

تمهيد :

صدر القانون المدني الجزائري 26 سبتمبر 1975 تحت رقم 75-58 تضمنت 1003 وهو أول ق.م.ج طبق بأثر رجعي لتفادي وجود فراغ قانوني معدل بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005 وكان آخر تعديل بموجب القانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 تضمن أربعة كتب.

تضمن الكتاب الأول الأحكام العامة و عالج فيها المشرع القواعد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث الزمان و المكان ، و الكتاب الثاني تضمن الالتزامات و العقود أما الكتاب الثالث و الرابع تضمننا الحقوق العينية الأصلية و التبعية على التوالي ، و دراستنا في هذا السداسي تتمحور في مصادر الالتزام ، لذلك فهي تدخل في الكتاب الثاني من القانون المدني و هي الالتزامات و هي الوجه السلبي للحق الشخصي .

مبحث تمهيدي: النظرية العامة للالتزام :

هي الأصل العام الذي يجب الرجوع إليه في القانون المدني وجميع القوانين إذا لم يوجد نص خاص فيهم نرجع إلى الأصل و هو القانون المدني الذي يسمى الشريعة العامة و تطبق على جميع نواحي القانون المدني ولاسيما منها العقود ، وأصلها يرجع إلى القانون الروماني الذي وضع لها صياغة قانونية ثم جاء فقهاء فرنسيين على رأسهم دوما -بوتيه Pothier ، وطوروا فيها طبقا لتطور الزمن، ثم أخذها واضعو قانون نابليون و استمدوا أحكام هذه النظرية، وأخذت به جميع القوانين العربية مكملة له (النظرية) ماورد في أحكام الشريعة الإسلامية.

تقسم الحقوق المدنية إلى حقوق مالية وغير مالية . و الحقوق المالية بدورها تقسم إلى الحقوق الشخصية ، الحقوق العينية ، الحقوق المالية . والحق الشخصي هو محل الدراسة وفيه علاقة المديونية (دائن ومدين)، و تسمى هذه النظرية بنظرية الالتزام.

المطلب الأول : تعريف الالتزام

ظهرت نظريتين في تعريف الالتزام ، الأولى تعتمد على المذهب الشخصي و الثانية على المذهب المادي ، لا بد من التطرق إليهما قبل أن ندرس مصادر الالتزام ، فلا بد من دراسة مفهوم الالتزام في حد ذاته، من تحديد التعريف الذي أخذ به المشرع الجزائري ، و خصائص الالتزام و تقسيماته ، ثم ندخل في دراستنا لمصادر الالتزام .

الفرع الأول: المذهب الشخصي

يعرف المذهب الشخصي الالتزام على أنه رابطة شخصية بين الدائن والمدين ، ويكون هذا الأخير موضع اعتبار واهتمام ، فهي رابطة ملتصقة به لا تنفك عن شخصه وتعطى للدائن سلطة عليه ، وطبقها القانون الروماني القديم ، فيتميز بالطابع العقابي ، حيث يلتزم المدين شخصيا بالدين أي للدائن حق التنفيذ عليه بجبسه أو استرقاقه ، ولا يحق للمدين أن يجلس محل مدين آخر ، و من أشهر من أخذ بهذا المبدأ الفقيه "سافينييه" SAVIGNY.

أما الفقيه "بلانيول" PLANIOL وهو من أنصار هذا المذهب ، فهو يركز على العنصر الجوهري في الالتزام باعتباره "علاقة قانونية بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما و هو الدائن الحق في تقاضي شيء معين من الآخر و هو المدين " . وما يلاحظ على هذا التعريف الأخير أن الالتزام لم يعد يمنح سلطة للدائن تخضع المدين إليه.

الفرع الثاني: المذهب المادي

الذي يعرف الإلتزام على أنه رابطة ذمة بين ذمتين ماليتين فيحوز تغير شخصية المدين . و ظهر هذا المبدأ بعد تطور المجتمعات و بالتالي القوانين ، فرفضت التشريعات الجديدة هذا المبدأ لأنه يمس كرامة الانسان ، و أصبحت أموال المدين و ليس شخصه ضامنة لديونه ، و جاء هذا المذهب يتماشى مع ما تتطلبه الحياة الحديثة للمجتمعات .

وتعتبر المدرسة الجرمانية حاملة لواء المذهب المادي فيتصوره للالتزام ، حيث يرى الفقيه جييرك (Gierke) وهو من أشهر الفقهاء الألمان الذين عمدوا إلى بعث أفكار القانون الجرمني من جديد لتخليص القانون الألماني من النظريات ذات الأصل الروماني ، وتغليب النظريات الجرمانية عليها ، وهو بذلك يعتبر من الرافضين لمنطق المذهب الشخصي فيتصوره للالتزام ، حيث عكف هذا الفقيه على إيضاح وبيان فكرة الالتزام في النظر الجرمني التي لا تعتبر بالرابطة أو بالعلاقة الشخصية في الالتزام عند نشأته كما هو الحال في القانون الروماني ، بل إن العبرة في الالتزام بمحله أو موضوعه فينفضل عن أشخاصه ، ويختلط بمحله و يصير بذلك شيئاً مادياً ذو قيمة مالية مجرداً عن أطرافه.

حيث أن علاقة الالتزام القانونية هي علاقة بدرجة أولى بين ذمتين مستقلتين عن أشخاص هذه الذم المالية و ذلك حسب التصور الجرمني للذمة المالية و هو بذلك يمثل حقاً يضاف إلى ذمة الدائن ، ودينا في ذمة المدين و هو العنصر الأساسي في الالتزام.

وقد كان لهذا التصور انعكاسه و صداه في القانون الألماني ، الذي عرف إحياء و بعثاً لأفكار القانون الجرمني ، وتخليصه في آن واحد من الأفكار والنظريات الرومانية المنشأ و الأصل.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

أخذ بالمذهبين ، لأنه لا يمكن ترجيح أحد المذهبين على الآخر ، حيث لا يمكن إغفال الجانب الشخصي للالتزام ، مما يفرض ضرورة الجمع بين المذهبين .

أولا-تعريف الإلتزام: للالتزام معنيين : معنى واسع و معنى ضيق

أ-المعنى الواسع: الإلتزام هو كل عمل يأمر به القانون أو الاتفاق أو الأخلاق الشخص القيام به.

ب-المعنى الضيق: عرفته م 54 من القانون المدني الجزائري المعدلة بموجب قانون 10/05 كما يلي :

" العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح شيء أو بفعل أو عدم فعل شيء ما .

ثانيا- خصائص الإلتزام :

أ-أن للالتزام وجهين وجه شخصي و هو أن الإلتزام يلتزم به المدين ، و وجه مادي و هو ان الإلتزام الذي يتحمله هذا المدين يقوم ماليا .

ب-أنه لا يشترط أن يكون هناك دائن وقت نشوء الإلتزام مثلا : كأن يوصي شخص لجنين .

ج-للدائن سلطة إجبار المدين على التنفيذ في حالة التقاعس أو التامل في التنفيذ عن طريق القضاء.

المطلب الثاني: تقسيمات الإلتزام:

الفرع الأول:التقسيم التشريعي

أولا- الإلتزام بمنح شيء : يتمثل في نقل الملكية ، و هنا نفرق بين الأشياء المعينة بالذات و الأشياء المعينة بالنوع : فالأشياء المعينة بالذات تنتقل ملكيتها بالاتفاق ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على اجراءات معينة لانتقال ملكيتها مثل الشكلية في التصرفات الواردة على العقارات أو الحقوق العينية العقارية¹ .

أما الأشياء المعينة بالنوع فتنتقل ملكيتها بالفرز مثال : قنطار قمح لين ذو جودة ممتازة ، و هذا ما نص عليه القانون المدني على أنه : " إذا ورد الإلتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل

¹ راجع المادة 165 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم و التي تنص على أنه "الإلتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني ، إذا كان محل الإلتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم ، مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري "

الحق إلا بإفراز هذا الشيء. فإذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير اخلال بحقه في التعويض"²

ثانيا-الالتزام بفعل شيء : هو كل نشاط مادي أو معنوي يقوم به المدين لصالح الدائن³.

ثالثا-الالتزام بالامتناع عن فعل شيء : هو الالتزام الذي يمنع المدين من القيام بعمل كان يجوز له القيام به لولا وجود هذا الالتزام ، مثلا : الواهب الذي يمنع المهبوب له من التصرف في الشيء محل الهبة⁴.

رابعا-الالتزام الطبيعي: وهو الالتزام الذي يفقد حمايته القضائية ، فلا يستطيع الدائن رفع الدعوى على المدين لإجباره عن التنفيذ بسبب سقوط الدعوى التي تحمي حقه بالتقادم⁵.

خامسا-الالتزام الموصوف: يأخذ الالتزام الموصوف الصور التالية :

أ-الالتزام الواقف على شرط : و يكون الالتزام كذلك إذا كان وجوده أو زواله يتوقف يترتب على أمر مستقبلي ممكن الوقوع⁶.

ب-الالتزام المقترن بأجل: و هو الالتزام الذي يكون نفاذه أو انقضاؤه مترتب على أمر مستقبلي محقق الوقوع⁷.

ج-الالتزام التخيري : هو التزام متعدد المحال ، يكون واحدا منها فقط واجب الأداء ، بناء على اختيار المدين أو الدائن⁸. (المواد 213 إلى المادة 215).

د-الالتزام الاختياري أو البدلي : هو التزام محله شيء واحد ، غير أنه يجوز للمدين أن يؤدي بدله شيئا آخر حسب اختياره⁹.

الفرع الثاني:التقسيم الفقهي

أولا-الالتزام بتحقيق نتيجة: يلتزم فيه المدين بتحقيق نتيجة معينة فلا تبرأ ذمته إلا بتحقيقها ، مثال: كالتزام الناقل بنقل بضاعة إلى المكان و في التاريخ المتفق عليه ، و التزام المقاول ببناء منزل .

² راجع المادة 166 من القانون المدني الجزائري ، نفس المرجع .

³ راجع المواد من 168 إلى 172 ، نفس المرجع .

⁴ راجع المادة 173 ، نفس المرجع .

⁵ راجع المواد من 160 إلى 163 ، القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق .

⁶ راجع المواد من 203 إلى 208 ، نفس المرجع .

⁷ راجع المواد من 209 إلى 212 ، نفس المرجع .

⁸ راجع المواد من 213 إلى 215 ، نفس المرجع .

⁹ راجع المادة 216 ، نفس المرجع .

ثانيا- الالتزام ببذل عناية : محل هذا الالتزام أن يبذل المدين جهدا يؤدي إلى تحقيق نتيجة ، و العناية المطلوبة هي عناية الرجل العادي ، مثلا كالتزام المحامي قبل الموكل ، والتزام الطبيب قبل المريض .
ثالثا-الالتزام بالضمان : ويلتزم فيه بضمان بتحقيق النتيجة تحت اي ظرف في حالة وقوع القوة القاهرة .

الفرع الثالث: مصادر الالتزام

المصدر: هو السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام ، وتعددت المصادر في القانون الجزائري وتتمثل في خمسة مصادر حددها القانون كما يلي : 1- القانون 2- العقد 3- الارادة المنفردة .
4- الفعل المستحق للتعويض (المسؤولية التقصيرية) 5-شبه العقود (الفعل النافع) .

المصدر الأول : القانون

تسري على الالتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيره النصوص القانونية التي قررتها¹⁰ ، أي أن أي التزام مصدره القانون على المعنيين به تطبيقه ، و بالتالي تطبق عليهم النصوص التي فرضت هذه الالتزامات . لذلك تنطرق إلى باقي المصادر بالترتيب المبين سابقا بنوع من التفصيل في أربعة فصول نحدد فيها تعريف المصدر و أنواعه و أركانه و شروطه و آثاره .

الفصل الأول :العقد

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

المبحث الأول: تعريف العقد وتحديد أقسامه

المبحث الثاني:أركان العقد

المبحث الثالث:آثار العقد

المبحث الرابع:المسؤولية العقدية

المبحث الخامس:زوال العقد

¹⁰ راجع المادة 53 من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق .

المبحث الأول : تعريف العقد و أقسامه:

المطلب الأول : تعريف العقد و أساس قوته الالزامية

نتطرق في هذا المطلب إلى تحديد تعريف للعقد في الفرع الأول منه ، أما الفرع الثاني فتعرف على أساس قوته الالزامية و الذي يتمثل في مبدأ سلطان الارادة .

الفرع الأول : تعريف العقد

عرف المشرع العقد في القانون المدني على أن " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما " ¹¹.

نجد أن المشرع الجزائري أعطى نفس التعريف لكل من العقد و الالتزام ، في حين أن العقد يختلف عن الالتزام ، لأن الالتزام هو رابطة تنشأ عن العقد إذن فالعقد هو مصدر للالتزام ، و لا يعرف المصدر و الأثر الناتج عنه نفس التعريف.

فيمكن تعريف العقد على أنه " اتفاق يقوم بين شخصين أن أكثر على إنشاء رابطة قانونية (كالبيع) ، أو تعديلها (مد أجل الوفاء بالالتزام) ، أو إنهاؤها (زوالها كالوفاء).

من خلال هذا التعريف نجد أن العقد يختلف على الالتزام ، نجد الالتزام هو مجرد أثر عن العقد والعقد يهدف لإنشاء رابطة قانون أن تعديلها إنهاؤها أي وجود قصد أو نية ترتيب أثر قانوني.

الفرع الثاني : أساس القوة الملزمة للعقد (مبدأ سلطان الإرادة) : ومعناه هو أن العقد هو توافق بين إرادتين أو أكثر و أن إرادة الأطراف هي صاحبة السلطان في تكوين العقد و في تحديد آثاره ، ظهر مذهبين : أنصار ومعارضين .

ويترتب عنه أمرين :

أولاً- أن كل الإلتزامات والنظم القانونية مصدرها الإرادة المنفردة دون الحاجة إلى إفراغها في شكل خاص أو إجراء قانوني خاص أي غير مقيدة .

ثانياً- هو أن الإرادة هي التي تحدد جميع الآثار التي تترتب عن كافة الروابط القانونية الناشئة بين أفراد مثال ذلك ما جاء به القانون المدني على أن "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون" ¹².

¹¹ راجع المادة 54 من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق .

¹² راجع المادة 106 من القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق.

لكن بظهور المبدأ الاشتراكي الذي يعمل لتحقيق التضامن الاجتماعي ، وان القانون يهدف إلى حماية المجتمع والفرد كعنصر من المجتمع ، فالإرادة لها دور في إبرام هذه التصرفات لكنها مقيد، فقد قامت القوانين بتحديد بعض العقود بقواعد أمره ، منها كعقد العمل فقد حدد القانون التزامات و حقوق طرفيه (رب العمل و العامل) ، بالإضافة إلى إعطاء القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقد الاذعان¹³ ، و له أيضا سلطة إعادة النظر في الالتزامات المرهقة لأحد الطرفين و هي نظرية الظروف الطارئة¹⁴ ، بالإضافة إلى القيود الناتجة عن فكرة النظام العام و الآداب العامة ، فأى اتفاق يخالفها يعتبر باطلا بطلانا مطلقا ، كما تتقيد الإرادة بالأشكال التي يحددها القانون لبعض التصرفات القانونية.

المطلب الثاني: تقسيمات العقود

تعرف العقود عدة تقسيمات وفق الأساس الذي تم التقسيم وفقه ، و تجمع كل ما يتشابه من العقود في قسم واحد لمعرفة الأحكام الخاصة التي تطبق على كل قسم .

الفرع الأول: التقسيم على أساس تكوين العقد :

و ينقسم العقد على أساس تكوين العقد إلى العقد الرضائي و العقد الشكلي و العقد العيني :

أولا- العقد الرضائي: ويكفي فيه توافق إرادة الأطراف دون أي شرط شكلي ، و القاعدة العامة في العقود هي الرضائية ، فالرضا كاف لإنشاء العقد¹⁵ . أما الشكلية فهي الاستثناء، و حدد القانون طريقة التعبير عن الإرادة تطبيقا لمبدأ الرضائية و هي اللفظ و الكتابة و الإشارة المتداولة عرفا ، و اتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه .

ثانيا- العقد الشكلي: هو العقد الذي لا تكفي فيه إرادة الطرفين وإنما يشترط أن يفرع في شكل معين يحدده القانون مثلا تحرير العقد بواسطة موظف مختص ، و هو ما يعرف بالعقد الرسمي مثل الرسمية¹⁶ في بيع العقار، الرهن الرسمي إلخ، و قد يتفق الطرفين على الشكلية في التصرف أو التصرفات المنعقدة بينهم فإذا اشترطها للانعقاد فلا يقوم العقد بينهما إلا بتوفر هذا الشرط.

ثالثا-العقد العيني: هو العقد الذي لا تكفي فيه الرضائية و الشكلية وإنما يشترط فيه التسليم ، أي تسليم العين محل التعاقد ، فيعتبر التسليم ركنا من أركان العقد و عدم وجوده يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا لإنعدام ركن في العقد .

¹³ راجع المادة 110 من القانون المدني الجزائري ، نفس القانون .

¹⁴ راجع المادة 3/107 ، نفس القانون .

¹⁵ راجع المادة 59 من القانون المدني الجزائري "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية"، القانون السابق.

¹⁶ راجع القانون 88-27 المؤرخ في 12 جويلية 1988 ، المتضمن قانون التوثيق ، ج ر 28.

و العقد العيني عرف في القانون الروماني ، و انتقلت إلى القانون الفرنسي القديم و الحديث ، أين أبقى القانون الفرنسي على أربعة عقود عينية وهي : عقد الوديع ، عقد العارية ، عقد الرهن الحيازي ، عقد القرض أما المشرع الجزائري فقد نص على عقود عينية حصريا¹⁷ .

الفرع الثاني:التقسيم على أساس الآثار المترتبة عنه

نجد فيه تقسيمين ، الأول عقد ملزم للجانبين و عقد ملزم لجانب واحد ، و الثاني عقد معاوضة و عقد تبرع .

أولا-العقد الملزم للجانبين¹⁸ : وهو العقد الذي يترتب الالتزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، فيكون كل متعاقد منهما دائئا و مدينا في نفس الوقت ، مثلا عقد البيع ، عقد الايجار ، عقد العمل ففي عقد البيع مثلا البائع مدين بنقل ملكية و تسليم الشيء المبيع و دائن باستلام الثمن ، أما المشتري فمدين بتسليم الثمن و دائن بتسليمه الشيء المبيع .

ثانيا-العقد الملزم من جانب واحد¹⁹ : هو العقد الذي يترتب الالتزامات في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر مثل :عقد الهبة ، الوصية ، عقد الوكالة بغير أجر .

