسابه، لكن قد يحدث أن ينوب عنه شخص آخر في إبرامه بصفته نائباً وهو أمر جائز وهذا ما يُعبر عنه بالنيابة في التعاقد.

¹ أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 26.

² أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 137.

أولاً: تعريف النيابة في التعاقد

وهي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في التعبير عن الإرادة، مع انصراف الآثار القانونية المترتبة عنه إلى شخص الأصيل، كما لو كان التعبير عن الإرادة قد صدر عن هذا الأخير شخصياً¹.

ثانياً: أنواع النيابة

يعتبر المصدر الذي يستمد منه النائب سلطته معياراً لتحديد أنواع النيابة.

1- النيابة الارادية أو الاتفاقية: وهي التي يختار فيها (الأصيل) شخص (النائب) ويُحدّد نطاق سلطته، وذلك من خلال عقد الوكالة المبرم بينهما والذي يبين حدودّ الوكالة².

2- النيابة القانونية: وتوصف بهذا الوصف متى كان مصدرها القانون، من خلال تحديد شخص النائب وسلطاته، واختصاصاته ومثال ذلك: نيابة الولي.

3- النيابة القضائية: قد يحدث أن يكتفي القانون بتحديد الشروط الواجب توافرها في النائب ويترك أمر اختياره للقاضي، كما هو الحال في الوصي والقيم، ووكيل التفليسة³.

¹ أنظر خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 37.

² أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 140.

³ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 147.

ثالثاً: شروط النيابة

لتحقق النيابة لا بد من توافر الشروط التالية:

1- حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل: (م 73 ق.م.ج)

ويترتب على ذلك ما يلي:

- تكون إرادة (النائب) محل الاعتبار في العقد لا إرادة (الأصل)، بمعنى: إذا كانت إرادة (النائب) معيبة بأحد عيوب الإرادة، كان العقد قابلاً للإبطال حتى ولو كانت إرادة (الأصل) سليمة، وكذلك الأمر في مسألة حسن النية وسوءها باستثناء النيابة الاتفاقية التي تكون فيها إرادة الأصل هي محل الاعتبار¹.
- في النيابة الاتفاقية يُشترط توافر الأهلية الكاملة في (الأصل) وليس في (النائب)، أما في النيابة القانونية والقضائية فإنه يُشترط توافر الأهلية الكاملة في (النائب) وليس (الأصل)².

2- تعاقد النائب باسم الأصل لا باسمه (م 75 ق.م.ج)

ويترتب على ذلك ما يلي:

- الأصل: أن يُعلن (النائب) لمن تعاقد معه عن صفته كنائب وإلا فإن آثار العقد لا تنصرف مباشرة إلى (الأصل)، بل تنصرف إلى ذمة (النائب) شخصياً.

¹ أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 23.

² أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 23.

- الاستثناء: تنصرف آثار العقد إلى (الأصيل) رغم عدم إعلان (النائب) عن صفته كنائب في حالتين:

- إذا كان المتعاقد الآخر من المفروض أن يعلم بوجود النيابة.
- إذا استوى لدى المتعاقد الآخر أن يتعامل مع (الأصيل)، أو (النائب)¹.

3- عدم تجاوز النائب حدود النيابة: (م 74 ق.م.ج)

ويترتب على ذلك ما يلي:

- الأصل أن يتعاقد (النائب) في حدود نيابته، فإذا تجاوز حدود هذه النيابة لا تكون العقود التي أبرمها نافذة في حق (الأصيل)، بل تنصرف إلى ذمته شخصياً.

- الاستثناء تنصرف آثار العقد إلى (الأصيل) رغم تجاوز (النائب) حدود نيابته في ثلاثة حالات:

- إذا أقرّ (الأصيل) العقد الذي خرج فيه (النائب) عن حدود نيابته، في هذه الحالة تنصرف آثار العقد إلى (الأصيل) بأثر رجعي من يوم إبرام العقد وليس من تاريخ الإجازة، فإذا لم يجيز (الأصيل) هذا التصرف جاز للمتعاقد معه الرجوع على (النائب) بالتعويض².

¹ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص ص 68-69.

² أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 145-146.

• إذا أبرم (النائب) عقدًا لحساب (الأصيل) وهو يجهل ومن تعاقد معه بانقضاء هذه النيابة، أي كلاهما حسن النية (م 76 ق.م.ج)، وذلك استقرارًا للمعاملات.

• إذا تعذر على (النائب) إخطار (الأصيل)، وغلب على ظنه أنه سيوافق على هذا العقد لأنه يُحقق مصلحته¹.

رابعاً: آثار النيابة

تتضح آثار النيابة في التعاقد من خلال تحديد طبيعة العلاقة بين مختلف أطراف التعاقد كما يلي:

1- علاقة النائب والغير: تنتهي هذه العلاقة بمجرد إبرام العقد، كون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد تنصرف إلى ذمة (الأصيل)، وبالتالي لا تترتب أي التزامات أو حقوق فيما بين النائب والغير.

2- علاقة النائب بالأصيل: هذه العلاقة يُحددها سند النيابة (الاتفاق أو القانون).

3- علاقة الأصيل بالغير: ترتب النيابة في التعاقد علاقة مباشرة بين (الأصيل) و(الغير)، كونهما من ينصرف إليهما أثر العقد (م 74 ق.م.ج)².

¹ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 146.

² أنظر المادة 74 من القانون المدني الجزائري.

خامساً: تعاقد الشخص مع نفسه

الأصل في التعاقد وجود طرفين على الأقل في العقد يتبادلان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، لكن قد يحدث أن يقوم شخص واحد بدور طرفي العقد في إبرام العقد وهذا ما يسمى بتعاقد الشخص مع نفسه.

1- صور تعاقد الشخص مع نفسه

يتخذ تعاقد الشخص مع نفسه عملياً صورتين:

الصورة الأولى: أن يبرم الشخص العقد بصفته أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره ومثال ذلك: شراء الشخص شيئاً مملوكاً للغير أوكل له بيعه.

الصورة الثانية: أن يبرم الشخص العقد بصفته نائباً عن طرفي العقد ومثال ذلك: من وُكل في بيع شيء مملوك للغير فيشتريه لشخص آخر وُكله في شرائه¹.

2- موقف المشرع الجزائري من تعاقد الشخص مع نفسه

طبقاً لنص (المادة 77 ق.م.ج) فإن المشرع الجزائري حذو التشريعات العربية فيما يتعلق بهذه المسألة، حيث منع كقاعدة عامة تعاقد الشخص مع نفسه، إلا أنه أورد استثناءات ثلاثة على هذه القاعدة تقوم على أساس انتفاء العلة من المنع، وتتمثل هذه الاستثناءات في الآتي²:

¹ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 149-150.

² أنظر خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 40.

- إذا وجد نص في القانون يجيز ذلك: كما في حالة الولاية على المال، بحيث يكون للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر، سواء أكان لحسابه هو، أم لحساب شخص آخر.

- إذا رخص الأصيل أو من يقوم مقامه بذلك: سواء بإقراره العقد بعد تمامه، أو أن يأذن به مقدماً، كون علة تعاقد الشخص مع نفسه هي رعاية مصلحة الأصيل.

- إذا قضت قواعد التجارة بإجازة تعاقد الشخص مع نفسه: كجواز مباشرة الوكيل بعمولة عقد البيع عن طرفيه معاً وفقاً للقانون التجاري¹.

ملاحظة هامة: المشرع الجزائري طبق نفس قاعدة "عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه" في البيع أيضاً، وذلك طبقاً (للمواد 410 و411 ق.م.ج)، إلا أنه أورد عليها استثناءً في (المادة 412 ق.م.ج) والمتمثل في إجازة هذا البيع ممن تم البيع لحسابه.

المطلب الثاني: صحة التراضي

لا يكفي وجود التراضي لتمام صحة العقد، بل لا بد أن يأتي هذا التراضي صحيحاً أي أن يصدر من ذي أهلية، وأن يكون خالياً من العيوب التي تشوبه من غلط وتدليس وإكراه، واستغلال، وسوف نتناول ذلك في فرعين يتعلق الأول بالأهلية أما الثاني فيتعلق بعيوب الإرادة.

¹ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 151.

الفرع الأول: الأهلية

وهي "صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية"¹.

أولاً: أنواع الأهلية

تنقسم الأهلية إلى أهلية وجوب وأهلية أداء.

1- أهلية الوجوب: وهي "صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، وتحمل الالتزامات" وتثبت هذه الأهلية لكل إنسان يولد حياً، فكل شخص يتمتع بالشخصية القانونية تكون له أهلية وجوب، باستثناء الجنين الذي تكون له أهلية وجوب ناقصة، بحيث يكتسب الحقوق ولا يتحمل الالتزامات، وتثبت له هذه الأهلية بتمام ولادته حياً² (المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري).

2- أهلية الأداء: وهي "صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه، والتي من شأنها أن تكسبه حقوقاً، أو تحمله بالتزامات على نحو يعتد به قانوناً"، وأهلية الأداء تفترض أهلية الوجوب والعكس غير صحيح³.

ثانياً: تدرج الأهلية مع السن

تتدرج أهلية الأداء مع السن وفق الترتيب التالي⁴:

¹ أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 27.

² أنظر عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 106.

³ أنظر عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع نفسه، ص 107.

⁴ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 154-156.

1- الجنين في بطن أمه

له أهلية وجوب ناقصة، على أن تثبت له بتمام ولادته حيًا، وليست له أهلية أداء.

2- الصبي غير المميز (عديم الأهلية) (م 42 ق.م.ج)

وتبدأ هذه المرحلة من الولادة، وتنتهي ببلوغ الصبي (سن 13 سنة) من عمره، وهي سن التمييز، فتكون تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا (م 82 من قانون الأسرة).

فيتولى مباشرة التصرفات القانونية عنه من يمثله قانونا وهو الولي، أو الوصي (م 81 من قانون الأسرة).

3- الصبي المميز (ناقص الأهلية) (م 43 ق.م.ج)

وتبدأ هذه المرحلة ببلوغ الصبي (سن 13 سنة) ودون بلوغه (سن 19 سنة)، هذه الأخيرة التي هي سن الرشد فتثبت له أهلية أداء ناقصة ويكون حكم تصرفات الصبي المميز كما يلي:

أ- إذا كان التصرف نافعا له نفعا محضاً: يكون صحيحاً، دون تدخل الولي، أو الوصي (كقبوله هبة مثلاً).

ب- إذا كان التصرف ضاراً ضرراً محضاً: يكون باطلاً بطلانا مطلقاً، فيكون لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، (كهبه ماله).

ت- إذا كان التصرف يدور بين النفع والضرر: يكون باطلا بطلانا نسبيا لمصلحته، أي (قابل للإبطال)، بواسطة الولي، أو الوصي، أو بواسطة الصبي نفسه بعد بلوغه سن الرشد 19 سنة، ومن قبيل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر نذكر: البيع، الشراء، الإيجار، الاستئجار...الخ.

4- كامل الأهلية (سن الرشد) (م 40 ق.م.ج)

تكتمل أهلية الشخص ببلوغه (سن 19 سنة كاملة) فتقع كافة تصرفاته صحيحة، سواء كانت نافعة أو ضارة مالم تُصَبَّ أهليته بعارض من عوارض الأهلية أو بمانع من موانعها.

ملاحظة هامة 01: طبقاً لنص (م 84 من قانون الأسرة) فإنه يمكن ترشيد الصبي المميز، أي من بلغ سن 13 سنة وذلك بإذن من القاضي*.

ملاحظة هامة 02: تجدر الإشارة إلى التعارض في مسألة (سن الترشيده)، بين قانون الأسرة الجزائري الذي هو (13 سنة)، والقانون التجاري الجزائري والمتمثل في بلوغ سن (18 سنة كاملة).

* أجاز القانون وضع القاصر في حالة رشد في بعض التصرفات متى بلغ سن 13 سنة وذلك قبل بلوغه سن الرشد القانوني والمتمثل في بلوغ سن 19 سنة كاملة، ليتصرف وكأنه راشد، فتكون هذه التصرفات صحيحة كما لو قام بها شخص بالغ، وذلك طبقاً متى توافرت مجموعة من الشروط، وهذا ما يعرف بنظام الترشيده، رغم بقاءه تحت رقابة القاضي الذي يمكنه الحد من هذا الإذن، أو حتى سحبه متى قَدَّر أن هناك إضرار بمصالح القاصر المالية.

ثالثاً: عوارض وموانع الأهلية

ستتيم التطرق الى: ¹

1- عوارض الأهلية

وهي عوارض تصيب الشخص، إما في عقله، وإما في تديره.

أ- عوارض تصيب الشخص في عقله

– الجنون: وهو اضطراب يلحق العقل، فيعدم عند صاحبه الادراك والتمييز.

– العته: وهو مرض يصيب الشخص في عقله، ولا يعدم إدراكه كلية.

وقد ساوى القانون، بين المجنون والمعتوه، وجعل كلاهما في حكم (عديم الأهلية) (م42 ق.م.ج)، فتكون تصرفاتهما باطلة بطلانا مطلقا.

ب- عوارض تصيب الشخص في تديره

– السفه: وهو حالة تصيب الشخص، فتدفعه إلى إنفاق ماله دون تدبير.

– الغفلة: ويقصد بها وقوع الشخص بسهولة في غبن، بسبب سلامة نيته، وطيب قلبه.

وقد ساوى القانون بين السفه، وذي الغفلة، وجعل كلاهما في حكم (ناقص الأهلية)، (م43 ق.م.ج)، فتكون تصرفاتهما قابلة للإبطال لمصلحتهما.

¹ أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص ص 28-29.

2- موانع الأهلية

على الرغم من كمال أهلية الشخص، إلا أنه قد يوجد في ظروف تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، وقد تتمثل هذه الموانع فيما يلي:

أ- موانع مادية: وتتمثل في استمرار غياب الشخص لأكثر من سنة، ولم يكن له وكيل، بحيث لا يستطيع مباشرة تصرفاته القانونية، بشكل يعطل مصالحه، ويلحق به أضراراً، فتعين له المحكمة (قيماً) ليباشر عنه هذه التصرفات القانونية.

ب- موانع قانونية: وتتمثل في سلب أهلية الشخص بحكم المحكمة، أو بحكم القانون، كما في حالة لو حكم عليه بعقوبة جزائية سالبة للحرية، تؤدي إلى حرمانه من إدارة أمواله خلال فترة حبسه، فتعين له المحكمة قيماً نيابة عنه لإدارة أمواله، أو في حالة إفلاس التاجر، الذي يستتبع بغل يده عن إدارة أمواله المستقبلية خاصة، فيحل محله في ذلك (وكيل التفليسة)،

(م 1/244 من القانون التجاري الجزائري).

ت- موانع طبيعية: وتتمثل في إصابة الشخص بعاhtين من بين العاهات الثلاث (الصم، البكم، العمى)، كأن يكون (أصم، أبكم)، أو (أعمى، أصم)، أو (أعمى، أبكم)، ممّا يتعذر معه التعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً، فيجوز

للمحكمة أن تعين له (مساعدًا قضائيًا) يعاونه في التصرفات التي يجريها تحقيقًا لمصلحته (م 80 ق.م.ج)¹.

الفرع الثاني: عيوب الإرادة

تكون الإرادة معيبة إذا صدرت من كامل الأهلية الذي شاب رضاه غلط أو تدليس أو إكراه، أو استغلال، وسنتناول بالبحث كل عيب من هذه العيوب.

أولاً: الغلط

هو وهم يقع فيه الشخص، يكون له الدافع على التعاقد، ومثال ذلك: شراء شخص لشيء على أنه من الآثار التاريخية المهمة، ثم يتبين له أنه لا علاقة لهذا الشيء بذلك²، وقد عالج المشرع الجزائري الغلط في (المواد من 81 إلى 85 ق.م.ج).

1- أنواع الغلط

تختلف أنواع الغلط في النظرية التقليدية عنها في النظرية الحديثة للغلط.

أ- أنواع الغلط في النظرية التقليدية

تميز النظرية التقليدية في الغلط بين ثلاثة أنواع منه كما يلي:

¹ أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 29.

² أنظر خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 49.

- الغلط المانع أو الحائل: ويكون في ماهية العقد، أو في ذاتية محل الالتزام، أو في سبب الالتزام، وهذا النوع من الغلط يعدم الرضا فيمنع انعقاد العقد، وبذلك يترتب عليه بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، ومثال ذلك: اعتقاد المستأجر أنه استأجر المنزل "أ"، بينما كان المؤجر يقصد المنزل "ب".

- الغلط المعيب للرضا: ويتحقق في حالتين، (الغلط في مادة الشيء)، و(الغلط في شخص المتعاقد، إذا كانت شخصيته محل اعتبار)، فيترتب عليه قابلية العقد للإبطال.

- الغلط غير المؤثر: وهو الذي لا أثر له في صحة العقد، ويتحقق في حالتين (الغلط في صفة غير جوهرية في الشيء محل العقد)، و(الغلط في الحساب وغلطات القلم) (م 84 ق.م.ج)¹.

ب- أنواع الغلط في النظرية الحديثة

لا تعترف هذه النظرية بالغلط المانع (كمعيار موضوعي)، أما فيما عدا ذلك فهي تفرق بين الغلط الدافع أو الجوهري والغلط غير الدافع كمعيار (ذاتي، أو شخصي).

- الغلط الدافع أو الجوهري: وهذا النوع من الغلط هو الذي يُعدُّ عيباً من عيوب الإرادة طبقاً لنص (م 81 ق.م.ج)، فمتى ثبت أن هذا الغلط هو الدافع للتعاقد، كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحة من عيبت إرادته، أي إذا

¹ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص ص 71-72.

كان الشخص ما كان ليرتضي العقد لو لم يقع في هذا الغلط كان الغلط مؤثراً وجعل العقد قابلاً للإبطال.

- الغلط غير الدافع: إذا لم يكن الغلط هو الدافع للتعاقد لم يكن له أثر في العقد حتى ولو انصبَّ على مادة الشيء مثلاً¹.

2- شروط التمسك بالغلط في القانون المدني الجزائري

طبقاً لنص المادتين (81 و 82 ق.م.ج)، فإنه يشترط في التمسك بإبطال العقد بسبب الغلط ما يلي:

أ- أن يكون الغلط جوهرياً: ويكون كذلك إذا بلغ حدّاً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط (م 82 ق.م.ج)، ويعتبر الغلط جوهرياً طبقاً لنفس المادة في الحالات التالية:

- إذا وقع في صفة جوهريّة في الشيء محل العقد: وذلك متى كانت هذه الصفة هي الدافع للتعاقد، ك شراء شخص لسيارة معتقداً أنها أصلية الطلاء، ثم يتبين غير ذلك².

- إذا وقع في شخصية المتعاقد أو في صفة من صفاته: يُعدُّ الغلط جوهرياً أيضاً متى كانت شخصية المتعاقد، أو صفة من صفاته هي الدافع للتعاقد ويمكن تصور هذه الصورة أكثر في عقود التبرع ومثال ذلك: أن يهب شخص مالا لشخص آخر معتقداً أنه من أقاربه، ثم يتبين له عكس ذلك.

¹ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 166.

² أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 30.

ب- أن يكون الغلط دافعاً للتعاقد: ومثال ذلك بيع شخص لعقار معتقداً أنه في مرض الموت، ثم يُشفى لاحقاً من هذا المرض، فيجوز هنا التمسك بإبطال العقد لغلط في الباعث، أو الدافع.

ت- عدم التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية: فَيُلزَم المتعاقد الذي وقع في غلط بالعقد، متى أظهر المتعاقد الآخر استعداداً لتنفيذ العقد وتصحيح الغلط (م 85 ق.م.ج)¹.

3- مسألة الغلط في القانون

وهو وهم يقوم في ذهن المتعاقد، يجعله يتصور حكم قاعدة قانونية على خلاف ما تقضي به، بحيث ما كان ليبرم العقد لو علم بحقيقتها.

وطبقاً لنص (المادة 83 ق.م.ج) فإن هذا النوع من الغلط يكون له تأثير في صحة العقد متى توافرت فيه شروط الغلط في الواقع الوارد ذكرها في (المادتين 81 و 82 ق.م.ج)، ومن أمثلة الغلط في القانون: أن يهب شخص مبلغاً من المال لامرأة معتقداً صحة زواجه منها قانوناً ثم يكتشف نقيض ذلك².

4- عبء إثبات الغلط

يقع إثبات الغلط على عاتق من يدّعي الوقوع فيه، وذلك بإثبات أن هذا الغلط جوهرى وأنه الدافع للتعاقد، ويكون الإثبات هنا بكافة وسائل الإثبات.

¹ أنظر سويلم فضيلة، المرجع نفسه، ص 30.

² أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 75.

5- جزاء الغلط:

إذا توافرت شروط الغلط يكون من حق المتعاقد الذي أبرم العقد تحت تأثير الغلط أن يطلب إبطال العقد، كجزاء لهذا الغلط¹ وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في (المادة 81 ق.م.ج).

ثانيا: التدليس (المواد 86 و87 ق.م.ج)

هو "اللجوء إلى الحيلة والغش قصد إيهام المتعاقد بغير الحقيقة، لحمله على التعاقد"².

1- شروط التمسك بالتدليس

للتمسك بالتدليس كعيب في الرضا لا بد من توافر ثلاثة شروط:

أ- استعمال طرق احتيالية: وذلك متى كان استخداما بنية التضليل أو الخديعة للوصول إلى غرض غير مشروع، ولتوافر هذا الشرط لا بد من توافر عنصران أحدهما مادي والآخر معنوي.

ب- العنصر المادي: ويتمثل في الحيل التي يلجأ إليها المدلس لإيهام المدلس عليه وحمله على التعاقد، ومثال ذلك: ظهور شخص بمظهر الثراء على خلاف الحقيقة، كما تتخذ الحيل صورًا شتى منها:

• الكذب: إذا كان الأصل في الكذب أنه لا يكفي لوحده في تكوين عنصر الحيلة في التدليس، فإنه يعتبر تدليسا متى تناول واقعة لها أهميتها عند

¹ أنظر نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 172.

² أنظر نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 173.

العائد، بحيث ما كان ليتعاقد لولا التأكيدات غير الصحيحة التي صدرت له في شأنها ومثال ذلك: إدلاء شخص ببيانات كاذبة عن كفاءته وخبرته السابقة من أجل الحصول على وظيفة.

• **الكتمان أو السكوت:** والذي يعتبر تدليساً متى تناول واقعة يجب الإفضاء بها نزولاً عند حكم القانون، أو الاتفاق، أو طبيعة العقد وما يحيط به من ظروف، كون (المدلس عليه) لا يستطيع معرفة حقيقة الواقعة من طريق آخر.

• **التدليس المتعلق بنقص الأهلية:** رغم أن تعمد الخديعة من جانب القاصر لإخفاء نقص أهليته يعتبر عملاً غير مشروع، إلا أنه لا يرقى لدرجة التدليس إذا اقتضت هذه الحلية على مجرد الكذب أو الكتمان، بل يجب لكي يَصْدُق عليه هذا الوصف أن يصحب الكذب أو الكتمان وسائل احتيالية، كتقديم شهادة ميلاد مزورة مثلاً، الأمر الذي يلزمه بالتعويض كجزاء لحيلته¹.

