

محاضرات في مصادر الالتزام - السنة الثانية ليسانس - السداسي الأول - المجموعة د- من إعداد : د. أعراب نادية.

يعرف أن القانون المدني هو الشريعة العامة لسائر القوانين إذ يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع، و تتولى جل أحكامه تنظيم العلاقات ذات الطابع المالي و التي لها تأثير على الذمة المالية بجانبه الإيجابي و هي الحقوق و السلبي و هي الالتزامات .
فيقصد **بالحقوق المالية** تلك الحقوق التي تخول لصاحبها الاستئثار بقيمة مالية معينة، و تنقسم هذه الحقوق إلى حقوق عينية و حقوق شخصية أي الالتزامات و أخرى ذهنية أو فكرية أي حقوق الملكية الفكرية، و هذه الأخيرة تخضع لنصوص قانونية خاصة بها .

و يعرف الحق العيني: هو سلطة مباشرة لشخص على شيء معين بذات، تخوله الاستفادة منه مباشرة في الحدود التي يرسمها له القانون، كحق الملكية، سواء كان وارداً على عقار أو على منقول، و تكون العلاقة في هذا الحق بين الشيء الذي يرد عليه الحق أي محل الحق و بين صاحبه مباشرة دون تدخل لأي شخص آخر فيها لذلك سمي بالحق العيني .

في حين **الحق الشخصي أو حق الدائنية أو الالتزام:** فهو علاقة قانونية بين شخصين، يقوم بموجبها أحدهما و هو المدين قبل الآخر و هو الدائن بإعطاء شيء أو أداء عمل أو الامتناع عنه، و تقوم العلاقة القانونية في هذا الحق بين الدائن و المدين، فلا يستطيع الدائن مباشرة هذا الحق إلا عن طريق المدين شخصياً بتنفيذ التزامه محل الحق، لهذا سمي بالحق الشخصي .

و إذا كان الحق العيني يقوم بتوافر عنصرين هما: صاحب الحق و محل الحق، فإن الحق الشخصي يقوم إذا توافر له ثلاثة عناصر هي: صاحب الحق و هو الدائن و من عليه الحق أو الالتزام و هو المدين، و محل الحق و هو الأداء الذي يلتزم به المدين .

تعريف الالتزام .

طالما أن الحق الشخصي هو علاقة قانونية بين شخصين هما الدائن و المدين، فهذه العلاقة من ناحية الدائن تمثل حقا أما من ناحية المدين فتتمثل التزاماً، لذلك فالحق الشخصي و الالتزام هما وجهين لعملة واحدة وجهها الأول حق و الثاني التزام، و من ثم فهما يشكلان مفهومين متلازمين .

و عليه يعرف الالتزام بأنه: " هو رابطة قانونية ذات قيمة مالية تقوم بين طرفين أو أكثر يلتزم بمقتضاها أحدهما و يسمى المدين بالقيام بأداء معين أي إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل لمصلحة طرف آخر يسمى الدائن"، من خلال هذا التعريف يتبين أن الالتزام عبارة عن واجب قانوني مالي على عاتق شخص يسمى المدين، يلتزم من خلاله بتقديم أداء مالي معين أي إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل لمصلحة شخص آخر هو الدائن.

النظرية العامة للالتزام .

يقصد بالنظرية العامة للالتزام مجموعة القواعد التي تنظم المسائل المتعلقة بالالتزام، و تطبق هذه القواعد على كافة الالتزامات المدنية و التي تنشأ من أحد مصادر الالتزام .

تحظى هذه النظرية بأهمية بالغة في القانون المدني، بل في كافة فروع القانون المختلفة، فهي بمثابة الأساس الذي تقوم عليه كافة العلاقات المالية بين الأشخاص داخل المجتمع، حيث تعالج مسائل في غاية الأهمية تتعلق بمصادر الالتزام و آثاره و انقضائه و إثباته .