و أهمية التقسيم بين العقود الملزمة للجانبين و العقود الملزمة لجانب واحد، تظهر في أن العقد الملزم للجانبين يمكن لأحد الطرفين الدفع بعدم تنفيذ التزامه التعاقدى²⁰ ، كما يكون له الحق في طلب الفسخ لعدم قيام الطرف الثاني بتنفيذ العقد²¹ ، و في حالة استحالة تنفيذ التزام²² أحد الطرفين لسبب لا يرجع إلى ارادته فينقضي الالتزام بسبب الاستحالة في التنفيذ ، و يترتب عن ذلك تبعة الهلاك التي يتحملها المدين و ينقضي الالتزام المقابل له. أما في الالتزام الملزم لجانب واحد فيتحملها الدائن²³ .

ثالثا-عقد المعاوضة²⁴ : هو الذي يحصل فيه المتعاقد على مقابل لما التزم به تجاه المتعاقد الآخر مثال : عقد العمل ، عقد البيع

¹⁷ راجع عقد الوديعة في المواد 590-591، و عقد العارية في المواد 538-539 ، و الرهن الحيازي في المواد من 948 إلى 951 ، المواد من القانون المدني الجزائري ، القانون السابق .

¹⁸ المادة 55 ق م ج ، القانون السابق .

¹⁹ المادة 56 ق م ج ، القانون السابق .

²⁰ المادة 123 من ق م ج ، القانون السابق .

²¹ المادة 119 من ق م ج ، القانون السابق .

²² المادة 121 من ق م ج ، القانون السابق .

²³ د/ مصطفى عيد الجواد، المرجع السابق ، ص 110-108 .

²⁴ المادة 58 من ق م ج ، القانون السابق .

رابعاً-عقد التبرع: وهو العقد الذي لا يحصل فيه المتعاقد على مقابل لما التزم به من المتعاقد الآخر ، مثل عقد الهبة .

نجد أن أغلب عقود المعاوضات هي عقود ملزمة لجانين و أغلب التبرعات هي عقود ملزمة لجانب واحد. و أهمية التقسيم بينهما أن الغلط في الشخص يؤثر في عقد التبرع أما في عقد المعاوضة فلا يؤثر إلا إذا كان الشخص محل اعتبار (مثل عقد شركة التضامن)..، كما أن اثبات سوء النية في عقود التبرع أسهل منه من عقود المعاوضة ، لأنه في عقود المعاوضة على الدائن اثبات سوء النية ، أما في عقود التبرع فالدائن يستطيع أن يطعن في أي تصرف يقوم به المدين ليضعف به الضمان العام عن طريق الدعوى البولصية دون الحاجة إلى إثبات سوء نية من تلقى التبرع.

الفرع الثالث:التقسيم على أساس طبيعة العقد:

يقسم العقد على أساس طبيعته إلى : العقد المحدد ، العقد الاحتمالي ، العقد الفوري و العقد الزمني .

أولاً-العقد المحدد : هو العقد الذي تحدد فيه كل من الحقوق و الالتزامات و وقت إبرام العقد ، اي أن كل من المتعاقدين على علم وقت ابرام العقد بما له من حقوق و ما عليه من التزامات مثل عقد البيع ، عقد الشركة

ثانياً-العقد الإحتمالي : هو العقد الذي لا يستطيع فيه المتعاقد وقت ابرام العقد تحديد ما سيحصل عليه، و مثال ذلك عقد التأمين ، فالمؤمن لا يستطيع وقت ابرام العقد أن يعرف ما سيحصل عليه من تعويضات.

و تكمن أهمية التقسيم في أن عنصر الاحتمال هو عنصر جوهري في العقد الاحتمالي ، فاذا لم يتوافر هذا العنصر يصبح العقد باطلا ، كما أنه إذا وقع غبن لأحد الطرفين في العقد الاحتمالي فليست له أية حماية قانونية ، لأنه أصلاً عقد قائم على غبن يتحملة المتعاقدان .

ثالثاً-العقد الفوري : هو العقد الذي يكون تنفيذه فوراً ، حتى لو تراخى في بعض الحالات ، كما في الأجل.

رابعاً-العقد الزمني : هو العقد الذي يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، كعقد الإيجار ، عقد التوريد ...، فالمنفعة تقدر بمدة معينة .

و أهمية هذا التقسيم تكمن في أن الأثر الرجعي للفسخ في العقد الفوري إلى يوم ابرام العقد ، أما في العقد الزمني فليس له أثر رجعي و إنما يبقى بالنسبة للمدة المتبقية ، كما أن العقد الزمني هو مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أن الاعذار شرط لاستحقاق التعويض عن التأخير في العقد الفوري خلافاً للعقد الزمني.

الفرع الرابع: التقسيم على أساس موضوع العقد

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

أولاً- العقد المسمى : هو العقد الذي وضع له المشرع اسماً خاصاً بها ، و أفرد لها أحكاماً خاصة بها تبين كيفية انعقادها و آثارها ، مثلاً عقد الهبة ، البيع ، الشركة

ثانياً- العقد غير المسمى : هو العقد الذي لم يضع له المشرع اسماً خاصاً به و لم يقرر له أحكاماً خاصة به تبين كيفية إبرامه و آثاره ، لكن هذا لا يعني أن هذا النوع من العقود لا يخضع للقانون ، و إنما تخضع للقواعد العامة ، و تبقى مسألة وصف العقد من مهام القاضي ، فلا يعتمد على تسمية المتعاقدين للعقد. و الحكمة من عدم تنظيم هذه العقود بسبب عدم شيوعها بين الناس ، مثال عقد الفندق.

الفرع الخامس: التقسيم على أساس كيفية حدوث التراضي

أولاً- عقد المساومة: و هو العقد الذي تتساوى فيه إرادة الأطراف في مناقشة شروط العقد .

ثانياً- عقد الاذعان: هو العقد الذي لا يملك فيه أحد الأطراف الحرية الكاملة مقارنة مع الطرف الثاني بحكم وضعه القانوني أو الفعلي في وضع شروط العقد ، ليس له إلا حرية قبول العقد بكامله أو رفضه كاملاً . فليس له مناقشتها أو تعديلها مثل عقد النقل ، عقد التأمين ...

أهمية التقسيم تظهر في أن للقاضي التدخل في العقد و السلطة في تعديل و تحديد شروط عقد الاذعان لفائدة المتعاقد المدعى²⁵ ، كذلك أن تفسير العقد يكون لمصلحة الكدين في عقد المساومة ، أما في عقد الاذعان فالشك يفسر لمصلحة الطرف الذي وقع في اذعان سواء كان مديناً أم دائناً²⁶ .

المبحث الثاني: أركان العقد

عرفنا العقد على أنه " اتفاق يقوم بين شخصين أن أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها، لذلك يتطلب إنشاء العقد رضا الطرفين ، و محل ينصب عليه التصرف المراد إبرامه ، بالإضافة إلى سبب يدفع إلى هذا التعاقد ، لذلك تتحدد أركان العقد في ثلاثة أركان : التراضي ، المحل و السبب ، فلو تخلف ركن واحد من هذه الأركان كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً . كما قد يضيف القانون أو المتعاقدان ركناً رابعاً يتمثل في الشكلية .

²⁵ المادة 110 من ق م ج ، القانون السابق .

²⁶ المادة 112 من ق م ج ، المرجع السابق .

المطلب الأول : ركن التراضي

يشترط في هذا الركن وجود الإرادة لكل من الطرفين، و معنى ذلك أن يكون كلا من الطرفين مدركا للتصرف الذي سيقوم به ، و أن تتجه إرادتهما إلى احداث نفس الأثر القانوني ، فتصدر الارادة الأولى من الطرف الأول (الايجاب) و يعرضها على الطرف الثاني الذي تتطابق إرادته معها (القبول).

الفرع الأول : التعبير عن الارادة

بين القانون المدني كيفية حصول العقد كما يلي : يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية²⁷ ، فمن خلال هذا النص القانوني نجد أن العقد لا يتم إلى برضا الطرفين أي بتعبيرهما عم ارادتهما قبل انعقاد العقد و اخراجها إلى حيز الوجود ، و يشترط أن تكون هذه الارادة صحيحة و غير معيبة بعيب من عيوب الارادة، الذي قد ينقصها أو يعدمها .

أولا- كيفية التعبير عن الارادة :

الأصل في التعبير عن الارادة هو حرية التعبير بأي طريقة تطبيقا لمبدأ الرضائية ، لكن قد يقيد القانون طريقة التعبير في بعض الحالات ، مثلا فرض شكل معين²⁸ ، و قد حدد القانون طرق التعبير عن الارادة بنصه عليها كما يلي²⁹ "التعبير عن الارادة يكون باللفظ ، و بالكتابة ، أو بالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالة على مقصود صاحبه . و يجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريح "

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

أ- **التعبير الصريح عن الارادة :** و فيه تتخذ إرادة الطرفين مظهرا خارجيا ، يعرف فيه كل من المتعاقدين إرادة الآخر و التي تتخذ عدة مظاهر :

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

2-التعبير عن الارادة بالكتابة، و يستوي فيها أن تكون رسمية أو عرفية ، موقعة أو غير موقعة ، أو تكون نشرة أو إعلان .

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

²⁷ المادة 59 من ق م ج ، القانون السابق .

²⁸ المادة 883 من ق م ج على أنه " لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي ..."

²⁹ المادة 60 من ق م ج ، القانون السابق .

4- يتمثل في اتخاذ موقف، لا تدع ظروف الحال الشك في دلالتة مثال : كعرض تاجر سلعته كالحضر مثلا للجمهور مع بيان ثمنها ، وقوف سائقي سيارات الأجرة في موقفها في انتظار الركاب .

ب-التعبير الضمني عن الإرادة:لم يحدد المشرع الجزائري حالات التعبير الضمني و لو حتى بمثال. ويكون ذلك في حالة ما إذا قام الشخص بعمل ما أو إتخذ موقفا يدل على إرادته بدون أن يتكلم أو يستعمل طريقة من طرف التعبير الصريح، ويكون التعبير الضمني صريحا ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان أن يكون التعبير صريحا. و مثال التعبير الضمني كأن يسلم الدائن سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت العكس .

و من الحالات التي يشترط فيها القانون التعبير الصريح عن الارادة مثل حالة التضامن بين الدائنين أو بين المدينين الذي لا يفترض و إنما يكون بناء على اتفاق أو بنص القانون³⁰ .

بعد أن عرفنا أن التعبير الضمني يعد طريقة صريحة في التعبير عن الارادة ، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول ما إذا كان السكوت يمكن اعتباره وسيلة للتعبير عن الارادة ؟

إن التعبير الضمني عن الارادة يستخلص من ظروف ايجابية تدل عليه ، أما السكوت موقف سلبي لا يمكن أن يكون تعبير عن الارادة في الإيجاب أبدا ، حيث أن الايجاب يتقدم صاحبه بعرض للطرف الثاني الذي قد يقبله أو يرفضه ، و السكوت لا يمكن أن يتم عن طريقه هذا العرض ، حيث أن فقهاء الشريعة الاسلامية يأخذون بمبدأ " لا ينسب لساكت قول " .

لكن ، مع أنه كأصل عام أنه لا يصلح السكوت أن يكون تعبير عن الارادة ، فلا يكون لا ايجابا و لا قبولا ، قرر المشرع ثلاث حالات يكون فيها السكوت قبولا استثناء³¹ عن الأصل كما يلي :

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

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

3/ إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه مثال الهبة ، فلا ينتظر الواهب قبول الموهوب له .

³⁰ راجع المادة 217 من ق م ج .

³¹ راجع المادة 68 من ق م ج .

من ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني ، قبل الإجابة على هذا السؤال نبحت في النظريتين المتعلقين بالإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة وذلك لاختلاف القوانين فيها .

ج-الاختلاف بين الارادة و التعبير عنها :

تتحول الارادة عن طريق التعبير عنها من ظاهرة نفسية إلى ظاهرة اجتماعية يعتد بها القانون ، و هذا ما يدفعنا إلى البحث فيما إذا كان التعبير يتفق مع ما أراده المتعاقد أم لا ، أي في حالة اختلاف الارادة الظاهرة عن الارادة الباطنة ، فبأي الارادتين يعتد ؟

ظهرت نظريتان في هذا الموضوع :

1-**نظرية الإرادة الباطنة** : تأخذ بالنية الحفية ، وليست بالمظهر الخارجي للإرادة فعلى القاضي التأكد من النية الحقيقية لمن صدر عنه التعبير عن الإرادة ، و هذه النظرية التقليدية القديمة تعتد بها المدرسة الفرنسية على أساس أن الارادة هي أساس الالتزام و التصرف القانوني ، فيعتد بالإرادة الحقيقية لأن التعبير ما هو إلا مظهر خارجي لها ، و دليلا عليها قابل لإثبات العكس .

2-**نظرية الإرادة الظاهرة**: أنه إذا ظهر تعبير عن الإرادة فإنه يحدث أثره القانوني دون البحث عن النية الحفية ، فالإعلان عن الإرادة يؤدي إلى الاستقرار في التعامل بين الناس . و هذه النظرية ظهرت على يد الفقهاء الألمان فهي حديثة ظهرت في منتصف القرن التاسع عشر ، على أساس أن العقد ظاهرة اجتماعية لا بد من التعبير عنها سواء صراحة أو ضمنا ، و متى صدر التعبير و قابله إعلان مطابق انعقد العقد . و لا يقبل اثبات مخالفة الاعلان لحقيقة الارادة بعد ذلك.

و بالمقارنة بين النظريتين نجدهما تختلفان من حيث الأساس النظري ، لكن من الناحية العملية و القانونية لا يظهر هذا الاختلاف ، لكن لا يمكن الأخذ بإحدى النظريتين دون الأخرى ، و هذا ما فعله المشرع الجزائري ، فقد أخذ بالنظرية الباطنة في بعض الحالات مثل : في حالة العقد الصوري يعتد بالعقد الحقيقي بالنسبة للمتعاقدين و خلفها العام³² ، و في كثير من الحالات أخذ بالإرادة الظاهرة مثلا أن القانون يعتد بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد ، فليس للقاضي أن ينحرف عن العبارات الواضحة في العقد للتعرف على إرادة المتعاقدين³³ .

³² راجع المادة 199 من ق م ج ، القانون السابق .
³³ راجع المادة 111 من ق م ج ، القانون السابق .

ثالثاً متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني :

ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك³⁴ ، بمعنى أن صاحب الإيجاب لا يستطيع سحبه أو العدول عنه متى علم به من وجه إليه ، أما قبل ذلك فيجوز له العدول عنه . و نفس الحكم إذا كان التعبير عن الإرادة قبولاً ، لكن في هذه الحالة يترتب انعقاد العقد. و في القبول تستثنى الحالات التي استثنائها القانون و هي الحالات التي اعتبر فيها السكوت قبولاً.

و وصول التعبير عن الإرادة للشخص الموجه له قرينة على علم هذا الأخير به ، و هي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس .

رابعاً- أثر الموت أو فقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة :

قررت النظرية التقليدية الفرنسية أن موت أحد الطرفين يؤدي إلى عدم انعقاد العقد ، تحقيقاً لتوافق الإرادتين وقت تمام العقد ، و إرادة الشخص تنتهي بوفاته أو بفقده الأهلية ، لكن النظرية الألمانية و التي أخذ بها المشرع الجزائري و ذلك لاستقرار المعاملات ، فقد جاء في القانون المدني أنه " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهلية قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل "

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

الفرع الثاني : كيفية تطابق الإرادتين

عرفنا سابقاً أن العقد هو اتفاق إرادتين أولهما هو العرض الذي يتقدم به الطرف الأول و هو ما يسمى بالإيجاب و تقابله إرادة مطابقة له تسمى قبولاً و أن يتم لاقتران بينهما ، لذا سندرس في هذا الفرع الإيجاب ثم القبول ، ثم تطابقهما .

أولاً: الإيجاب:

أ- تعريف الإيجاب: هو التعبير عن الإرادة من جانب واحد يوجهه شخص إلى شخص آخر، فالموجب يعرض على الغير إبرام عقد و ينعقد العقد بقبول هذا الأخير.

³⁴ المادة 61 من ق م ج ، القانون السابق .

كما يمكن تعريفه أنه التعبير عن الإرادة البات و النهائي المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد الذي ينصب عليه، إذا لحقه قبول مطابق له .

و يتميز الايجاب عن الدعوة إلى التعاقد في أن انعقاد العقد قد يتم عن طريق دعوة موجهة من أحد الطرفين إلى الآخر و هو الايجاب ، أو عن طريق دعوة موجهة للجمهور كالإعلان عن بضائع في الصحف و واجهات المحل و هو ما يعرف بالدعوة للتعاقد . لكن قد ينتج عن الدعوة للتعاقد إلى الدخول في مفاوضات تنتهي بمجرد مشروع .

و لم ينجح الفقه في وضع معيار حاسم للتمييز بين الايجاب و الدعوة للتعاقد ، و التمييز بينهما له أهمية بالغة تتمثل في أن قبول الايجاب يؤدي إلى انعقاد العقد أما قبول التفاوض فلا تترتب عنه مسؤولية عقدية ، فترك الأمر في التمييز بينهما للواقع و يختلف باختلاف الظروف و الملابسات ، و للقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

ولهذا يتميز الايجاب عن الدعوة إلى التعاقد من حيث أن الدعوة إلى التعاقد لا تعتبر ايجابا ، و إنما تعتبر عملا ماديا يترتب عليه أثر قانوني ، و لذلك فالشخص الذي يكلف بالتفاوض لا يعتبر نائبا لأن النيابة تكون في التصرفات القانونية ، بل يعد مجرد وسيط مثلا كالسمسار .

ب- شروط الايجاب:

1- إبراز الإرادة إلى حيز الوجود من طرف الموجب بوسائل التعبير عن الإرادة المنصوص عنها قانونا.³⁵

1- أن يكون التعبير عنه باتا أي نهائيا، أي تكون نية العارض تتجه إلى إحداث آثار قانونية ، فإذا لم يكن باتا يعد مجرد دعوة إلى التفاوض بشأن التعاقد .

2- أن يكون العرض كاملا أي يشمل العناصر الجوهرية للعقد مثال عقد البيع أن يحدد الثمن والشيء المبيع ، كذلك في عقد الإيجار يحدد محل الإيجار، الثمن المدة. فإذا لم تحدد هذه العناصر يكون الإيجاب غير ملزم فلا يعتبر إيجابا وإنما دعوة للتعاقد.

ج- القوة الملزمة للإيجاب :

لدراسة هذا العنصر طرحنا السؤال التالي: هل يتوجب على الموجب البقاء على إيجابه مادام أنه لم يقترن بالقبول؟

للإجابة على التساؤل وجدنا المشرع الجزائري يجيبنا بأنه " إذا عين أجل للقبول ، إلترم الموجب البقاء على ايجابه إلى انقضاء هذا الأجل .و قد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة"³⁶ فنجد أنه

³⁵ المادة 60 من ق م ج ، القانون السابق .