- **العنصر المعنوي:** ويتمثل في نية التضليل من طرف المدلس قصد الوصول إلى غرض غير مشروع، أمّا إذا كانت الغاية مشروعة فلا يعتبر ذلك تدليساً، كأن يستخدم شخص بعض الحيل لحمل المدين على الاعتراف بدين ينكره.

ب- أن يكون التدليس هو الدافع على التعاقد: بمعنى أن تكون الحيل التدليسية التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائبه من الجسامة بما يدفع

¹ أنظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص 102 - 103.

المتعاقد الآخر إلى إبرام العقد، كمعيار للتدليس الدافع إلى التعاقد¹ (م 1/86 ق.م.ج).

ت- أن يكون التدليس متصلًا بالمتعاقد الآخر: بمعنى أن يصدر من المتعاقد، أو نائبه، أو أن يكون على الأقل عالمًا به، أو كان من المفروض حتمًا أن يعلم به، أما إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فلا يجوز (للمدلس عليه) أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض أن يعلم بهذا التدليس (م 87 ق.م.ج).

2- عبء إثبات التدليس

يقع عبء إثبات التدليس على من يدّعي الوقوع فيه بكافة وسائل الاثبات، وذلك بإثبات توافر عنصريه المادي والمعنوي.

3- جزاء التدليس

إذا توافرت شروط التدليس يكون من حق المتعاقد الذي أبرم العقد تحت تأثير هذا التدليس أن يطلب إبطال العقد، كجزاء لذلك، كما له أيضًا المطالبة بالتعويض لجبر الضرر الذي لحقه جزاء هذا العمل غير المشروع².

¹ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 177.

² أنظر محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص ص 182-183.

ثالثاً: الاكراه (المواد 88 و89 ق.م.ج)

وهو " ضغط على الشخص يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد"¹، كتمارسة التعذيب أو التهديد بالسلح لحمل شخص على إبرام عقد معين، وقد يكون الإكراه عن طريق التواعد بإلحاق الأذى في المستقبل إذا لم يبرم الشخص عقداً معيناً².

1- أقسام الإكراه

يقسم الفقه الاكراه إلى قسمين:

أ- الاكراه المادي أو الحسي (**violence physique**): وهو الذي يخضع فيه المكره مباشرة إلى قوة مادية من الفاعل تفقده حرية الاختيار، كالضرب الشديد أو مسك اليد بقوة للتوقيع على صك مزور...الخ.

الإكراه المعنوي أو النفسي (**violence morale**): وهو الذي يتم عن طريق التهديد فيترتب عنه أذى نفسي يمس بالعاطفة أو الشرف، أو السمعة، فيضطر المكره إلى قبول التعاقد لمنع وقوع الأذى الذي يهدده³.

2- شروط الإكراه

من خلال (المادتين 88 و89 ق.م.ج) يتضح أنه يُشترط للتمسك

بالإكراه ما يلي:

¹ أنظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص106.

² أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 82.

³ أنظر مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 364.

- أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة بُعثت في نفس المتعاقد بدون وجه حق: والمقصود بالرهبة هو الخشية من الأذى التي تؤثر في رضا المتعاقد، بحيث تحمله على إجراء تصرف ما كان ليرغب فيه لولاها¹.

- أن تكون الرهبة دافعة للتعاقد: والمعيار في تقدير ذلك ذاتي يراعى فيه سن من وقع عليه الإكراه وجنسه، وحالته الاجتماعية (م 3/88 ق.م.ج) ولا يُشترط أن يكون الأذى الواقع أو المهدّد بوقوعه منصّباً على المتعاقد ذاته فحسب، بل يكفي ليصبح الرضا معيباً أن يكون هذا التهديد واقعاً على أحد الأقارب² (م 2/88 ق.م.ج).

- أن تصدر وسيلة الإكراه من المتعاقد الآخر، أو تكون متصلة به: ومعنى ذلك أن يصدر الإكراه من المتعاقد الآخر شخصياً، أو من الغير، متى أثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه (م 89 ق.م.ج)³.

3- عبء إثبات الإكراه

يقع عبء إثبات الإكراه على عاتق المتعاقد المكره بكافة وسائل الإثبات، وذلك بإثبات توافر الشروط السابقة.

¹ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 183.

² أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 84.

³ أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 33.

4- جزاء الإكراه

إذا توافرت شروط التمسك بالإكراه، يكون من حق المتعاقد الذي أبرم العقد تحت تأثير هذا الإكراه، أن يطلب إبطال العقد، كجزاء لذلك، كما له أيضا المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، لجبر الضرر الذي لحقه جراء هذا العمل غير المشروع¹.

رابعاً: الاستغلال (المواد 90 و91 ق.م.ج)

أو ما يصطلح عليه في بعض التشريعات "بالغبن الاستغلالي"، وهو "أن يستغل شخصاً طيشاً بيناً، أو هوى جامحاً في آخر لكي يبرم تصرفاً يؤدي به إلى غبن فادح" ومثال ذلك: استغلال شخص طيشاً في شاب حديث العهد بالإرث فيعقد معه عقداً يتضمن غبناً فادحاً به².

1- عناصر الاستغلال

بالرجوع إلى (المادة 90 ق.م.ج) فإن للاستغلال عنصرين، عنصر مادي أو موضوعي، وعنصر نفسي.

أ- العنصر المادي أو الموضوعي: وهو عدم التعادل بين التزام المغبون والتزام الطرف الآخر الذي استغله، والذي يجب أن يكون فاحشاً، ويخضع ذلك لتقدير قاضي الموضوع.

¹ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص ص 190 - 191.

² أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 198.

ب- **العنصر النفسي:** وهو استغلال الضعف النفسي لدى المتعاقد الآخر، والمتمثل في الطيش البين (حالة مرضية تمنع الشخص من تقدير عواقب الأعمال وما فيها من غبن)، أو الهوى الجامح (رغبة شديدة تقوم في نفس المتعاقد نحو شخص، أو شيء تفقده سلامة الحكم عليه)، وذلك من أجل إبرام العقد¹.

2- شروط الاستغلال

للتمسك بالاستغلال كعيب من عيوب الرضا يشترط ما يلي:

- وجود طيش بين أو هوى جامح عند أحد المتعاقدين، واستغلال المتعاقد لهذين الصفتين لدى المتعاقد الآخر.

- أن يترتب على هذا الاستغلال تفاوت كبير بين ما يحصل عليه المتعاقد (المغبون) وما يلتزم به.

- أن يكون استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح لدى المتعاقد هو الدافع للتعاقد².

3- إثبات الاستغلال

يقع عبء إثبات الاستغلال على عاتق المتعاقد الذي يدّعيه بكافة وسائل الإثبات، وذلك بإثبات توافر الشروط السابقة.

¹ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص ص 194 - 196.

² أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 34.

4- جزاء الاستغلال

خلافًا لعيوب الإرادة سابقة الذكر والتي لا يملك فيها المتعاقد الذي عيبت إرادته بأحد هذه العيوب سوى أن يطالب بإبطال العقد، فإن الجزاء في عيب الاستغلال أوسع نطاق، بحيث يحقُّ للمتعاقد المغبون (المستغل) متى توافرت شروط الاستغلال إمّا المطالبة بإبطال العقد، أو الإنقاص من التزاماته الباهضة.

وللقاضي السلطة التقديرية في حالة طلب المتعاقد المغبون إبطال العقد إمّا الوقوف عند طلبه بالإبطال، وإمّا الإنقاص من التزاماته لرفع الاستغلال بدل الإبطال حتى وإن كان المتعاقد المغبون قد طلب الإبطال والعكس غير صحيح، أي إذا طلب المتعاقد المغبون الإنقاص من التزاماته الباهضة فلا يجوز للقاضي أن يحكم بالإبطال.

وقد يعرض الطرف الغابن ما يراه القاضي كافيًا لرفع الاستغلال توقيًا لإبطال العقد إذا تعلق الأمر بعقود المعاوضة (م 3/90 ق.م.ج).
وقد حدّد المشرع الجزائري أجل (سنة من تاريخ إبرام العقد) لرفع دعوى الاستغلال تحت طائلة عدم القبول¹ (م 2/90 ق.م.ج).

¹ أنظر خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 68.

5- حالة الغبن المادي

طبقاً لنص (المادة 91 ق.م.ج) فإن القانون المدني الجزائري جعل الغبن المادي، أو الغبن المجرد عن الاستغلال عيباً من عيوب الإرادة في حالات معينة فقط وهي:

- حالة بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس (المواد 358 و 359 ق.م.ج).
- حالة القسمة الرضائية بغبن في نصيب المتقاسم يزيد عن الخمس أيضاً (م 732 ق.م.ج).¹

المبحث الثاني: ركني المحل والسبب

سنتناول هذين الركنين تباعاً كما يلي:

المطلب الأول: المحل - L'objet -

إضافة إلى ركن التراضي في العقد لا بد من توافر هذا الأخير على محل له يتراضى عليه المتعاقدين، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في (المواد من 92 إلى 95 ق.م.ج).

الفرع الأول: المفهوم القانوني للمحل

محل العقد هو العملية القانونية التي يُراد تحقيقها عن طريق التراضي، أمّا محل الالتزام فهو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن، والذي إمّا أن يكون إعطاء شيء أو عمل، أو امتناع عن عمل.

¹ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 197.

وعليه فإن محل العقد هو مجموع مَحَال الالتزامات الناشئة عنه، أو على الأقل مَحَال الالتزامات الرئيسية فيه¹.

الفرع الثاني: شروط المحل

يجب أن تتوافر في محل الالتزام شروط معينة تضمنتها (المواد من 92 إلى 95 ق.م.ج).

أولاً: أن يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود

ويختلف الأمر بين ما إذا كان محل الالتزام (اعطاء شيء)، أو (قيام بعمل)

1- إذا كان محل الالتزام اعطاء شيء: فيجب أن يكون الشيء محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد، أو على الأقل قابلاً للوجود في المستقبل تحت طائلة بطلان العقد بطلاناً مطلقاً لتخلف أحد الشروط الأساسية للمحل، ويستثنى من التعامل في الأشياء المستقبلية والمحققة الوقوع التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه (م 92 ق.م.ج).

2- إذا كان محل الالتزام القيام بعمل: فيجب أن يكون المحل في هذه الحالة ممكناً، إعمالاً لقاعدة " لا التزام بمستحيل"، فلا ينشأ الالتزام إلا إذا كان محله ممكناً، ويختلف الأمر ما إذا كانت هذه الاستحالة مطلقة، أم نسبية.

- إذا كانت الاستحالة مطلقة: وهي الاستحالة التي تجعل تنفيذ العمل محل العقد غير ممكن بالنسبة لجميع الناس وليس للمدين وحده، سواءً

¹ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 203.

كانت هذه الاستحالة طبيعية (كالإتزام شخص بأن يلمس السماء)، أو قانونية (كتعهد المحامي باستئناف حكم استنفذ جميع طرق الطعن)، وهذا النوع من الاستحالة بصورتها هو ما يحول دون نشوء الإلتزام وتؤدي إلى بطلان العقد متى كانت قائمة وقت التعهد بهذا الإلتزام، أما إذا كانت لاحقة له فقد تؤدي إلى انقضاء الإلتزام بعد أن وُجد متى كانت ناتجة عن سبب أجنبي لا يد للمدين فيه¹.

- إذا كانت الاستحالة نسبية: وهي الاستحالة التي تجعل الإلتزام مستحيلًا على المدين وممكنًا بالنسبة لغيره، وهذا النوع من الاستحالة لا يحول دون قيام الإلتزام، فيكون المدين مسؤولاً عن عدم تنفيذ التزامه، ويحق للمتعاقد الآخر مطالبته بالتعويض، كما يحق له طلب فسخ العقد ومثالها: تعهد شخص مبتور اليدين برسم لوحة فنية².

ثانياً: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين

ويتحدد ذلك بحسب طبيعة الأداء الذي يلتزم به المدين كما يلي:

1- إذا كان محل الإلتزام القيام بعمل أو الامتناع عن عمل: في هذه الحالة يجب أن يكون ما التزم به المدين معيناً، أو قابلاً للتعيين ومثال التعيين: تعهد مقاول ببناء منزل يستوجب تعيين أوصاف ذلك المنزل تحت طائلة بطلان العقد، أما قابلية المحل للتعيين، فيتحقق متى تضمن العقد العناصر

¹ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 90-92.

² أنظر عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 166.

الكافية لتعيينه، كأن يتم ذكر أن البناء مُعدّ لإنشاء مستشفى تستقبل عددًا معينًا من المرضى، وذلك تحت طائلة بطلان العقد.

2- إذا كان محل الالتزام تسليم شيء أو نقل ملكيته: في هذه الحالة يجب أن يكون ما التزم به المدين معيّنًا، أو قابلاً للتعيين أيضًا، لكن مع التمييز في هذا الصدد بين الأشياء المعينة بالذات كبيع سيارة الذي يستوجب بيان نوعها وعلامتها المميزة، وبين الأشياء المعينة بالنوع (المثلثات) من خلال بيان جنسها ونوعها ومقدارها¹.

ثالثًا: أن يكون المحل مشروعًا وقابلًا للتعامل فيه

ويكون محل الالتزام غير مشروع إذا كان مخالفًا للنظام العام والآداب العامة (م 93 ق.م.ج)، وهو شرط عام وجب توفره في جميع صور محل الالتزام، خاصة إذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

أما إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء، فإنه إضافة إلى مشروعيته لا بد ألا يكون هذا الشيء ممّا يخرج عن دائرة التعامل، إمّا بطبيعته (كالشمس والماء والهواء) التي لا يمكن لأحد أن يستأثر بحيازتها، وإمّا بنص القانون (كالأموال العامة والموقوفة) لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة².

¹ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص 209-210.

² أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص ص 98-99.

المطلب الثاني: السبب – la cause

يعتبر السبب الركن الثالث في العقد بعد الرضا والمحل، وسوف نتناول هذا الركن كما يلي:

الفرع الأول: المقصود بالسبب

يقصد بالسبب الغرض الذي يهدف المتعاقدان إلى تحقيقه، حيث يعتبر هذا الغرض هو المحرك لإرادة العاقد.

وقد أخذ الفقه الحديث بنظرة ازدواجية للسبب تمثلت في سبب الالتزام، الذي يسمح بالتأكد ما إذا كان السبب موجودًا، وسبب العقد الذي يسمح بالتحقق ما إذا كان السبب مشروعًا، ولتحديد أي السببين يُعتدُّ به كركن في العقد ظهرت في هذا الصدد نظريتين هما النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، وعليه نستعرض كلا النظريتين، ثم نتطرق لموقف المشرع الجزائري منهما.

أولاً: النظرية التقليدية للسبب

ترى هذه النظرية أن السبب أو الغرض المباشر هو الذي يُعتدُّ به كركن في العقد، أمّا السبب غير المباشر (الباعث) فهو مجرد مسألة خارجية تختلف من عقد إلى آخر، والسبب بمفهوم هذه النظرية هو عنصر موضوعي، داخلي في العقد ذاته لا تؤثر فيه نوايا العاقد، وهو واحد في كل نوع واحد من العقود¹.

¹ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 215.

وحسب هذه النظرية فإن في العقود الملزمة للجانبين يكون التزام كل متعاقد سبباً لالتزام المتعاقد الآخر، أما في عقود التبرع فيكون السبب هونية التبرع¹.

ثانياً: النظرية الحديثة للسبب

ترى هذه النظرية أن البحث عن السبب لا يجب أن يقف عند (الغرض المباشر للمتعاقد) فحسب، بل لابد من البحث عن البواعث العميقة وغير المباشرة التي دفعت طرفي العقد إلى إبرامه.

ومثال ذلك: شراء شخص منزل لجعله محل للقمار والتزامه بدفع ثمنه فهنا يجب البحث عن الغرض الذي دفعه إلى قبول التحمل بالالتزام، فإذا كان قصده الحصول على ملكية المبيع كغرض مباشر أول وهو غرض مشروع، لكن إذا ذهبنا إلى أبعد من ذلك نجد أن السبب في الحصول على ملكية المنزل هو لعب القمار فيه، وهو سبب غير مشروع².

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من النظريتين

بالرجوع إلى نص (المادة 97 ق.م.ج)، نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالنظرية الحديثة في السبب التي تقوم على وجوب مشروعية (الباعث، الدافع للتعاقد)، كما أن عبارة السبب غير المشروع، أو المخالف للنظام العام تنصرف إلى معنى السبب وفقاً للنظرية الحديثة.

¹ أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 36.

² أنظر عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 190-191.

وأخذ بالنظرية التقليدية حين اشترط وجود سبب الالتزام، وذلك بنصه في (المادة 2/98 ق.م.ج) على أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، وهو ما يتفق مع معنى النظرية التقليدية، كون أن السبب الباعث وفقاً للنظرية التقليدية لا يُذكر عادةً في العقد باعتباره أمراً كامناً في النفس.

الفرع الثاني: شروط السبب

بالرجوع إلى المادتين (97 و98 ق.م.ج) فإنه يُشترط في السبب كركن في العقد تحت طائلة بطلان هذا الأخير ما يلي:

- أن يكون موجوداً لأنه لا التزام دون سبب
- أن يكون حقيقياً لا صورياً
- أن يكون مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

الفرع الثالث: إثبات السبب

ونتناول هنا عبء الإثبات، ثم نتعرض لطرق الإثبات.

أولاً: عبء الإثبات

إذا انعقد العقد صحيحاً بتوافر سببه فإنه لا يمكن القول بعدم تخلف هذا السبب بعد وجوده، وفي حالة قيام نزاع حول وجود السبب أو مشروعيته فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المدين الذي عليه أن يُثبت عدم وجود السبب أو مخالفته للنظام العام والآداب العامة¹.

¹ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 225.

ثانيا: طرق الاثبات

وفي هذا الصدد نفّرّق بين فرضين:

1- خلو العقد من ذكر سبب الالتزام: في هذه الحالة نكون بصدد قرينة قانونية بسيطة على أن للالتزام سبباً وأن هذا السبب مشروع، ويمكن لمن يدّعي (انعدام السبب)، أو (عدم مشروعيته) أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات.

2- حالة ذكر سبب الالتزام في العقد: القرينة القانونية البسيطة القائمة في هذه الحالة تتمثل في أن هذا السبب هو السبب الحقيقي للالتزام، بحيث يمكن لمن يدّعي عكس ذلك أن يثبت وبكافة الطرق ما يلي:

– صورية السبب مع مراعاة أحكام (المادة 333 ق.م.ج).

– إثبات عدم مشروعية السبب الحقيقي للالتزام¹.

المطلب الثالث: ركن الشكل

إذا كان الأصل في العقود هو الرضائية، فإن هناك بعض العقود يشترط فيها المشرع إضافة إلى الأركان المعهودة في العقد من رضا ومحل وسبب ركناً رابعاً والمتمثل في الشكلية، بحيث يؤدي تخلف هذا الركن إلى عدم قيام العقد إذا كانت هذه الشكلية متطلبية للانعقاد، أو عدم نفاذه إذا كانت هذه الشكلية غير متطلبية للانعقاد.

¹ أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 38.

الفرع الأول: الشكلية المتطلبة للانعقاد

وتسمى هذه الشكلية، بالشكلية المباشرة لاتصالها المباشر بالتصرف القانوني باعتبارها ركنا رابعاً في العقد إضافةً إلى الرضى والمحل والسبب، وقد تكون هذه الشكلية المتمثلة في الكتابة رسمية أو عرفية، كما قد يُشترط التسليم في العقد من أجل انعقاده.

أولاً: الشكلية الرسمية في العقد

نص المشرع الجزائري صراحةً على شرط الشكلية الرسمية في بيع العقار، أورهنه تحت طائلة البطلان، وذلك طبقاً للمواد (324 مكرر 1 و883 ق.م.ج).

ثانياً: الشكلية العرفية في العقد

هناك بعض العقود يؤدي تخلف الكتابة فيها إلى بطلانها، رغم أن المشرع لم يشترط الصيغة الرسمية فيها، مثل عقد الشركة (م 418 ق.م.ج) والعقد الذي يُقرّر مرتب مدى الحياة (م 615 ق.م.ج).

ثالثاً: ركن التسليم في العقود العينية

يشترط المشرع في هذا النوع من العقود علاوة عن الشروط المتطلبة لانعقاد العقود الرضائية أن يجري تسليم الشيء المعقود عليه، بحيث لا يتم العقد إلا إذا تم التسليم.

ويرجع أصل شكلية التسليم إلى القانون الروماني الذي كان يشترط تسليم الشيء بالنسبة لعقد العارية، والقرض، والوديعة، والرهن الحيازي،

والحقيقة أن هذا النوع من العقود أصبح نادرًا بالنسبة للقانون الجزائري، إذ أن هناك حالة واحدة أشار إليها المشرع في (المادة 206 من قانون الأسرة) والمتعلقة بالهبة، حين ذكر أنها تتم بالحيازة¹.

الفرع الثاني: الشكلية غير المتطلبة للانعقاد

وتسمى هذه الشكلية، بالشكلية غير المباشرة لعدم اتصالها المباشر بالتصرف القانوني ومن بينها اشتراط الشكلية للإثبات واشتراط الشهر في بعض العقود.

أولاً: اشتراط الشكلية للإثبات في المواد المدنية

رغم أن هذه الشكلية غير متطلبة للانعقاد، إلا أنها تعتبر قيد على مبدأ الرضائية، كما هو الحال في إثبات بعض التصرفات القانونية غير التجارية إذا كانت قيمتها تزيد عن (100 ألف دج)، أو كانت غير محدّدة القيمة والتي لا تقبل الإثبات بالشهود، طبقاً لنص (المادة 333 ق.م.ج.).

ثانياً: اشتراط الشهر في بعض العقود

من أهم قواعد الشهر تلك المتعلقة بالشهر العقاري، بحيث لا تنتقل الملكية في العقار والحقوق العينية الأخرى، سواءً فيما بين المتعاقدين، أو في حق الغير، إلا بعد إتباع إجراءات الشهر العقاري، وذلك طبقاً لنص (المادة 795 ق.م.ج.)².

¹ أنظر بوفلجة عبد الرحمن، دور الإرادة في المجال التعاقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، باتنة، 2008، ص ص 55-61.

² أنظر المادة 795 من القانون المدني الجزائري.

الفصل الثالث

بطلان العقد

البطلان هو الجزاء الذي يفرضه القانون على تخلف ركن من أركان انعقاد العقد، أو شرط من شروط صحته¹، وقد تناول المشرع الجزائري البطلان في (المواد من 99 إلى 105 ق.م.ج) متناولاً أحكامه، ومحددًا أنواعه.

المبحث الأول: أنواع البطلان وحالاته

نتناول تباعا أنواع البطلان، ثم حالاته

المطلب الأول: أنواع البطلان

يُقسم الفقه البطلان إلى مطلق ونسبي، أما المشرع الجزائري فقد استعمل اصطلاح (العقد الباطل) في دلالة على البطلان المطلق واصطلاح (العقد القابل للإبطال) في دلالة على البطلان النسبي.