إذا حدد الموجب أجلا لإيجابه فهو يلتزم بالبقاء على إيجابه طوال المدة و تحديد الأجل قد يكون صريحا أو ضمنيا، أما إذا لم يقترن بأجل فإنه يكون غير ملزم وللموجب أن يتحلل من إيجابه³⁷.

د-الطبيعة القانونية للإيجاب : من خلال تحديد القوة الملزمة للإيجاب يمكن أن نحدد طبيعته كما يلي:

1-الإيجاب الملزم هو تصرف قانوني من جانب واحد مصدره الإرادة المنفردة.

2-الإيجاب غير الملزم هو عمل مادي ذي طبيعة قانونية.

هـ-حالات سقوط الإيجاب: يسقط الإيجاب في الحالات التالية :

1-رفض من وجه إليه الإيجاب (رفض القابل): سواء كان ملزما أو غير ملزم، و يأخذ الرفض صورة إيجاب جديد عن طريق التعديل من شروط الإيجاب³⁸.

2-انقضاء الأجل في الإيجاب الملزم : يسقط الإيجاب بانقضاء الأجل المحدد فيه ، فالقبول بعد ذلك يصبح إيجابا جديدا ينتظر قبول الموجب .

3-عدول الموجب إذا لم يكن مقترنا بأجل ولكن شرط عدم وصوله إلى علم القابل ، كما له الحق في الرجوع عن الإيجاب في حالة وصوله إلى القابل ولم يصدر القابل قبوله.

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

نطرح التساؤل حول : هل يسقط الإيجاب بسبب موت الموجب أو فقد أهلية ؟

نجد أن القانون المدني نص على أن " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، و يعتبر الوصول قرينة على العلم به ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك"³⁹ ، لذلك نفرق بين ثلاث حالات :

الحالة الأولى- إذا أرسل الموجب إيجابه ، و وصل إلى علم القابل ، و رد القابل بقبوله ، و لكن قبل وصول القبول إلى علم الموجب توفي هذا الأخير أو فقد أهليته ، فلا ينتج التعبير عن الإرادة أثره فيسقط القبول و بالتالي يسقط الإيجاب .

الحالة الثانية- الموجب ارسل إيجابه ، لكن قبل وصوله إلى علم القابل ، توفي القابل أو فقد أهليته ، يسقط الإيجاب مباشرة و لا ينتج أثره .

³⁶ المادة 63 من ق م ج ، القانون السابق .

³⁷ راجع المادة 64 من ق م ج ، القانون السابق .

³⁸ المادة 66 من ق م ج تنص " لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا " .

³⁹ المادة 61 من ق م ج ، القانون السابق .

الحالة الثالثة- الموجب أرسل إيجابه ووصل إلى علم القابل ، رد القابل بقبوله ، قبل وصول القبول إلى الموجب توفي القابل أو فقد أهليته ، فينتج الإيجاب أثره القانوني و ينعقد العقد ، و ينفذ من طرف ورثة القابل.

ثانياً: القبول

هو التعبير البات عن الإرادة المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد في حالة تطابقه تطابقاً تاماً مع الإيجاب ويتم عن طريق وسائل التعبير عن الإرادة ، و تتجه إلى إحداث آثار قانونية .

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

أ- شروط القبول :

- 1- مطابقة القبول للإيجاب : يجب أن يكون القبول مطابقاً تماماً للإيجاب، أي رضا القابل بجميع شروط الموجب، فإذا تضمن القبول تعديلاً بالزيادة أو النقصان ، فلا يعتبر قبولاً ، و إنما إيجاباً جديداً⁴⁰.
- 2- صدور القبول قبل سقوط الإيجاب في حالة الإيجاب الملزم ، أي قبل انقضاء المدة المحددة للقبول ، و إلا اعتبر إيجاباً جديداً . و إذا كان الإيجاب قد صدر في مجلس العقد فيجب أن يكون القبول قبل انقضاء مجلس العقد⁴¹.

كما نص المشرع على حالات ينعقد فيها العقد دون أن يصدر قبولاً من القابل ، و هي الحالات التي تفرضها طبيعة المعاملة أو العرف التجاري ، و التي لم يكن الموجب ينتظر فيها قبولاً صريحاً⁴².

ب- حالات خاصة في القبول :

- 1- **القبول في عقد الإذعان** : عرفنا سابقاً أن عقد الإذعان ينفرد فيه أحد الطرفين بوضع شروط العقد و على الثاني قبولها كلها أو رفضها كاملة ، حيث يتميز عقد الإذعان بأنه يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية للجمهور، حيث لا يستطيع الناس الاستغناء عنها ، كذلك حالة احتكار أحد المتعاقدين للسلعة أو الخدمة سواء أكان الاحتكار قانونياً أو فعلياً ، و تعرض هذه السلعة أو الخدمة للجمهور وفق شروط مقررة مسبقاً و لا تقبل النقاش .

⁴⁰ راجع المادة 66 من م ق ج ، القانون السابق .

⁴¹ راجع المادة 64 من م ق ج ، القانون السابق .

⁴² راجع المادة 68 من م ق ج ، القانون السابق .

و جاء في القانون المدني أن القبول في عقد الاذعان يتم بمجرد التسليم من طرف القابل بالشروط التي قررها الموجب والتي لا تقبل المناقشة⁴³ ، وللقاضي التدخل في التعديل أو إلغاء الشروط التعسفية⁴⁴ .

2-القبول في عقود المزايدات: يتم البيع بالمزايدة إما في حالات يقرها القانون مثلا حالة بيع أموال المدين بسبب عدم وفائه بديونه ، وقد يكون اختياريا، وقد يكون هذا البيع علنيا أو سرىا (في صورة أظرفة مغلقة)، و التعبير الصادر من المكلف بالمزاد ما هو إلا دعوة للتعاقد ، أما الايجاب فهو التقدم بالعطاء الذي تحدد فيه جميع العناصر الجوهرية للتعاقد الذي يسقط بعطاء أعلى منه و لو كان هذا العطاء الأخير باطلا .

يتم القبول في هذه الحالة برسو المزاد على أحد الأشخاص المشتركين في المزاد⁴⁵ ، و لا يتم العقد في المزايدات إلا في رسو المزايدات ويسقط المزاد بمزاد أعلى و لو كان باطلا، ففي هذه الحالة يعاد المزاد مرة أخرى حتى يرسو المزاد.

ثالثا- تطابق الإيجاب والقبول (اقتران الإيجاب بالقبول) .

نفرق بين حالتين : حالة التعاقد بين حاضرين و حالة التعاقد بين غائبين .

أ-التعاقد بين حاضرين: أي أن يجتمع المتعاقدين في مجلس واحد يسمى " مجلس العقد " ، و هو مصطلح مستمد من الشريعة الاسلامية ، يطبق مبدأ فورية القبول في هذه الحالة⁴⁶ ، فالإيجاب يبقى مادام أن مجلس العقد لم ينفذ ، وعلى القابل اصدار قبوله في مجلس العقد فورا و بذلك يتم العلم به من طرف الموجب وقت صدوره و بالتالي ينعقد العقد ، و يأخذ نفس الحكم التعاقد عن طريق الهاتف أو بطريقة مماثلة . حيث أن الايجاب في مجلس العقد غير الملزم أي غير محدد المدة، يستطيع صاحبه التحلل منه إذا لم يصدر القابل قبوله في مجلس العقد .

ب-التعاقد بين غائبين: هو التعاقد بين طرفين لا يجمعهما مجلس عقد واحد ، أي وجود فترة زمنية بين صدور الايجاب و صدور القبول، فيتم هذا التعاقد عن طريق رسول أو مراسلات بريدية أو برقية، و التساؤل الذي يطرح في هذا النوع من التعاقد هو عن مكان و زمان انعقاد العقد في هذه الحالة ، فظهرت للإجابة على ذلك نظريات مختلفة .

⁴³ تنص المادة 70 من ق م ج "يحصل القبول في عقود الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل المناقشة فيها "

⁴⁴ راجع المادة 110 من ق م ج ، المرجع السابق .

⁴⁵ المادة 69 من ق م ج " لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد ، و يسقط المزاد بمزاد أعلى و لو كان باطلا "

⁴⁶ راجع المادة 64 من ق م ج ، القانون السابق .

1- نظريات تحديد مكان و زمان انعقاد العقد بين غائبين :

- 1-1- **نظرية إعلان القبول :** أي يتم العقد بمجرد إعلان القبول من طرف القابل للإيجاب الموجه إليه ، لكن انتقدت هذه النظرية على أساس أن القابل يعلن قبوله والموجب لا يعلم به فلا ينتج أثره القانوني بذلك ، و قد يعدل القابل عن قبوله أو ينكره بعد صدوره .
- 2-1- **نظرية تصدير القبول :** أي أن يتم العقد بمجرد أن يصدر القابل رسالته التي تتضمن القبول وليس له حق العدول عنه. و انتقدت هذه النظرية على أساس أنها لم تضيف شيئاً للنظرية السابقة من الناحية القانونية ، حيث أن مجرد ارسال خطاب للموجب لا يكفي فهو لا يعلم بالقبول، كما أن القابل قد يسترد رسالته من البريد لأنه هو مالکها، طالما أنها لم تصل للمرسل إليه.
- 3-1- **نظرية استلام القبول:** العقد يتم بمجرد وصول الرسالة التي تتضمن القبول إلى الموجب، ووضع الرسالة في صندوق بريد الموجب يكفي لانعقاد العقد، و لا يشترط علم الموجب به ما دام أنه استلم القبول، إذ أن وصول القبول قرينة على العلم به، و انتقدت كذلك هذه النظرية على أساس أنه بالرغم من أن القبول وصل إلى الموجب إلا أنه لم يطلع عليه.
- 4-1- **نظرية العلم بالقبول :** أن العقد يتم في الزمان والمكان الذي يصل فيه القبول إلى علم الموجب، أي أن الارادة لا تنتج أثرها القانوني إلا من وقت العلم بها من طرف الموجب، و هو ما يتفق مع القواعد العامة .

أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية حيث نص على أنه⁴⁷ "ينتج التعبير عن الارادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ." كما نص على أنه⁴⁸ " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ."

وعلم الموجب واقعة مادية يثبت بجميع وسائل الاثبات المذكورة في القانون المدني ، و لما كان علم الموجب أمر داخلي قد يصعب اثباته جعل المشرع وصول التعبير قرينة على علم الموجب ، و هي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس .

2- أهمية تحديد مكان و زمان انعقاد العقد: إن تحديد كل من مكان و زمان ابرام العقد ذو أهمية بالغة من عدة نواحي نينها كما يلي :

1-2- معرفة الوقت الذي يبدأ فيه تنفيذ الالتزام و ترتب الآثار القانونية.

2-2- للموجب الحق في أن يتحلل من إيجابه الذي لم يحدد له أجلا، طالما أن القبول لم يصل إليه.

⁴⁷ المادة 61 من ق م ج ، القانون السابق .
⁴⁸ المادة 67 من ق م ج ، القانون السابق .

2-3- أن عقد البيع في المنقول يتم من وقت وصول القبول إلى الموجب وبالتالي تصبح له ثمار الشيء من ذلك الوقت .

2-4- سريان المواعيد منها التقادم ، كما في حالة اشتراط الأهلية الكاملة للتعاقد ينظر إليها وقت تحقق شرط العلم بالتعبير عن الإرادة .

2-5- تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد والجهة القضائية المختصة في النظر في النزاعات المتعلقة به . فإذا صدر قانون جديد يحكم عقدا من العقود ، فإن هذا القانون لا يطبق إلا على العقود التي تبرم بعد نفاذه و لا يطبق بأثر رجعي ، لذلك لا بد من تحديد زمان العقد ، كما أنه قد يعدل في الجهة القضائية المختصة لذلك لا بد من معرفة مكان إبرام العقد .

2-6- أنه يشترط أن يكون حق الدائن سابق في تاريخ نشوئه على تاريخ التصرف الذي يطعن فيه بالدعوى البولصية .

ثالثا- صور خاصة بالتراضي :

أ- النيابة في التعاقد: هي صورة من صور التعاقد ، نظمها المشرع في مواد من القانون المدني⁴⁹ ، و تعرف على أنها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في التعبير عن الإرادة مع انصراف الآثار القانونية المترتبة عنه إلى شخص الأصيل كما لو كان شخصا الذي صدر منه التعبير عن الإرادة .

1- شروط النيابة في التعاقد:

1-1- حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل: التعبير عن الإرادة يكون صادرا من طرف النائب فهو لا ينقل تعبير الأصيل ، وهو الفرق بين النائب والرسول و يترتب على ذلك ما يلي :

1-1-1- تعاقد بين النائب والمتعاقد معه يعتبر تعاقدًا بين حاضرين ، إذا كان النائب حاضرا في مجلس العقد . ولو كان الأصيل غائبا أما التعاقد بين الرسول والمتعاقد الآخر فيعد تعاقدًا بين غائبين .

1-1-2- يترتب على ذلك أن إرادة النائب محل اعتبار من حيث سلامتها وصحتها من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال . حيث لو شاب العقد عيبا من هذه العيوب ، فيحق للأصيل طلب إبطال العقد مثال: إذا وقع النائب في حيل استعملها الطرف الثاني للأصيل أن يرفع دعوى قضائية يطلب فيها إبطال العقد .

كما يعتد بحسن نية أو سوء نية النائب في التعاقد وليس الأصيل⁵⁰ .

⁴⁹ المواد من 73 إلى 77 من ق م ج ، القانون السابق .
⁵⁰ راجع المادة 1/73 من ق م ج ، القانون السابق .

1-1-3-النائب يتصرف وفق تعليمات الأصيل، وليس للأصيل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها مثلاً: الأصيل أوكل النائب لشراء سيارة كان هو على علم بالعيوب التي في السيارة أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها، ثم رفع دعوى قضائية على أساس أن النائب لم يكن على علم بهذه العيوب، ترفض دعوى الأصيل في هذه الحالة وهذا بالرجوع لنية الأصيل الذي كان على علم بها⁵¹.

1-1-4-أما بالنسبة للأهلية فتشترط أهلية التعاقد بالنسبة للأصيل رغم أن النائب هو الذي يبرم العقد بإسمه ولحسابه لأن آثار العقد تنصرف للأصيل. ويكفي في النائب التمييز للتعبير عن إرادة.

2-1- أن يلتزم النائب حدود نيابته:

1-2-1-على النائب أن يتعاقد في الحدود التي وكل فيها، فلا تنصرف آثار العقد إلى الأصيل إلا في هذه الحدود، وفي حالة تجاوزها يتحمل النائب مسؤولية ذلك، وتحدد حدود النيابة إما بالاتفاق بين الأصيل والنائب أو يفرضها القانون مثلاً: كالولي، الوصي، القيم.

1-2-2-الأصيل يتحمل المسؤولية في حالة تجاوز النائب حدود نيابته في حالة واحدة فقط، وهي إذا كان الغير الذي تعاقد معه النائب حسن النية لا يعلم أن النائب تجاوز حدود نيابته فتصرف آثار العقد إلى الأصيل وليس للنائب.

1-2-3-وفي حالة انقضاء النيابة يفقد النائب صفته النيابة لذلك لا يجوز للنائب أن يتصرف باسم الأصيل بعد ذلك، ولكن وجد استثناء بنص القانون⁵² "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه" مثال: الأصيل مات ولم يكن كل من النائب و المتعاقد معه على دراية بموته وقت إبرامهما العقد.

1-2-4-أن يتعامل النائب لحساب الأصيل وباسمه رغم أن الإرادة التي يعتد بها في العقد هي إرادة النائب، إلا أنه عليه أن يصرح بأنه يتعامل باسم الأصيل ولحسابه حتى يعلم الغير (الشخص المتعاقد معه) بذلك ليستطيع المطالبة بحقوقه والتزاماته من الأصيل، أما إذا كان الغير يعلم بصفته النيابة فلا داعي للإعلام وإذا كان لا يهتم المتعاقد الآخر أنه يتعامل مع النائب أو الأصيل، فلا يضاف إلى الأصيل أثر العقد دائماً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة⁵³.

2-آثار النيابة:تترتب عن النيابة آثارا سواء بين طرفيها أو بين طرفيها و المتعاقد معه.

⁵¹ راجع المادة 2/73، من ق م ج، القانون السابق.

⁵² المادة 76 من ق م ج، القانون السابق.

⁵³ المادة 75 من ق م ج، القانون السابق.

1-2-العلاقة بين النائب والمتعاقد معه : لا تنشأ بينهما أية علاقة لأن آثار العقد تنصرف إلى الأصيل، إلا إذا ارتكب النائب خطأ يعتبر مسؤولاً عنه أمام المتعاقد معه و أمام الأصيل .

2-2- العلاقة بين النائب و الأصيل تحدد العلاقة إما بالاتفاق أي بموجب عقد الوكالة أو بالقانون و مثالها : الولي ، الوصي ، و قد يفوض القانون للقاضي تحديد شخص النائب للقاضي مثل الوصي و القيم ، و تسمى بالنيابة القضائية .

3-2- العلاقة بين الأصيل والمتعاقد معه: تقوم علاقة مباشرة بينهما بمجرد إتمام العقد فتصرف آثاره إليهما طبقاً لنص المادة 74 ق م ج " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق و التزامات يضاف إلى الأصيل " .

3-حالة خاصة في النيابة في التعاقد (تعاقد الشخص مع نفسه) : تنص مادة 77 ق م ج " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز بالأصيل في هذه الحالة أن تجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة " .

من خلال هذا النص نجد أن المشرع منع النائب من التعاقد مع نفسه في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان مكلفاً ببيع وكان هو المشتري.

الحالة الثانية: أن يكون مكلفاً بالبيع والشراء لشخصين في نفس الوقت وهو وكيلاً عنهما. فيقوم بالبيع والشراء لهذين الشخصين في عقد واحد.

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

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

ب-الوعد بالتعاقد :

1- تعريفه : عرفه المشرع على أنه "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، و المدة التي يجب إبرامه العقد فيها"⁵⁴ .

⁵⁴ المادة 1/71 من ق م ج ، القانون السابق .

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

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

و الوعد بالتعاقد قد يكون ملزما لجانب واحد بحسب الأصل فهو يرتب التزامات على الواعد فقط دون الموعد له ، لكن إذا لم تظهر رغبة الموعد له في التعاقد خلال المدة المعينة يسقط الوعد بالتعاقد. كما يكن الوعد بالتعاقد ملزما للجانبين ، يكون الطرفين واعدة و موعودا في نفس الوقت خلال فترة محددة.

2- شروط الوعد بالتعاقد :

-هو عقد و بالتالي لا بد من توافق ارادتين ، ارادة الواعد و ارادة الموعد له ، و يتميز الوعد عن الايجاب الملزم في أن الوعد بالتعاقد يتكون من ايجاب مقترنا بقبول مطابقا له .

-هو عقد و لذلك لا بد من توافر جميع أركان العقد و شروط صحته من رضا و محل و سبب، و سلامة الارادة من العيوب ، و تمتع المتعاقد بالأهلية ، ففي الوعد الملزم لجانب واحد يشترط أن يكون الواعد أهلا للتعاقد ، فيكون العقد صحيحا حتى لو فقد أهليته عند إبرام العقد النهائي بشرط أن لا تزيد التزاماته كما كانت عليه وقت الوعد ، و لا يشترط في الموعد له الأهلية إلا وقت إبرام العقد الموعد به .

-ويشترط في كلا النوعين من الوعد توافر العناصر الجوهرية⁵⁵ ، أي تحديد جميع أركان التصرف ، مثلا في عقد الايجار تحدد العين المؤجرة و مدة الايجار و ثمنه .

-كما يشترط في الوعد تحديد المدة أو الفترة التي يجب إبرام العقد النهائي فيها ، و هذا التحديد قد يكون صريحا أو ضمنيا يستخلص من ظروف الحال ، و عدم توافر هذا الشرط يبطل الوعد بالتعاقد.

-كما يستوفي عقد الوعد نفس الشكل الذي يتطلبه القانون في العقد الموعد به⁵⁶ ، في العقود الشكلية مثل الوعد ببيع عقار أو حق عيني عقاري أو الوعد برهن رسمي ، و إلا كان الوعد باطلا .

3- آثار الوعد : ترتب عن الوعد بالتعاقد آثارا نحددها بفترتين الأولى قبل إظهار الرغبة في التعاقد و الثانية بعد إظهار الرغبة .

^{55/} راجع المادة 1/71 من م ج ، القانون السابق .

⁵⁶ المادة 2/71 " و اذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد "

3-1 آثار الوعد قبل إظهار الرغبة :

- يلتزم الواعد بالبقاء على وعده حتى يظهر الطرف الآخر رغبة في التعاقد خلال المدة المحددة في الوعد.
- يلتزم الواعد بالمحافظة على الشيء محل الوعد ، فلا يجوز له أن يتلفه أو يغير من طبيعته أو أن يرتب عليه حقا للغير كالهبة أو الرهن ، فإذا أخل الواعد بهذا الالتزام ترتبت المسؤولية العقدية و التزم بتعويض الموعود له . و هذا الالتزام ينتقل إلى الورثة.
- في هذه المرحلة للموعود له حق شخصي و ليس عيني و يترتب على ذلك ، أن للواعد ملكية المال الموعود بالتصرف فيه ، فتكون له ثماره ، و في حالة هلاك المال بقوة قاهرة ينقضي الالتزام لاستحالة الوفاء و بالتالي ينقضي حق الموعود له في التمسك بالوعد ، و بالتالي يتحمل الواعد الهلاك و ليس للموعود له الحق في التعويض .

3-2 آثار الوعد بعد إظهار الرغبة :

- إذا أظهر الطرف الثاني رغبة في التعاقد في المدة المحددة لذلك، يتم العقد دون أي إجراء جديد لأن الوعد يتوفر على جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه. و في الوعد الملزم للجانبين يتم إبرام العقد النهائي عند حلول الأجل المحدد لإبرامه .
- ينعقد العقد من وقت إظهار الرغبة في التعاقد دون أي أثر رجعي .
- إذا انتهت مدة الوعد دون إظهار الرغبة يسقط الوعد .
- عند إظهار الرغبة في الوعد الملزم لجانب واحد وحلول الأجل للوعد الملزم لجانبين يجب إبرام العقد النهائي ، فإذا تقاعس أحدهما على إبرام العقد ، للطرف الثاني إجباره على ذلك برفع دعوى قضائية تسمى " دعوى صحة التعاقد " .

وبصدور الحكم في هذه الدعوى و الذي يكون نهائيا أي حائزا لقوة الشيء المقضي فيه ، و يقوم الحكم مقام العقد النهائي بشرط توافر الشكل في العقد الشكلي إذا كان محل العقد عقارا ، فيتم تسجيل الحكم و شهره طبقا لنص المادة 72 من القانون المدني.

ج- التعمد بالعبث

العربون هو مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت إبرام العقد ، و يكون الهدف من العربون إما أن العقد قد تم نهائيا و الهدف من دفع العربون هو ضمان تنفيذه ، و إما تقرير حق كل من

المتعاقدين في العدول عن العقد و يعد العربون في هذه الحالة تعويض مسبق ، و العربون شائع في البيع و الايجار.

و قد أخذت القوانين الجرمانية بالمفهوم الأول للعربون، أما الأنظمة اللاتينية فقد عملت بالمعنى الثاني. أما المشرع الجزائري فقد حدد دلالة العربون في القانون 10-05 في كما يلي " يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك. فإذا عدل من دفع العربون فقدته. و إذا عدل من قبضه رده و مثله و لو لم يترتب على العدول أي ضرر"⁵⁷.

يتضح من هذا النص أن دفع العربون وقت إبرام العقد يدل على حق كل من المتعاقدين في العدول عن إبرامه خلال المدة المتفق عليها ، و إذا انتهت المدة دون أن يبين أحد المتعاقدين رغبته في العدول فيتأكد العقد و يعتبر العربون تنفيذا جزئيا للعقد .

أما إذا عدل من قدم العربون فإنه يفقده أما إذا عدل من قبض العربون فيرده و مثله .

و يمكن أن يكون العربون دليلا على تأكيد العقد ، و لكن يشترط في هذه الحالة أن يتفق الطرفان على ذلك إما صراحة أو ضمنا و هذا يتضح من خلال نص المادة السابق " يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك".

الفرع الثالث : صحة التراضي:

الإرادة تنتج آثارا قانونية إذا كانت صادرة من شخص له أهلية وإرادته خالية من عيوب الإرادة فكل منها لها أثر على صحة التراضي الذي يعتبر ركنا من أركان العقد وتخلفه يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا ومطلقا .

أولا - **الأهلية**: هي صلاحية الشخص للاكتساب حقوق و تحمل التزامات و مباشرة التصرفات القانونية ، و الأهلية نوعان:

أهلية الوجوب وهي صلاحية الشخص لاكتساب و تحمل التزامات ، وتثبت للشخص منذ ولادته حيا ، كما تثبت للجنين في بطن أمه فهي لا ترتبط بالقدرة العقلية للإنسان.

أما أهلية الأداء فهي قدره الشخص على التصرف في أمواله وهذه القدرة تختلف من شخص إلى آخر و مناطها التمييز ويرجع ذلك إما لصغر السن إما لتأثرها بعوارض الأهلية أو موانعها . وقد حدد المشرع سن التمييز بثلاثة عشر (13) سنة⁵⁸ . وربط المشرع الجزائري قدرة الإنسان على التصرف بثلاثة مراحل:

⁵⁷ المادة 72 مكرر من ق م ج ، القانون السابق .

⁵⁸ راجع المادة 2/42 من ق م ج ، القانون السابق .

المرحلة الأولى: تبدأ منذ ولادته إلى سن التمييز (13 سنة) ، و يسمى الشخص هما "عديم الأهلية" ، أو "غير المميز" ، وتصرفاته في هذه المرحلة تعد باطلة بطلانا مطلقا لأنه ليس أهلا لممارسة حقوقه المدنية⁵⁹ . ويخضع لأحكام الولاية، الوصاية، القوامة⁶⁰ .

المرحلة الثانية: و تسمى بمرحلة التمييز و تبدأ من سن 13 سنة إلى 19 سنة ، وهي مرحلة نقص الأهلية ، ويكون فيها الشخص مميزا⁶¹ ، ويخضع ناقص الأهلية أو المميز لأحكام الوصاية ، الولاية، القوامة . و تصرفات الشخص في هذه المرحلة تأخذ الأحكام التالية :

- تكون باطلة بطلانا مطلقا إذا كانت ضارة ضررا محضا.
- تكون قابلة للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر.
- تكون صحيحة إذا كانت نافعة نفعا محضا .

المرحلة الثالثة: تبدأ من سنة 19 سنة إلى الوفاة ، يصبح فيها الشخص بالغا عاقلا وتكون تصرفاته صحيحة سواء كانت نافعة أو ضارة ، وهذا ما نصت عليه المادة 40 من ق م ج على أنه "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية و لم يجبر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية" ،

فالشخص الذي يبلغ سن 19 سنة وكان عاقلا وبالغا تعتبر تصرفاته صحيحة، لكن إذا اعترضه عارض من عوارض الأهلية كالجنون ، أو العته، السفه ، الغفلة ، فالجنون و المعتوه يأخذان حكم عديم الأهلية و بالتالي تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا . أما السفه والغافل فيأخذان حكم ناقص الأهلية وبالتالي تصرفاتهم تأخذ نفس حكم تصرفات ناقص الأهلية.

أما بالنسبة للأصم والأبكم والأعمى ، فنصت المادة 80 من ق م ج " إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، و تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن ارادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته"

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

⁵⁹ راجع المادة 42 من ق م ج ، القانون السابق .

⁶⁰ راجع المادة 44 من ق م ج ، القانون السابق .

⁶¹ راجع المادة 43 من ق م ج ، القانون السابق .

جاء في نص المادة 45 من ق م ج أنه "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها"، هذه المادة جاءت آمرة فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وأي إتفاق على ذلك يعد باطلا مطلقا، فأحكام الأهلية من النظام العام .

بالإضافة إلى عوارض الأهلية فقد تصيب الإرادة موانع قانونية ، بالرغم من كمال الأهلية لدى الشخص إلا أنه يمنع من مباشرة تصرفا من التصرفات لأسباب مختلفة منها:

-المنع القانوني لبعض الأشخاص من مباشرة بعض التصرفات القانونية، مثلا منع القضاة من شراء الحقوق المتنازع فيها في دائرة اختصاصهم.⁶²

-المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، يصبح فاقد الأهلية مدة قضاء العقوبة فيمنع بذلك من القيام بالتصرفات القانونية ، و يصبح مجورا عليه بقوة القانون بمجرد الحكم عليه بعقوبة جنائية .

ثانيا-عيوب الإرادة: هي أن الإرادة تشوبها أمور تجعلها غير سليمة و قد حددها المشرع في القانون المدني في المواد من 80 إلى 91 ، و تتمثل هذه العيوب في كل من الغلط و التدليس و الاكراه و الاستغلال .

أ- الغلط :

1-تعريفه: هو تعريف مزيف للحقيقة أو تصور مزيف للحقيقة، فهو وهم يقع فيه شخص يكون هو دافعه للتعاقد و للغلط ثلاثة أنواع :

1-1-الغلط المانع:وهو الغلط الذي يعوق إبرام العقد أي يقع قبل إبرام العقد وليس بعده وله عدة صور:

1-1-1-الغلط في طبيعة العقد: مثال أن أحد المتعاقدين استلم منزلا على أنه اشتراه من الطرف الثاني ، في حين أن الطرف الثاني سلمه له على سبيل الايجار ، يكون العقد باطلا لعدم تطابق الإرادتين.

1-1-2-الغلط في ذاتية المحل : الغلط في ذاتية المحل مثلا شخص أراد أن يبيع لآخر الطابق الثاني من سكن يملكه أما الآخر فجاء لشراء الطابق الأول . ويعد العقد باطلا لعدم تحديد المحل .

1-1-3-الغلط في وجود السبب:السبب الموهوم. مثلا شخص يؤمن مصنعه ضد الحريق وهذا المصنع كان مؤمنا من طرف مورثه ، عقد التأمين باطلا لعدم وجود السبب .

1-2-الغلط الذي لا يؤثر في الرضا:وهو الغلط الثانوي الذي لا يؤثر في صحة الرضا ، و هذا ما نصت عليه المادة 84 من ق م ج " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط " .

⁶² راجع المواد 402 و 403 من ق م ج ، القانون السابق .

3-1-الغلط الذي يعيب الرضا: هذا العقد لا يعدم الرضا وإنما يجعله غير صحيح، فالعقد موجود لكن ركن التراضي فيه معتل، من شأنه أن يجعل العقد قابلا للإبطال من طرف من له مصلحة بإبطاله فهو حر في إبطاله أو إجازته⁶³.

2- شروط الغلط:

1-2- أن يقع الغلط أثناء إبرام العقد، طبقا لنص المادة 81 من ق م ج⁶⁴.

2-2- أن يكون الغلط جوهريا، وعرفته المادة 82 من ق م ج " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط"، من خلال نص المادة نجد أنه ليس كل غلط يجعل العقد قابلا للإبطال بل يشترط أن يكون جوهريا وأن يكون هو الدافع الرئيسي للتعاقد.

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

و يقع الغلط في الصفة الجوهرية للشيء أو في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكان هذا الغلط هو الدافع إلى التعاقد⁶⁵.

2-2-1-الغلط في الصفة الجوهرية للشيء :

هو ان الشخص وقع في غلط في الصفة المعتاد أن توجد في الشيء (أي المعروفة لدى كافة الناس) مثال : أن شخص اشترى قطعة على أنها أثرية ثم تبين له غير ذلك أي أنها مقلدة، أو شراء قطعة أرض لبناء مصنع ثم يكتشف أن السلطات الادارية تمنع إقامة مصانع في هذه المنطقة، أو أن مساحة الأرض غير كافية لبناء المصنع، وكذلك حالة شراء سيارة على أنها جديدة ثم يظهر أنها مستعملة.

و الصفة التي دفعت المتعاقد لإبرام العقد وهو معيار شخصي داخلي تتعلق بالشخص المخطئ، و قد وضع المشرع الجزائري قرينة موضوعية للكشف عن الحالة نفسية للشخص الواقع في غلط قضى بأن الصفة الجوهرية للشيء لا تكون فقط وقت أن يعتبرها المتعاقدان جوهريا بل اعتبرها كذلك وفق ما يلبس العقد من ظروف وما ينبغي في التعامل من حسن النية⁶⁶.

⁶³ المواد من 81 إلى 85 من ق م ج، القانون السابق.

⁶⁴ تنص المادة 81 من ق م ج على أنه " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد، أن يطلب ابطاله "

⁶⁵ راجع المادة 82 من ق م ج، القانون السابق.

⁶⁶ راجع المادة 2/82 من ق م ج، القانون السابق.

2-2-2-الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته :

"إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة في صفاته وكانت تلك الذات أو الصفة السبب الرئيسي في التعاقد"⁶⁷.

إذن الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته له أهمية كبيرة في العقود التي يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار، والغلط في ذات المتعاقد أقل وقوعاً من الغلط في صفة المتعاقد، لأن المؤهلات المهنية هي التي تكون في الغالب سبباً في التعاقد مثلاً شخص تعاقد مع جراح للقيام بعملية، ثم بعد التعاقد اكتشف أنه ليس الطبيب المختص المشهور الذي كان يريد التعاقد معه، إذن الخطأ في الصفة على أنه مختص و هو ليس كذلك .

و يشترط أن يكون هذا الغلط في ذاتية المتعاقد أو في صفة من صفاته هو الدافع إلى التعاقد ، لكي يعتبر جوهرياً و بالتالي يعيب الإرادة التي تجعل العقد قابلاً للإبطال ، و مثال ذلك في عقد التبرع وقع غلط ذاتية المتبرع محل اعتبار ، فالغلط فيها يؤدي إلى جواز إبطال العقد و مثاله تبرع شخص لآخر بمال معتقداً أنه ابن صديقه المتوفي ثم اتضح أنه تشابه في الأسماء .

2-2-3-الغلط في القانون : نصت م 83 من ق م ج " يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت معه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين 81 و 82 مالم يقض القانون بغير ذلك "

فالغلط في القانون مثل الغلط في الواقع أي هناك غلط في القانون في صفة الشيء والغلط في القانون في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته ، ويشترط فيه توفر نفس شروط الغلط في الواقع ليجعل العقد قابلاً للإبطال ، و يكون في حالة ما يتصور أحد الأشخاص حكم القانون على غير حقيقته . مثال كأن يقوم شخص بدفع ديون شخص آخر الذي أصبح التزاماً طبيعياً معتقداً منه أنه إلتزام مدني فيجوز له في هذه الحالة طلب إبطال العقد بسبب غلط في صفة شيء .

و يكون غلط في القانون في ذات المتعاقد أو صفته مثلاً في حالة هبة رجل لمطلقاته مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلاً أن الطلاق الرجعي يصبح بائناً بعد مرور مدة العدة ، وتصبح مطلقته أجنبية عنه ، فعقد الهبة قابل للإبطال.

و في آخر المادة 83 السابقة الذكر " ما لم يقض القانون بغير ذلك " ، أي القانون يقضي أن الوقوع في الغلط في القانون لا يؤدي إلى إبطال العقد مثلاً المادة 465 من ق م ج التي تنص " لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون " .

⁶⁷ المادة 3/82 من ق م ج ، القانون السابق .

3- الآثار المترتبة على الغلط: إذا توفرت شروط الغلط يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط طلب إبطال العقد أو إجازته خلال 05 سنوات من يوم اكتشافه أو كشفه وعشر سنوات من يوم تمام العقد .

ب-التدليس :

1-تعريفه : هو عبارة عن طرق احتيالية أو أكاذيب أو كتمان يلجأ إليه أحد المتعاقدين لإيقاع المتعاقد الثاني في غلط يدفعه إلى التعاقد. و نص عليه القانون المدني في المادة 86 منه "يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة " .

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

2-تميز التدليس عن الغلط :

-تميز بينهما لأن التدليس هو استعمال طرق احتيالية يستخدمها الغير لشخص المتعاقد الآخر، يؤدي إلى غلط المتعاقد الأول ليدفعه إلى التعاقد ، فرأت بعض التشريعات أن النص على الغلط يغني عن النص على التدليس، لكن نجد أن الاختلاف بينهما يسير يتمثل في :

- أن الوهم الدافع إلى التعاقد في الغلط يقع فيه الشخص من تلقاء نفسه، أما المدلس عليه فيقع في الغلط تحت تأثير وسائل خارجية .

-من السهل إثبات التدليس بإثبات الوسائل الاحتمالية بينما الغلط يصعب إثباته لأنه حالة نفسية.

- قد يكون مجرد الغلط ليس كافيا لإبطال العقد ، مثل الغلط في الحساب لكن إذا استعملت وسائل احتيالية لإيقاع المتعاقد في الغلط في الحساب يكون تدليسا يؤدي إلى قابلية الإبطال .