الفرع الأول: البطلان المطلق

وهو الجزاء الذي يلحق العقد إذا تخلف ركن من أركان انعقاده² من رضا ومحل وسبب، والشكل الذي يتطلبه القانون في العقود الشكلية، لذا فالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً، هو عقد معدوم، لا وجود له قانوناً ولا يرتب أي أثر³.

¹ أنظر ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 277.

² أنظر نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 232.

³ أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 38.

الفرع الثاني: البطلان النسبي

وهو الجزء الذي يلحق العقد نتيجة تخلف شرط من شروط صحته، رغم توافر أركانه¹، لكن عيب ركن الرضا فيه بسبب صدوره من شخص ناقصاً للأهلية، أو من شخص شاب رضاه عيباً من عيوب الإرادة²، ومعنى ذلك أن العقد صحيح ويرتب جميع آثاره، إلا أنه مهّد بالزوال إذا طلب من تقرر البطلان لمصلحته إبطال العقد، فإذا تقرر بطلانه يكون شأنه في ذلك شأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً³.

المطلب الثاني: حالات البطلان

نتناول في هذا المطلب تباعاً، حالات البطلان المطلق، ثم حالات البطلان النسبي، كما نتناول أيضاً حالات خاصة قررّ المشرع فيها الإبطال لاعتبارات خاصة كما يلي⁴:

الفرع الأول: حالات البطلان المطلق

يبطل العقد بطلاناً مطلقاً في الحالات التالية:

– إذا انعدم ركن الرضا: وذلك إمّا لعدم تطابق الإرادتين، أو لأن أحد المتعاقدين عديم الإرادة، كالصغير غير المميز والمجنون والمعتوه.

¹ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 232.

² أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 39.

³ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 240.

⁴ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص ص 242-245.

- عدم وجود المحل: ويستوي في ذلك إذا كان المحل غير معين، أو مستحيلاً، أو كان خارجاً عن دائرة التعامل، أو كان غير مشروع.
- إذا لم يوجد سبب للالتزام: أو كان سبب العقد غير مشروع.
- تخلف الشكل الذي يتطلبه القانون، أو الاتفاق لانعقاد العقد في العقود الشكلية

الفرع الثاني: حالات البطلان النسبي

يكون العقد قابلاً للإبطال في حالتين:

أولاً: عيوب الرضا: إذا شاب إرادة أحد المتعاقدين عيب من عيوب الرضا المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري من غلط وتدليس واکراه واستغلال وتوافرت شروط عيب من هذه العيوب كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً، أي قابل للإبطال.

ثانياً: نقص الأهلية: يبطل العقد بطلاناً نسبياً أيضاً إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، وهو الصبي المميز الذي بلغ سن 13 سنة (سن التمييز)، ولم يبلغ سن 19 سنة (سن الرشد)، كما يكون نقص الأهلية لعاهة عقلية (كالفه والغفلة).

الفرع الثالث: حالات خاصة للبطلان

أورد التقنين المدني الجزائري في نصوص متفرقة حالات خاصة للبطلان، سواء المطلق أو النسبي.

أولاً: حالات خاصة للبطلان المطلق

- شراء القضاة والمحامين والموثقين، وكُتَّاب الضبط للحقوق المتنازع فيها والتي تدخل في اختصاص الجهة القضائية التابعين لها (م 402 ق.م.ج).
- تعامل المحامين مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها (م 403 ق.م.ج).

ثانياً: حالات خاصة للبطلان النسبي

- بيع النائب لنفسه، وشراء الخبراء والسماسرة للأموال المعهود إليهم بيعها، أو تقدير قيمتها (المواد 410 و 411 ق.م.ج)، وتتضح نسبية البطلان في هذه الحالات من خلال (م 412 ق.م.ج) التي رفعت المنع المقرّر في المادتين السابقتين متى أجاز ذلك من تم البيع لحسابه.
- بيع ملك الغير والابطال هنا مقرّر لمصلحة المشتري* (م 397 ق.م.ج)¹.

* لما كان بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري، فإن هذا الأخير وحده من يجوز له إبطال البيع، ويكون له هذا الحق حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي، وحتى لو كان يعرف وقت البيع أن البائع لا يملك المبيع، ما دام رضي بالبائع معتقداً أن البائع يستطيع أن يحصل على ملكية المبيع فينقلها إليه، ويكون تمسكه بإبطال البيع إمّا في صورة دعوى يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن، وإمّا في صورة دفع يدفع به في دعوى البائع إذا طالبه هذا الأخير بالثمن.

¹ تنص المادة 397 ق.م.ج في فقرتها الأولى على ما يلي: "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أول لم يعلن ببيعه...".

المبحث الثاني: أهمية التمييز بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال

تتضح أهمية التمييز بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال من نواحي

ثلاث:

- من له حق التمسك بالبطلان (مطلب أول).
- كيفية تقرير البطلان (مطلب ثان).
- سقوط الحق في التمسك بالبطلان (مطلب ثالث).

المطلب الأول: من له حق التمسك بالبطلان

يختلف ذلك في البطلان المطلق عنه في البطلان النسبي.

الفرع الأول: في البطلان المطلق

العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني، لذلك فإنه لا حاجة لاستصدار حكم من القضاء لتقرير بطلانه، فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان (م 102 ق.م.ج) ويقصد بذى مصلحة كل من له حق يتأثر بصحة العقد، أو ببطلانه، وتطبيقاً لذلك فإن صاحب الحق في التمسك بالبطلان المطلق هو:

- المتعاقدين: فالبايع الذي يعقد البيع يستطيع أن يطالب بالبطلان ليسترد الشيء المبيع، كما يستطيع المشتري أيضاً أن يطالب بالبطلان ليسترد الثمن وذلك متى قام سبب البطلان.

- **الخلف العام:** وهم الورثة أو الموصى لهم بحصة شائعة من التركة الذين يحق لهم التمسك بالبطلان بهدف ردّ المبيع إلى التركة¹.

- **الخلف الخاص:** وهم كل من تلقى حقًا من أحد المتعاقدين ويتأثر بصحة العقد أو ببطلانه، فالمشتري الثاني للعين المبيع يجوز له أن يتمسك ببطلان عقد المشتري الأول ليؤول إليه المبيع.

- **الدائنون العاديون:** يستطيع الدائنون العاديون التمسك بالبطلان المطلق متى كان التصرف الذي أجراه المدين يؤثر حتمًا على الضمان العام للدائنين² ويكون تمسكهم بالبطلان باسمهم الخاص.

- **المحكمة من تلقاء نفسها:** وذلك في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، حتى ولو لم يتمسك أحد العاقدين بهذا البطلان، لأن الأمر يتعلق بالمصلحة العامة والنظام العام كون البطلان المطلق من النظام العام وليس للمحكمة إلا أن تُقرر ذلك (م 102 ق.م.ج).

الفرع الثاني: في البطلان النسبي

طالما أن الهدف من قابلية العقد للإبطال هو حماية أحد العاقدين، فإنه لا يجوز لغير هذا العاقد أن يتمسك بهذا البطلان (م 99 ق.م.ج)، وعليه فإن حق التمسك بالبطلان النسبي يقتصر على:

¹ أنظر خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 83.

² أنظر ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج 1، المجلد 1، نظرية العقد، القسم 2، مراتب انعقاد العقد، وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 167.

- ناقص الأهلية: الذي يكون له وحده التمسك بإبطال العقد وليس للطرف الآخر أن يتمسك بمثل هذا البطلان لأنه ليس مقررًا لمصلحته، كما يجوز مباشرة هذا الحق عن ناقص الأهلية بواسطة النائب القانوني (الولي، أو الوصي)¹.

- من شاب رضاه عيب من عيوب الإرادة: فمتى عيبت إرادة أحد المتعاقدين بعيب من عيوب الإرادة سالفة الذكر، وتوافرت شروط عيب من هذه العيوب جاز لهذا الأخير، دون المتعاقد الآخر التمسك بإبطال العقد.

- الخلف العام: ينتقل الحق في إبطال العقد إلى الورثة، الذين يجوز لهم التمسك بإبطال عقد سلفهم، الذي عيبت إرادته وتوفي قبل مباشرة حقه في طلب إبطال العقد².

- الدائنين العاديين والخلف الخاص للمتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته: الأصل أنه لا يجوز لهم التمسك بإبطال العقد، غير أنه يجوز لهم ذلك بطريق مغاير، وهو طريق الدعوى غير المباشرة (باسم مديهم)، بخلاف الحال في البطلان المطلق، الذي يجوز لهم التمسك به باسمهم الخاص³.

ملاحظة هامة: لا يجوز للمحكمة التمسك بالبطلان النسبي من تلقاء نفسها لأنه غير متصل بالنظام العام ولا يجوز ذلك أيضًا للمتعاقد الآخر، بمعنى آخر لا يكون البطلان النسبي لكل ذي مصلحة على خلاف البطلان المطلق.

¹ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 112.

² أنظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص 177.

³ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 249.

المطلب الثاني: كيفية تقرير البطلان

تختلف كيفية تقرير البطلان باختلاف طبيعته ما إذا كان بطلاناً مطلقاً، أو نسبياً (قابلية للإبطال) ونفصل ذلك كما يلي¹:

الفرع الأول: بالنسبة للبطلان المطلق

الأصل أنه لا حاجة لصدور حكم لتقرير البطلان المطلق للعقد، كون العقد ليس له وجود قانوني، إلا أن الضرورة قد تدفع الشخص إلى رفع دعوى البطلان متى تم تنفيذ التصرف ويرغب أحد الطرفين في استرداد ما وفى به.

ولا يكون حكم القاضي في هذه الحالة منشأ للبطلان، بل كاشفاً له فقط من خلال الكشف عن عدم وجود العقد قانوناً منذ البداية.

الفرع الثاني: بالنسبة للبطلان النسبي (القابلية للإبطال)

في هذه الحالة العقد موجود قانوناً ومنتج لكل آثاره، إلا أنه مهدد بالزوال متى طلب من تقرر البطلان لمصلحته إبطال العقد، وعليه فإن تقرير بطلان العقد الباطل بطلاناً نسبياً يكون كالاتي:

- اتفاق الطرفان على إبطال العقد (بالتراضي): في هذه الحالة يبطل العقد دون الحاجة إلى صدور حكم من القضاء يقرر ذلك.

- اللجوء إلى القضاء (بالتقاضي): إذا لم يتفق الطرفان على إبطال العقد وجب على صاحب الحق في الإبطال (ناقص الأهلية، أو من شاب رضاه عيباً)

¹ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 239.

رفع دعوى للمطالبة بإبطاله، ولا يملك القاضي إبطال العقد من تلقاء نفسه إلا إذا طُلب منه ذلك وتوافرت شروطه، ويكون حكم القاضي في هذه الحالة منشئ للبطلان من خلال إزالة العقد الموجود قانوناً وإنشائه لحالة البطلان.

المطلب الثالث: سقوط الحق في التمسك بالبطلان

يسقط الحق في التمسك بالبطلان، إما بالإجازة، وإما بالتقادم، والإجازة لا تكون إلا في العقد القابل للإبطال، أما التقادم فيرد على نوعي البطلان، لكن بأحكام مختلفة.

الفرع الأول: الإجازة

تحتّم الأهمية البالغة للعقد ضرورة الحفاظ عليه والسعي إلى استقراره والابتعاد قدر الإمكان عن زواله بالبطلان، لا سيما ما تعلق "بإعادة أطرافه إلى الحالة السابقة على التعاقد" وصعوبة ذلك في الكثير من الأحيان لارتباط العقد بمصالح أخرى قد تتأثر بالأثر الرجعي للبطلان، من أجل ذلك سعى المشرع إلى التقليل من حالات البطلان، وهو الأمر الذي يظهر جلياً من خلال تكريسّه للعديد من التقنيات التي تعمل على إزالة التهديد بإبطال العقد من بينها الإجازة.

وطبقاً لنص (المادة 100 ق.م.ج)، فإن حق إبطال العقد، يزول بالإجازة الصريحة، أو الضمنية*، لذلك سنتناول هذه التقنية من تقنيات الحفاظ على العقد من خلال العناصر الآتية:

* تكون الإجازة صريحة متى تضمنت من العبارات ما يدل على ذلك، كأن يقول المالك أجزت البيع الذي عقده فلان على مالي الفلاني بالثمن الذي تم الاتفاق عليه، أو ما يؤدي هذا المعنى من العبارات، أما الإجازة الضمنية فتكون باتخاذ موقف يُستفاد منه التنازل سواء عن خيار الإجازة، أو خيار نقض العقد، كأن يقبض من له حق الإجازة الثمن، أو يتصرف فيه قبل قبضه، أو غيرها من التصرفات التي

- مفهوم الإجازة:

- آثار الإجازة.

أولاً: مفهوم الإجازة

يستدعي مفهوم الإجازة التعرض تباعاً لتعريفها، ثم الوقوف على شروطها على النحو الآتي:

- تعريف الإجازة.

- شروط الإجازة.

1- تعريف الإجازة

هي عمل قانوني بإرادة منفردة، من جانب المتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته مفادها تنازله عن حقه في إبطال العقد¹، وهو ما يميزها عن الإقرار الذي يصدر عن شخص أجنبي عن العقد، كإقرار الموكل لتصرف الوكيل الذي جاوز حدود الوكالة².

2- شروط الإجازة

يُشترط في الإجازة كتصرف قانوني بإرادة منفردة، شروط في الموضوع والشكل كما يلي:

تدل على رضاه بالعقد، لذلك يُعد في حكم الإجازة الضمنية مرور المدة دون أن يستعمل صاحب الحق في الإجازة خيار الإجازة، أو نقض العقد.

¹ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 113.

² أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 241.

أ- الشروط الموضوعية للإجازة

- أن يكون العقد قابلاً للإبطال وليس باطلاً بطلائاً مطلقاً¹.
- أن يكون المجيز عالماً بالعيب الذي جعل العقد قابلاً للإبطال.
- اتجاه إرادة المجيز إلى النزول عن حقه في الإبطال.
- توافر الإجازة على الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني، لا سيما ما تعلق بالأهلية وسلامة الإرادة من العيوب.
- زوال السبب الذي جعل العقد قابلاً للإبطال، وإلا كانت الإجازة نفسها قابلة للإبطال، فناقص الأهلية لا يملك إجازة العقد إلا بعد اكتمال أهليته وكذلك عيوب الإرادة فإجازة العقد القابل للإبطال بسبب الإكراه مثلاً يتطلب زوال هذا الإكراه.

ب- شكل الإجازة وإثباتها

لم يشترط المشرع الجزائري شكلاً معيناً في الإجازة، فقد تكون صريحة عن طريق اللفظ أو الكتابة، وقد تكون ضمنية تستخلص من الوقائع التي تدل عليها دلالة قاطعة، كقيام صاحب الحق في الإجازة بالبناء على أرض اشتراها بعقد قابل للإبطال.

ويقع عبء إثبات الإجازة على الطرف غير المجيز، وذلك بكافة طرق الإثبات بما في ذلك القرائن وشهادة الشهود².

¹ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 250.

² أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 241.

ثانياً: آثار الإجازة

يترتب على الإجازة متى توافرت شروطها ما يلي¹:

- زوال حق المتعاقد (الذي تقرر الإبطال لمصلحته) في إبطال العقد، ومن ثمة يتأكد وجود العقد ويزول عنه خطر الإبطال الذي كان يهدّده.
- يعتبر العقد صحيحاً من وقت إبرامه لا من وقت إجازته (م 100 ق.م.ج).
- لا تضر الإجازة بحقوق الغير (الخلف الخاص للمتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته) ومثال ذلك: بيع قاصر عقاراً له، وبعد بلوغه سن الرشد قام برهن هذا العقار، ثم أجاز البيع بعد ذلك، فإن هذه الإجازة لا تضرب حق (الدائن المرتهن)، فينتقل العقار إلى المشتري مثقلاً بحق الرهن.
- تذكير: العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا ترد عليه الإجازة لأنه معدوم، وفي هذا الصدد نصت (م 102 ق.م.ج)، على أنه: "...لا يزول البطلان بالإجازة..."

الفرع الثاني: التقادم

يختلف التقادم في العقد الباطل بطلاناً مطلقاً عنه في العقد القابل للإبطال، وسوف نفصل ذلك كما يلي:

أولاً: في العقد الباطل بطلاناً مطلقاً

نص المشرع الجزائري في (م 102 ق.م.ج) على أن سقوط دعوى البطلان يكون بمضي 15 سنة من إبرام العقد، وهنا نفرق بين فرضين هما:

¹ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 114.

1- دعوى البطلان

الأصل أن العقد الباطل، عقد معدوم الوجود لا يمكن بعثه وإحيائه بمرور الزمان لذلك كان المنطق يقتضي جواز رفع دعوى البطلان دائماً وعدم اخضاعها للقواعد العامة في التقادم¹.

إلا أن التقادم المقرّر في (م 102 ق.م.ج) هو تقادم مسقط للحق في التمسك بدعوى البطلان بمرور 15 سنة²، بمعنى آخر لا يجوز سماع الدعوى التي تقام من أجل تقرير البطلان وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد بمضي المدة المقرّرة بنص القانون حماية للأوضاع القانونية، واستقراراً للمعاملات³، ويمكن تصور ذلك (بعد تنفيذ العقد) إذا أراد أحد المتعاقدين استرداداً ما أدّاه⁴ ومثال ذلك: إذا كان هناك عقد بيع باطل تم تسليم المبيع فيه إلى المشتري وبعد مرور 15 سنة من وقت إبرام العقد يرفع البائع دعوى يتمسك فيها ببطلان البيع، كان للمشتري رد هذه الدعوى بسبب التقادم⁵.

2- الدفع بالبطلان

إذا كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضي 15 سنة من وقت إبرام العقد حفاظاً على استقرار المعاملات، فإن الدفع بالبطلان لا يسقط أبداً لعدم مساسه بهذا الاستقرار مهما مضى من وقت على العقد.

¹ أنظر ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 171.

² أنظر خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 87.

³ أنظر ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 171.

⁴ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 115.

⁵ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 244.

ويمكن تصور لجوء المتعاقد إلى الدفع بالبطلان (قبل تنفيذ العقد) ومثال ذلك: في عقد بيع باطل إذا لم يتسلم المشتري المبيع ورفع دعوى يُطالب فيها بالتسليم (كمدعى) كان للبائع (كمدعى عليه) هنا الدفع ببطلان البيع حتى ولو مضى على العقد أكثر من 15 سنة.

ثانياً: في العقد الباطل بطلاناً نسبياً (القابل للإبطال)

طبقاً لنص (م 101 ق.م.ج) فإن المشرع الجزائري نص على نوعين من المُدَد لسقوط الحق في دعوى إبطال العقد القابل للإبطال، في حال عدم التمسك به وهما (05 سنوات كتقادم قصير) و(10 سنوات كتقادم طويل)، وسوف نفصل ذلك كما يلي:

1- التقادم القصير

يتمثل في (05 سنوات) تبدأ من تاريخ زوال سبب قابلية العقد للإبطال، ويختلف احتساب هذه المدة باختلاف صورة العيب كما يلي:

- بالنسبة لناقص الأهلية: يكون التقادم بمضي 05 سنوات من يوم بلوغه سن الرشد.

- بالنسبة للغلط والتدليس: يكون التقادم بمضي 05 سنوات من يوم اكتشاف الغلط أو التدليس.

- بالنسبة للإكراه: مدة التقادم هي 05 سنوات من تاريخ انقطاع الإكراه.

- بالنسبة للاستغلال: مدة التقادم هي سنة واحدة من يوم إبرام العقد (م90 ق.م.ج)¹.

2- التقادم الطويل

في عيوب الإرادة المذكورة أعلاه من (غلط، وتدليس، وإكراه) باستثناء الاستغلال، طبعاً إذا لم يكتشف الغلط والتدليس ولم ينقطع الإكراه، فإن حق التمسك بإبطال العقد يسقط بمضي (10 سنوات) من تاريخ إبرام العقد² (م2/101 ق.م.ج)³.

وعليه فإن الحق في التمسك بإبطال العقد لأحد هذه العيوب الثلاث، سواءً بطريق الدعوى، أو بطريق الدفع يتقادم بأقصى الأجلين (05 سنوات من وقت زوال العيب)، أو (10 سنوات من يوم إبرام العقد)⁴.

المبحث الثالث: آثار البطلان

إذا تقرر إبطال العقد القابل للإبطال، فإنه يستوي في ذلك مع العقد الباطل بطلاناً مطلقاً، لذلك فإن حديثنا عن آثار العقد يشمل البطلان بنوعيه، وعليه سنتناول هذه الآثار فيما بين المتعاقدين، وبالنسبة للغير.

¹ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 115-116.

² أنظر في الصدد خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 88.

³ أنظر المادة 101 ق.م.ج في فقرتها الثانية.

⁴ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 243.

المطلب الأول: بالنسبة للمتعاقدین

يترتب على العقد الباطل آثار أصلية، وأخرى عرضية.

الفرع الأول: الآثار الأصلية للبطلان

نتناول في هذا الفرع قاعدة الأثر الرجعي للبطلان، ثم الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة.

أولاً: قاعدة الأثر الرجعي للبطلان

الأصل وطبقاً لنص (م103 ق.م.ج) فإنه في حالة بطلان العقد أو إبطاله أن يُعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا نُفِذَ العقد كله أو في جزء منه وجب على كل متعاقد أن يردّ ما تسلمه، أو ما حصل عليه بمقتضاه ومثال ذلك: إذا كان العقد بيعاً وكان البائع قد سلم المبيع، فإنه يستطيع أن يسترده من المشتري، وكذلك بالنسبة للمشتري إذا كان قد دفع الثمن.

ثانياً: الاستثناءات الواردة على قاعدة الأثر الرجعي للبطلان

لا تعتبر قاعدة الأثر الرجعي للبطلان على إطلاقها، بل ترد عليها استثناءات، اعتباراً لمراكز معينة يرى المشرع أنها جديرة بالحماية، طبقاً لنص (م103 ق.م.ج دائماً) ويتعلق الأمر بما يلي:

– استحالة إعادة الطرفين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد: ويتحقق ذلك متى استحال الاسترداد، كأن يكون المبيع مثلاً قد هلك في حيازة المشتري

فيحكم القاضي بتعويض معادل، ويكون ذلك طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، لا على أساس العقد الباطل (م 2/103 ق.م.ج).

- حماية ناقص الأهلية: والذي لا يَرُدُّ في حالة إبطال العقد لنقص أهليته - إلا ما عاد عليه من منفعة، فإذا لم تعد عليه منفعة من وراء تنفيذ (المتعاقد معه) للعقد فلا يلزم بردّ ما وقّاه ذلك المتعاقد ومثال ذلك: إذا باع القاصر وقبض الثمن ثم أبطل العقد بناءً على طلبه بعد بلوغه سن الرشد، فإنه لا يلزم برد الثمن إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة منه، فإذا كان قد أنفق في لهوه وملذاته فلا يلتزم برد شيء منه، أمّا إذا بقي منه شيء واستثمره مثلاً، فلا يلتزم برده إلا في حدود ما عاد عليه من نفع.