3- شروط التدليس :

1- استعمال طرق احتيالية بقصد الإيقاع بالغلط، وهذه الطرق إما أن يكون مادية أو أكاذيب أو كتمان . مثلا التزام البائع بإظهار كل العيوب الموجودة في الشيء المباع ، فإذا سكت عن هذه العيوب عند إبرام العقد يعد السكوت تدليسا،بالإضافة إلى أن يكون للشخص الذي يقوم بهذه الطرق نية التضليل أي إيقاع الطرف المتعاقد الآخر في غلط. وإن لم تكن له هذه النية فلا يؤثر على العقد .

2- أن يكون الاحتيال دافعا لإبرام العقد أي التصرف ، حيث نصت المادة 1/86 ق م ج على أنه " يجوز إبطال العقد لتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد " ، من خلال هذه المادة نجد أنه يشترط أن يكون الاحتيال الذي وقع فيه المتعاقد جسيما ، أي أثر في إرادته وجعله يبرم العقد حيث أنه لو علم به وقت تكوين إرادته والتعاقد لما أبرم العقد.

سؤال: هل الاحتيال هو الذي يؤثر في الإرادة أو ما يترتب على الاحتيال من وقوع في الغلط؟.

إن الاحتيال ومدى قدرته على إيقاع الطرف في الغلط يقدر بمعيار شخصي ذاتي بمعنى أننا ننظر إلى الشخص المدلس عليه ومدى تأثير إرادته بهذا الاحتيال دون النظر إلى الاحتيال ودرجة تأثيره.

3- إتصال المتعاقد الآخر بالتدليس : أي أن تكون الطرق الاحتيالية صادرة من المتعاقد أو من نائبه ، فإذا كان صادرا من الغير فلا يمكن أن يعتد به ، و ليس للمتعاقد المدلس عليه طلب ابطال العقد إلا إذا كان المتعاقد المستفيد من التدليس على علم به ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم به ⁶⁸ .

4- الآثار المترتبة عن التدليس :

-يجوز للمتعاقد الذي وقع في تدليس طلب إبطال العقد خلال خمس (05)سنوات من يوم الكشف عليه و عشر سنوات (10) من يوم إبرام العقد ⁶⁹ .

-تقوم المسؤولية التقصيرية على أساس المادة 124 من ق م ج ، حيث يمكن اعتبار التدليس عملا غير مشروع ممن وقع منه للمدلس عليه طلب التعويض عن الضرر الناجم عن التدليس إن كان لهذا التعويض محل ⁷⁰ .

-إذا لم ترفع الدعوى خلال المدة المحددة قانونا يصبح العقد صحيحا والإجازة تكون ضمنية.

ج- الإكراه :

1-تعريفه : هو ضغط يتعرض له المتعاقد فيولد رهبة و خوفا في نفس و خوفا يحمله على التعاقد ، و الاكراه يعيب الرضا ، حيث أن الارادة موجودة لكنها معيبة بفقدانها لأحد عناصرها الأساسية و هو عنصر الحرية و الاختيار.

⁶⁸ د/راجع المادة 87 من ق م ج ، القانون السابق .

⁶⁹ راجع المادة 101 من ق م ج ، القانون السابق .

⁷⁰ يجوز للمدلس عليه عند إثباته حقه في إبطال العقد أن يكتفي بطلب التعويض و لا يبطل العقد .

كما يمكن تعريفه على أنه فعل من طبيعته يولد رهبة في نفس الضحية يرغمه على إبرام العقد، فالسبب الذي يعيب الرضا ليس الإكراه وإنما الخوف والرهبة. والسبب الذي جعل المشرع الجزائري يعتبره سببا لإبطال العقد⁷¹ هو أن المتعاقد المكره لم يكن حرا في إبرام العقد.

2- شروط الإكراه:

2-1- التعاقد تحت سلطان الرهبة: و يتحقق هذا الشرط بتوفر مايلي :

- استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق ، و أن تكون هذه الوسائل مادية غير مشروعة تؤدي إلى غرض غير مشروع .

- هذه الوسائل المادية قد تقع على الجسم كالضرب والإيذاء بأنواعه ، ويسمى الإكراه الحسي وهو قليل الوقوع أو الإكراه النفسي الذي يولد في نفس المكره رهبة مثل التهديد وهو كثير الوقوع .

- يشترط في استعمال وسائل الإكراه تهديد المكره بخطر جسيم محقق سيلحقه إذا لم يبرم العقد و العبرة في ذلك نفسية الشخص المكره ، و يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه و الحالة الاجتماعية و الصحية و جميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه⁷² . و يلاحظ أن معيار الرهبة التي تتولد في نفس المتعاقد معيارا شخصيا لأن الأشخاص يتفاوتون في تصورهم للأخطار التي تهددهم.

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

- وهذا الخطر قد يقع على حياة الشخص أن سلامة أعضائه أو ألم نفسي ينزل أو يقع على شرفه وسمعته، وقد يقع الخطر على ماله مثال لتهديد بحرق مزرعته.

- وقد ساوى المشرع بين الخطر الذي يقع على جسم ومال وشرف الشخص المتعاقد والخطر الذي يقع على أحد أقاربه⁷³ (عزيز عليه).

- الإكراه يتحقق باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى هدف غير مشروع ، لكن إذا وقع إكراه باستعمال وسائل مشروعة للوصول لهدف مشروع فمن لا يعيب ولا يؤدي إلى إبطال العقد ، و

⁷¹ المادة 88 / 1 من ق م ج "يجوز ابطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الأخر في نفسه دون حق "

⁷² راجع المادة 3/88 من ق م ج ، القانون السابق .

⁷³ المادة 2/88 " و تعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو أحد أقاربه ، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال "

مثال ذلك يهدد الدائن المدين باستصدار حكم قضائي للتنفيذ على أمواله ، إذا لم يقدم له ضمانا عينيا لدينه ، فهذا لا يبطل عقد الرهن .

-لكن إذا استعملت وسائل مشروعة للحصول على هدف غير مشروع يعتبر العقد قابلا للإبطال مثلا : إذا هدد الدائن مدينه بشهر إفلاسه .

-الإكراه الناتج عن النفوذ الأدبي بين الأب والابن ، الزوج و الزوجة ، لم ينص المشرع الجزائري عليه . لكن إذا رجعنا للمادة 88 / 3 بما أنها تأخذ بالمعيار الذاتي الشخصي يمكن إبطال العقد للإكراه الناتج عن النفوذ الأدبي وهي تخضع لتقدير القاضي .

2-2-الرهبة في النفس الدافعة للتعاقد:

لا يكفي استعمال الوسائل المادية لتحقيق الإكراه وإنما لا بد أن تتولد عنها رهبة وهي الخوف الذي يقع في نفس المتعاقد ، والتي تكون هي الدافع للتعاقد فلولاها لما أبرم العقد .

وبما أن الرهبة حالة نفسية يصعب كشفها قرر المشرع وسيلة مادية لمعرفة الحالة النفسية للمكروه وهي الخطر الجسيم المحقق ، و لا يهم ذلك أن يكون الأذى حالا ، وإنما الخوف من الأذى هو الذي كان حالا ، و المشرع الجزائري أخذ المعيار الذاتي اي الاعتبارات الشخصية و الاجتماعية التي تجعل مقدار التأثير تختلف من شخص إلى آخر ⁷⁴ .

2-3-اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر:

يشترط أن يكون الإكراه متصلا بالطرف الثاني في العقد أي صدر منه شخصيا ، أو صدر من الغير و كان المتعاقد معه على علم به أو من المفروض عليه حتما أن يعلم به ، و هذا ما نصت عليه المادة 89⁷⁵ من ق م ج ، فإذا صدرت الوسائل الغير المشروعة من الغير لا تعد وسائل إكراه إلا أثبت المتعاقد المكروه أن المتعاقد الآخر المستفيد منها سيء النية أي كان على علم بها أو كان من المفروض أن يعلم بها ، أما إذا كان المتعاقد الثاني حسن النية فلا يجوز ابطال العقد .

3-آثار الإكراه :

-الإكراه يجعل العقد قابل للإبطال .

-ترفع دعوى الإبطال خلال 05 سنوات من تاريخ انقطاع الإكراه و 10 سنوات من يوم إبرام العقد.

⁷⁴ راجع المادة 3/88 من ق م ج ، القانون السابق .

⁷⁵ المادة 89 من ق م ج "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكروه أن يطلب ابطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه"

-بالإضافة إلى حق للمكروه في ابطال العقد فله طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه ممن صدر عنه الأكره لأنه عمل غير مشروع.

د- الاستغلال (الغبن الاستغلالي) :

1-تعريفه :هو حالة نفسية مصحوبة بعدم التعادل في الإلتزامات، و للاستغلال عنصرين :

- عنصر مادي عدم التعادل في الالتمات.
- عنصر معنوي وهو استغلال المتعاقد حالة الضعف الناجمة عن الطيش البين و الهوى الجامح الذي وقع فيه المتعاقد الآخر، ويكون في جميع أنواع العقود .

2-تمييز الاستغلال عن الغبن :نجد أن في كلتا الحالتين يظهر عدم التكافؤ في الالتمات لكنها مختلفان في عدة نقاط تمثل فيما يلي :

- أن الأول يقع في جميع العقود أما الثاني فيكون في العقود الملزمة للجانبين أو عقود المعاوضة فقط دون عقود التبرع ، لأن الغبن يقع على أحد المتعاقدين و بالتالي يشترط وجود متعاقدين ، ليتحقق شرط عدم التكافؤ في الالتمات .
- أن الغبن ينظر فيه إلى تعادل الالتمات عند إنشاء العقد و ليس بعد انعقاده و قبل تنفيذه فنكون أمام ظرف طارئ ، أما الاستغلال فهو انتهاز ضعف المتعاقد الآخر و الحصول على عقد معاوضة فيه غبن أو على عقد تبرع.
- المشرع يأخذ بالغبن مجرد عن الاستغلال عيب من عيوب الارادة في حالات معينة و هي الغبن في بيع العقار بما يزيد عن الخمس⁷⁶ . أما الاستغلال فاعتبره عيبا من عيوب الارادة و نص عليه في المادة 90 من ق م ج⁷⁷ ، دون الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود.

3-شروط الاستغلال:

1-3-عدم التعادل بين ما يلتزم به المتعاقد و ما يحصل عليه ، أي يكون اختلال في التوازن بين التزامات الطرفين بصورة كبيرة، ومسألة التفاوت هذه تخضع للسلطة التقديرية للقاضي وفقا لظروف كل حالة.

هل يمكن تصور التفاوت في عقود التبرع؟

⁷⁶ راجع المادتين 358 و 359 من ق م ج ، القانون السابق .
⁷⁷ المادة 90 من ق م ج "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقدين المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد "

الجواب: نعم ومثال الرجل العجوز الذي يستغل من طرف زوجته الصغيرة في السن، كأن يتبرع لزوجته الثانية، على حساب أولاده وزوجته الأولى بسبب هواه الجامح.

3-2- استغلال ضعف معين في المتعاقد المغبون أو المستغل وهو الهوى الجامح والطيش البين، و نعرفها كما يلي :- الهوى الجامح هو الرغبة التي تملك على الإنسان زمام نفسية فيجد نفسه مدفوعا إلى الرضوخ إلى كل ما يميله عليه هذا الهوى دون مناقشة أو خيار.

- أما الطيش فهو الحفة و التسرع في اتخاذ القرارات وعدم المبالاة بنتائجها، ويشترط أن يكون بينا أي واضحا ومشهورا به.

4- الآثار المترتبة عن الاستغلال :

4-1- يجعل العقد قابلا للإبطال، فللمستغل أن يرفع دعوى إبطال العقد أو إنقاص في الالتزامات في هذا الأثر هناك عدة حالات :

- فإذا اختار المستغل أن يرفع دعوى إبطال: يحكم القاضي إما بالإيقاص في الالتزامات أو بالإبطال.

- أما إذا اختار المستغل رفع دعوى الإنقاص فالقاضي ملزم بالحكم بالإيقاص وليس بالإبطال.

- وليس للقاضي الحكم بالزيادة في التزامات المستغل، فالمادة 90 من ق م ج لم تنص على ذلك.

4-2- ترفع دعوى الاستغلال خلال سنة من يوم إبرام العقد طبقا لنص المادة 2/90 " و يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، و إلا كانت غير مقبولة "

في الأخير نجد أن كل العيوب التي درسناها نجدها تجعل العقد قابلا للإبطال، فيشترك الغلط والتدليس في إمكانية إجازة التصرف رغم قابليته للإبطال.

- دعوى الغلط والتدليس والإكراه يحدد بخمس سنوات من يوم اكتشافهم، والإكراه من يوم انقطاعه وعشر (10) سنوات من يوم إبرام العقد أما الإستغلال .فحددت بسنة واحدة من يوم إبرام العقد .

المطلب الثاني: المحلل والسبب و الشكلية:

الفرع الأول : المحلل

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

ثانياً - شروطه:

أ- أن يكون المحل موجوداً و ممكناً:

أ- أن يكون المحل وهو الشيء الذي يرد عليه الحق موجوداً وقت إبرام العقد ، فإذا تعاقد المتعاقدان ثم تبين أن المحل قد هلك قبل التعاقد إذن العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ، لكن إذا هلك المحل بعد نشوء الالتزام ينشأ صحيحاً وينعقد العقد وتكون في هذه أمام استحالة التنفيذ.

إذا كانت هذه الاستحالة بسبب قوة قاهرة يفسخ العقد من تلقاء نفسه، أما إذا كانت بفعل المدين فالالتزام لا ينقضي وعلى المدين التعويض.

- و يدخل ضمن هذا الشرط إمكانية وجود الالتزام أي إمكان الشخص القيام بالالتزام فلا يكون الالتزام مستحيلًا طبقاً للمادة 93 ق م ج⁷⁸ ، وقد تكون الاستحالة مطلقة يعجز جميع الناس عن القيام بالالتزام ، و الاستحالة المطلقة قد تكون استحالة قانونية مثل: تعاقد محامي برفع طعن خارج الآجال القانونية ، وقد تكون طبيعية مثل : إحياء شخص ميت استحالة مطلقة.

كما قد تكون الاستحالة نسبية: هذه الاستحالة لا تحول دون قيام العقد وإنما تقوم بالنسبة لشخص المدين نفسه في حين يوجد شخص غيره يستطيع القيام بالأمر مثلاً : يتعهد الطبيب بإجراء عملية وهو طبيب عام .

السؤال : هل يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلياً ؟

يشترط المشرع الجزائري لجواز التعامل في الأشياء المستقبلية أن تكون محققة الوجود، وإلا اعتبر العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً طبقاً لنص المادة 1/92 " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلياً و محققاً".

لكنه قرر استثناء على هذه القاعدة وهو أنه أبطل التعامل في تركه الإنسان وهو على قيد الحياة⁷⁹) مثال: شخص يشتري عقار على شخص سوف يورث من أبيه ولو برضا الوالد)، ويستوى أن يكون التعامل قد وقع بين وارث وأجنبي أو الورثة فيما بينهم .

و الحكمة من هذا المنع هو أن التصرف في التركة المستقبلية يعوق حرية الايضاء و يمس بنظام الميراث⁸⁰ ، كما يتضمن هذا التصرف مخالفة للنظام العام و الآداب العامة لأنه يوحى إلى التطلع لوفاة المورث و استعجالها .

⁷⁸ المادة 93 من ق م ج " إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته أو مخالفًا للنظام العام و الآداب العامة ، كان باطلاً بطلاناً مطلقاً " ⁷⁹ المادة 2/92 من ق م ج " غير أن التعامل في تركه انسان على قيد الحياة باطل و لو كان برضاه ، إلا في الأحوال المنصوص عليها قانوناً " . ⁸⁰ المادة 127 من القانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 02/ 05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ج ر عدد 15 تنص " يستحق الارث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي "

ب- أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين :

نصت المادة 94 ق م ج " إذا لم يكن المحل معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا أصبح الحق باطلاً. و يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط، إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته و لم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط "

يشترط في المحل أن يكون معيناً أي تحديده تحديداً دقيقاً لنفي الجهالة به وقت إبرام العقد، كما يكفي أن يكون قابلاً للتعين في المستقبل والآن العقد باطلاً، و يختلف تعيينه حسب صورته كما يلي :

إذا كان الالتزام نقل ملكية شيء معين بالذات يجب يحدد تحديداً دقيقاً بشكل يميزه عن غيره، فإذا كان منزلاً مثلاً يجب تحديد موقعه، مساحته، عدد غرفه، وإذا كانت سيارة فيجب تحديد نوعها.

أما إذا كان شيء معين بالنوع يجب تحديد نوعه ومقداره و صنفه و إلا كان العقد باطلاً، مثلاً كأن يكون محل العقد حبوباً يحدد نوعها كالقمح و صنفه و صلب و جودته ممتاز الجودة و مقداره خمسون قنطاراً، لكن إذا لم تحدد درجة الجودة في العقد، و لم يمكن تحديدها بالعرف أو بأي ظرف آخر كالتعامل السابق بين المتعاقدين فيلتزم المدين بمتوسط الجودة.

إذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عنه، يجب تحديده، أو يكون قابلاً للتعين، فإذا تعهد مقاول ببناء منزل، فلا بد من تحديد مواصفاته على الأقل أو أن يكون قابلاً للتعاقد من ملابسات العقد، مثل بناء منزل أو مصنع أو مستشفى.

إذا كان محل الالتزام مبلغ من النقود المدين يلتزم بالمقدار المحدد في العقد سواء ارتفعت أو انخفضت قيمتها وقت الوفاء، و هذا ما جاء في نص المادة 95 ق م ج " إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير".

ج- أن يكون المحل مشروعاً:

إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام و الآداب كان العقد باطلاً⁸¹، و يكون محل الالتزام غير مشروع إذا كان الشيء محل الذي يرد عليه الحق يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون.

و مثال الشيء الذي يرد عليه الحق يخرج عن التعامل بطبيعته كالهواء و البحر أما بحكم القانون كالأموال الوطنية العمومية، الحقوق اللصيقة بالشخص كالحق في الحياة، الأهلية، التركة المستقبلية... و

⁸¹ المادة 96 من ق م ج، القانون السابق.

سبب عدم الاباحة هو مخالفتها للنظام العام و الآداب العامة و يلاحظ أن عدم القابلية للتعامل هي فكرة نسبة، فللمال العام يجوز تأجيله دون بيعه، كذلك التعامل في المخدرات لأغراض طبية في حدود القانون.

أما إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناع عن عمل يشترط أن يكون مشروعاً ، و يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً لنص أو أمر متعارض مع النظام العام أو الآداب العامة مثلاً شراء القضاة و أعاونهم أو المحامين للحقوق المتنازع عليها⁸² ، أو التعامل في تركة مستقبلية⁸³ .

و فكرة النظام العام وأساسها المصلحة العامة و تتضمن المصلحة السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية...، و الآداب العامة أساسها الرأي العام المتأثر بالمثل الاجتماعية و الاخلاقية لمبنية على الدين و العرف و التقاليد ، و كل منهما فكرة نسبية تختلف من مجتمع إلى آخر و من زمان إلى آخر في نفس المجتمع فهما يتأثران بالظروف الاقتصادية والسياسية و الاجتماعية و الخلقية.

الفرع الثاني : السبب

أولاً : تعريفه :

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

و ظهرت نظريتين في السبب :

أ- النظرية التقليدية في السبب :

1- **مضمون النظرية التقليدية :** ظهرت فكرة السبب في القانون الروماني الذي رأى ضرورة تقييد الارادة في ابرام العقود بسبب مشروع و السبب الذي قصده هو الغرض المباشر دون النظر إلى الأسباب غير المباشرة ، ثم أخذها القانون الفرنسي القديم و صاغها الفقيه دومات Domat وأخذها عنه بوتيه Pothier، ثم انتقلت إلى القانون الفرنسي الحديث ، و أخذها الشراح الذين انقسموا إلى فريقين الأول يأخذ بنظرية السبب و على رأسهم "كايبتان" ، و الثاني ينكرها و على رأسهم "بلانيول".

⁸² راجع المواد 402 و 403 من ق م ج ، القانون السابق .

⁸³ راجع المادة 2/92 من ق م ج ، القانون السابق .

و مفاد هذه النظرية أن السبب هو الغرض المباشر المجرد الذي يريد المدين تحقيقه بالتزامه ، وإذا تعددت الأسباب نأخذ بالسبب المباشر ، و أساس النظرية هو السبب المباشر و إغفال الباعث الدافع ، حيث أن العقد قد تكون له عدة دوافع أما الالتزام فله غرض واحد للنوع الواحد من الالتزام .

و يتميز السبب في هذه النظرية بأنه هو سبب الالتزام و ليس سبب العقد ، و أنه شيء داخلي في العقد فهو عنصر من عناصره ، و السبب واحد في العقود من النوع الواحد ، و أن السبب يجب أن يتوفر فيه ثلاثة شروط و هي أن يكون موجودا ، صحيحا و مشروعاً .

2-تقد النظرية التقليدية: تعرضت هذه النظرية إلى انتقادات عنيفة من خصوصها يمكن تلخيصها في:

أ- أنها قاصرة و ضيقة : و ذلك لاستبعادها فكرة الدافع أو الباعث على التعاقد، مثلا في عقد التبرع إذا كان محله مشروعا والدافع إليه غير مشروع فلا يمكن ابطال العقد بتطبيق هذه النظرية لأن السبب في عقود التبرع وفق هذه الأخيرة هو نية التبرع .

أ- أنها عديمة الفائدة: حيث أن النظرية تحدد السبب في انواع العقود تحديدا آليا، في حين أنه يمكن الاستغناء عنها دون أية خسارة ، فمثلا فيما يتعلق بعقود المعاوضة تكون التزامات الطرفين متقابلة فلا يمكن تصور التزام دون الالتزام المقابل له ، في عقد التبرع فيمكن ابطال العقد لعدم وجود الرضا و لا حاجة للقول لعدم وجود السبب و هو نية التبرع ، و في العقد العيني يعتبر التسليم ركن في العقد و عدم وجوده يؤدي إلى بطلانه ، فلا داعي لابطال لعدم وجود السبب.

ب- النظرية الحديثة للسبب :

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

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

2-نظرية السبب في القانون الجزائري :

يأخذ المشرع بالسبب كعنصر جوهري في العقد ، فإذا تخلف يعد العقد باطلا ، كما أخذ بالنظرية الحديثة في السبب بمعنى الباعث الدافع ، و هذا ما جاء في نص المادة 97 من ق م ج "إذا التزم المتعاقد

لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً ، كما نصت المادة 1/98 من ق م ج على أنه "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك " .

من خلال المادتين نجدتها تشترط في السبب شرطين هما :

1-2- أن يكون السبب موجوداً : فإذا لم يكن موجوداً عد العقد باطلاً ، و هو عنصر موضوعي يدخل في العقد و لا يتغير في النوع الواحد من العقود ، و يعتبر السبب غير موجود إذا كان المتعاقدان على علم بعدم وجود السبب وقت التعاقد مثلاً كتنفيذ وصية كان صاحبها قد رجع عنها قبل وفاته .

و الالتزام كقاعدة عامة يكون مسبباً ، و كاستثناء قد يكون مجرداً⁸⁴ ، مثلاً التزام الكفيل نحو الدائن⁸⁵ .

2-2- أن يكون السبب مشروعاً : يشترط المشرع في الباعث الدافع إلى التعاقد أن يكون مشروعاً و لا يخالف النظام العام و الآداب العامة ، و يستوي أن يكون المتعاقد الآخر على علم به أم لا ، حيث أن نص المادة 97 جاء عاماً .

و نجد أن المشرع الجزائري ركز على شرط المشروعية في السبب⁸⁶ ، و أن المقصود بالسبب في هو الباعث الدافع إلى التعاقد لا مجرد الغرض المباشر المقصود في العقد . و يشترط فيه شرطان الأول يتعلق بذاتيته أي أن يكون مشروعاً و الثاني يتعلق باستقرار المعاملات و حماية حسن النية من بطلان عقد اطمأن إلى صحته .

3-إثبات السبب :نص المادة 2/98 من ق م ج "و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه"

هذه المادة تبين حالتين في اثبات السبب ، و هم إذا ذكر السبب في العقد أو لم يذكر .

3-1- حالة إذا كان السبب المذكوراً في العقد : من خلال المادة 2/98 ، نجد أن المشرع قد قرر قرينة على أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، و على من يدعي صورية السبب أن يثبت ذلك ، فإذا أثبت صورية السبب كان على من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً لم يذكر في العقد أن يثبت مشروعية السبب . و لا يثبت عكس الكتابة إلا بمثلها .

⁸⁴التزام مجرد معناه أن الالتزام غير مسبب أي لا يعد السبب ركن في العقد.

⁸⁵ راجع المادة 644 من ق م ج ، القانون السابق .

⁸⁶يظهر تركيز المشرع على شرط المشروعية من خلال نصه عليه في المادة 97 " لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام العامة أو الآداب" و عاود النص عليه في المادة 98 " .له سبباً مشروعاً .."

3-2- حالة ما إذا لم يذكر السبب في العقد : يفترض المشرع في هذه الحالة أن للالتزام سبب موجود و أن للعقد سبب مشروع ، و على من يدعي العكس أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات لعدم وجود كتابة تقيده.

الفرع الثالث: الشكلية

تعد الشكلية استثناء عن الرضائية حيث لا تعد ركنا في جميع العقود، إلا ما اشترطه القانون أو اتفق عليه الطرفان. و للشكلية نوعين هما الشكلية المباشرة و الشكلية غير المباشرة.

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

أ - الكتابة الرسمية: عرف المشرع العقد الرسمي في المادة 324 من القانون المدني على أنه: " عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".⁸⁷

من خلال نص هذه المادة نجدها تعتبر الشكلية ركنا في العقد، و أن للعقد الرسمي ثلاثة شروط تتمثل في محرر العقد، و الاختصاص، لأشكال القانونية الواجب إتباعها، نتطرق إليها كما يلي:

1- محرر العقد: يشترط في العقد الرسمي أن يكون محررا من قبل:

1-1- الموظف: وقد ورد تعريفه في القانون الأساسي للتوظيف العمومي⁸⁸ في المادة الرابعة منه كما يلي " يعتبر موظفاً كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري "

فيتضح الموظف هو العامل المرسم الذي يشغل منصبا دائما في مصلحة عمومية ، و تكون وضعيته بالنسبة للمؤسسة أو الإدارة قانونية وليست عقدية، و يشمل هذا التعريف مثلا موظفي الوزارات والولاية و البلدية . و ألحق القضاة الشرعيون بالأعوان العموميين، حيث جاء في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1989/06/03 ما يلي " : حيث أن العقود التي يجررها القضاة الشرعيون وطبقا لما استقر الفقه والقضاء عليه تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسبه العقود المحررة من طرف الأعوان العموميين "

⁸⁷ هذه المادة تعالج في الواقع مسألة الإثبات، وقد كانت قبل سنة 1988 تشير إلى الورقة الرسمية إذ كان نصها : " الورقة الرسمية هي التي تثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة... " ، أما النص الحالي للمادة يشير إلى العقد الرسمي. " وهناك فرق بين العقد الذي هو التصرف القانوني وأداة إثباته أي الورقة الرسمية فقد يكون العقد صحيحا والورقة الرسمية غير صحيحة والعكس.

⁸⁸ أمر رقم 03-06 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية

1-2- الضابط العمومي : هو الشخص الذي يخول له القانون سلطة إصدار وإعطاء الصبغة الرسمية للعقود أو الوثائق كرئيس البلدية، والموثق وكاتب الضبط لدى المحاكم...إلخ.

1-3- الشخص المكلف بخدمة عامة: هم الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية كالحامين والموثقين، وتتولى السلطة العمومية تعيين هؤلاء إلا أنهم يتقاضون أتعابهم من المستفيدين من خدماتهم، ولما كان الأمر يتعلق بتسيير مرافق عمومية تولى القانون تنظيم هذه المهنة.

2- الاختصاص: يشترط إضافة إلى صفة الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة الاختصاص الإقليمي والنوعي، فيجب على الموظف، أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة، أن يتقيد بحدود سلطته واختصاصه، فإذا كانت صلاحياته لا تسمح له بمباشرة تحرير العقود الرسمية فلا يمكنه القيام بذلك، وإذا قام بها فلا يعتبر العقد رسمياً، ويحدد الاختصاص بموجب القواعد المنظمة للمرفق العام مثلاً على ذلك نص المادة 05 من قانون 27/88 المؤرخ في 12 يوليو 1988، المتضمن تنظيم التوثيق⁸⁹، كما حددت المادة 02 من هذا القانون الاختصاص الإقليمي للموثق بكامل التراب الوطني⁹⁰.

3- الأشكال القانونية: إن الأشكال التي يفرضها القانون مثل ما نص عليه المادة 18 من القانون 27-88 المتضمن التوثيق⁹¹ ومن بين التصرفات القانونية الواجب إفرانها في شكل رسمي تحت طائلة البطلان ما حدد بنص المادة 324 مكرر 1 ق م ج كما يلي "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو تنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد. كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي"

ب- الكتابة العرفية: وهو العقد الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه ويمثل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود في الكتابة العرفية لا غير. ولقد نصت المادة⁹² 327 ق م ج " يعتبر العقد العرفي صادراً من كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم

⁸⁹ يعد الموثق ضابطاً عمومياً يتولى تحرير العقود التي يحدد صيغتها الرسمية وكذا العقود التي يود الأطراف إعطائها هذه الصيغة... كما يتولى استلام أصول جميع العقود والوثائق للإيداع التي حدد لها القانون هذه الصيغة أو التي يود حائزها ضمان حفظها."

⁹⁰ تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق... ويمتد إختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني."

⁹¹ ... وفي كل الحالات تحرر العقود باللغة العربية في نص واحد واضح تسهل قراءته بدون اختصار أو بياض أو نقص أو كتابة بين الأسطر، وتكتب المبالغ والسنة والشهر، ويوم التوقيع على العقد بالحروف، وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام، ويصادق على الإحالات في الهامش أو إلى أسفل الصفحات، وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد، بالتوقيع بالأحرف من قبل كل من الأطراف والشهود والموثق... وما لم ينص التشريع المعمول به على خلاف ذلك يبين هذه العقود ما يلي : ... 1- اسم ولقب الموثق الذي يحررها ومكان ومقر إقامته، 2- اسم ولقب وصفة ومسكن وتاريخ ومحل ولادة الأطراف، ... 3- اسم ولقب وصفة الشهود... إلخ، كما جاء في المادة 19 " لا يقبل ضمن العقد أي تحرير أو كتابة بين الأسطر أو إضافة كلمات، ... تعتبر الكلمات المحررة أو المكتوبة بين السطور باطلة..."

⁹² المادة 327 عدلت بموجب القانون رقم 10-05، القانون السليق.

الإنكار .." ، فالعقد العرفي إذن يشترط توفر شرطين: أن يكون مكتوبا بخط المتعاقد الذي ينسب إليه، وأن يكون موقعا.

1- **الكتابة بخط المتعاقد:** الأصل هو أن يكون العقد مكتوبا بخط المتعاقد، إلا أنه قد يصعب تحقيق هذا الشرط في بعض الحالات مثلا في حالة ما إذا كان المتعاقد أميا أو تعاقد بواسطة وكيل، كذلك إذا كان العقد مطبوعا على بياض فقط مثل عقد التأمين. حينئذ نكتفي بالتوقيع على بياض فقط، خاصة وأن المشرع يسمح بالتوقيع على بياض، حيث تعاقب المادة 381 من قانون العقوبات: " كل من أؤتمن على ورقة موقعة على بياض وخان أمانتها بأن حرر عليها زورا التزاما أو إبراء منه أو أي تصرف آخر"

2- **التوقيع:** هو الإمضاء و يعرف على أنه علامة مميزة لصاحبها يعرف بها عادة، وتتمثل في كتابته اسمه ولقبه في آخر الورقة بخط يده، و الهدف من التوقيع قبول المتعاقد الموقع ما ورد في هذه الورقة. وقد يشمل التوقيع الاسم واللقب كاملين، أو الحروف الأولى من اللقب أو الاسم، أما المشرع فلم يحدد كيفية التوقيع.

و يجب التوقيع من طرفي العقد إذا كان العقد ملزما لجانين، أما إذا كان العقد ملزما لجانب واحد فتوقيع المدين يكون كافيا، و لا يشترط أن يتم التوقيع من الأطراف في نفس الوقت أو في نفس التاريخ، فمتى تم توقيع المتعاقد ارتبط بالوضع القانوني الذي يتضمنه العقد العرفي.

و التوقيع يعتبر أمرا جوهريا وأساسيا في العقد العرفي، فلا يمكن الاستغناء عنه، لأن انعدامه يؤدي إلى انعدام الشكلية العرفية و بالتالي انعدام العقد.

أما إذا تعذر على المتعاقد التوقيع لكونه أميا، أو لعاهة جسمانية تمنعه من ذلك فسمح المشرع له أن يضع المتعاقد بصمة أصبعه ، في حين أن هذه الطريقة قد تشكل خطرا على المتعاقد الذي يتعذر عليه قراءة النص الذي وقع، وبالتالي يستحسن في مثل هذه الحالات اللجوء إلى العقد رسمي بدلا من العقد العرفي لدى الموثق.

وباستثناء التوقيع يخضع العقد العرفي مبدئيا لحرية الأشكال، وقد يشترط في بعض الحالات ذكر بيانات معينة لصحة العقد، كما هو الأمر بالنسبة للأوراق التجارية طبقا للمواد 390 و 465 و 472 من القانون التجاري، والمادة 120 من قانون 11/90 الذي يحدد محتوى علاقات العمل.

ومن أمثلة العقود العرفية، عقد التمهين وعقد العمل الجماعي، وعقد التنازل عن حق المؤلف

ثانيا - الشكلية غير المباشرة:

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

أقواعد الإثبات: لقد نظم المشرع طرق الإثبات بوضعه قواعد تلزم المتخاصمين، على عكس الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بكل الوسائل، فإن إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مبلغ معين يكون بمحرر

عرفي أو رسمي، وقد نصت على ذلك المادة 333 ق م ج في فقرتها الأولى " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، بمقتضى نص هذه المادة في حالة إنكار المدين يجب على الدائن لاستيفاء حقه أن يثبتته بالكتابة، كذلك الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة،⁹³ وعليه فكثيرا ما يحتاط المتعاقد لنفسه من سوء نية المتعاقد معه بمحرر مكتوب يجسد العقد.

وإذا كان لا بد من الكتابة لإثبات العقود، فالسبب في ذلك هو لفت انتباه المتعاقدين إلى خطورة العقد ويدفعهم إلى تحديد آثاره ونطاقه بدقة، أما بالنسبة للغير فلا وجود للعقد ولا للالتزامات ما لم يتم الإمضاء.

غير أن معظم الفقهاء يميزون بين شكلية الانعقاد وشكلية الإثبات في أنه إذا ما أغفلت الأولى يمنع قيام العقد، حيث يكون منعدما ولا يترتب أي أثر سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير، أما في حالة إغفال شكلية الإثبات فيصعب على المتعاقد إثبات وجود العقد، وليس استحالة الإثبات، فيمكن اللجوء إلى وسائل الإثبات الأخرى مثلا الإقرار و بالقرائن واليمين، كما يجوز لغير المتعاقدين إثبات العقد بكل الوسائل.

ب-قواعد الشهر: تناول خلال هذه النقطة الغرض من عملية الشهر والطرق المعتمدة لذلك

1- الغرض من الشهر: إن العقد يترتب التزامات بين المتعاقدين دون غيرها، فإنه كذلك يسري في حق الغير، بمعنى أنه لا يمكن للغير تجاهل التصرفات القانونية التي تتم بين المتعاقدين، فيمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير ولقائده، وفي بعض الحالات الخاصة يؤدي عدم القيام بالشهر عدم ترتيب أي أثر للعقد بين المتعاقدين نفسها أو في حق الغير كما نصت على ذلك، المادة 793 ق م ج⁹⁴ على أنه، كذلك نص المادتين 15 و 16 من الأمر 74-75 المتعلقة بإعداد مسح الأراضي العام والسجل العقاري.

2- وسائل الشهر: تتم عملية الشهر، ومنها الشهر العقاري وهو القيد في السجل العقاري، والنشر عن طريق الصحف.

1-2- في حالة ما إذا كان الشهر متعلقا بالعقار : نظمته المشرع بموجب المادة الأولى من الأمر رقم 74-75 المتعلق بالسجل العقاري، والذي يهدف من خلاله إلى تحديد الوضعية القانونية للعقارات و تداولها و التصرف فيها سواء بين الأفراد أو غيرهم وذلك ليتسنى إعلام الغير بكل التصرفات القانونية الواردة على العقار حيث تلزم المادة 14 من الأمر 74-75 إشهار جميع العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المبرحة أو المعدلة و المتعلقة بالملكية العقارية، حتى يكون العقد نافذا في حق الغير.

2-2- القيد في السجل التجاري: نظم المشرع السجل التجاري الذي يحتوي على المعلومات المتعلقة بالتاجر وبالمحل التجاري و موضوع التجارة، و يجب تقييد كل تلك التصرفات المتعلقة بالمحلات التجارية و إلا كانت غير نافذة في حق الغير م 19 من القانون التجاري.