- حرمان الملوّث من الاسترداد: ومعنى ذلك أنه إذا كان البطلان ناشئ عن عدم المشروعية، فإنه لا يجوز للشخص الذي كان سبباً في عدم المشروعية أن يسترد ما أذاه (م 3/103 ق.م.ج).

الفرع الثاني: الآثار العرضية للبطلان

من أجل التقليل من حالات الإبطال، فإنه إلى جانب ما يترتب على العقد الباطل من آثار أصلية هناك آثار عرضية تترتب عليه بوصفه واقعة مادية لا بوصفه عقداً، كون العقد تقرّر بطلانه وأصبح عدماً، وتتمثل هذه الآثار العرضية في نظرية إنقاص العقد، ونظرية تحول العقد.

أولاً: نظرية إنقاص العقد (القضاء الفرنسي)

ومؤدى هذه النظرية أن العقد الباطل إذا كان باطلاً، أو قابلاً للإبطال في شق منه وصحيح في الشق الآخر وكان قابلاً للانقسام، فإن الشق الباطل هو فقط الذي يبطل ويبقى الشق الآخر صحيحاً باعتباره عقداً قائماً بذاته، مالم يتبين أن العقد لا يمكن أن يتم بدون وجود الشق الباطل منه فيبطل العقد كله، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية في (المادة 104 ق.م.ج)¹ ومثال ذلك: بيع لشيئين بعقد واحد أحدهما ممّا يجوز التعامل فيه والآخر لا يجوز التعامل فيه².

وعليه فإنه وطبقاً لنص (م104 ق.م.ج) يشترط لتطبيق نظرية إنقاص العقد ما يلي:

- أن يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال في جزء منه فقط.
- أن يكون العقد قابلاً للانقسام.
- ألا يكون الشق الباطل من العقد هو الدافع للتعاقد³.

¹ تنص المادة 104 من ق م ج على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابل للإبطال فيبطل العقد كله".

² أنظر ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 123.

³ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 266.

ثانياً: نظرية تحول العقد (الفقه الألماني)

تقوم هذه النظرية على فكرة أن العقد الباطل قد يتضمن، رغم بطلانه عناصر عقد آخر صحيح فيتحول العقد الباطل إلى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقد الصحيح، متى تبين أن نية المتعاقدين كانت ستنصرف إلى إبرام مثل هذا العقد¹، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في (م 105 ق.م.ج)²، ومثال ذلك: تحول السفتجة التي لم يتوافر لها الشكل القانوني من سفتجة باطلة إلى سند دين عادي صحيح.

وعليه فإنه وطبقاً لنص (م 105 ق.م.ج) يشترط لتطبيق نظرية إنقاص العقد ما يلي:

- أن يكون العقد الأصلي باطلاً أو قابلاً للإبطال.
- أن يتضمن العقد الأصلي الباطل عناصر العقد الجديد.
- انصراف نية المتعاقدين إلى العقد الآخر³.

¹ أنظر خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 95.

² أنظر المادة 105 ق.م.ج في فقرتها الثانية.

³ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 264-266.

المطلب الثاني: آثار البطلان بالنسبة للغير

لا يقصد بالغير هنا الأجنبي عن العقد أيًا كان، بل المقصود بالغير في هذا الصدد كل من تلقى من المتعاقدين حقًا على الشيء محل العقد الذي تقرر بطلانه، أو بعبارة أخرى الخلف الخاص لأحد المتعاقدين¹.

الفرع الأول: قاعدة الأثر الرجعي للبطلان

الأصل أن الأثر الرجعي للبطلان لا يقتصر على العلاقة فيما بين المتعاقدين فحسب، بل يمتد إلى الغير أيضًا، لذلك فإن من تقرر له حق على شيء كان محل عقد تم إبطاله فإن هذا الحق يزول تطبيقًا للأثر الرجعي للبطلان.

إلا أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، بل أورد عليها المشرع بعض القيود تحقيقًا لاستقرار المعاملات وحمايةً للغير حسن النية².

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة الأثر الرجعي للبطلان

تتمثل هذه الاستثناءات فيما يلي³:

– حماية حائز المنقول بحسن نية: وذلك متى حاز المتعاقد -كمشتري ثاني مثلا- وهو يجهل ببطلان التصرف السابق المتعلق بالمنقول محل الحيازة، فلا

¹ أنظر عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ص 210-211.

² أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 248.

³ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 273-274.

يؤثر البطلان على صحة ملكيته إعمالاً لقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية"، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في (م 835 ق.م.ج)¹.

- الرهن الرسمي: إذا قام مشتري لعقار بترتيب حق رهن على هذا العقار (مدين راهن) لصالح شخص آخر (دائن مرتهن) ثم زالت ملكية هذا المشتري بسبب الحكم بالبطلان، فإن الرهن يبقى صحيحاً ونافعاً، رغم زوال ملكية الراهن بالبطلان أو غيره من أسباب الزوال، فيعود العقار إلى البائع مثقلاً بهذا الرهن وذلك حماية للدائن المرتهن حسن النية (م 885 ق.م.ج)، وكذلك في حالة الإيجار، حيث يبقى حق المستأجر قائماً إلى غاية انقضاء مدّته (م 469 مكرر3 ق.م.ج).

- العقد الصوري: وذلك من خلال حماية القانون للدائنين والخلف الخاص من صورية العقد، بإجازته لهم التمسك بالعقد الصوري طبقاً لنص (م 198 ق.م.ج).

- حماية الغير الذي اكتسب ملكية عقار بعد إتمام إجراءات الشهر العقاري: وذلك متى كان حسن النية، تحت طائلة سريان قاعدة الأثر الرجعي للبطلان عليه في حالة العكس، أي إذا كان سيء النية.

¹ تنص المادة 835 من القانون المدني الجزائري على أنه: "من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على المنقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته...".

الفصل الرابع

آثار العقد

لا يقتصر دور الإرادة على تكوين العقد فحسب، بل يمتد إلى تحديد الآثار التي تترتب على هذا العقد، وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة وما يتفرع عنه من مبادئ هامة والمتمثلة في الحرية التعاقدية، القوة الملزمة للعقد والآخر النسبي للعقد.

لذلك فإن الحديث عن آثار العقد يقتضي منا تناول مسألتين هامتين، ويتعلق الأمر بمبدأ القوة الملزمة للعقد من جهة، ومبدأ نسبية أثر العقد كنطاق لهذه القوة الملزمة من جهة أخرى.

المبحث الأول: مبدأ القوة الملزمة للعقد (العقد شريعة المتعاقدين)

يعتبر مبدأ القوة الملزمة للعقد من المبادئ المستنتجة من مبدأ سلطان الإرادة، وهو بذلك من الآثار المترتبة عن التعاقد، فإذا نشأ العقد صحيحاً بشروطه وأركانه ترتبت عنه التزامات وأصبحت واجبة التنفيذ لا يمكن التنصل منها أو المساس بها، سواءً بالنسبة لأطراف العقد أو بالنسبة للغير، الأمر الذي يوجب على المتعاقدين والقاضي على حدٍ سواء التقيد بالعقد وتنفيذه في جميع ما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية من قبل طرفيه.

غير أن الأمور لا تسير دائماً كما يجب، فالعلاقات التعاقدية قد تصطدم بعد إبرامها بظروف مغايرة تحول دون تنفيذها واستمرار مفعولها حسب ما أُنْفِق عليه ووفق ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، حينها يثار التساؤل حول مدى ملائمة سلطان الإرادة للروابط العقدية وإمكانية التلطيف من حدة مبدأ القوة الملزمة للعقد المتفرع عنه، كمبدأ أو كأثر

مباشر للالتزامات العقدية والبحث في أسسه وحدوده، وعليه سنتناول في هذا المبحث تباعاً ما يلي:

- مفهوم القوة الملزمة للعقد (مطلب أول)
 - أثر القوة الملزمة للعقد وجزاء الإخلال بها (مطلب ثاني).
 - استثناءات القوة الملزمة للعقد (مطلب ثالث).
- موضوع القوة الملزمة للعقد كان سؤالاً لمسابقة الدكتوراه في عدة مناسبات منها:
- القوة الملزمة للعقد م 106 ق.م.ج... حلل وناقش؟.
 - نقض العقد أو تعديله يكون من إرادة المتعاقدين ومن الأسباب التي يقرّها القانون... حلل وناقش؟.

المطلب الأول: مفهوم القوة الملزمة للعقد

نتناول ضمن هذا المفهوم التعريف بالمبدأ، ثم الأساس القانوني للقوة الملزمة للعقد.

الفرع الأول: التعريف بالقوة الملزمة للعقد

يُقصد بالقوة الملزمة للعقد كمبدأ عالي أنه وبمجرد انعقاد العقد بصفة صحيحة صار بمثابة القانون لأطرافه، وبالتالي لا يجوز لأحد المتعاقدين أن ينفرد بنقضه أو تعديله لبنود هذا العقد دون رضا المتعاقد الآخر، ومن ثمة تصبح واجبة التنفيذ، وتستمر الإلزامية المقتزنة بهذا العقد مع إرادة المتعاقدين.

الفرع الثاني: الأساس القانوني للقوة الملزمة للعقد

لقد وصفت أغلب التشريعات العقد بأنه شريعة المتعاقدين وعلى غرارها المشرع الجزائري من خلال (المادة 106 ق.م.ج) بنصها: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"، وكذا (المادة 107 ق.م.ج) بنصها: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبحسن نية...".

لذلك فإن إرادة المتعاقدين هي مصدر القوة الملزمة التي يكتسبها العقد والتي تضيف عليه صفة القانون بالنسبة لأطرافه، فهي تفرض احترام قداسة مضمونه من جهة، وتستوجب تنفيذه من جهة أخرى، وهذا الالتزام لا يقتصر

كما يستمد العقد قوته أيضاً من القواعد الدينية والخلقية، من خلال الوفاء بالعهد كدلالة أخلاقية أو القواعد الاجتماعية والاقتصادية السائدة في المجتمع، إلى جانب ذلك يجد العقد قوته الملزمة أيضاً في القانون والقضاء، حيث أحاطته معظم التشريعات بعناية فائقة، فضلاً عن دور الاجتهادات القضائية بشأن العقود، ولا يمكن المساس بهذه القوة الملزمة إلا وفق اتفاق جديد للمتعاقدين أو حسب الأحوال التي يقرّها القانون.

المطلب الثاني: أثر القوة الملزمة للعقد وجزاء الإخلال بها

نتعرض في هذا المطلب لأثر القوة الملزمة للعقد من جهة (فرع أول)، ثم إلى الجزاء المترتب عن الإخلال بها من جهة أخرى (فرع ثان).

الفرع الأول: أثر القوة الملزمة للعقد

يترب على القوة الملزمة للعقد أثر يتمثل في (الانقضاء بالتنفيذ)، أو (الانفساخ لاستحالة التنفيذ) وسوف نفصل ذلك كما يلي:

أولاً: الانقضاء بالتنفيذ

الأصل أن ينقضي العقد بتنفيذ الالتزامات المستمدة منه وفقاً لاتفاق المتعاقدين وهي النتيجة الطبيعية لتحقيق غاية العقد الصحيح وبالتالي حل الرابطة العقدية وانقضاء القوة الملزمة المقترنة بها، سواءً تعلق الأمر بالعقود الفورية أو الزمنية على النحو الآتي¹:

¹ أنظر عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط 2004، ص 575.

1- في العقود الفورية

يكون الانقضاء في هذا النوع من العقود بالتنفيذ الفوري لما ينشأ عنها من التزامات ولو كانت مؤجلة، فعقد البيع مثلاً ينقضي بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليم الشيء المبيع ودفع الثمن والوفاء بالضمان، كالتزامات يتم تنفيذها بمجرد حلول ميعاد الوفاء بها دفعة واحدة أو على مراحل.

2- في العقود الزمنية

يرتبط التنفيذ في العقد الزمني بعنصر الزمن كعنصر جوهري فيه، فتتقضي القوة الملزمة في هذا النوع من العقود بانقضاء الزمن إذا كان محدداً، أو بإنهاء العقد من طرف أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة متى أعذر مدينه، كما هو الحال في عقود الإيجار والعمل.

ثانياً: الانفساخ لاستحالة التنفيذ

النص القانوني المادة (121 ق.م.ج) بنصها: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد بحكم القانون"¹.

يتضح من هذا النص أن القوة الملزمة للعقد تنقضي إذا استحال تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فينفسخ العقد بقوة القانون دون الحاجة لحكم قضائي، ومن ثم تنقضي الالتزامات المقابلة للالتزامات

¹ يقابل هذه المادة في التشريعات العربية، المادة 159 من التقنين المدني المصري والمادة 247 من التقنين المدني الأردني.

التي استحال على أحد المتعاقدين تنفيذها، وتسمى هذه الحالة بالانفساخ، أو الفسخ لعدم امكان التنفيذ ومثال ذلك: إذا استحال على البائع في عقد البيع تنفيذ التزامه بعد إبرام العقد نظرًا لهلاك المبيع بسبب أجنبي، فإن الالتزام ينقضي وينفسخ عقد البيع، كما يسقط التزام المشتري بأداء الثمن¹.

فإذا لجأ الدائن إلى القضاء، فإن حكم القاضي يكون مقررًا للفسخ وليس منشأً له، ذلك أن سلطة القاضي في هذه الحالة تقتصر على التحقق من الاستحالة، ثم يحكم بالفسخ متى تأكد من فعالية الاستحالة. وما تجدر الإشارة إليه أن الاستحالة المقصودة من أجل انفساخ العقد هي الاستحالة المطلقة أو الكلية ومثال ذلك: هلاك العين المؤجرة في فترة الايجار هلاكًا كليًا، حينها ينفسخ العقد بحكم القانون.

أما إذا كانت الاستحالة جزئية أو نسبية ذاتية متعلقة بشخص المدين، فإن ذلك لا يؤدي إلى انفساخ العقد، بل يُلزم المدين بالتعويض عن عدم تنفيذه لالتزامه ومثال ذلك: هلاك بعض المبيع في يد البائع قبل التسليم في هذه الحالة ينقضي ما يقابل الجزء المستحيل²، فيسقط نصف الثمن مثلاً إذا هلك نصف المبيع قبل التسليم، وعليه ومن أجل الإحاطة بمسألة انفساخ العقد، سنتناول تباعاً شروطه، ثم آثاره.

¹ أنظر فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، ط 2006، قصر الكتاب، دون مكان نشر، ص 154.

² وهو ما ذهب إليه المشرع الأردني من خلال المادة 247 من القانون المدني الأردني التي أوردت حكمًا في هذه المسألة بنصها: "...فإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل".

1- شروط انفساخ العقد بحكم القانون

يشترط لانفساخ العقد بقوة القانون ما يلي:

الشرط الأول: أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين: ذلك أنه لا يمكن تصور الانفساخ في العقد الملزم لجانب واحد، كون انقضاء التزام المدين في هذا الأخير لا يبقى للدائن ما يطالبه به¹.

الشرط الثاني: أن تكون استحالة تنفيذ التزام المدين راجعة لسبب أجنبي لا يد له فيه: فالعقد لا يفسخ إذا كانت الاستحالة راجعة لخطأ المدين، بل يظل التزامه قائماً، فيُلزم بالتعويض عن عدم الوفاء بالتزامه، أي قيام مسؤوليته العقدية، وقد يلجأ الدائن إلى الفسخ القضائي لعدم تنفيذ المدين لالتزامه بدلا من المسؤولية العقدية، وفي هذه الحالة يكون حكم القاضي منشأً للفسخ لا كاشفاً له².

الشرط الثالث: أن تكون استحالة التنفيذ ناشئة في تاريخ لاحق لقيام العقد: فالعقد لا ينعقد أصلاً إذا كانت الاستحالة قائمة عند إبرام العقد، بل يقع باطلاً لاستحالة محله³.

¹ أنظر عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 1، مصادر الالتزام، نسخة الأستاذ قادو، 2007-2008، ص 598.

² أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 319.

³ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 361.

2- آثار الانفساخ

أ- مسألة تحمل التبعة

طبقاً لنص المادة 121 ق.م.ج فإن انقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه يترتب عنه انقضاء الالتزام المقابل له، وهو ما معناه تحلل المدين من تنفيذ التزامه الذي أصبح مستحيلاً وبالتالي براءة ذمته في مواجهة الدائن ولا يمكن مطالبته بالتنفيذ عن طريق التعويض، الأمر الذي يطرح التساؤل حول أي من المتعاقدين يتحمل تبعة الانفساخ؟

للإجابة عن هذا السؤال لابد من معرفة ذلك في العقود الملزمة للجانبين، والعقود الملزمة لجانب واحد.

- في العقود الملزمة للجانبين: في هذا النوع من العقود يتحمل المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه تبعة الهلاك* وتبرير ذلك هو: انقضاء الالتزام المقابل للالتزام الذي استحال تنفيذه فلا يستطيع المدين المطالبة بتنفيذ هذا

* كاستثناء على قاعدة "تبعة الهلاك على المدين" جعل المشرع الفرنسي تبعة الهلاك على الدائن في بعض العقود الناقلة للملكية وذلك من خلال المادة 1135 ق.م.ف التي جعلت تبعة الهلاك على المشتري بعد انتقال الملكية إليه ولو لم يتم التسليم بعد، ذلك أن مجرد انعقاد العقد يجعل من المشتري مالكا للشيء المبيع، فإذا هلك المبيع في يد البائع هلك على المشتري باعتباره مالكا، فلا يلزم البائع بالتعويض ما لم يكن مخطئاً، أو مقصراً بعدم تنبيهه على المشتري بالوفاء، وهو النهج نفسه الذي سلكه المشرع اللبناني من خلال المادة 3/243 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني بنصها: "... والمديون الذي أبرئت ذمته بقوة قاهرة تمكنه مع ذلك أن يطالب الفريق الآخر بتنفيذ ما يجب عليه، على هذا المنوال يستطيع بائع العين المعيبة الذي تفرغ عن المبيع للمشتري أن يطالبه بالثمن فتكون المخاطر في هذه الحالة على الدائن الموجب الذي أصبح تنفيذه مستحيلاً".

الالتزام ما دام هو لم ينفذ التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه وذلك استناداً لفكرة السبب والارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في هذا النوع من العقود.

- في العقود الملزمة لجانب واحد: في هذا النوع من العقود تقع تبعة الهلاك على الدائن مادام هذا الأخير ليس في ذمته التزام مقابل ليتحلل منه ومثال ذلك: الوديعة غير المأجورة التي يهلك فيها الشيء المودع في يد المودع لديه لسبب أجنبي لا يد له فيه يستحيل معه ردّ هذا الشيء، فتكون تبعة الهلاك على الدائن (المودع) الذي ليس في ذمته التزام يتحلل منه في مواجهة المدين (المودع لديه) الذي تحلّل من التزامه.

ت- إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد (م122 ق.م.ج).

ث- لا مجال للتعويض مادام عدم وفاء المدين بالتزامه يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فيُعفى المدين من التنفيذ ومن التعويض لعدم التنفيذ.

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالقوة الملزمة للعقد (انحلال العقد)

إذا أخلّ المدين بالتزاماته تجاه الدائن كان من الممكن إجباره على التنفيذ عن طريق الوسائل القانونية التي جعلها القانون في يدّ الدائن، ومن هذه الوسائل:

أولاً: المطالبة بالتنفيذ العيني وما يعقب ذلك من تنفيذ جبري

يتعين على المتعاقدين احترام العقد وتنفيذ كل الالتزامات المترتبة عليه، فإذا حاول أحدهما الإخلال بالتزاماته، سواءً بعدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزام، أو بتنفيذ معيب، فإن ذلك يُعدّ إخلالاً بالعقد قد يشكل

ضرراً كبيراً للمتعاقد الآخر، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى منح المتعاقد جملة من الوسائل التي من شأنها تمكين هذا الأخير من مواجهة المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته تنفيذاً عينياً، وفي مقدمة هذه الوسائل إنذاره بضرورة الوفاء بالتزامه مادام التنفيذ العيني ممكناً.

أمّا إذا امتنع المدين بالالتزام في العقد عن الوفاء بالتزامه عينياً، فإن للدائن جبره على تنفيذه من خلال تدخل السلطة العامة التي تجري التنفيذ العيني تحت إشراف القضاء ورقابته وهو ما يُعرف بالتنفيذ الجبري، كوسيلة لحمل المدين على الوفاء متى كان ذلك ممكناً وفقاً للقواعد العامة التي ينظم بها القانون التنفيذ الجبري¹.

ثانياً: حل الرابطة العقدية بالفسخ

يُقصد بالفسخ في العقود حلّ العقد وتجريده من قوته الملزمة، كحق لأحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين جزاءً عن إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه وإلحاقه الضرر بالمتعاقد الآخر بسبب ذلك الإخلال.

إنّ عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية يُعطي للمتعاقد الآخر إمكانية التحلّل من الرابطة العقدية، وذلك من خلال اللجوء إلى استعمال حقه في طلب فسخ العقد والتخلص من الالتزامات المفروضة عليه بموجب العقد، وقد خول القانون للدائن هذا الحق كضمان، الأمر الذي جعل من

¹ تنص المادة 164 من م ج على أنه: "يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً".

الفسخ نظاماً قانونياً لحماية حقوق الدائن، وقد يكون فسخ العقد قضائياً وهو الأصل، وقد يكون هذا الفسخ اتفاقياً من خلال تضمين المتعاقدين العقد شرطاً يقضي بإمكانية فسخ العلاقة العقدية بمجرد امتناع أحدهما عن تنفيذ التزامه.

1- الفسخ القضائي كأصل في حل الرابطة العقدية

النص القانوني المادة 119 ق.م.ج بنصها: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات"¹.

يُقصد بالفسخ القضائي حلّ الرابطة العقدية في العقد الملزم للجانبين بناءً على طلب أحد المتعاقدين أمام القاضي بفسخ العقد إذا لم ينفذ المتعاقد الآخر التزامه المترتب عليه بموجب العقد"

¹ ويقابل هذه المادة في التشريعات العربية المادة 157 من القانون المدني المصري، والمادة 246 من التقنين المدني الكويتي، والمادة 171 تقنين المعاملات المدنية العماني، والمادة 128 من تقنين المعاملات المدنية السوداني، والمادة 224 من التقنين المدني اليمني، والمادة 140 من التقنين المدني البحريني، والمادة 270 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والفصل 2/276 تقنين الالتزامات والعقود الموريتاني، والفصل 259 من تقنين الالتزامات والعقود المغربي، والمادة 241 من قانون الموجبات اللبناني.

لذلك فإن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته المترتبة عن العقد الملزم للجانبين يخول المتعاقد الآخر الحق في اللجوء إلى القضاء والمطالبة بحل الرابطة العقدية متى توافرت شروط ذلك، وعليه سنتناول تباعا شروط المطالبة بالفسخ القضائي، ثم سلطة القاضي في مثل هذا النوع من الفسخ، ثم آثار الفسخ.