⁹³ تنص المادة 645 ق م ج على أنه " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، و لو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة"
⁹⁴ لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار "

2-3-النشر عن طريق الصحف و الاعلانات القانونية : تشهر بعض المعاملات بواسطة الصحف و الاعلانات الإعلامية الخاصة . ومنها ما نصت عليها المادة 83 من القانون التجاري بحيث تقضي بنشر ملخص عن عقد بيع المحل التجاري في صحيفة الاعلانات القانونية الخاصة في مدة 15 يوما، كما تقضي نفس المادة في فقرتها الثانية، بنشر العقد المتضمن عقد تأجير وتسيير المحل التجاري، كما يجب نشر العقود التأسيسية و المعدلة للشركات، و يترتب على مخالفة هذه الاجراءات عدم نفاذ العقد في مواجهة الغير.

المطلب الثاني : جزء الاخلال بركن من أركان العقد(نظرية البطلان)

الفرع الأول : مفهوم البطلان

أولا - تعريفه : البطلان هو الجزاء الذي فرضه القانون على عدم توفر ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته ، و العقد تنعدم آثاره القانونية فلا ينتج لا حقا و لا التزاما . و تختلف قوة الجزاء باختلاف القاعدة التي لم تراعى في تكوين العقد ، فإذا كانت القاعدة تحمي مصلحة عامة كان البطلان مطلقا ، أما إذا كانت القاعدة تحمي مصلحة خاصة كان البطلان نسبيا أعطى القانون لمن له المصلحة الحق في ابطاله .

ثانيا- تمييز البطلان عما يشابهه من الأنظمة :

أ- تمييزه عن الفسخ : البطلان يتقرر في حالة عدم وجود ركن من أركان العقد أو شرط من شروطه، أما الفسخ فهو حل الرابطة العقدية الصحيحة بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه ، لذلك نجد أن الفسخ لا يكون إلا في العقد الملزم للجانبين .

ب- تمييزه عن عدم النفاذ أو عدم السريان : البطلان يجعل العقد كأنه لم يكن ، أما عدم النفاذ فالعقد يبقى صحيحا و منتجا لآثاره القانونية بين طرفيه ، لكنه لا يحتج به في مواجهة الغير لسبب من الأسباب مثلا الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية بسبب تصرف مدينه المعسر في أمواله اضارارا بدائنيه فيبقى العقد الذي أبرمه المدين مع الغير حسن النية صحيحا لكنه غي نافذ في مواجهة الدائن.

ثالثا - أنواع البطلان :

يقسم أغلب الفقه البطلان إلى نوعين : البطلان المطلق و البطلان النسبي ، أما المشرع الجزائري فقد استعمل مصطلحين هما العقد الباطل و العقد غير القابل للإبطال ، و بالتالي فقد أخذ بالتقسيم الثنائي للبطلان .

أ-فيكون العقد باطلا و يقصد به البطلان المطلق في حالة تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط هذه الأركان، و لا يترتب عليه أي أثر و لا تصححه الاجازة و لا التقادم .

ب-أما العقد القابل للإبطال و هو البطلان النسبي فيكون لعدة أسباب مثالها إذا كانت الإرادة معيبة بعيب من عيوبها كالتدليس و الأكره ...، حالة نقص الأهلية⁹⁵، و العقد يبقى صحيحا لكنه مهدد بالزوال إذا طالب من تقرر لمصلحته الحق في الإبطال فقد يبطل العقد و يأخذ نفس حكم البطلان المطلق ، و قد يجيزه صاحب الحق فيبقى صحيحا .

رابعاً-حالات خاصة للبطلان : جاءت في نصوص متفرقة نذكر منها :

أ-حالة البطلان المطلق : مثال ذلك منع رجال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها التي يدخل النظر فيها في اختصاص الجهة القضائية التي يباشرون وظيفتهم أمهما ، كذلك المحامين و كتاب الضبط و الموثقين يأخذون نفس الحكم ، و إذا خالفوا هذا المنع فنصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا⁹⁶ .

ب-حالة البطلان النسبي : مثلا بيع ملك الغير ، و البطلان تقرر لمصلحة المشتري في هذه الحالة⁹⁷ ،

كذلك حالة تصرف النائب مع نفسه ، فهو يتوقف على الأصيل إما أن يطالب بإبطاله أو إجازته فيبقى التصرف صحيحا⁹⁸ .

الفرع الثاني : تقرير البطلان

أولاً- حق التمسك بالبطلان : تفرق بين حالتين :

أ-العقد الباطل : تنص المادة 102 ق م ج على أنه " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، و لا يزول البطلان بالاجازة و تسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد"

-للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها .

-لمن له مصلحة و يشترط أن تكون هذه المصلحة متصلة بسبب البطلان، سواء كان أحد المتعاقدين و خلفها العامين و الخاصين أو الغير .

-و يجوز التمسك بالبطلان المطلق في أية حالة كانت عليها الدعوى لأنه يتعلق بالنظام العام .

ب-العقد القابل للإبطال : الحق في الإبطال تقرر فقط للمتعاقد الذي قرر القانون لمصلحته هذا الإبطال، أو من ينوبه نيابة قانونية ، مثلا المتعاقد الذي تعرضت إرادته لعيب من عيوب الإرادة مثل الأكره⁹⁹ .

⁹⁵ يمكن القول بأن البطلان ينصب في نوع واحد و هو البطلان المطلق لأن البطلان النسبي إذا لم يطل به من تقرر لمصلحته يبقى العقد صحيحا أما إذا تقرر البطلان النسبي يصبح كالبطلان المطلق من حيث آثاره. د/خليل أحمد حسن قداة ، المرجع السابق ، ص 83 .

⁹⁶ راجع المادة 402 من ق م ج ، القانون السابق .

⁹⁷ راجع المادة 397 من ق م ج ، القانون السابق .

⁹⁸ المادة 77 من ق م ج ، القانون السابق .

-فلا يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها و لا للغير طلب الابطال .

-ينتقل الحق في طلب الابطال للخلف العام ، أما الخلف الخاص فلهم طلب الابطال عن طريق الدعوى غير المباشرة .

-يجوز التمسك بالبطان النسبي لأول مرة أمام مجلس القضاء لكن لا يجوز له ذلك أمام المحكمة العليا.

ثانيا- سقوط الحق في التمسك بالبطان:

أ-الإجازة :

1-تعريفها: هي عمل قانوني يتم بإرادة منفردة ، يصدر من جانب من تقرر لمصلحته البطان النسبي ، و لا تحتاج إلى قبول و لا يمكن الرجوع فيها على أساس أن القبول لم يصدر، و تختلف الاجازة عن الاقرار ، حيث أن الاقرار تصرف قانوني صادر عن الغير و يضيف به آثارا قانونية مثل إقرار الأصيل تصرف النائب الخارج عن حدود نيابته .

و يشترط في الإجازة أن تكون في العقد القابل للإبطال و ليس الباطل بطلانا مطلقا¹⁰⁰ ، بالإضافة إلى شرط علم المجيز بالعيب ليستطيع التنازل عن حقه في الابطال ، و لا يعد التنفيذ دون علمه إجازة ضمنية، كما يشترط فيها أن يكون العيب قد زال و إلا استمر نفس العيب في الاجازة نفسها.

و الاجازة قد تكون صريحة تظهر في شكل شفوي أو مكتوب و إثباتها يخضع للقواعد العامة ، و إما أن تكون ضمنية تستفاد من الوقائع التي تدل عليها دلالة قاطعة¹⁰¹ ، و يقع عبء الاثبات الاجازة على المتعاقد غير المجيز بجميع وسائل الاثبات .

2-أثرها : للإجازة أثر رجعي بنص القانون طبقا لنص المادة 100 ق م ج "و تستند الاجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد" ، لكن لو أخذنا بالأثر الرجعي للإجازة فهذا يتعارض مع اعتبار العقد القابل للإبطال صحيحا منذ قيامه حتى يطالب من له مصلحة بإبطاله، لذلك فمن المفروض أن يكون أثر الإجازة هو إزالة العيب الذي يشوبه .

كما أن الاجازة إذا وقعت فلا تمس بحقوق الغير (الخلف الخاص) التي نشأت قبل وقوعها.

⁹⁹ المادة 99 من ق م ج تنص " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في ابطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق " .
¹⁰⁰ تنص المادة 102 من ق م ج "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا،و لا يزول البطان بالإجازة"
¹⁰¹ تنص المادة 100 من ق م ج "يزول حق ابطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير"

ب-التقادم :

1-دعوى البطلان المطلق : طبقا لنص المادة 102 ق م ج ، تسقط دعوى البطلان إذا مضى على إبرام العقد خمسة عشرة سنة، غير أن الدفع بالبطلان لا يسقط . أي أن الدعوى تسقط بالتقادم بمضي 15 سنة ، أما إذا طالب أحد المتعاقدين الآخر بعد هذه المدة بالتنفيذ يستطيع الطرف الثاني الدفع بالبطلان.

2-دعوى البطلان النسبي : طبقا لنص المادة 101 ق م ج¹⁰² ، لا يجوز لمن تقرر لمصلحته الإبطال طلبه بعد مضي المدة المذكورة و بذلك يعتبر تنازلا عن حقه في طلب الإبطال و مثالها : في حالة الغلط و التدليس خمس سنوات من تاريخ كشفها ، وفي الإكراه فالمدة خمس سنوات من يوم انقطاعه ، و في العيوب الثلاثة ترفع الدعوى خلال 10 سنوات من تاريخ إبرام العقد ، أما عيب الاستغلال فحددت المدة بسنة من تاريخ إبرام العقد¹⁰³ .

3-أثرها: يسقط حق من تقرر البطلان لمصلحته بالمدد القانونية المحددة لرفع دعوى البطلان و بالتالي يبقى العقد صحيحا و منتجا لآثاره القانونية.

-لا يمكن الدفع بالإبطال بعد سقوط الدعوى بالتقادم .

الفرع الثالث : آثار البطلان

أولا -آثار البطلان بالنسبة للمتعاقدين:

أ-إعادة الطرفين إلى حالتها قبل التعاقد ، طبقا لنص المادة 1/103 التي تنص "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو ابطاله ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل" ، لكن في العقود الزمنية يستحيل تطبيق الأثر الرجعي للبطلان، فهنا يحكم القاضي بتعويض مناسب المادة 2/103 .

و- نفس المادة تستثني حالة نقص الأهلية ، فإذا تقرر ابطال العقد لنقص أهلية أحد المتعاقدين ، لا يلتزم ناقص الأهلية إلا أن يرد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد فإذا لم يستفد منه لا يلتزم برد ما وفاه المتعاقد الآخر ، و على المتعاقد الآخر إثبات أن ناقص الأهلية قد استفاد من تنفيذ العقد¹⁰⁴ .

¹⁰² المادة 101 ق م ج "يسقط الحق في ابطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات . و يبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، و في حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، و في حالة الإكراه من يوم انقطاعه. غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد"

¹⁰³ المادة 2/90 ق م ج تنص" و يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، و إلا كانت غير مقبولة "

¹⁰⁴ و يأخذ نفس الحكم الصبي غير المميز و المجنون و المعتوه بعد تسجيل قرار الحجز عليهما. د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق

ب-نظرية تحول العقد : نصت عليها المادة 105 ق م ج¹⁰⁵ ، و تتلخص هذه النظرية في أن العقد الباطل إذا تضمن رغم بطلانه، أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد مثلا عقد بيع إذا كان باطلا لتفاهة الثمن ، فهو في حقيقته عقد هبة صحيح ، فيحول إلى عقد هبة إذا ثبت في ورقة رسمية و توافرت فيه نية التبرع لدى البائع .
و يشترط لتطبيقها أن يكون العقد الأصلي باطلا ، و أن يتوفر فيه أركان عقد آخر، و انصراف نية المتعاقدين إلى العقد الآخر.

ج -نظرية انقاص العقد : نصت عليه المادة 104 ق م ج¹⁰⁶ ، و مفادها أن العقد إذا كان باطلا في جزء منه فقط و كان قابلا للانقسام فإنه ينتقص و لا يتحول ، و هو ما يسمى البطلان النسبي .

و يشترط فيها:- أن يكون العقد باطلا في شق منه أو في شرط من شروطه، أو أن يكون شق منه قابلا للإبطال، على أن يتمسك من له مصلحة بإبطال هذا الشق .

-كما يشترط ألا يكون الشق الباطل في العقد أو الشرط الباطل هو الباعث الدافع إلى التعاقد .

و قد يكون الانتقاص بقوة القانون و ذلك لاشتراط المتعاقدين شروطا تتجاوز بعض الحدود القانونية مثلا كاشتراط عم جواز تدخل القاضي في تعديل العقد في نظرية الظروف الطارئة أو في عقود الاذعان ، فإن هذا الشرط يبطل طبقا لنص المادة 3/107 ق م ج.

ثانيا - آثار البطلان بالنسبة للغير: هم الأشخاص الذين لهم حقوق تتأثر بصحة العقد أو بطلانه، و قد أقر المشرع حماية لهم و مثال ذلك :

-في العقد الصوري أجاز المشرع في المادة 198 ق م ج ، حيث أجاز للدائنين و الخلف الخاص التمسك بالعقد الصوري .

-حماية حائز المنقول بحسن نية طبقا لنص المادة 835 ق م ج ، إذا باع أ شيئا ل ب ، و قام ب ببيعه ل ج ، ثم تقرر بطلان البيع الأول ، فلا يحق ل أ أن يطالب بالشيء من ج متى كان حسن النية .

المبحث الثالث : آثار العقد

ينشأ العقد صحيحا بتوفر أركانه و يرتب التزامات و حقوق في ذمة كلا المتعاقدين ، وتنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين بالإضافة إلى خلفها العام و الخاص و الغير.

¹⁰⁵ المادة 105 ق م ج تنص "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال و توفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"
¹⁰⁶ المادة 104 ق م ج " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال ، فيبطل العقد كله "

المطلب الأول: القوة الملزمة للعقد (العقد شريعة المتعاقدين)

إن العقد شريعة المتعاقدين طبقاً للمادة 106¹⁰⁷، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أي للأسباب التي يجيزها القانون، فلا يملك أحد المتعاقدين تعديل أو نقض العقد بمفرده فأي تعديل يكون باتفاق جديد بين الطرفين كما أنه ليس للقاضي الحق في أن يتدخل في العقد إلا فيما يخص حقوق التزامات الأطراف.

الفرع الأول : استثناءات هذه القاعدة :

أولاً- الحالات التي يجوز فيها لأحد الطرفين نقض العقد بإرادته المنفردة أو بنص القانون:

أحالات انتهاء لعقد بالإرادة المنفردة للمتعاقد:

- 1-عقد الهبة: عقد الهبة يجوز الرجوع فيه بعد إبرامه وبعد تنفيذه .
- 2-عقد الوكالة: يمكن إلغاء الوكالة من طرف الموكل، أو يتنازل عنها الوكيل المواد (586-588 ق م ج)، عقد الشركة المواد (440-442 ق م ج).
- 3-عقد العارية : المادة 547 ق م ج ، للمعير انتهاء العقد قبل انتهاء مدتها في حالات معينة .

ب-انتهاء العقد بقوة القانون :

- ينقضي عقد شركة التضامن بوفاة أحد الشركاء في شركة التضامن طبقاً لنص المادة 439 ق م ج .
- انتهاء الوكالة بوفاة الموكل أو الوكيل، طبقاً للمادة 586 ق م ج.
- انتهاء عقد العارية بوفاة أحد طرفيها، طبقاً للمادة 548 ق م ج .

ثانياً-سلطة القاضي في تعديل العقد: منح المشرع للقاضي سلطة التدخل في العقد تحقيقاً للعدالة و الصالح العام.

- القاضي له ان يعدل من الشروط التعسفية في عقد الإذعان ، أو يعفي الطرف المدعن منها ، طبقاً لقواعد العدالة ، هذا ما نصت عليه المادة 110 ق م ج .
- للقاضي له أن يمنح المدين نظرة ميسرة، أي منحه أجلاً، طبقاً لنص المواد 2/119 و 2/281 .

¹⁰⁷المادة 106 ق م ج " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون"

- للقاضي أن يخفض من قيمة الشرط الجزائي، إذا كان مبالغاً فيه في العقد ، طبقاً للمادة 2/184 -

- للقاضي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة طبقاً لنص المادة 107-

أ- نظرية الظروف الطارئة : نص القانون المدني الجزائري على نظرية الظروف الطارئة في المادة 107 منه كما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن نية . و لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون و العرف و العدالة ، بحسب طبيعة الالتزام .

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، و ان لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك."

من خلال نص هذه المادة نجد أنه في الظروف الاستثنائية للقاضي الحق في التدخل، فنحدد شروطها و آثارها كما يلي :-

ب- شروط تطبيق النظرية:

1- أن يكون العقد متراخياً في تنفيذه -أي تنفيذه ليس فوراً أي عقد زمني- وهو ما تقتضيه النظرية لأنها تقوم على أساس حدوث طارئ مفاجئ أثناء تنفيذ العقد يؤدي إلى جعل الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً في تنفيذه من طرف المدين مما يهدده بخسارة فادحة ، فمجال تطبيق النظرية في عقود التوريد ، عقود الإيجار لأنها عقود زمنية مستمرة ، كما تطبق على العقود الفورية المؤجلة التنفيذ ، ولا تطبق على العقود الاحتمالية.

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

3- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين وليس مستحيلاً، أي أن يتهدد المدين خسارة فادحة إذا قام بالالتزام، أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً على المدين فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، لأن الاستحالة إذا كانت بسبب المدين يكون هو المسؤول أمام الدائن، أما إذا كانت بسبب قوة قاهرة ينقضي الالتزام -

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

حكم نظرية الظروف الطارئة: المادة 107 ق.م

-منح للقاضي السلطة التقديرية في تعديل العقد عن طريق رد الإلتزام المترتب عنه والمرهق في تنفيذه إلى الحد المعقول، بخلاف القوة القاهرة التي تؤدي إلى انقضاء الإلتزام ويتحمل تبعه الهلاك أحد المتعاقدين .
- القاضي حر في الطريقة التي تحد من الإرهاق إما بزيادة في التزام الدائن بما يؤدي إلى توزيع الخسارة بالعدل بين الطرفين.

-إذا زال أثر الحادث الطارئ قبل انتهاء العقد، تعود القوة الملزمة الكاملة للعقد.

- للقاضي أن يوقف تنفيذ العقد حتى يزول أثر الحادث الطارئ إذا رأى أنه سرعان ما يزول وأن الدائن لا يتضرر من وقف التنفيذ.

-ليس للقاضي أن يفسخ العقد، لأن ذلك سيؤدي بالدائن إلى تحمل تبعه الحدث الطارئ ، مع أن النظرية تقوم على أساس توازن في الخسارة ما بين الطرفين.