أ- شروط المطالبة بالفسخ القضائي

تقتضي المطالبة بالفسخ توافر مجموعة من الشروط تتمثل في الآتي:

الشرط الأول: أن يكون العقد ملزم للجانبين

ذلك أنه لا يتصور الفسخ في العقود الملزمة لجانب واحد والعلة في ذلك أنه لا يوجد سوى ملتزم واحد في هذا النوع من العقود وبالتالي لا يوجد ترابط بين الالتزامات.

ويُعد هذا الشرط عاما من منطلق أن الفسخ يرد على كل العقود الملزمة للجانبين، كما تتحقق صفة العمومية في هذا الشرط أيضا باعتباره واجب التوافر في جميع حالات الفسخ سواء القضاء أو الاتفاق، أو الانفساخ القانوني¹.

¹ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 309.

الشرط الثاني: أن يكون أحد المتعاقدين قد أخلّ بالتزامه

وحق يكون اخلال المتعاقد بالتزامه مستوجباً لجزاء الفسخ، فإنه لا بد أن يكون راجعاً لخطئه، أمّا إذا كان هذا الاخلال راجع لسبب أجنبي*، أو إلى خطأ الدائن بالالتزام** فإنه لا مجال لإعمال الفسخ.

ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ كلياً، أو جزئياً، أو تنفيذاً معيباً حتى يتقرر للدائن حق المطالبة بالفسخ¹.

الشرط الثالث: أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه

فليس من العدالة أن يطلب المتعاقد فسخ العقد لإخلال المتعاقد الآخر بالتزامه في حين لم ينفذ هو التزامه، بمفهوم المخالفة لكي يكون للمتعاقد حق طلب الفسخ لا بد أن يكون هذا الأخير قد وفى بالتزاماته، أو على الأقل مستعداً للوفاء بها².

* إذا كان عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فإن الالتزام ينقضي وينقضي معه الالتزام المقابل له، فينفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون وهذا هو انفساخ العقد كما رأينا من قبل.

** أما إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى خطأ الدائن بالالتزام فإننا نكون أمام الدفع بعدم التنفيذ كما سوف نرى لاحقاً.

¹ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 350، ونبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 310.

² أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 351.

الشرط الرابع: أن يكون طالب الفسخ قادرا على رد ما تسلم بموجب العقد

إذا أصبح طالب الفسخ عاجزاً على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد من خلال عجزه على رد ما تسلمه بموجب العقد، فلا يجوز له في هذه الحالة طلب الفسخ، بل لا يبقى أمامه سوى طلب التنفيذ العيني إذا كان لا يزال ممكناً، أو طلب التعويض.

أما إذا كان المدعى عليه في دعوى الفسخ هو من استحال عليه رد الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد برد ما تسلمه بموجب العقد فإن ذلك لا يحول دون طلب الفسخ، والحكم عليه بالتعويض كبديل عن الرد عيناً.

الشرط الخامس: ضرورة إعدار المدين

لا يعتبر اعدار المدين شرطاً من شروط الفسخ، إلا أنه وطبقاً لنص المادة 119 ق.م.ج يُعد إجراءً من الإجراءات الواجب على الدائن اتباعها من أجل اصباغ الصفة القانونية على طلبه للفسخ، فيتعين عليه قبل رفع دعوى الفسخ إعدار المدين مطالباً إياه بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد الذي ينوي فسخه، كون الاعذار يعتبر بمثابة دليل على تقصير المدين في التنفيذ من شأنه إعطاء الدعوى أكثر مصداقية.

ولا يعني عدم اعدار المدين بالالتزام في العقد قبل رفع الدعوى بأي حال من الأحوال عدم قبول الدعوى، كون رفع الدعوى في حد ذاته يعد بمثابة الاعذار، إلا أن رفع الدائن لدعوى الفسخ دون إعداره المدين يجعله

يتحمل مصاريقها، الأمر الذي من شأنه إضفاء أهمية على هذا الاجراء (الاعذار) يمكن تلخيصها في النقاط الآتية:

- جعل المدين في وضعية المقصرومن ثم يكون القاضي أكثر استجابة لطلب الفسخ.

- يساعد في الحكم على المدين بالتعويض¹ إلى جانب الحكم بالفسخ.

وطبقاً لنص المادة 180 ق.م.ج فإن إعدار المدين يكون بإنذاره أو ما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يكون عن طريق البريد، كما يكون عن طريق اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء آخر. طبعاً باستثناء الحالات التي يُعفى في الدائن من اعذار مدينه، حينها يُستحق التعويض دون إعدار طبقاً لنص المادة 181 ق.م.ج².

ب- سلطة القاضي التقديرية في الفسخ

إذا كان حكم الفسخ لا يكون إلا بناءً على طلب الدائن، وأن لهذا الأخير حق العدول عن طلب الفسخ أثناء نظر الدعوى مطالباً بالتنفيذ بدل الفسخ، كما للمدين أن يتوقى الفسخ بتنفيذ التزامه ولو كان ذلك أثناء نظر الدعوى وقبل صدور الحكم النهائي³.

فإن سلطة القاضي في هذا النوع من الدعاوى تظهر من خلال

¹ تنص المادة 179 ق.م.ج على أنه: "لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين مالم يوجد نص مخالف لذلك".

² أنظر المادة 181 من القانون المدني الجزائري.

³ أنظر المادة 1/119 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

المادة 2/119 ق.م.ج بنصها على أنه: "...يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كل الالتزامات".

ليتضح من هذا النص أنه رغم توافر شروط الفسخ وقيام طالب الفسخ بإعذار المدين، فإن القاضي لا يكون ملزماً بالاستجابة إلى طلب الدائن بالفسخ¹، بل يتمتع بسلطة تقديرية تمكنه إمّا من رفض الفسخ وإلزام المدين بالتنفيذ، أو قبول الفسخ والحكم به دون تعويض أو مقروناً بتعويض.

– رفض الفسخ وإلزام المدين بالتنفيذ: إذا كان المدين قد نفذ الجزء الأكبر من التزامه فإن للقاضي أن يأمر بتنفيذ العقد ولا يستجيب لطلب الفسخ ومثال ذلك: المكاوّل الّذي نفذ معظم التزامه ببناؤه 95 شقة من أصل 100 شقة²، أو المشتري الّذي قصّر في الوفاء بجزء قليل من الثمن بعد دفع معظمه³، في هذه الحالة يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً للتنفيذ* إذا وجد من ظروف هذا الأخير ما يُبرر منح هذا الأجل، أو تخويل المدين الوفاء بالدين على أقساط، حتى ولو سبق اعذاره من الدائن، ما لم يُلحق هذا الأجل

¹ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 311.

² أنظر ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 482.

³ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 354.

* وهو ما يسمى بنظرية الميسرة، متى كان المدين حسن النية وأن هذا الأجل ليس من شأنه إلحاق أي ضرر بالدائن، كون الغاية من إبرام العقود هو تنفيذها وليس فسخها.

ضرراً بالدائن¹، تحت طائلة فسخ العقد إذا لم يلتزم المدين خلال هذا الأجل بتنفيذ التزامه، حتى ولو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك².

- قبول الفسخ والحكم به: إذا رأى القاضي أن هناك من الظروف ما يبرر فسخ العقد، كأن يتبين له أن عدم التنفيذ كان مُتعمّداً من قبل المدين، أو أن إهمال هذا الأخير في تنفيذ التزاماته بدا واضحاً، أو أن يتأخر في التنفيذ لمدة طويلة رغم اعذاره من الدائن، جاز للقاضي والحال هكذا أن يحكم بالفسخ وقوفاً عند رغبة الدائن ودون تعويض³، وقد يحكم القاضي إلى جانب الفسخ بالتعويض إذا قدّر أن تعمد المدين عدم تنفيذه لالتزاماته فيه ضرر للدائن لا يكفي لإزالته مجرد الفسخ والاسترداد⁴.

ج- آثار الفسخ

النص القانوني المادة 122 ق.م.ج بنصها: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

¹ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 354.

² أنظر نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 311، رغم الاختلاف الفقهي حول هذه المسألة، حيث هناك من يرى أن عدم وفاء المدين بالتزامه خلال الأجل الممنوح له من القاضي لا يؤدي إلى فسخ العقد من تلقاء نفسه بل يظل قائماً، فإما أن يحكم القاضي بفسخه، أو يقبل الوفاء المتأخر من المدين إذا لم يكن في ذلك ضرر للدائن، أنظر محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 410.

³ أنظر نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 312.

⁴ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 354.

ليتضح من هذا النص أن حكم القاضي بالفسخ يؤدي إلى انحلال العقد من وقت نشوئه فيعتبر كأن لم يكن، أي إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، ويختلف أثر هذه القاعدة فيما بين المتعاقدين عنه بالنسبة للغير.

– أثر قاعدة زوال العقد بأثر رجعي فيما بين للمتعاقدين

إذا كان العقد فورياً، كأن يكون عقد بيع مثلاً فإننا نفرّق ثلاث حالات كالآتي¹:

- لا يلتزم أي من المتعاقدين نحو الآخر بشيء إذا لم يكن المتعاقدان قد نفذوا شيئاً من التزاماتهما، وهذا أمر لا يثير أي صعوبة.
- إعادة الأمور على ما كانت عليه قبل التعاقد برد المشتري إلى البائع الشيء المبيع، ورد البائع الثمن إلى المشتري، إذا كانا المتعاقدان قد نفذوا التزاماتهما وكان الرد ممكناً.
- حكم القاضي بالتعويض إذا استحال إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، كهلاك المبيع في يد المشتري بخطئه بعد تسلمه، ثم فُسخ العقد بطلب من الدائن فيستحيل الرد مما يستوجب حكم القاضي للبائع بالتعويض لاستحالة الرد.

أما إذا كان العقد من العقود الزمنية المستمرة كالإيجار مثلاً فإن الفسخ لا يكون له أثر إلا بالنسبة للمستقبل، كون الزمن عامل جوهري في

¹ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 313-314، ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 356.

هذا النوع من العقود، وبالتالي ما تم تنفيذه من الالتزامات المستمرة في الماضي يظل قائماً، من منطلق أن الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ هي أجرة وليست تعويضاً.

أما مسألة التعويض فإنه يجوز للدائن الذي حُكم له بفسخ العقد زيادة على استرداد ما أداه أن يطالب بتعويض عمّا لحقه من ضرر نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، ويكون التعويض في هذه الحالة على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية، كون العقد فُسخ وبالتالي لا يصلح التعويض على أساس المسؤولية العقدية.

كما يجوز الحكم للدائن بالتعويض أيضاً حتى وإن طلب تنفيذ العقد لا فسخه، ويكون التعويض في هذه الحالة على أساس المسؤولية العقدية لا التقصيرية، كون العقد لا يزال قائماً ولم يُفسخ.

– أثر قاعدة زوال العقد بأثر رجعي بالنسبة للغير

الأصل أن الأثر الرجعي للفسخ لا يقتصر على العلاقة فيما بين المتعاقدين فحسب، بل يمتد إلى الغير أيضاً، لذلك فإن من تقرر له حق على شيء كان محل عقد تم فسخه فإن هذا الحق يزول تطبيقاً للأثر الرجعي للبطلان.

إلا أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، بل أورد عليها المشرع بعض القيود تحقيقاً لاستقرار المعاملات وحمايةً للغير حسن النية وتتمثل هذه الاستثناءات في الآتي¹:

¹ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص 314-315.

• الحقوق التي تلقاها الغير بحسن نية بموجب عقد من عقود الإدارة كالأيجار مثلاً لا يسري عليها الأثر الرجعي للفسخ، وبالتالي يبقى حق من استأجر العين من المشتري قائماً رغم فسخ البيع.

• حماية حائز المنقول بحسن نية: وذلك متى حاز المتعاقد هذا المنقول كمشتري ثاني وهو يجهل بفسخ التصرف السابق المتعلق بالمنقول محل الحياة، فلا يسري الأثر الرجعي للفسخ على صحة ملكيته إعمالاً لقاعدة: "الحياة في المنقول سند الملكية"، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في (م 835 ق.م.ج)¹.

• حماية الغير حسن النية الذي اكتسب ملكية عقار بعد إتمام إجراءات الشهر العقاري وفقاً للقانون² وكان تصرف المشتري في العقار لهذا الغير قد تم قبل تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها، في هذه الحالة لا تطال قاعدة الأثر الرجعي للفسخ هذا التصرف فيظل حق هذا الغير قائماً، أما إذا كان هذا التصرف من المشتري في العقار إلى هذا الغير قد تم بعد تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها، فإن قاعدة الأثر الرجعي للفسخ تسري على هذا الأخير، وبالتالي يزول حقه بزوال حق من تصرف إليه وهو المشتري في العقد الأصلي³.

¹ أنظر المادة 835 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

² أنظر المادتين 15 و16 من الأمر 74-75، المؤرخ في 1975/08/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري

³ أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 315.

2-الفسخ الاتفاقي

النص القانوني المادة 120 ق.م.ج بنصها: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار الذي يحدّد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين"¹.

ليتضح من هذا النص أنه زيادة على الفسخ القضائي كأصل في الفسخ يجوز للمتعاقدین الاتفاق عند التعاقد على أن يُعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي متى أخلّ أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، مع بقاء الاعذار شرط قائم عند تنازع المتعاقدين، وهذا هو الفسخ الاتفاقي أو الشرط الصريح الفاسخ.

بناءً على ما سبق يمكن تحديد المقصود بالفسخ الاتفاقي على أنه: "اتفاق سابق بين المتعاقدين على حل الرابطة العقدية واعتبار العقد مفسوخاً إذا أخلّ أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته الناشئة بموجب العقد مستقبلاً دون الحاجة إلى حكم قضائي".

¹ يقابل هذه المادة في التشريعات العربية المادة 158 من التقنين المدني المصري، والمادة 245 من التقنين المدني الأردني، والمادة 170 من تقنين المعاملات المدنية العماني، والمادة 141 من التقنين المدني البحريني، والفصل 274 من تقنين مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والمادة 277 من تقنين الالتزامات والعقود الموريتاني.

وعليه سنتناول حالات الفسخ الاتفاقي وعلاقة ذلك بسلطة القاضي في هذا النوع من الفسخ، ثم آثار الفسخ الاتفاقي.

أ- حالات الفسخ الاتفاقي

تتفاوت درجات الاتفاق على الفسخ من حيث الأثر على النحو الآتي:

- **الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً:** قد يتفق المتعاقدان على أن العقد يعتبر مفسوخاً إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه، وهي أضعف الصيغ التي قد ينطوي عليها الاتفاق، كون هذا النوع من الاتفاق لا يعدو مجرد اعمالاً للقاعدة العامة في الفسخ لعدم التنفيذ وبالتالي لا يُعفى الدائن من اعدار مدينه، ورفع الدعوى أمام القضاء طالباً الفسخ، ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية تماماً كما هو الحال في الفسخ القضائي، فضلاً عن أنه لا يمنع المدين من توقي الفسخ بالتنفيذ قبل صدور الحكم بالفسخ.
- **الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه:** في هذه الحالة يكون لهذا الاتفاق أثر أكثر قوة في ترتيب الفسخ، فرغم أنه لا يعفي الدائن من اعدار المدين ورفع دعوى الفسخ، إلا أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية في هذا النوع من الفسخ، فلا يكون حكمه منشأً للفسخ، بل كاشفاً ومقررًا له فقط من خلال التحقق من توافر شروط الفسخ الاتفاقي ووجوب اعماله¹.

- **الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم:** في هذه الحالة يقع فسخ العقد من تلقاء نفسه دون الالتجاء إلى

¹ أنظر محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج 1، مطبوعات جامعة دمشق، ص 409.

القضاء، مما يحقق غاية هذا الشرط في العقد، إلا أن هذا الشرط لا يعفي الدائن من إعدار المدين حتى يترتب هذا الأثر، بمعنى آخر إذا لم ينفذ المدين التزامه فإن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه، لكن بعد إعدار المدين.

• الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم ودون الحاجة إلى إعدار: وفي هذه الحالة إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بحلول الأجل يقع الفسخ دون الحاجة إلى إعدار ودون الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء.

ب- أثر الفسخ الاتفاقي

طبقا لنص المادة 122 ق.م.ج فإن أثر الفسخ الاتفاقي لا يختلف عن الأثر الذي يترتب به الفسخ القضائي أو الانفساخ بحكم القانون، لذلك فإن تحقق الشرط الفاسخ يؤدي إلى إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض، وعليه يزول العقد وتسري قاعدة الأثر الرجعي سواءً بالنسبة للمتعاقدين، أو بالنسبة للغير.

إلا أن أثر هذه القاعدة يختلف فيما بين المتعاقدين عنه بالنسبة للغير كما سبق بيانه في آثار الفسخ القضائي.

ثالثاً: الدفع بعدم التنفيذ

النص القانوني المادة 123 ق.م.ج بنصها: في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".*

* صاغت التقنيات الحديثة مبدأ "الدفع بعدم التنفيذ" في نص عام كالتقنين المدني الألماني في المادة 320 منه، وتقنين الالتزامات السويسرية في المادة 82 منه وعلى هذا النهج سارت التقنيات العربية

لتتضح أهمية هذه الآلية في القوانين العربية وعلى غرارها التشريع الجزائري، من خلال امتناع الدائن عن تنفيذ التزامه كجزاء عن عدم تنفيذ المدين لالتزاماته في العقد الملزم للجانبين، والضغط عليه من أجل التنفيذ كهدف أساسي قبل طلب الفسخ، رغم أن الدفع بعدم التنفيذ لا يؤدي إلى زوال العقد كما هو الحال في الفسخ، بل يؤدي إلى وقف تنفيذ الالتزام وليس زواله¹.

ويعد الدفع بعدم التنفيذ وسيلة قانونية يلجأ إليها المتعاقد في العقود التبادلية في حالة إخلال الطرف الآخر في العقد بتنفيذ التزامه للضغط على هذا الأخير وجعله ينفذ التزامه دون حاجة اللجوء إلى القضاء، فيمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم به الطرف الآخر².

1- شروط الدفع بعدم التنفيذ

طبقاً لنص المادة 123 ق.م.ج فإنه يشترط من أجل التمسك بالدفع بعدم التنفيذ توافر مجموعة من الشروط تتمثل في الآتي:

وعلى رأسها التقنين المدني المصري الذي هذا المبدأ في نص عام من خلال المادة 161 منه، وعلى حذوه التقنين المدني السوري في المادة 162 منه، والتقنين المدني الليبي في المادة 163 منه، والتقنين المدني العراقي في المادة 280 منه، أما القانون المدني الجزائري فقد نص صراحة على مبدأ "الدفع بعدم التنفيذ" في المادة 123 من القانون المدني الجزائري أعلاه.

¹ أنظر خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 175.

² أنظر خليل أحمد حسن قداد، المرجع نفسه، ص 175، وأنور سلطان، المرجع السابق، ص 282.

أ- أن نكون بصدد عقد ملزم للجانبين

ذلك أن الامتناع عن تنفيذ الالتزام استناداً إلى امتناع الطرف الآخر لا يمكن تصوره إلا إذا تقابل الالتزامان، بمعنى أن يُشكل كل من طرفي الالتزام "ملتزماً وملتزماً له" في آن واحد¹، كما هو الحال مثلاً في عقد المقاولة الذي يجتمع فيه للمقاول ورب العمل صفة الدائن والمدين في آن واحد، فيلتزم المقاول بإنجاز الأشغال المتفق عليها وفي المقابل يلتزم رب العمل بدفع أجر محدد.

الأمر الذي يجعل من مجال الدفع بعدم التنفيذ هو نفسه مجال الفسخ مُجَسِّداً في العقود الملزمة للجانبين، دون العقود الملزمة لجانب واحد كالهبة مثلاً التي لا يكون للدفع بعدم التنفيذ مجالاً فيها².

ب- أن يكون الالتزام الذي يُدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء

للحكم بصحة التمسك بعدم التنفيذ، لابد أن يكون الالتزام المستند إليه في إثارة هذا الدفع في مواجهة المتعاقد الآخر حالاً، بمعنى آخر أن يكون هناك التزامات مدنية متقابلة يجب أداؤها في وقت واحد معاً³.

¹ أنظر في الصدد رسالة الدكتوراه لمنصور عبد الله الطوالة، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام دراسة مقارنة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005، ص 88 وما بعدها.

² أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 363.

³ أنظر منصور عبد الله الطوالة، المرجع السابق، ص 99.

أما إذا كان الالتزام المقابل غير مستحق، كأن يكون مضافاً إلى أجل فلا يجوز التمسك بعدم التنفيذ، ذلك أن البائع مثلاً لا يستطيع الامتناع عن تسليم الشيء المبيع بحجة عدم استيفاء الثمن إذا كان هذا الأخير مؤجلاً.

لكن ما تجدر الإشارة إليه أنّ الأجل القضائي (نظرة الميسرة) لا يحول دون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فمتى حلّ أجل وفاء المشتري بالثمن جاز للبائع الامتناع عن تسليم المبيع إلى أن يستوفي الثمن حتى ولو منح القاضي المشتري أجلاً لدفعه.

كما تقتضي طبيعة بعض العقود أحكاماً خاصة في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، مثلما هو الحال في العقود الزمنية التي توجب قيام المدين أولاً بالتنفيذ في كل فترة من فترات العقد ومثال ذلك: عقد العمل الذي لا يستطيع فيه العامل التمسك بعدم التنفيذ مدعياً أن ربّ العمل لم يؤدي له أجره بعد، كونه ملزماً بالقيام بعمله عن فترة معينة قبل مطالبته بأجر هذه المدة¹.

ج- شرط اخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

ويتحقق هذا الاخلال متى كانت الالتزامات مستحقة الأداء، ومادام أن نص المادة 123 ق.م.ج جاء عاماً لم يحدّد فيه المشرع الجزائري مدى الاخلال بالعقد، فإنه يستوي في ذلك أن يكون عدم تنفيذ الالتزام جزئياً أو كلياً، بما

¹ أنظر نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص 323-324.

يجعل من الامتناع عن التنفيذ كرد فعل عن إخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه¹.

ح- مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

ويمكن القول بتوافر حسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ متى كان المتعاقد المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ مستعداً لأداء التزامه هذا من جهة، ومن جهة أخرى ألا يكون هو المتسبب في تأخر الطرف الآخر في تنفيذ التزامه، أو تمسكه بعدم التنفيذ رغم أن ما بقي من التزام الطرف الآخر يسيراً بالنسبة لما تم تنفيذه، كل ذلك اعمالاً لمبدأ حسن النية الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 107 ق.م.ج، والذي يقضي بتوافر عنصر النزاهة والتعاون لتنفيذ الالتزام على أكمل وجه، سواءً من جانب المدين أو من جانب الدائن².

خ- مراعاة مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق

طبقاً لنص المادة 124 مكرر ق.م.ج، فإن التعسف في استعمال الحق في مجال الدفع بعدم التنفيذ يتحقق متى كانت المصلحة التي يرمي المتعاقد المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إلى تحقيقها قليلة الأهمية مقارنة بالضرر الذي يصيب المتعاقد الآخر أو الغير بسبب ذلك، ومثال ذلك: أن يتمسك المتعاقد بعدم التنفيذ رغم أن مالم يُنفذ من التزام المتعاقد الآخر ضئيلاً

¹ أنظر العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 424.

² أنظر وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009، ص ص 266-268.

لدرجة لا تبرر اتخاذ مثل هذا الموقف الذي لا يتوافق مع ما يتطلبه احترام مبدأ "عدم التعسف في استعمال الحق"، أو أن يتمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ للالتزام جوهرى بحجة عدم تنفيذ المتعاقد الآخر للالتزام ثانوي.

2-الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس

هناك من الفقه¹ من يرى أن الدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق للحق في الحبس² الذي يعد الأصل، وعليه فقد يختلط النظامان في بعض الحالات، الأمر الذي يوجب تحديد نطاق كل من الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس. لذلك فإنه إذا تحقق عنصر الارتباط كأساس للحق في الحبس طبقاً لنص المادة 200 ق.م.ج، من خلال افتراض شخصين كل منهما دائن للآخر ومدين له، بما يجعل التزام كل منهما مرتبط بالآخر، كما هو الحال في عقد البيع مثلاً الذي يكون فيه البائع مدين بتسليم المبيع ودائن بالثمن وامتنع عن تنفيذ التزامه بحبس العين حتى يستوفي الثمن من المشتري بما يحقق الارتباط بين الالتزام باستيفاء الثمن والالتزام بالتسليم، فإن هذا هو الحق في الحبس بمفهومه الواسع الذي يدخل في نطاقه الدفع بعدم التنفيذ، أو بمعنى آخر

¹ أنظر عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نسخة الأستاذ قادو، 2007-2008، ص ص 602-603.

² تنص المادة 200 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين. أو مادام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا. ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرز، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع".

متى تم تطبيق الحق في الحبس في نطاق العقد الملزم للجانبين كان هو الدفع بعدم التنفيذ.

أما إذا تعلق الأمر بحبس للمصروفات الضرورية أو النافعة في عقود العارية والوديعة والرهن الحيازي مثلاً، أو في غير عقد أصلاً طبقاً لنص المادة 200 ق.م.ج، فإننا نكون بصدد الحق في الحبس لا الدفع بعدم التنفيذ.

كما نكون أمام الحق في الحبس أيضاً إذا تعلق الأمر بزوال العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو لأي سبب آخر وتعين على كل متعاقد رد ما آل إليه بموجب العقد، وقام أحدهما بحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أولم يقدم ضماناً لهذا الرد¹.

3- آثار الدفع بعدم التنفيذ

يرتب الدفع بعدم التنفيذ-كوسيلة ضغط أحد أطراف العلاقة التعاقدية على الطرف الآخر- مجموعة من الآثار تختلف بالنسبة للمتعاقدين عنها بالنسبة للغير.

أ- آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للمتعاقدين

يرتب الدفع بعدم التنفيذ فيما بين المتعاقدين أثرين في غاية الأهمية يتمثلان في الآتي:

¹ أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نسخة الأستاذ قادو، 2007-2008، ص ص 602-603.

- إيقاف تنفيذ الالتزام: ذلك أن الغاية من وقف العقد إنما هو الضغط على المتعاقد الآخر لتنفيذ التزامه، وعليه فإن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ يؤدي إلى وقف تنفيذ التزام المتعاقد الذي تمسك به إلى أن ينفذ المتعاقد الآخر التزامه، وبهذا فهو لا يؤدي إلى جبر المتعاقد الآخر على تنفيذ التزامه، ولا يؤدي إلى انقضاء الالتزام، كما لا يزول العقد بسبب هذا الامتناع عن التنفيذ على خلاف الفسخ¹.

- الامتناع عن تسليم العين: فإذا كان الالتزام الموقوف، التزام ناشئ عن عقود فورية لا يعتبر الزمن عنصراً من عناصرها كتسليم عين، جاز للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ حبس العين إلى أن يستوفي الثمن دون أن يكون لذلك تأثير على مقدار الالتزام، على خلاف الأمر في العقود الزمنية التي يؤدي فيها وقف تنفيذ الالتزام لفترة معينة إلى نقص في مقدار هذا الالتزام بقدر الزمن الذي أوقف التنفيذ خلاله²، فيحق للمستأجر مثلاً الامتناع عن دفع الأجرة عن المدة التي لم يتمكن فيها من الانتفاع بالعين المؤجرة³.

ب- أثر الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للغير

لا تقصر آثار الدفع بعدم التنفيذ على المتعاقدين فحسب بل تمتد إلى الغير أيضاً.

¹ أنظر حمزة قتال، مصادر الالتزام، العقد، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2018، ص 241.

² أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 326.

³ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 366.

والمقصود بالغير هنا من وجدت بحيازته أموال أو حقوق للمدين، كحائز العقار، أو المال المرهون، لكن في هذا الصدد لا بد من التفرقة بين حالتين حتى يتأكد أثر الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الغير¹:

الحالة الأولى: إذا اكتسب الغير هذا الحق بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فإن أثر هذا الأخير يسري في مواجهة الغير ومثال ذلك: تقرير المشتري المخل بدفع الثمن حقًا للغير على مبيع يتمسك فيه البائع بعدم التنفيذ وحبس المبيع كجزاء عن هذا الاخلال، في هذه الحالة يحق للبائع الاستمرار في حبس المبيع في مواجهة المشتري الثاني رغم أنه من الغير، ومبرر ذلك أن حق المشتري الثاني تقرّر بعد ثبوت التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

الحالة الثانية: إذا اكتسب الغير حقة قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فإن في هذه الحالة لا يسري أثر هذا الأخير في مواجهة الغير.

رابعاً: التنفيذ عن طريق التعويض وقيام المسؤولية العقدية

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

تقتضي القوة الملزمة للعقد قيام أطرافه بتنفيذ ما يقع على عاتقهم من التزامات، فإن عدل أي من الطرفين عن تنفيذ التزاماته، أو تأخر في

¹ أنظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص 289، ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 366.

تنفيذها كان بالإمكان إجباره على ذلك قانوناً، غير أنه في بعض الحالات يستحيل التنفيذ العيني أو الجبري، ممّا يستدعي قيام المسؤولية العقدية.

موضوع المسؤولية العقدية كان سؤالاً لمسابقة الدكتوراه في عدّة

مناسبات منها:

- المسؤولية العقدية.... حلل وناقش (جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي)
- تقوم المسؤولية المدنية العقدية على الإخلال بمصلحة مشروعة للمتعاقد والإخلال بمبدأ حسن النية...حلل وناقش؟ (جامعة البرج 2018).

1-المقصود بالمسؤولية العقدية

يقصد بالمسؤولية عمومًا الجزء الذي يترتب على المرء عند اخلاله بقاعدة من قواعد السلوك، ويختلف الجزء باختلاف نوع القاعدة المخل بها. أما المسؤولية العقدية فهي جزء الاخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، أو عدم تنفيذها، أو التأخر فيها.

ولا تقوم هذه المسؤولية إلا عند استحالة التنفيذ العيني ولم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بالتزاماته المتولدة عن العقد عينا، فيكون المدين مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد¹.

كما يتعين بقاء المتعاقدين في دائرة القوة الملزمة للعقد ما بقي التنفيذ العيني للالتزام الناشئ عنه ممكناً، بحيث لا يكون لأيهما المطالبة بالجزاء الذي فرضه القانون لهذه القوة الملزمة، بإعمال المسؤولية العقدية إلا إذا استحال تنفيذ هذا الالتزام نهائياً وبصفة مطلقة² إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 106 ق.م.ج.³

¹ أنظر فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 147.

² أنظر أحمد مفلح خوالدة، شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 26.

³ أنظر المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

2- شروط المسؤولية العقدية

يشترط لقيام المسؤولية العقدية توافر ما يلي¹:

أ- وجود عقد صحيح

فلا مجال للمسؤولية العقدية إذا كان العقد باطلاً أو تقرر إبطاله، بحيث لا يبقى أمام المضرور في هذه الحالة سوى المسؤولية التقصيرية، كما تستبعد المسؤولية العقدية في حالة الضرر الذي يصيب الأطراف بعد انقضاء الرابطة العقدية بسبب فسخها أو لأي سبب آخر.

إلا أن هناك حالات يبقى فيها الضرر حتى بعد انتهاء العقد، كالتزام العامل بالحفاظ على أسرار العمل حتى بعد انتهاء العقد.

ب- الإخلال بالتزام عقدي

يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور ناتج مباشرة عن إخلال المسؤول بالتزاماته العقدية، طبعاً المحددة من قبل المتعاقدين.

غير أن المادة 107 ق.م.ج تنص على أنه: "...لا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام...".

فللمضرور إذاً أن يدفع بالمسؤولية العقدية عند الإخلال بالالتزامات التي تضمنها العقد صراحة، وكذلك تلك التي تدخل في دائرة التعاقد كونها

¹ انظر علي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، الجزء الثاني، دون طبعة، دار موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 19 وما بعدها.

من مستلزمات العقد في ضوء الأحكام القانونية والعرفية، وكذا العدالة وطبيعة التعامل، كمسؤولية صاحب العمل في ضمان سلامة العامل.

ج-قيام المسؤولية في إطار عقدي

ومعنى ذلك أن يكون المتعاقد المدين أو الغير إذا كان تابعاً له هو المتسبب في الاخلال بالالتزامات التي تحملها بموجب العقد من جهة، ومن جهة أخرى أن يكون المتضرر هو المتعاقد معه، وعليه فلا مجال للمسؤولية العقدية إلا إذا قامت في إطار العلاقة العقدية.

3-أركان المسؤولية العقدية

يقتضي قيام المسؤولية العقدية توافر خطأ عقدي ينشأ عنه ضرر للمتعاقد ورابطة سببية بين الخطأ والضرر.

أ-الخطأ العقدي

يعد الخطأ العقدي أولى أركان المسؤولية العقدية، ويتوافر هذا الأخير متى انعدم تنفيذ المدين لالتزاماته، سواءً كان ذلك عمداً، أو عن إهمال، أو غير ذلك، وقد يأخذ عدم التنفيذ صورة عدم تنفيذ جزئي، أو تأخر في التنفيذ، أو امتناع عما يوجبه القانون، أو كان بتنفيذ غير مطابق لما تم الاتفاق عليه.

أما إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى أسباب خارجية لا يدّ للمدين فيها، كالقوة القاهرة أو السبب الأجنبي فإنه لا يكون مسؤولاً¹.

وفي القانون المقارن استند كل من "دوما" و"بوتيه" وغيرهم من شرّاح القانون الفرنسي إلى نظرية تدرج الخطأ التي تُقسم الخطأ حسب خطورته إلى "خطأ جسيم" لا يرتكبه حتى أكثر الناس إهمالاً، و"الخطأ اليسير" الذي لا يرتكبه شخص متوسط العناية، و"خطأ تافه" لا يرتكبه الشخص الحريص².

وبما أن الالتزامات نوعان، التزام بتحقيق غاية، والتزام ببذل عناية، فإن الخطأ العقدي يتحقق في النوع الأول متى انعدم تحقيق هذه الغاية أو تلك النتيجة من قبل المدين، أما إذا كان الالتزام ببذل عناية فإن الخطأ العقدي يتحقق إذا لم تبذل العناية اللازمة في ذلك³.

ويقع عبء إثبات الخطأ العقدي المتمثل في عدم التنفيذ على الدائن الذي يطالب بالتعويض، فيثبت عدم تحقيق النتيجة المستهدفة إذا تعلق الأمر بالالتزام بتحقيق نتيجة، أما إذا كان الالتزام ببذل عناية فإنه يثبت عدم بذل المدين للعناية التي يبذلها الشخص العادي⁴.

¹ أنظر عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نسخة الأستاذ قادو، 2007-2008، المرجع السابق، ص 536، ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 311، ونبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 297.

² أنظر عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نسخة الأستاذ قادو، 2007-2008، المرجع السابق، ص 541.

³ أنظر عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نسخة الأستاذ قادو، 2007-2008، المرجع نفسه، ص 537.

⁴ أنظر نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 299.

ب-الضرر

وهو الأذى الذي يلحق شخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له.

ويعتبر الضرر روح المسؤولية المدنية وعلتها التي تدور معها وجوداً وعدمًا، فلا مسؤولية مدنية دون ضرر مهما بلغت جسامته الخطأ.

والتعويض عن الضرر وفقاً للمادة 176 ق.م.ج يكون عن عدم تنفيذ الالتزام، وقد يكون عن التأخر في تنفيذه، وللضرر شروط تتمثل في الآتي:

– أن يكون مباشراً أو متوقعاً، أي أن يكون نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه.

– أن يكون محققاً سواء كان حالاً أو مستقبلاً.

– لا يسأل الشخص عن عمله إلا إذا كان ضاراً.

ج-العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

ويقصد بالعلاقة السببية تلك الصلة التي تربط الضرر بالخطأ فتجعل الضرر نتيجة للخطأ، فإذا انعدمت هذه الرابطة انتفت المسؤولية لانعدام ركن من أركانها¹، كإهمال المحامي لرفع الاستئناف حتى ينتهي ميعاده،

¹ أنظر العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 290، وخليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 144.

ثم يتبين أن الدعوى غير قابلة للاستئناف، ففي هذه الحالة لا مسؤولية على المحامي، والعلاقة السببية هنا مفترضة افتراضا بسيطا قابلا لإثبات العكس. وعليه فإنه لقيام المسؤولية العقدية لا بد من إثبات علاقة السببية بين الخطأ العقدي المتمثل في عدم تنفيذ الالتزام العقدي وبين الضرر.

ويقع عبء إثبات رابطة السببية بين خطأ المدين والضرر على الدائن وفي المقابل يستطيع المدين إثبات أن الضرر الذي لحق الدائن لم يكن بسبب عدم التنفيذ، بل بسبب أجنبي أو بخطأ الدائن¹.

4-الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية

طبقاً لنص المادة 178 ق.م.ج فإن للمتعاقدين كل الحرية في تعديل أحكام المسؤولية العقدية، سواءً بتشديدها، أو بتخفيفها، أو بالإعفاء منها، وسوف نفصل ذلك كما يلي²:

أ-الاتفاق على التشديد في المسؤولية العقدية

للدائن أن يشترط التشديد من مسؤولية المدين العقدية، كأن يتحمل المدين مسؤولية عدم التنفيذ حتى ولو كان ذلك بفعل أجنبي لا يد له فيه، فيقوم المدين في هذه الحالة بدور المؤمن لمصلحة الدائن.

¹ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 318.

² أنظر في الصدد عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نسخة الأستاذ قادو، 2007-2008، المرجع السابق، ص 549. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 318 وما بعدها، ونبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 305 وما بعدها.

ب-الاتفاق على التخفيف من المسؤولية العقدية

يجوز للمدين أن يشترط التخفيف من مسؤوليته العقدية، سواء قامت هذه المسؤولية عن عدم التنفيذ، أو التأخر فيه، أو التنفيذ المعيب، أو الجزئي.

باستثناء طبعاً إعفائه من مسؤوليته التي تنشأ عن غشه، أو خطئه الجسيم، أو إذا كانت هذه المسؤولية ناجمة عن عمل إجرامي، فإنه لا يجوز في هذه الحالة الاتفاق على التخفيف، أو الإعفاء من هذه المسؤولية.

ج-الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية

يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية العقدية، ويكون إعفاؤه منها بالقدر الذي ينص عليه الشرط.

فإذا كان شرط الإعفاء باطلاً فإنه يبطل الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً، ويبطل العقد كله إذا كان هذا الشرط الباطل هو الدافع للتعاقد، ومثال الإعفاء من المسؤولية العقدية: اتفاق المتعاقدين في عقد البيع على إسقاط ضمان الاستحقاق.

د-الاتفاق على تحديد التعويض

طبقاً لنص المادة 183 ق.م.ج فإنه بإمكان الأطراف أن يتفقوا في العقد على تحديد مقدار التعويض جبراً للضرر الذي قد يلحق بالدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه العقدي، وهذا هو الشرط الجزائي*.

* يمكن الاطلاع على الشرط الجزائي بنوع من التفصيل ضمن سلطة القاضي في تعديل العقد.

ويُشترط لاستحقاق الشرط الجزائي أن يكون هناك خطأ وضرر، وعلاقة سببية، بالإضافة إلى وجوب إعدار المدين.

المطلب الثالث: استثناءات القوة الملزمة للعقد (العقد شريعة المتعاقدين)

الأصل أن العقود لا تنتج آثارها ولا تكون فعالة إلا إذا اقترنت بقوة إلزامية تضمن تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها الأطراف، غير أن هذه القوة الإلزامية قد تحول دون تحقيق الغرض الذي أبرمت من أجله هذه العلاقات القانونية، لذلك أورد المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة استثناءات على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وسوف نفصل ذلك كما يلي:

الفرع الأول: إنهاء العقد بإرادة منفردة

الأصل أنه لا يجوز إنهاء العقد أو تعديله، إلا باتفاق طرفيه اعمالاً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" التي جسدها المشرع الجزائري في (المادة 106 ق.م.ج)، غير أنه يجوز استثناءً وفي حالات معينة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

أولاً: وجود شرط في العقد يجيز لأحد المتعاقدين إنهاء العقد بإرادته المنفردة: ومثال ذلك أن يُبرم عقد الإيجار لمدة معينة (تسعة سنوات مثلاً)، على أن يكون لكل من طرفيه (المؤجر والمستأجر)، الحق في إنهاء العقد بإرادته كل ثلاث سنوات مثلاً.

ثانياً: وجود نص في القانون يجيز لأحد المتعاقدين أو لكليهما إنهاء العقد بإرادته المنفردة: ومثال ذلك ما نصت عليه (م 587 ق.م.ج)، بخصوص أحقية الموكل في إنهاء الوكالة، وكذا حق المغير في إنهاء العارية قبل انتهاء مدتها في حالات معينة (م 547 ق.م.ج)¹.

الفرع الثاني: إنهاء العقد أو تعديله بإرادة المشرع

استقراءً لنص (م 106 ق.م.ج)، فإن المشرع يتدخل في بعض الحالات لينهي العقد أو يعدّله رغم إرادة المتعاقدين، تحقيقاً للعدالة العقدية وحماية للطرف الضعيف في العقد، ومثال ذلك: انقضاء عقد شركة التضامن بموت أحد الشركاء (م 439 ق.م.ج)²، وتدخل المشرع في عقد الإيجار بإلغائه صراحةً لحق البقاء في الأماكن المؤجرة بموجب القانون 07-05 المعدل للقانون المدني، وذلك بإلغاء المواد المتعلقة بذلك بموجب (المادة 08 منه)، وتدخله في عقد العمل لحماية العامل كطرف ضعيف في العقد، وفرضه الشكلية في بعض العقود بكتابتها أو شهرها، أو تسجيلها، كقيد على مبدأ الرضائية، فاشتراط الشكل الرسمي في بيع العقار (م 324 مكرر 1 ق.م.ج)، واشتراط الكتابة في عقد التأمين (م 07 من الأمر 95-09 المتعلق بالتأمينات).... الخ.

¹ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 300.

² أنظر محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 301.

الفرع الثالث: تعديل العقد بواسطة القاضي

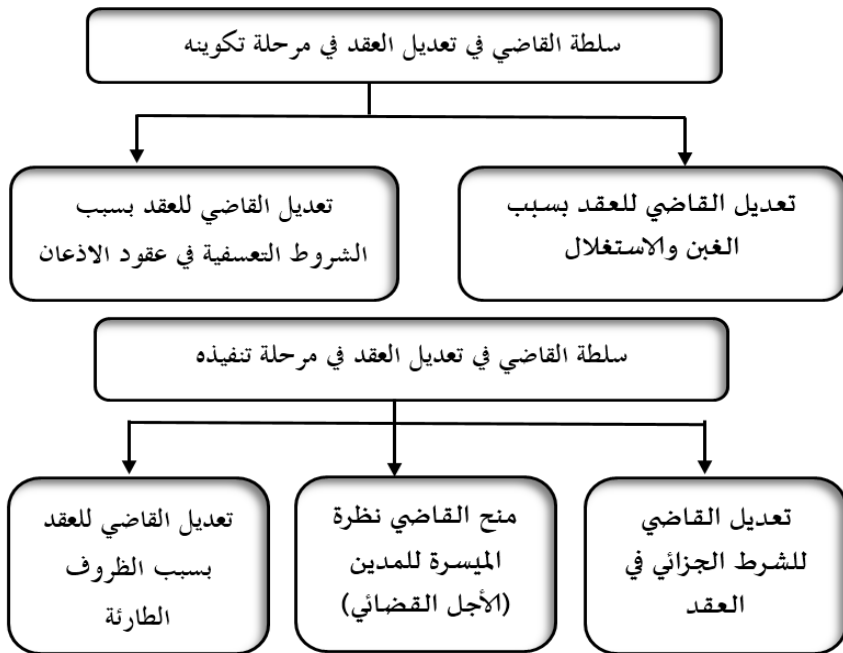
الأصل أن إرادة الأطراف هي التي تحدّد مستقبل الروابط القانونية التعاقدية التي تجمعهم، فلا يجوز للقاضي تعديل العقد، أو إنهاؤه اعمالاً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، التي جسّدها المشرع الجزائري في (المادة 106 من ق م ج).

غير أنه وخروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، ولاعتبارات العدالة والصالح العام، فإن هناك حالات استثنائية خول فيها المشرع للقاضي سلطة مراقبة وتعديل العقد نتيجة خلل في توازن العلاقات التعاقدية سواءً في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه، بما يطرح التساؤل الآتي: فيما تتمثل هذه الحالات؟ وما دور القاضي لتعديل العقد في كل حالة من هذه الحالات؟

موضوع تعديل القاضي للعقد كان سؤالاً لمسابقة الدكتوراه في عدّة مناسبات منها:

- سلطة القاضي في تعديل العقد...حلل وناقش؟ (جامعة المسيلة 2018)
- العقد قانون الأطراف والقاضي ملزم بتطبيق القانون؟ حلل وناقش؟ (جامعة تيارت 2018).
- الأسباب القانونية لتعديل القاضي للعقد...حلل وناقش؟ (جامعة المسيلة 2020).
- تعديل العقد ودور القاضي في ذلك...حلل وناقش؟

الشكل رقم (04) تقسيم موضوع سلطة القاضي في تعديل العقد



المصدر: من إعداد المؤلف

أولاً: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه

قد يتضمن العقد غبناً، أو استغلالاً لأحد المتعاقدين، أو يتضمن شرطاً تعسفياً لا يتفق ومقتضيات العقد، التي توجب قيام العقد على أساس العدالة والمساواة وعدم الاكراه، مما يستوجب تدخل القاضي لإعادة التوازن المالي للعقد، وسوف نتناول ذلك كما يلي:

1- دور القاضي في تعديل العقد بسبب الاستغلال والغبن

أ- حالة الاستغلال

أو ما يصطلح عليه في بعض التشريعات بالغبن الاستغلالي، والمتمثل في استغلال شخص طيشًا بينًا، أو هوى جامحًا في شخص آخر لكي يبرم تصرفًا يؤدي إلى غبن فادح به.