-يجوز للدائن أن يطلب الفسخ إذا لم يوافق على الحلول التي جاء بها القاضي، وهذا الفسخ لا يؤثر على المدين لأنه سيتخلص من التزام فيه خسارة فادحة له .

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

الفرع الثاني : قواعد تحديد موضوع العقد :

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

أولا : تفسير العقد : هو تحديد ما انصرفت إليه الارادة المشتركة للمتعاقدين ، و تفسير العقد من عمل القاضي ، لكنه ليس حرا في ذلك و إنما ألزمه المشرع بقواعد معينة (قيودا قانونية) لضمان عدم خروجه عن مهمته الأصلية و هي التفسير دون التعديل، و من خلال المادتين 111 و 112 ق م ج

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

و المادة 112 ق م ج تنص " يؤول الشك مصلحة المدين. غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن."

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

أ- حالة ما تكون عبارة العقد الواضحة: أي لا تتحمل أي لبس أو غموض أو تأويل فلا يجوز الانحراف عن هذه العبارة للكشف عن نية المتعاقدين، لكن قد يتدخل القاضي رغم وضوح العبارات إذا كانت لا تدل على حقيقة ما قصده المتعاقدين، فالقاضي له أن يبحث عن المعنالحقيقي الذي توجهت إليه الإرادة لكنه للقيام بذلك لابد من توافر شرطين:

1-الشرط الأول: أن القاضي لا ينحرف على المعنى الواضح لعبارات العقد، إلا إذا أقام الدليل على عكس ذلك من ظروف الدعوى.

2-الشرط الثاني: أن يذكر القاضي انحرافه عن المعنى الواضح للعبارة إلى معنى آخر، فعليه أن يبين في حكمه الظروف و الأسباب التي دفعته إلى ترك المعنى الواضح، و إلا كان حكمه باطلا.

في أسباب الحكم.

ب-حالة ما يكون عبارة العقد غير واضحة: أي أن العبارة تتحمل التأويل وتحتاج إلى توضيح، فيلتزم القاضي بموجب القانون البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دونالوقوف على المعنى الحرفي للعبارة طبقا لنص المادة 2/111 .

القاضي يبحث في الإرادة الباطنة للمتعاقدين التي تدل على حقيقة ما توجهت اليه الإرادة في حالة إذا كانت عبارة العقد تتحمل أكثر من معنى، ويستعين القاضي في ذلك بعدة عوامل في التفسير العقد .

1-العوامل الداخلية في تفسير العقد: يرجع القاضي إلى المعنى الموافق لطبيعة التعامل والثقة و الأمانة وعلى القاضي أن يفسر كامل عبارات العقد للوصول للعبارات غير واضحة.

2-العوامل الخارجية في تفسير العقد: يلتزم القاضي بتفسير العقد وفقا للعرف الجاري في المعاملات، لأنه من المفترض أن يكون كلا من المتعاقدين على علم به، و ذلك وصولا إلى النية المشتركة للمتعاقدين، إلا إذا صرحا بمخالفته.

3- الشك يفسر لمصلحة المدين: الأصل براءة ذمة المدين من الالتزام إلى أن يقوم الدليل عكس ذلك، فإذا لم تكن أدلة الدائن كافية، يحكم القاضي لمصلحة المدين (المادة 1/112 ق م ج).

ج- تكييف العقد:

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

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

ثانياً تحديد مضمون العقد وتنفيذه:

أ- تحديد مضمون العقد أي تحديد الالتزامات المترتبة عن العقد في ذمة أطرافه ولا يكتفي القاضي بما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين وإنما يضيف إلى هذه الالتزامات كل ما يعتبر من مستلزمات العقد طبقاً لنص المادة 2/107 ق م ج.

1- طبيعة الإلتزام: قد تقتضي طبيعة الإلتزام زيادة الإلتزامات المترتبة عن العقد حتى ولو لم يذكرها المتعاقدان، مثلاً شخص يبيع محل تجاري فعليه أن يسلم السجلات التجارية.

2- القانون: أي أن يستكمل القاضي العقد ببعض الأحكام التكميلية القانونية والمفسرة، حيث أن هناك بعض الإلتزامات الموجودة في القانون يجهلها المتعاقدان مثلاً: الإلتزام بضمان العيوب الخفية في عقد البيع.

3- العرف: القاضي يضيف الإلتزامات التي يقتضيها العرف وفقاً للعادة الجارية مثل إضافة نسبة مئوية في فواتير الفنادق أو المطاعم لفائدة الخدم.

4- العدالة: يسترشد القاضي بأحكامها في تحديد مضمون العقد مثل إلتزام بائع محل تجاري بعدم منافسة من إشتري منه المحل منافسة غير مشروعة.

ب- كيفية تنفيذ العقد: وجوب تنفيذ العقد وفقاً لمبدأ حسن النية، وهو التزام قانوني فرضته المادة 1/107 ق م ج كما يلي " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن نية "، و بالتالي تترتب مسؤولية عقدية في حالة إخلال أحد المتعاقدين بمبدأ حسن النية.

المطلب الثاني: أثر العقد بالنسبة للأشخاص :

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

الفرع الأول : أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين:

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

أولا- الخلف العام :

أ-تعريف الخلف العام: هو من يخلف الشخص في ذمته المالية أو في جزء منها غير محدد و هو الورثة أو الموصى لهم بعين غير محددة أي غير معينة من التركة.

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

ب- أثر العقد بالنسبة للخلف العام :أي الوارث او الموصى له بوصية غير محددة يصبح مدينا بالالتزامات المتعلقة بالتركة ودائنا بحقوقها، وبالرجوع لنص المادة 80 من قانون الأسرة و أحكام الشريعة الاسلامية وفقا لمبدأ لا تركه إلا بعد سداد الديون . فلا ينتقل إلى الوارث سوى الحقوق بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا المتعلقة بها، فإذا لم يبق من التركة شيئا فلا يرثو شيئا. فإذا كانت ديون تزيد عن قيمة الورثة فلا يتحملها الوارث ولا تسقط. كما أن هناك حقوقا لا تورث مثل حق الانتفاع¹⁰⁸ .

ج-قيود انصراف أثر العقد إلى الخلف العام :يفرض القانون قيودا في انصراف آثار العقد إلى الخلف العام تتمثل في ما يلي :

1-طبيعة التعامل يعني أن الحق أو الالتزام الذي يقوم على اعتبار شخصيلا ينتقل إلى الورثة مثلا كحق الانتفاع الذي ينقضي بموت المنتفع و لا ينتقل إلى الورثة.

¹⁰⁸ تنص المادة 852 ق م ج " ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل عد مقررًا لحياة المنتفع ، و هو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين. ..."

1- ينتقل الحق من السلف إلى الخلف الخاص بجميع توابعه وملحقاته الإيجابية منها أو السلبية مثلا: نقل الملكية إلى المشتري بما يرتبه السلف (البائع) عليه للغير مثلا يرتب عليه حق الارتفاق ، حق السكنى، الاستغلال أو حق الانتفاع أو رهن رسمي .

2- إذا كان حق الارتفاق مثلا لمصلحة السلف فللخلف الخاص أن يطالب الغير به لأنه من توابع حق الملكية (حق المرور ، حق الشرب)

3- انتقال الحقوق والالتزامات المتصلة بالحق المستخلف فيه: مثل عقد تأمين الذي يبرمه السلف لصالح العقار الذي نقل ملكيته للخلف الخاص ، عقد الإيجار المبرم قبل انتقال ملكية المنزل إلى المالك الجديد.

د- شروط انتقال الحقوق و الالتزامات للخلف الخاص :تمثل فيما يلي :

1- اتصال الحقوق والالتزامات بالحق المستخلف فيه: ويتحقق هذا الشرط إذا كانت هذه الحقوق والالتزامات من مستلزمات الحق المستخلف فيه، قد تكون التزامات من شأنها أن تحد من منفعة الحق المستخلف فيه مثلا بيع عقار ترتب عليه حق مرور لفائدة شخص آخر، أو من قيمته مثل بيع منزل مؤجر لشخص آخر، أو حقوقا تزيد من منفعة الحق المستخلف فيه أو تحافظ عليه .

2- أسبقية وجود الحقوق والالتزامات على تاريخ انتقال الحق المستخلف فيه إلى الخلف الخاص: أي أن هذا التصرف الذي ترتب هذه الحقوق و الالتزامات يكون تاريخه سابقا أو قبل تاريخ انعقاد تصرف السلف مع الخلف.

3- علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات في تنتقل إليه : أي أن يكون الخلف على علم بها وقت انتقال الحق إليه وهو شرط مهم في نظر الفقه بالنسبة للالتزامات أكثر من الحقوق لأنها تعد قيودا تنتقل إلى الخلف الخاص.

الفرع الثاني: أثر العقد بالنسبة للغير:

نصت المادة 113 ق م ج¹¹¹ أن آثار العقد لا تنصرف إلا للمتعاقدين طبق لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين"، لكن هذه القاعدة ليست مطلقة طبقا لمبدأ نسبة آثار العقد. فقد نجد شخصا (الغير¹¹²) ليس طرفا في العقد يكتسب حقوقا ويتحمل التزامات ويحدد حالتين تتمثل في :

أولا- التعهد على الغير:

¹¹¹ تنص المادة 113 ق م ج " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ، و لكن يجوز أن يكسبه حقا "
¹¹²الغير هو كل شخص غير المتعاقدين و غير خلفهما العام و الخاص. د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 328 .

تنص المادة 114 ق م ج على أنه " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به "

أ-تعريفه:عقد بين شخصين يلتزم أحدهما و هو المتعهد بأن يجعل شخصا ثالثا يلتزم في مواجهة المتعاقد معه، مثال: الوكيل خارج حدود وكالته يلتزم أمام الغير بالحصول على رضا الموكل بهذا العمل.

ب-شروط التعهد عن الغير:

- 1- أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير، لأنه ليس نائبا وليس فضوليا .
- 2- أن تتجه إرادة المتعهد في إلزام نفسه لا في إلزام الغير، لأنه لا يمكن إلزام شخص بآثار عقد لم يكن طرفا فيه، وفي حالة قبول الغير للتعهد لا ينشأ التزام الغير عن التعهد وإنما عن عقد جديد يكون بقبول التعهد والمعهد له.
- 3- أن يكون موضوع التزام المتعهد هو حمل الغير على قبول التعهد و هو التزام بتحقيق نتيجة، أي حصول رضا الغير بالتعهد، فإذا عجز عن ذلك يكون مسؤولا عن إخلاله بتنفيذ التزامه لأنه لا يكفي أن يثبت أنه بذل عناية للحصول على الرضا، إنما يشترط أن يحقق نتيجة وعليه أن عليه اثبات القوة القاهرة كموت الغير مثلا هي التي أدت إلى عدم تحقق النتيجة .

ج-آثاره:

- 3- إذا قبل الغير التعهد تبرأ ذمة المتعهد، ينشأ عقد جديد بين الغير والمتعاقد معه .
- 4- لم يشترط القانون في إقرار الغير للتعهد أي شكل أن يكون صريحا أو ضمنيا.
- 5- إقرار الغير للتعهد ليس له أثر رجعي إلى وقت التعهد لكن هذا لا يمنع أن يكون لإقراره أثرا رجعيا إذا قصد الغير ذلك .
- 6- إذا رفض الغير التعهد فإنه ليس مسؤولا لأنه غير ملتزم أصلا، والمتعهد هو المسؤول ويلتزم بتعويض المتعاقد معه إلا إذا أثبت القوة القاهرة ، أو يتخلص من التعويض بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به .

ثانيا- الاشتراط لمصلحة الغير¹¹³:

أ-تعريفه: هو عقد يتم بين شخصين هما المشتري و الملتزم بمقتضاه يكسب شخصا ثالثا يسمى المستفيد أو المنتفع حقا مباشرا قبل الملتزم يستطيع أن يطالبه بالوفاء به ، و تطبيقاته من الناحية العملية كثيرة و متعددة

¹¹³ نصص المادة 116 ق م ج على أنه "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية . و يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك ، و يكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد . و يجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك ."

، مثلا عقد تأمين مصنع من طرف ممثله و هو المشتراط لدى شركة تأمين و هي المتعهد لفائدة العمال و هم المنتفع ، كذلك عقد هبة مع اشتراط قيام الموهوب له بأداء مبلغ مالي لفائدة شخص ثالث بصفة دورية لشخص على مدى الحياة .

ب-شروط الاشتراط لمصلحة الغير:

1- أن يتعاقد المشتراط باسمه دون إدخال المنتفع طرفا في العقد، وهذا مايفرقها عن النيابة الاتفاقيه أو القانونية ، فالتصرف في النيابة باسم الأصيل و لحسابه، أما الاشتراط لمصلحة الغير فيكون باسم المشتراط و لحساب المنتفع (الغير).

و يتميز عن الفضالة بأن المشتراط لا يعد نائبا عن المنتفع ، كما أن له مصلحة شخصية ، أما في الفضالة فالفضولي يعتبر نائبا عن رب العمل وليكون عمله صحيحا يشترط أن لا يكون له مصلحة شخصية فيه .

2- أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع م 2/116 فالحق نشأ مباشرة في ذمة المتعهد من العقد لفائدة المنتفع رغم أنه لم يكن طرفا في العقد دون أن يمر بذمة المشتراط ، فيستطيع المستفيد مطالبة المتعهد مباشرة بالحق الناشئ عن العقد و باسمه الشخصي بمقتضى دعوى مباشرة. مثال : أقام بتأمين بيته ← باعه ← المشتري هنا يعد خلفا خاصا وليس منتفعا .

3- أن تكون للمشتراط مصلحة شخصية في الاشتراط لمصلحة الغير هذه المصلحة قد تكون مادية كأن يشترط البائع على المشتري كأن يدفع الثمن لشخص ثالثا دائما للبائع ، وقد تكون مصلحة أدبية كتبرع لشخص ثالثا ، ولا بد أن تكون المصلحة مشروعة و غير مخالفة للآداب العامة .

ج-آثاره :

1-علاقة المشتراط بالمتعهد:هذه العلاقة تحكمها أحكام العقد المبرم بينهما (المشتراط والمتعهد).

1-1- كل منهما له الحق فيطلب التنفيذ من الآخر.

1-2- للمشتراط أن يطلب من المتعهد تنفيذ الحق الذي اشترطه للغير، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أن الحق في المطالبة مقصور على المنتفع¹¹⁴.

1-3- يجوز للمشتراط طلب الفسخ في حالة عدم تنفيذ المتعهد لالتزاماته، كما له أن يدفع بعدم التنفيذ ، لكن إذا فسخ العقد بعد موافقة المنتفع فلا يضيع الفسخ حقوق المنتفع إلا إذا كان الاشتراط تبرعا يجوز الرجوع فيه .

¹¹⁴ المادة 3/116 ق م ج ، القانون السابق .

2-علاقة المشتري بالمتنفع: تتحدد هذه العلاقة حسب قصد المشتري في الحق الذي اشترطه على المتعهد بتنفيذه بناء على أحكام الاشتراط لمصلحة الغير، وقد يكون قصد المشتري تبرعا أو معاوضة .

1-2- إذا كان القصد تبرعا للمتفع كالهبة، فلا بد من توفر شروط الهبة، وهي أهلية التبرع في المشتري، و إذا صدر الاشتراط في مرض الموت تطبق عليه أحكام الوصية، وللدائن رفع دعوى البولصية (دعوى منع نفاذ المتصرف).

2-3- أما إن كان القصد معاوضة، فالعلاقة بينها يحددها موقف المشتري من المتنفع، كأن يكون مدينا له أو قصد إقراض المتنفع، أو قصد ايداعه لديه .

2-2- أن القيمة التي يلتزم بها المتعهد في مواجهة المتنفع لا تزيد عن القيمة التي يلتزم بها المتعهد للمشتري.

3- علاقة المتعهد بالمتنفع :

يترتب حقا مباشرا للمتفع وهو ما يعد خروجاً عن مبدأ نسبية أثر العقد، فالغير ينشأ له حق عن عقد لم يكن طرفاً فيه، ويترتب على اعتبار حق المتنفع في مواجهة المتعهد حقا مباشرا من عقد الاشتراط، وهذا الحق يكون قابلاً للنقض من المشتري وذلك إلى أن يظهر المتنفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط .

1-3- ينشأ حق شخصي و مباشر للمتفع : وهو حق يخول للمتفع رفع دعوى مباشرة يطالب فيها المتعهد الوفاء بما التزم به، و يترتب على ذلك :

- أن هذا الحق ينشأ من يوم انعقاد العقد، كما لو كان أصيلاً، طبقاً لنص المادة 1/116 .

- للمتفع مطالبة المتعهد بالتنفيذ مباشرة، طبقاً لنص المادة 2/3، 116 .

- لا يتأثر حق المتنفع بوفاء المتعهد أو المشتري أو الاثنين .

- للمتفع رفع دعوى فسخ في حالة عدم تنفيذ المتعهد الاشتراط، كما له أن يتمسك بالدفع بالبطلان .

- لا يستطيع دائنو المشتري التنفيذ على هذا الحق، لأنه نشأ مباشرة للمتفع .

2-3- جواز نقض الاشتراط¹¹⁵ :

- للمشتري حق نقض الاشتراط شرط أن لا يكون المتنفع قد أظهر رغبته في الاستفادة منه، و الرجوع حق شخصي للمشتري لا يستعمله دائنه باسمه، و لا ينتقل إلى الورثة .

¹¹⁵ تنص المادة 1/117 على " يجوز للمشتري دون دائنيه أو وارثيه أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المتنفع على المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد."

- والنقض قد يكون صريحا أو ضمنيا، و يسقط هذا الحق بإعلان المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط.
- كما أن ذمة المتعهد لا تبرأ قبل المشتراط إلا إذا اتفق على ذلك صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من الاشتراط طبقا للمادة 2/117¹¹⁶ .
- 3-3-وجوب اظهار المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط : ينقضي حق المشتراط في الوقت الذي يظهر فيه المستفيد برغبته في الاستفادة ، و يكسب حقه بأثر رجعي إلى يوم انعقاد العقد . و قبول المستفيد تصرف قانوني يترتب عليه تثبيت حقه و ليس للقبول شكل معين .
- كما أنه للمنتفع رفض الاشتراط ، فينصرف حقه للمشتراط أو ورثته ، و يجوز للمشتراط تعيين منتفع آخر الذي يثبت حقه من وقت العقد لا من وقت التعيين .
- و يستطيع دائني المنتفع أن يستعملوا حقه في الاقرار عن طريق الدعوى غير المباشرة إذا كان الاشتراط معاوضة بالنسبة إليه .

¹¹⁶ تنص المادة 2/117 على " و لا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتراط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك، و للمشتراط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية الاشتراط "