لذلك فإن للقاضي في هذه الحالة وطبقا لنص المادة (90) من ق م ج)، إمّا إبطال العقد متى طلب المتعاقد المغبون ذلك، أو إزالة الغبن بالانقاص من التزامات الطرف المغبون، أو غير ذلك من الوسائل التي من شأنها إزالة الاستغلال، كعرض الطرف الغابن ما يراه القاضي كافيًا لرفع الاستغلال توقيًا لإبطال العقد إذا تعلق الأمر بعقود المعاوضة (م 3/90 ق م ج).

ب- حالة الغبن المادي

يمثل الغبن الجانب المادي لنظرية الاستغلال، إذ لا يُتصور غبن دون استغلال، ويقصد بالغبن عدم التكافؤ بين ما يعطيه التعاقد وما يأخذه¹، على أن يكون الاعتداد بالغبن الفاحش، لأنه من النادر أن يتساوى البدلين تماما في عقود المعاوضة كمحل لنظام الغبن، وإلا كان البطلان جزاءً لجميع العقود، أو معظمها، وهو الأمر الذي يفسر أخذ القانون المدني الجزائري بالغبن في حالات معينة، وهي الغبن في بيع العقار بما يزيد عن الخمس، طبقا

¹ أنظر العربي بلحاج، طبعة 1999، المرجع السابق، صص 126-127.

(للمواد 358 و359 ق م ج)، والغبن في القسمة الرضائية متى تجاوز هذا الغبن خمس نصيب المتقاسم، طبقاً (للمادة 732 ق م ج)، معتبراً بذلك الغبن عيب في محل العقد لا في الإرادة، كونه خللاً اقتصادياً في العقد بعيداً عن استغلال الضعف النفسي.

لذلك إذا تعلق الأمر بالغبن المادي بحالتيه "بيع العقار" و"القسمة الرضائية"، فإن سلطة القاضي في تعديل العقد تتجسد في الآتي:

- بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس ($\frac{1}{5}$)

إذا بيع عقار بغبن فاحش يزيد عن $\frac{1}{5}$ ، فإن للقاضي أن يقرر في دعوى الغبن تكملة الثمن إلى أربعة أخماس $\frac{4}{5}$ من قيمة العقار، وقوفاً عند طلب البائع، ومتى توافرت شروط الطعن بالغبن¹ طبقاً لنص (المادة 358 من ق م ج).

- القسمة الرضائية

إذا زاد الغبن في القسمة الرضائية عن الخمس أيضاً فإن للقاضي:

- إما إبطال القسمة.

¹ طبقاً للمادتين (358 و360 ق م ج)، فإنه يشترط للطعن بالغبن توافر الشروط الآتية:

- أن يكون العقد بيعاً لعقار.
- ألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلني (كون هذا النوع من البيوع يُمكن البائع من الحصول على أعلى ثمن ممكن).
- أن يتجاوز الغبن خمس قيمة العقار.
- وجوب رفع دعوى الغبن خلال ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع.

- وإما وقف سير دعوى نقض القسمة ومنع القسمة من جديد، نزولا عند رغبة "المدعى عليه الغابن" متى أكمل "للمدعى المغبون" نقدا أو عينا ما نقص من حصته طبقا لنص (المادة 732 ق م ج)¹.

2- دور القاضي في تعديل العقد بسبب الشروط التعسفية في عقود الإذعان

تعتبر عقود الإذعان، عقودا يقتصر فيها القبول بشروط مقررة سلفا يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها (م 70 ق م ج)².

ويقصد بعقد الإذعان ذلك العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة، أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها³، أو أنه: " ذلك العقد الذي يُعدُّ فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروطاً محدّدة غير قابلة للتعديل أو المناقشة، ويوجهها إلى الجمهور بصفة دائمة، قصد الانضمام ويُعرض بموجها سلعة أو خدمة"⁴.

¹ تنص المادة 732 من ق م ج على أنه: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة. ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته".

² تنص المادة 70 من ق م ج: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

³ هذا التعريف للدكتور عبد المنعم فرج الصدة الذي قام بدراسة عقد الإذعان دراسة خاصة كغيره من الفقهاء العرب، حيث ورد هذا التعريف في كتابه، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، ط 1974، ص 100.

⁴ أنظر محفوظ لعشب بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط 1990، ص 31.

رغم تعدّد هذه التعاريف لعقد الإذعان، إلا أنها تنطوي على مبادئ تقليدية في تحديد مفهوم عقد الإذعان، حيث تشترط من أجل اعتبار العقد إذعائاً، أن يكون هناك احتكار للسلعة، أو الخدمة من قبل مُقدِّمها، وأن تكون هذه السلعة، أو الخدمة ضرورية للمستخدم، وأن تُفرض شروط العقد على المستهلك، فلا يكون له حق مناقشتها، حاصرة بذلك نطاق هذا العقد في حدود ضيقة لم تعد تتلاءم وضرورات حماية المستهلك في مواجهة تجمعات الإنتاج وشبكات توزيع السلع والخدمات التي أصبحت لا تتعامل إلا من خلال شروط مُعدّة سلفاً، مُحقّقةً للمنتج كطرف قوي أقصى انتفاع ممكّن وواضعةً عنه العديد من الالتزامات إلى حدّ الاعفاء، في مقابل عدم جواز تعديل المستهلك لمضمونها، أو مناقشتها¹.

لذلك يسير الاتجاه المعاصر نحو هجر هذا المفهوم الضيق لعقد الإذعان إلى فكرة أكثر اتساعاً وهو الأمر الذي تبناه عدد غير قليل من الفقه الحديث، سواءً في فرنسا، أو في مصر، حيث يُعرّف هذا الاتجاه عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يتحدّد مضمونه العقدي كلياً، أو جزئياً بصورة موحدة وعامة قبل الفترة التعاقدية"².

¹ أنظر المعموري خولة كاظم محمد، الايجاب في عقد الإذعان، مجلة الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 1، العراق، 2014، ص 380.

² أنظر رحمون عامر، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2012-2013، ص 17.

-وعرّفه جاك غستان بأنه: " الانضمام إلى عقد نموذجي حُرِّرَ بصورة انفرادية من أحد الأطراف وينضم إليه الآخرون دون إمكانية حقيقية لتعديله"¹.

-كما عرّفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه: " انضمام لعقد نموذجي يُحرّره أحد المتعاقدين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه المتعاقد الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله"²، مقلصًا بذلك هذا الاتجاه من الشروط الواجب توافرها من أجل اعتبار العقد اذعانًا واعتماده على شرط واحد فقط والمتجسد أساسًا في قيام الطرف القوي في العقد بإعداد شروط العقد بشكل مُسبق وتحديد التزامات الأطراف وحقوقهم، وفي المقابل لا يكون للطرف الآخر (المستهلك) سوى توقيع هذه العقود دون أن يكون له حق مناقشتها أو تعديلها³.

وعليه فمتى تضمن العقد شرطًا، أو شروطًا تعسفية، فإن للقاضي وفقًا للسلطة الممنوحة له من قبل المشرع بموجب (المادة 110 ق م ج)⁴.
- إما أن يُعَدِّل هذه الشروط بما يزيل أثر التعسف طبقًا للقانون، ومثال ذلك: في عقد العمل من خلال الغرامات التي تُفرض على العامل

¹ مشار إليه في محفوظ لعشيب بن حامد، المرجع السابق، ص 25.

² مشار إليه في رحمون عامر، المرجع السابق، ص 17.

³ أنظر رحمون عامر، المرجع نفسه، ص 17.

⁴ تنص المادة 110 من ق م ج على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطًا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقًا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

كجزاء عن أخطاء بسيطة، فيكون للقاضي أن يخفض هذه الغرامة وفقاً للعدالة.

- وإما أن يعفي الطرف المذعن منها، متى قدّر أن هذا الشرط تعسفي، وأن تعديل هذا الأخير بالتخفيف ليس بالوسيلة المجدية لإزالة مظهر التعسف، وأن العدل لا يتحقق إلا بإزالته، ومثال ذلك: عقد الربط بالكهرباء الذي يتضمن شرطاً تعسفياً بقطع التيار الكهربائي نهائياً رغم التزام الطرف المذعن بدفع الفاتورات دورياً، فإن للقاضي التدخل ورفع هذا الشرط التعسفي الذي ليس هناك ما يُبرره.

-فضلاً عن تفسير القاضي للشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن*، بغض النظر عن وضع هذا الأخير في الالتزام دائناً كان أن مديناً¹، كأحد المظاهر القانونية أو الحصانة لفائدة الطرف الضعيف، لا سيما في مثل هذه العقود التي تضم مركزين متباينين اقتصادياً وقانونياً، فيكون على القاضي في حالة النزاع في تنفيذ شروط العقد الغامضة طبعاً تفسير هذه الشروط بما

* جاءت قاعدة "تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن" كاستثناء على قاعدة "تفسير الشك لمصلحة المدين" كأصل عام، كقاعدة احتياطية في التفسير أقرها المشرع الجزائري في المادة 1/112 من ق م ج على غرار معظم التشريعات، يلجأ إليها القاضي إذا تعذر عليه الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدین بواسطة القواعد الأصلية في التفسير، وبالنظر إلى عدم تناسب هذه القاعدة أي "تفسير الشك لمصلحة المدين" مع عقود الإذعان، كون مركز الأطراف يختلف، سواءً عند تكوين العقد، أو عند تنفيذه، وتجدر الإشارة أن المقصود بالمدين في هذه القاعدة هو المدين بالالتزام في الشرط الذي يشوبه الغموض، بصرف النظر عن وضع الشخص في العقد بمجمله.

¹ تنص المادة 112 في فقرتها الثانية من ق م ج على أنه: "...غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".

يتناسب ومصلحة المذعن كطرف ضعيف في العلاقة العقدية، ويتمشى وروح العدالة والمنطق القانوني السليم¹.

ثانيا: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه

لا تقتصر سلطة القاضي في معالجة عدم تعادل التزامات المتعاقدين في العقد على مرحلة التكوين فحسب، بل تمتد هذه السلطة أيضاً إلى مرحلة التنفيذ، ذلك أن المركز التعاقدي لأحد المتعاقدين قد يختل أثناء تنفيذ العقد بسبب شرط جزائي ينطوي على مغالاة وغبن لأحد أطراف العقد، أو بسبب ما يطرأ على هذه المرحلة من ظروف طارئة تفرضها تقلبات اقتصادية، أو صعوبة في التنفيذ تجعل المدين في حاجة إلى أجل إضافي من أجل الوفاء، وهذا ما سنتطرق له في العناصر الآتية:

- حالة وجود شرط جزائي مرهق لأحد المتعاقدين

- حالة تعديل الأجل الاتفاقي (نظرة الميسرة).

- حالة الظروف الطارئة.

¹ أنظر مقني بن عمار، "قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن" مظهر من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، المجلد 01، العدد 01، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، ديسمبر 2014، ص 156.

1-سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

يقصد بالشرط الجزائي الاتفاق السابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة إخلال المدين بالتزاماته مستقبلاً، سواءً كان هذا الإخلال عن عدم التنفيذ، أو عن التأخر فيه¹.

وقد أجاز القانون الجزائري للقاضي متى توافرت شروط الشرط الجزائي*، أن يخفض من قيمة هذا الشرط في بعض الحالات، وأن يزيد من قيمته في حالات أخرى.

أ-سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي (م 184/2 ق م ج)

ويكون ذلك للقاضي في حالتين، الأولى إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه لدرجة كبيرة، والثانية إذا أثبت المدين أنه نفذ جزء من التزامه.

ب-سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

لا يجوز للدائن المطالبة بأكثر من قيمة الشرط الجزائي، حتى ولو كان الضرر أكبر من قيمة الشرط الجزائي، إلا إذا أثبت غش المدين، أو خطئه الجسيم².

¹ أنظر أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، ص 173.

* اشترط المشرع الجزائري لتطبيق الشرط الجزائي توافر الشروط العامة في المسؤولية المدنية والمتمثلة في وجود خطأ من المدين، وضرر يصيب الدائن، وعلاقة سببية بينهما، إضافة إلى إعدار المدين، إلا في الحالات التي يُعفى فيها المدين من إعدار مدينه طبقاً لنص المادة 181 من ق م ج، حينها يستحق الشرط الجزائي دون إعدار.

² تنص المادة 185 من ق م ج على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً، أو خطأً جسيماً".

وعليه إذا لحق الدائن ضرر نتيجة غش المدين، أو خطئه الجسيم
جاز للقاضي زيادة الشرط الجزائي، خاصة إذا كان الشرط الجزائي تافهًا
يُقصد منه الاعفاء من المسؤولية، ذلك أن الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية
العقدية أمر جائز في القانون الجزائري، إلا في حالة الغش والخطأ الجسيم¹.

2- سلطة القاضي في تعديل أجل تنفيذ العقد (نظرية الميسرة)

تعتبر نظرة الميسرة، مهلة يمنحها القاضي للمدين عاثر الحظ بدين
مستحق الأداء، نظرًا للظروف السيئة التي يوجد فيها هذا المدين، سواءً تعلق
الأمر بدعوى التنفيذ، أو بدعوى الفسخ² التي يرفعها الدائن بموجب المادة
1/119 من ق م ج³.

¹ تنص المادة 2/178 ق م ج على أنه: "...وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية
تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه، أو خطئه الجسيم...".

² تعتبر سلطة القاضي أوسع نطاقًا في دعوى التنفيذ منها في دعوى الفسخ، سواءً تعلق الأمر بعدد
مرات منح هذا الأجل، بحيث يجوز للقاضي في دعوى التنفيذ منح المدين آجالًا متعاقبة كلما استدعت
حالته ذلك وفقًا للقانون، بينما لا يجوز للقاضي في دعوى الفسخ منح المدين أكثر من مهلة واحدة،
بحيث يعتبر العقد مفسوخًا تلقائيًا بعد انقضاء هذه المهلة، أو من حيث إلزامية هذا المنح، بحيث يعتبر
الأجل الممنوح من القاضي في دعوى التنفيذ من النظام العام لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على
استبعاده، في حين أن مثل هذا الاتفاق جائز في مجال دعوى الفسخ، خاصة إذا تعلق الأمر بالفسخ
الاتفاقي المنصوص عليه في المادة 120 ق م ج، لأكثر تفصيل أنظر نورة سعداني، سلطة القاضي المدني
في تعديل العقد طبقًا لأحكام القانون الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد
01، العدد 02، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، ص 41.

³ تنص المادة 119 في فقرتها الأولى من ق م ج على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد
المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع
التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك...".

فهي وسيلة استثنائية وسلطة تقديرية أعطاها القانون للقاضي بموجب المواد (2/119 و 210 و 2/281 من ق م ج)، بقصد مساعدة المدين من خلال تأجيل الوفاء بالدين، متى توافرت شروطها والمتمثلة في الآتي¹:

- عدم وجود نص في القانون يمنع تطبيقها.
 - وجود المدين في حالة عُسر مؤقتة ينتظر زوالها.
 - ألا يلحق هذا التأجيل ضررًا جسيمًا بالدائن.
 - أن يكون الأجل الممنوح من القاضي للمدين أجلًا معقولًا.
- ملاحظة 01:** يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلًا متعاقبة لا أجلًا واحدًا، وذلك بأن يُقسط الدين على أقساط بحسب قدرة المدين.
- ملاحظة 02:** لا يجوز للقاضي منح هذه المهلة للمدين في المجال التجاري، بالنظر إلى ما تتميز به المعاملات التجارية من سرعة واثتمان، بل إن تأخر المدين في الوفاء بديونه قد يعرضه لشهر إفلاسه.

3- سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

تقوم هذه النظرية على مسألة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد في مرحلة تنفيذه بسبب حوادث استثنائية، عامة وغير متوقعة، بحيث يُصبح التزام المدين مرهقًا سيلحق به خسارة فادحة غير مألوفة.

¹ أنظر لأكثر تفصيل في شروط منح القاضي أجلًا للمدين، نجاة عبيد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 139 وما بعدها.

والحقيقة أن هذه النظرية تعتبر من أهم الاستثناءات والقيود الواردة على مبدأ "القوة الملزمة للعقد"، بحيث أجازت معظم التشريعات وعلى غرارها المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل العقد استثناءً بسبب هذه الظروف، وذلك من خلال إجازته له رد الالتزام إلى الحد المعقول¹، وسوف نفصل في هذه النظرية كما يلي:

أولاً: تعريف نظرية الظروف الطارئة

وهي تلك الوقائع التي تحدث بعد انعقاد العقد وقبل اكمال تنفيذه، بحيث تؤدي إلى جعل التزام المدين مرهقاً له، أي يهدده بخسارة فادحة، دون أن يصبح مستحيلاً².

ثانياً: تاريخ نظرية الظروف الطارئة

يرجع أصل نظرية الظروف الطارئة إلى القانون الكنسي في العصور الوسطى، حيث كان الفقهاء الكنسيون يُحرّمون الغبن في العقود، سواءً في إبرام العقد أو إذا طرأ هذا الغبن في تنفيذه ويعتبرونه ربّاً مُحَرَّم، كما عرّفت الشريعة الإسلامية نظرية الظروف الطارئة، خاصة في عقد الإيجار من خلال فسخ عقد الإيجار للعذر³.

أما في القانون والقضاء المدني الفرنسي فقد اندثرت هذه النظرية في ظل سيادة مبدأ سلطان الإرادة لتعارضها مع هذا الأخير، كونها تسمح للقاضي

¹ أنظر نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 286.

² مشار إليه في ذكريا سرايش، المرجع السابق، ص 130.

³ أنظر نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 288.

بتعديل العقد، بناءً على طلب أحد المتعاقدين دون رضاء المتعاقد الآخر، الأمر الذي من شأنه أن يُشكل إهدارًا للقوة الملزمة للعقد¹.

غير أن هذه النظرية وجدت نصيرًا لها في القضاء الإداري الفرنسي، الذي يعود له الفضل في بعثها من سباتها خصوصاً بعد الظروف التي مرت بها فرنسا بسبب الحرب العالمية الأولى، فأخذ بها مجلس الدولة الفرنسي منذ ذلك الحين مراعيًا في ذلك ضرورة ضمان سير المرافق العامة².

ثم جاءت بعد ذلك الكثير من القوانين لتنص صراحة على نظرية الظروف الطارئة، منها العربية، كالقانون المدني المصري في (م2/147 ق.م.م)، والقانون المدني العراقي في (م146 ق.م.ع)، والقانون المدني الكويتي في (م198 ق.م.ك)، والقانون المدني الجزائري في (م3/107 ق.م.ج) ... الخ.

ثالثاً: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

طبقاً لنص (المادة 3/107 ق.م.ج)، فإنه يشترط للأخذ بنظرية الظروف الطارئة توافر الشروط الآتية:

– أن يكون العقد متراخياً في تنفيذه: لأن مجالها العقود الزمنية والمستمرة، كالإيجار والتوريد، وكذا العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل³.

¹ أنظر خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 108.

² أنظر عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ص 262-263.

³ أنظر خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 111.

- أن يقع هذا الحادث في الفترة ما بين انعقاد العقد وتنفيذه: فإذا كان هذا الطرف موجودا قبل انعقاد العقد، فلا يؤثر عليه، ولو كان أحد المتعاقدين، أو كلاهما لا يعلم به¹.

- أن يكون الحادث استثنائيا عامًا غير متوقع: أي أن يكون نادر الوقوع وغير مألوف كحرب، أو زلزال، أو فيضان، وأن يشمل طائفة من الناس، ولا يخص المدين وحده كمرضه، أو إفلاسه، وألا يكون في الوسع توقعه وقت إبرام العقد ويخضع ذلك لتقدير قاضي الموضوع².

- أن يجعل هذا الحادث تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين وليس مستحيلا: لأن الاستحالة صفة القوة القاهرة، فيترتب عليها انقضاء الالتزام، أما الحادث الطارئ فيجعل تنفيذ الالتزام مرهقًا فلا ينقضي الالتزام، بل يُرَدُّ إلى الحد المعقول.

رابعاً: سلطة القاضي في تعديل العقد للحادث الطارئ

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة جاز للقاضي تعديل التزامات الطرفين، بما يحدّ من فداحة الخسارة التي ستصيب المدين وله سلطة تقديرية في ذلك:

- فقد يرى القاضي إنقاص التزامات المدين في مقدارها، أو اعفائه من الجودة المشترطة مع الإبقاء على نفس المقدار.

¹ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 305.

² أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 290-291.

- وقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، مع الإبقاء على التزام المدين كما هو.

- وللقاضي أن يأمر بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان مؤقتاً¹.

- لا يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ بناءً على طلب المدين، في حين يجوز للدائن أن يطالب بالفسخ دون تعويض.

- تطبيق نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، بحيث يمنع الاتفاق المسبق على استبعاد سلطة القاضي في التعديل²، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في آخر المادة 107 بنصها: "...ويقع باطلا كل اتفاق عل خلاف ذلك".

المبحث الثاني: مبدأ نسبية أثر العقد (نطاق القوة الملزمة للعقد)

يخضع نطاق القوة الملزمة للعقد لفكرة نسبية آثار العقد، سواءً تعلق الأمر بموضوع، أو بأشخاص العلاقة العقدية، وعليه سنتناول مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الموضوع، ثم نتناول مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص.

المطلب الأول: مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الموضوع

الأصل أن يلتزم المتعاقدان بما يحقق مقصودهما وما يتفقان عليه من شروط، غير أن العقد يتسع كذلك للالتزام بما هو من مستلزماته، كون الغالب في العقود أن يتم الاتفاق فيها على المسائل الجوهرية وتترك المسائل

¹ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 132.

² أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 295.

التفصيلية دون تحديد، الأمر الذي يستدعي تدخل القاضي من أجل استكمال القوة الملزمة للعقد، وعليه سنتناول في هذا المطلب العناصر الآتية:

- تحديد مضمون العقد (فرع أول)
- التزام العاقلين بتنفيذ العقد (القوة الملزمة للعقد) (فرع ثان)

الفرع الأول: تحديد مضمون العقد

يقصد بتحديد مضمون العقد تفسيره وتكييفه، وتحديد نطاقه.

أولاً: تفسير العقد

يقصد بالتفسير تحديد معنى عبارات العقد، أو ما أراده المتعاقدان من خلال هذه العبارات¹ عندما لا تكون النصوص واضحة ولا تكشف حقيقة قصد العاقلين²، ويكون للقاضي ذلك وفقاً للحالات الآتية:

¹ زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 124.

² ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 381.

جدول يبين حالات تفسير القاضي للعقد

| الرقم | حالة العقد | دور القاضي في التفسير |
|-------|-----------------------------------|---|
| 01 | حالة وضوح عبارات العقد | يلتزم القاضي بالمعنى الظاهر لهذه العبارات |
| 02 | حالة غموض عبارات العقد | بحث القاضي عن النية المشتركة للعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ (م 2/111 ق.م.ج) |
| 03 | حالة الشك في معنى العبارة الغامضة | يفسر القاضي الشك لمصلحة المدين كأصل عام (م 1/112 ق.م.ج)، باستثناء عقود الاذعان التي يكون تفسير الشك فيها لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان، أم مدينا (م 2/112 ق.م.ج). |

1- حالة وضوح عبارات العقد

في هذه الحالة يكون القاضي مُلزماً بمعناها الظاهر، فلا يجوز له الانحراف عنها طبقاً لنص (م 111 ق.م.ج)، أما إذا كان معناها الظاهر لا يتطابق مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين جاز للقاضي الانحراف عن المعنى الظاهر إلى المعنى الباطن المقصود، شريطة تسبب القاضي لحكمه¹.

2- حالة غموض عبارات العقد

إذا كانت عبارات العقد غامضة، بحيث تحتل أكثر من معنى فإنها تصبح بحاجة إلى تفسير، ممّا يوجب على القاضي أن يبحث عن النية

¹ أنظر زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 124.

المشتركة للعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ (م2/111 ق.م.ج)، وقد حدّد القانون بعض العوامل التي يستهدي بها القاضي في هذا الشأن والمتمثلة فيما يلي:

- طبيعة التعامل التي يتحدد من خلالها الهدف من العقد.

- الأمانة والثقة الواجب توافرها بين المتعاقدين¹.

3- حالة الشك في معنى العبارة الغامضة

تتميز هذه الحالة من حالات التفسير بخصوصيتها، بحيث يفسر الشك لمصلحة المدين كطرف ضعيف في العقد، وهو ما أخذت به معظم التشريعات²، وعلى غرارها المشرع الجزائري بنصه في (م1/112 ق.م.ج)، على أن الشك يفسر لمصلحة المدين، باستثناء عقود الاذعان التي يكون تفسير الشك فيها لمصلحة الطرف المذعن دائناً كان، أم مديناً (م2/112 ق.م.ج).

ثانياً: تكييف العقد

يُقصد بتكييف العقد اعطاؤه وصفاً قانونياً معيناً بعد تفسيره تمهيداً لتحديد القواعد القانونية التي تحكم هذا العقد.

فلا يتقيد القاضي في تكييفه للعقد بالوصف الذي أطلقه عليه المتعاقدان إذا كان تكييفها لا يتناسب مع بنود العقد، أو مع آثاره التي اتفقا

¹ أنظر خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص ص 138-139.

² أنظر ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 383.

عليها، بل يتدخل لتصحيح هذا التكييف بإعطاء العقد وصفه الصحيح على ضوء ما اتجهت إليه النية المشتركة للعاقدين¹.

ثالثاً: تحديد نطاق العقد

يقصد بتحديد نطاق العقد، بيان مدى الالتزامات العقدية التي تترتب على العاقدين والقاضي حينما يقوم بتحديد نطاق العقد، لا يقتصر على ما ورد فيه صراحة فحسب، بل يضيف إليه ما هو من مستلزماته، من أجل تكمّلته، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في (المادة 2/107 ق.م.ج)، ويستند القاضي في ذلك إلى عدة عوامل، تتمثل فيما يلي²:

1- القانون: والمقصود بالقانون هنا، القواعد المكملّة والمفسرة فقط، كون اتفاق العاقدين على خلاف هذه القواعد، هو الذي يسري بينهما، وفي حالة سكوتهما عن تنظيم بعض المسائل، يرجع القاضي إلى تلك القواعد التي تناولها القانون في موضوع العقد، ومثال ذلك: اغفال العاقدين تحديد مكان وزمان تسليم المبيع والتمن في عقد البيع.

2- العرف: قد يعتمد القاضي على العرف في تحديد نطاق العقد، من خلال تحديد الشروط التي جرت العادة على ادراجها في العقد حتى ولو لم يتم ذكرها صراحة في العقد، ومثال ذلك: تحديد ملحقات العين المباعة.

¹ أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 48.

² أنظر ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 386-387.

3- قواعد العدالة: قد تُعين قواعد العدالة القاضي في تحديد نطاق العقد عندما لا تسعفه أحكام القانون وقواعد العرف حتى ولو سكت المتعاقدان عن ذلك، فقواعد العدالة في بيع المحل التجاري مثلاً، تفرض على البائع عدم منافسة المشتري.

4- طبيعة الالتزام: كثيراً ما تملي طبيعة التصرف على القاضي استكمال نطاق العقد وتحديد مستلزماته، ومثال ذلك: أن يلتزم بائع متجرب بتسليم ملحقاته من سجلات تبين ما عليه من ديون، وما له من حقوق، وما يتصل به من عملاء، حتى ولو لم تذكر هذه الملحقات في العقد.

الفرع الثاني: التزام العاقدین بتنفيذ العقد (القوة الملزمة للعقد)

يختلف تنفيذ العقد في الحالة العادية عنه في الحالة الاستثنائية.

أولاً: تنفيذ العقد في الحالة العادية

بعد تحديد مضمون العقد تتضح الالتزامات والحقوق لكل من المتعاقدين، مما يوجب عليهما تنفيذها بمستلزماتها، وبحسن نية كقاعدة عامة تهيمن على جميع العقود، وذلك اعمالاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي جسده المشرع الجزائري في المادتين (106 و 107 ق.م.ج)، حيث تنص (المادة 106 ق.م.ج)، على أن: "العقد شريعة المتعاقدين..."، في حين نصت (المادة 107/1 ق.م.ج)، على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية..."، ولا يقتصر العقد على تنفيذ الالتزامات التي تضمنها صراحة فحسب، بل يمتد أيضاً إلى ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف

والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، طبقاً لنص (م 107/2 ق.م.ج)، (كما سبق بيانه).

ثانياً: تنفيذ العقد في الحالة الاستثنائية

يرد على تنفيذ العقد وفقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد بعض الحالات الاستثنائية التي تعرقل تنفيذه، أهمها الاستثناءات الاتفاقية، أو ما يمنحه القانون من إجازة نقض العقد بالإرادة المنفردة وكذا سماحه للقاضي بتعديل العقد في عديد الحالات (كما سبق بيانه).

المطلب الثاني: مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص

الأصل أن ما يرتبه العقد من حقوق والتزامات ينصرف إلى ذمة المتعاقدين دون سواهما، بمعنى أن العقد لا يفيد ولا يضر سوى طرفيه فمن البديهي ألا يتأثر الغير بعقد لم يكن طرفاً فيه، وهذا ما يترجمه مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص الذي نص عليه المشرع الجزائري في (المادة 113 ق م ج) بنصها: «لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير...».

غير أن العقد يعتبر تصرفاً قانونياً بالنسبة لأطرافه، في حين يعتبر بالنسبة للغير واقعة قانونية لا يمكن إنكارها أو تجاهلها قد تغير من مركزه القانوني، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل الآتي:

هل القوة الملزمة للعقد تنحصر بين طرفيه فحسب أم تمتد إلى الغير؟
هذا ما سنتناوله في النقاط الآتية:

- آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين (فرع أول).
- آثار العقد بالنسبة للغير (فرع ثان).

موضوع مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص كان سؤالاً

لمسابقة الدكتوراه في عدّة مناسبات منها:

- لا ينصرف أثر العقد إلا للمتعاقدين حلل وناقش؟ (جامعة المسيلة

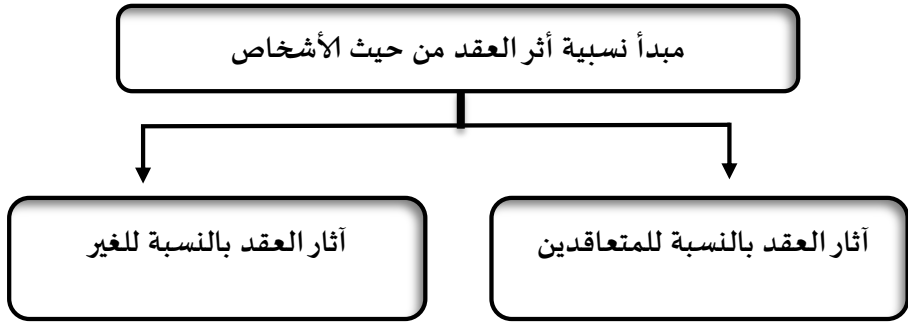
(2017)

- لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، لكن يجوز أن يكسبه حقاً حلل

وناقش؟ (جامعة المسيلة 2019).

- الأصل أن أثر العقد لا ينصرف إلى الغير. حلل وناقش.

الشكل رقم (05) تقسيم موضوع مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص



الفرع الأول: آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين

ينصرف مصطلح المتعاقد إلى كل شخص شارك في إبرام العقد، سواءً بشخصه، أو بواسطة نائب عنه، كما يمتد لفظ المتعاقد إلى كل شخص تربطه بالمتعاقد صلة معينة، كالخلف العام والخلف الخاص، كما قد تؤثر آثار العقد بطريق غير مباشر في حقوق دائني المتعاقدين وسوف نفصل ذلك كما يلي:

أولاً: انصراف أثر العقد إلى الخلف العام

يقصد بالخلف العام كل من يخلف غيره (السلف)، في كل ذمته المالية، أو في جزء منها، كالوارث، أو الموصى له بجزء شائع من التركة¹.

¹ أنظر خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص ص 115-116.

1- القاعدة العامة

طبقا لنص (م 108 ق.م.ج)، فإن آثار العقد الذي يبرمه السلف من حقوق والتزامات تنصرف إلى الخلف العام.

2- الاستثناءات على قاعدة انصراف أثر العقد إلى الخلف العام

لا يعتبر مبدأ انصراف آثار العقد إلى الخلف العام على إطلاقه، بل ترد عليه استثناءات والمتمثلة في الآتي:

- قواعد الميراث: والتي بدورها تستوجب احترام قاعدتين مهمتين، وهما:
 - أن أموال وحقوق السلف لا تنتقل إلى الخلف، إلا بعد سداد الديون.
 - وأن الخلف لا يلتزم بالتزامات السلف، إلا في حدود ما آل إليه من حقوق بطريق الميراث¹.

- اتفاق المتعاقدين: اعمالا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، فقد يتفق السلف قبل موته مع المتعاقد، على عدم انتقال الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد إلى الخلف العام فلا تنتقل، كالاتفاق على انتهاء الإجارة بموت المستأجر².

- طبيعة التعامل: قد تحول طبيعة التعامل دون انتقال أثر العقد إلى غير المتعاقدين، أي من السلف إلى الخلف العام، كالحقوق والالتزامات التي تقوم

¹ سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 44.

² خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 139.

على أساس الاعتبار الشخصي، كحق الانتفاع، الذي ينتهي بموت المنتفع، أو كمن يتعاقد مع ممثل، أو رسام¹.

- نص القانون: قد يقرر القانون بنصوص خاصة، انقضاء العقد بوفاة المتعاقد، فلا ينتقل أثره إلى الخلف العام، كما هو الحال في انتهاء الوكالة بموت الموكل، أو الوكيل (م 586 ق.م.ج)، أو انتهاء شركة التضامن بموت أحد الشركاء (م 439 ق.م.ج)².

ثانياً: انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص

يقصد بالخلف الخاص، من يخلف السلف في ملكية شيء، أو في حق عيني، أو في حق شخصي، كالموهور له يخلف الواهب.

وطبقاً لنص (م 109 ق.م.ج)، فإنه يشترط لانصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص ما يلي:

- أن يكون العقد سابقاً في إبرامه على انتقال الشيء من السلف إلى الخلف الخاص.

- أن تكون الحقوق والالتزامات التي يحصل فيها الاستخلاف من مستلزمات الشيء الذي انتقل من السلف إلى الخلف الخاص.

¹ عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 270.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 323.

- علم الخلف الخاص بالالتزامات الناشئة عن عقد سلفه، وقت انتقال الشيء إليه¹.

ثالثاً: أثار العقد بالنسبة لدائن العاقلين

يقصد بالدائن هنا الدائن العادي، بحيث لا يُعَدّ هذا الأخير من الخلف العام للمدين، وليس هو بخلف خاص له أيضاً²، والدائن بهذا المعنى لا يتأثر بآثار عقد مدينه حقوقاً كانت، أو التزامات، فهي لا تنتقل إليه، كما تنتقل إلى الخلف العام، أو الخاص³.

إلا أن الدائن العادي يتأثر بالعقود التي يبرمها مدينه بطريق غير مباشر، من خلال زيادة الضمان العام، أو نقصانه، كما أن أثر العقد بالنسبة للدائن لا يكون باعتباره تصرفاً قانونياً، بل باعتباره واقعة مادية على خلاف الخلف⁴.

وحماية للدائن العادي من تصرفات المدين الضارة بالضمان العام، خوّل له المشرع مجموعة من الدعاوى، مثل الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرف)، (م191 ق.م.ج) والدعوى غير المباشرة، (م189 ق.م.ج)، ودعوى الصورية، (م198 و199 ق.م.ج)⁵.

¹ عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 273-275.

² ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 370.

³ عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 275.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 324.

⁵ زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 140.

الفرع الثاني: آثار العقد بالنسبة للغير

الأصل أن الغير الأجنبي الذي لم يكن طرفاً في العقد ولم تربطه صلة بأي من طرفيه لا ينصرف إليه أثر العقد، سواءً كان حقاً أو التزاماً، (م113ق.م.ج).

إلا أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، بل ترد عليها استثناءات وإن كانت نادرة وتتمثل في امكانية اكتساب الغير حقاً في هذا العقد، (م 113 ق.م.ج في شقها الثاني)، هذه الاستثناءات قد يكون مصدرها القانون، وقد يكون مصدرها إرادة المتعاقدين.

1- استثناءات بنص القانون

ينص القانون في بعض الحالات على امتداد أثر العقد إلى الغير ومن ضمن هذه الحالات نذكر:

– حالة الدعوى المباشرة: لا تتقرر هذه الدعوى إلا بنص قانوني، وهي الدعوى التي تخول الدائن المطالبة بحق ناشئ من عقد لم يكن طرفاً فيه، ومثال ذلك: رجوع المؤجر بدعوى مباشرة على المستأجر من الباطن، في حدود ما هو ثابت في ذمته للمستأجر الأصلي (م 507 ق.م.ج)¹.

¹ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 337.

- الصلح الواقي من الإفلاس في القانون التجاري: والذي يسري على جميع الدائنين بعد تصديق المحكمة عليه، حتى ولو لم يكن بعضهم قد وافق عليه¹.

- عقد العمل الجماعي: حيث تسري أحكام هذا العقد على طائفة معينة من العمال حتى من لم يوافق عليه².

2- استثناءات باتفاق المتعاقدين

لا يستطيع المتعاقدان إلزام الغير بعقد لم يكن طرفا فيه، لكن يجوز لهما الخروج عن مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد بإرادتهما، في شقه الايجابي (انشاء الحق)، دون الشق السلبي (انشاء الالتزام)، ومن هذه الحالات، (حالة التعهد عن الغير)، و(حالة الاشتراط لمصلحة الغير).

أ- التعهد عن الغير (م 114 ق.م.ج)

هو عقد يتعهد بمقتضاه أحد طرفيه، بأن يجعل شخصا آخر من الغير يقبل التعاقد مع المتعاقد الآخر في أمر معين.

• شروط التعهد عن الغير

طبقا لنص (م 114 ق.م.ج)، فإنه يشترط للتعهد عن الغير ما يلي³:

- أن يتعاقد المتعهد باسمه هو، لا باسم الغير الذي يتعهد عنه.

¹ عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 277.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 328.

³ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 128.

- أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه، لا إلزام الغير.
- التزام المتعهد بالحصول على قبول الغير لإبرام العقد محل التعهد.

• آثار التعهد عن الغير

إذا توافرت الشروط السابقة، فإن ما يرتبه التعهد عن الغير من آثار، يختلف باختلاف موقف الغير، ما إذا قبل التعهد، أو رفضه.

- حالة قبول الغير للتعهد: في هذه الحالة، ينعقد عقد جديد بين (الغير)، و (المتعاقد الآخر، الذي تعاقد مع المتعهد)، يكون هذا العقد مستقلاً عن (عقد التعهد عن الغير) سواء من حيث أطرافه، أو من حيث وقت إبرامه، أو من حيث آثاره.

- حالة رفض الغير للتعهد: في هذه الحالة يكون المتعهد مسؤولاً عن الضرر الذي لحق المتعاقد معه، جراء هذا الرفض، فيلتزم بتنفيذ ما التزم به عينا، إذا كان ذلك ممكناً، أو أن يلتزم بتعويض المتعاقد معه¹.

ب- الاشتراط لمصلحة الغير (المواد من 116 إلى 118 ق.م.ج)

هو عقد يشترط فيه أحد العاقلين يسمى (المشترط) على الطرف الآخر ويسمى (المتعهد)، بأن يؤدي مباشرة لشخص أجنبي عن العقد يسمى (المنتفع)، أداء معيناً يستمدّه من العقد مباشرة، ومن أمثلة الاشتراط لمصلحة الغير عقود التأمين على الحياة².

¹ سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 46.

² ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 377.

• شروط الاشتراط لمصلحة الغير

طبقاً لنص (م 116 ق.م.ج)، فإنه يشترط لصحة الاشتراط لمصلحة الغير ما يلي¹:

- أن يتعاقد المشتري باسمه هو، لا باسم المنتفع.
- أن تتجه إرادة العاقلين إلى انشاء حق مباشر للغير (المنتفع)، في ذمة (المتعهد)، دون أن يكون هذا المنتفع طرفاً في العقد.
- أن يكون (للمشتري) مصلحة شخصية في تنفيذ (المتعهد) للالتزامات التي اشترطها.

• آثار الاشتراط لمصلحة الغير

يعتبر عقد الاشتراط لمصلحة الغير عملية ثنائية في تكوينها، ثلاثية في آثارها، لذلك فإن تحديد آثار الاشتراط لمصلحة الغير يقتضي منا التمييز بين العلاقات الثلاث التي تترتب عليه، وذلك كما يلي:

- علاقة المشتري بالمتعهد: تخضع هذه العلاقة للاتفاق الذي تم بينهما، فهما طرفا عقد الاشتراط، فلا يكون (المشتري) دائئاً بالأداء المشروط لمصلحة المنتفع، بل المنتفع هو الدائن، لكن يحق (للمشتري)، بما له من مصلحة شخصية في الاشتراط، أن يراقب تنفيذ هذا الالتزام².

¹ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 131.

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 345.

- علاقة المشتراط بالمنتفع (المستفيد): تتوقف طبيعة هذه العلاقة، بالدافع إلى الاشتراط، بين ما إذا كان تبرع، أو معاوضة.

• إذا كان القصد من الاشتراط هو التبرع للمنتفع: فإن الأمر يكيف على أنه هبة غير مباشرة، وإن كانت لا تخضع للشكل الرسمي للهبة، إلا أنها تخضع للقواعد الموضوعية في الهبة، من ضرورة توافر أهلية التبرع في المشتراط، وجواز الرجوع في الهبة عند قيام سبب من اسباب الرجوع، كم يجوز لدائني المشتراط أن يطعنوا في تصرفه عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرف، أما إذا صدر الاشتراط في مرض الموت، فإنه يأخذ حكم الوصية (م776 ق.م.ج)، فلا ينفذ في حق الورثة، إلا في حدود الثلث¹.

• إذا كان القصد من الاشتراط معاوضة: فإن ذلك يتحدد على ضوء ما يوجد من علاقة بين المشتراط والمنتفع، فقد يقصد من الاشتراط وفاء دين سابق في ذمة المشتراط للمنتفع، وقد يقصد منه تعويض المنتفع عما يوقعه المشتراط من إضرار بالغير²، وقد يكون قصد المشتراط اقراض المنتفع المبلغ الذي اشترط لصالحه، وفي هذه الحالة تتحدد العلاقة طبقاً لأحكام عقد القرض³.

- علاقة المتعهد بالمنتفع: من خلال هذه العلاقة يتجلى الأثر الجوهري للاشتراط لمصلحة الغير، بحيث يكتسب (المنتفع) حقاً مباشراً قبل (المتعهد) مصدره عقد الاشتراط، وذلك من تاريخ إبرام هذا العقد بين (المشتراط)

¹ أنظر عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 287.

² أنظر نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 347.

³ أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 342.

و(المتعهد) وليس من وقت القبول، ممّا يُعد خروجًا عن مبدأ نسبية العقد فيصبح (المنتفع) دائنًا شخصيًا (للمتعهد)، ومن ثم يحق له مطالبته بتنفيذ التزاماته والرجوع عليه في حال امتناعه عن ذلك، دون أن يكون له حق فسخ العقد لأنه لم يكن طرفًا فيه.

• مسألة قابلية الاشتراط للنقض

طبقًا لنص (م117 ق.م.ج) فإنه يجوز للمشتراط أن يرجع في اشتراطه لصالح الغير، وهذا الحق من الحقوق الشخصية التي تثبت للمشتراط وحده دون دائنيه وورثته.

لكن لصحة رجوع المشتراط في اشتراطه، يُشترط أن يصدر هذا الرجوع قبل أن يعلن (المنتفع) إلى (المتعهد)، أو إلى (المشتراط) نفسه عن رغبته في الاستفادة من الاشتراط.

فإذا نقض (المشتراط) حق (المنتفع) جاز لهذا الأخير أن يعين شخصًا آخر محل المنتفع الأول، أو يحوّل حق الاستفادة من الاشتراط لمصلحته¹.

¹ أنظر خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 135.

فهرس المصادر والمراجع

1. الأمر 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 1975/09/30، المعدل والمتمم بالقانون 10-05، المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر عدد 44، والقانون 07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر عدد 31، المؤرخة في 13 ماي 2007.
2. عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2000.
3. خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
4. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزايطة، مصر، 2004.
5. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية (مصادر الالتزامات)، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
6. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1998.

7. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000.
8. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج 1، المجلد 1، نظرية العقد، القسم 2، مراتب انعقاد العقد، وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
9. حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
10. فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001.
11. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
12. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، طبعة جديدة مزيعة ومنقحة، دار الهدى، الجزائر، 2007.
13. محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، طبعة ثانية، دون دار نشر، تونس، 1997.

14. أمير فرج يوسف، العقد والارادة المنفردة، ط1، دار الفتح للتجليد الفني، الاسكندرية، مصر، 2008.
15. زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام (العقد والارادة المنفردة)، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط 2004.
17. فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، القانون، ط 2006.
18. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 1، مصادر الالتزام، نسخة الأستاذ قادو، 2007-2008.
19. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج 1، مطبوعات جامعة دمشق.
20. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009.
21. حمزة قتال، مصادر الالتزام، العقد، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2018.
22. أحمد مفلح خوالدة، شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.

23. علي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، الجزء الثاني، دون طبعة، دار موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
24. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
25. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، ط 1974.
26. محفوظ لعشب بن حامد، عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط 1990.
27. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر.
28. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2012.
29. منصور عبد الله الطوالة، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005.