و عموماً، تنقسم النظرية العامة للالتزام إلى قسمين أساسيين: قسم يتعلق بمصادر الالتزام، و قسم بأحكام الالتزام. إذ **مصادر الالتزام** هو الأصل الذي نشأ عنه، أو السبب القانوني المباشر المنشأ له، و يرجع إلى القانون نشأة جميع الالتزامات، فلا يقوم أي التزام إلا إذا أقره القانون و اعترف به، حيث يعد مصدراً غير مباشر لها، لأنه يعلق نشوءها على حدوث وقائع محددة تعد بمثابة المصدر المباشر لها، فالالتزامات الناشئة عن العقد و عن العمل غير المشروع مصدرها القانون لأن القانون هو الذي جعلها تنشأ من مصادرها فحدد أركانها و بين أحكامها، فهذه الالتزامات لها مصدر مباشر تنشأ عنه مباشرة و هو أما العقد و الإرادة المنفردة أما مصدرها غير المباشر فهو القانون، غير أن هناك التزامات يعتبر القانون المصدر المباشر لها، إذ تنشأ هذه الالتزامات دون تدخل من جانب المدين مثل التزام بدفع النفقة.

أما **التقسيم مصادر الإلتزام** :فهناك تقسيم التقليدي لمصادر الإلتزام فقد قسمت القوانين اللاتينية مصادر الإلتزام إلى خمس مصادر هي العقد(توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزم أو أكثر في ذمة أحد المتعاقدين أو كليهما)،شبه العقد(عمل إرادي و مشروع يترتب عليه التزم في ذمة المنتفع منه،كما يمكن أن ينشأ عنه أيضا التزم مقابل في ذمة الفاعل نفسه مثل الفضولي)،الجريمة(فعل عمدي و غير مشروع ،فينشأ عن الجريمة التزم من جانب الفاعل بتعويض الضرر المترتب عنها)،شبه الجريمة(فعل غير مشروع و غير عمدي و ينشأ عنه التزم في ذمة الفاعل بالتعويض مثل سائق السيارة الذي يصدم بخطأ أحد المارة)،القانون(قد يكون المصدر المباشر لبعض الإلتزامات كالتزم بدفع النفقة).

أما **التقسيم الحديث لمصادر الإلتزام** فيجمع الفقه و التشريع الحديث على خمسة مصادر و هي :العقد، الإرادة المنفردة،العمل غير المشروع(يشمل الجريمة و شبه الجريمة)،الإثراء بلا سبب(شبه العقد)،القانون.

أما **المشروع الجزائري** فقد قام بتقسيم المصادر إلى خمسة: و هي القانون (المادة 53 ق.م)، العقد (المواد 54 إلى 123 ق.م)، الإرادة المنفردة (المواد 123 مكرر و 123 مكرر 1 ق.م) [لقد أضافه المشرع بعد تعديل 2005 للقانون المدني]، العمل المستحق للتعويض (المواد من 124 إلى 140 مكرر 1 ق.م)، شبه العقود (المادة 141 إلى 159 ق.م).

و يمكن تقسيم هذه المصادر إلى صنفين أو فئتين مصادر الإرادية و تشمل العقد و الإرادة المنفردة،و يطلق عليه أيضا اسم التصرف القانوني أي اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ،و أما صنف ثاني مصادر غير إرادية و تشمل القانون و العمل المستحق للتعويض و شبه العقود،و يطلق عليها أيضا اسم الواقعة القانونية و هي كل واقعة مادية (مثل واقعة العمل غير مشروع) أو طبيعية (مثل واقعة القرابة)يرتب عليها القانون أثرا معينا بغض النظر عما إذا كانت الإرادة قد اتجهت إلى إحداث هذا الأثر أم لا.

بناء على ذلك سيتم دراسة هذه المصادر على النحو التالي:

القسم الأول: التصرف القانوني(المصادر الإرادية للإلتزام) و تشمل العقد،و الإرادة المنفردة.

القسم الثاني: الواقعة القانونية(المصادر اللإرادية للإلتزام) و تشمل العمل المستحق للتعويض،و شبه العقود،القانون.

القسم الأول : التصرف القانوني أي المصادر الإرادية للإلتزام .

يعرف التصرف القانوني على أنه" تعبير عن الإرادة يتم بهدف إحداث أثر قانوني معين" سواء تمثل هذا الأثر في إنشاء حقوق و التزمات أو نقلها أو تعديلها أو إنهاؤها، فإذا توافقت إرادتين على إحداث الأثر القانوني كنا أمام العقد كمصدر للإلتزام،و إذا استقلت إرادة بمفردها في اتجاهها نحو إحداث هذا الأثر كنا بصدد الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام .

المحور الأول : العقد.

يعتبر العقد المصدر الأول و الغالب للإلتزام و هذا ما دفع المشرع إلى منحه عناية خاصة، حيث عالج المسائل المتعلقة به، في 69 مادة من المادة 54 إلى المادة 123 مدني التي يتضمنها الفصل الثاني من الكتاب الثاني الإلتزامات و العقود من الباب الأول مصادر الإلتزام من القانون المدني .

الفصل الأول : مفهوم العقد و تقسيماته .

للعقد أهمية بالغة في الحياة العملية فهو يمثل الإطار العام للعمل الإرادي و يتضمن أحكام تنظيم العلاقة الناشئة عنه بين أطرافه، و لذلك تقتضي دراسة العقد بيان المقصود به و أقسامه المختلفة من خلال المبحثين التاليين

المبحث الأول : مفهوم العقد .

إن تحديد مفهوم العقد يتطلب أولا البحث في تعريفه، ثم دراسة تطور فكرة العقد من خلال البحث في مبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الأول : تعريف العقد .

يعرف العقد بأنه توافق إرادتين و أكثر على إحداث أثر قانوني معين، يتمثل هذا الأثر بمنح أو فعل،أو عدم فعل شيء ما،أي أن الإرادتين تتجهان إلى إنشاء التزم أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه.

يتضح من هذا التعريف ما يلي :

1-العقد يستلزم وجود إرادتين متطابقتين أو أكثر، و بالتالي فإن التصرف القانوني الذي يتم بإرادة واحدة كالوصية و الوعد بالجائزة لا يعتبر عقداً،حيث يقتصر مصطلح العقد على الالتزامات التي تنشأ عن إتحد إرادتين أو أكثر .

2-يجب أن تتصرف إرادة المتعاقدين إلى إحداث آثار قانونية فإن لم تتجه إرادتهما إلى خلق التزامات فيما بينهما فلا يكون هناك ثمة عقد بالمعنى القانوني، و إنما نكون بصدد علاقة من علاقات المجاملة الاجتماعية كأن ندعو شخص إلى القيام بنزهة معينة.

3-و هناك من الفقهاء القانون المدني من ينادى إلى ضرورة التمييز بين الاتفاق convention و العقد contrat ، ذلك أن الاتفاق يعبر عن إتحد إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. في حين العقد فإنه يعبر عن إتحد إرادتين على إنشاء التزام أو نقله، فيكون مصطلح الاتفاق أكثر عمومية و شمولاً من مصطلح العقد، إذ أن كل عقد يعتبر اتفاقاً، بيد أن العكس ليس صحيحاً .

و يرونا كذلك أن مصطلح العقد لا يستعمل إلا بمناسبة الاتفاقات المهمة التي يختص المشرع بتنظيم أحكامها كالبيع و الإيجار.في حين كلمة الاتفاق فإنها تتصرف إلى غير ذلك من الاتفاقات التي لا تنطوي تحت صنف معين أو تنظيم معين.

و يلاحظ بأن هذه التفرقة لا تحقق أي فائدة عملية،و ليس هناك ما يمنع من استعمال عبارتي العقد و الاتفاق كلفظين مترادفين، خاصة و أن المشرع الجزائري عندما عرف العقد في المادة 54 من ق م ق على أن العقد هو اتفاق و كذا المشرع الفرنسي قد خلط بينهما و استعملهما على هذا النحو .

و قد عرف القانون المدني الجزائري العقد في المادة 54 منه، حيث جاء فيها " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما". و ما يلاحظ أن هذا التعريف يشبه في مضمونه مع تعريف الالتزام .

المطلب الثاني : سلطان الإرادة principe de l'autonomie de la volonté .

إن تطور مفهوم العقد يرتبط بمبدأ سلطان الإرادة لهذا يجب إعطاء تعريف لهذا المبدأ و القيود الواردة عليه.

1-تعريف مبدأ سلطان الإرادة و تطوره التاريخي .

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من نتائج تقديس المذهب الفردي،الذي يعتبر الفرد و تلبية حاجاته هو غاية اهتمامه، أي أن الإرادة وحدها تكون كافية وفقاً لهذا المبدأ لإنشاء العقد و تحديد شكله و آثار المترتبة عنه دون أي قيود تذكر على حرية الإرادة في هذا الشأن.

فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، فالأفراد أحرار في إتفاقتهم،فهم الذين يحددون في عقد البيع مثلاً الشيء المبيع و ثمن المبيع و غير ذلك .و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني .

إلا أن التطورات الاقتصادية و الاجتماعية لاسيما في ظل ظهور المبادئ الاشتراكية، أدت بالتشريعات إلى فرض العديد من القيود على مبدأ سلطان الإرادة و هذا من أجل حماية الطرف الضعيف في التصرفات القانونية من جهة و حماية مصلحة المجتمع من جهة أخرى ، فلم يعد هذا المبدأ مطلقاً كما كان عليه من قبل.و هذا ما سوف نراه في النقطة الموالية .

2-القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة .

بالرغم من تبني التشريعات لمبدأ سلطان الإرادة بما فيها المشرع الجزائري،إلا أنها وضعت له إطار قانوني محدد من خلال القيود التي فرضتها على هذا المبدأ،و ذلك بهدف تحقيق التوازن بين حرية الإرادة الفردية و المصلحة العامة للمجتمع،و هذا ما أدى إلى تقيد الحرية الفردية في التعاقد .

و من بين القيود الواردة على هذا المبدأ نذكر:

1-الشكلية : أن العقد يخضع كأصل عام لمبدأ الرضائية، فينقذ بمجرد اتفاق الأطراف المتعاقدة، إلا أن هناك بعض العقود لا تكتفي لانعقادها مجرد إتحد الإرادتين،بل لا بد من إتباع شكلية خاصة يفرضها القانون،كالتصرفات المتعلقة بالعقارات، إذ يستلزم إفراغها في شكل معين مثل بيع عقار،أو رهنه أو استئجاره .

2-تعتبر فكرة النظام العام و الآداب العامة أخطر قيد على مبدأ سلطان الإرادة، إذ لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على أمر يتعارض مع أحكام النظام العام و الآداب العامة مثل اتفاق على فتح محل لبيع المخدرات.
3-إنهاء العقد و تعديله كأصل عام لا يجوز ذلك إلا باتفاق الأطراف المتعاقدة، غير أن المشرع منح القاضي سلطة تعديل العقد في حالات معينة مثل الظروف الطارئة المادة 107 فقرة 3 من ق م، الشرط الجزائي المادة 184 ق م، استغلال المادة 90 من ق م و عقود الإذعان المادة 110 ق م.

المبحث الثاني : تقسيمات العقود .

هناك تقسيمات من وضع المشرع و الأخرى من وضع الفقه .

المطلب الأول: تقسيم المشرع : فقد وضع المشرع عدة تقسيمات للعقود و هي :

أ- العقد الملزم للجانبين و العقد الملزم لجانب واحد

-**العقد الملزم للجانبين :** عرفه المشرع في المادة 55 في القانون المدني التي تنص " يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام ببعضهما البعض " هو الذي ينشئ الالتزامات متقابلة في ذمة كل المتعاقدين و مرتبطة ببعضها البعض، إذ يكون كل متعاقد و في نفس الوقت دائنا و مدينا ، ويشترط أن تنشأ هذه الالتزامات في وقت واحد أي وقت إبرام العقد، و يكون مصدر هذه الالتزامات واحد و هو العقد، و كذا يجب أن يكون تنفيذ التزام المتعاقد متصلا و مقابلا لتنفيذ الالتزام المقابل الذي يتحمله المتعاقد الثاني .
- **العقد الملزم لجانب واحد :** هو الذي ينشئ التزاما في ذمة أحد المتعاقدين دون آخر و هذا حسب المادة 56 من القانون المدني التي تنص " يكون العقد ملزما لشخص أو لعدة أشخاص إذ تعاقده فيه شخص نحو شخص، أو عدة أشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الآخرين " مثل الهبة المادة 202 من قانون الأسرة " الهبة تمليك بلا عوض " . يشترط لإنشاء العقد الملزم لجانب واحد اتفاقا بين الإرادتين المتعاقدتين و لكنه يرتب التزام في عتق متعاقد واحد .

و أهم ما يميز العقدين هو أن سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الأخر بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين، في حين أن السبب العقد الملزم لجانب واحد هو التزام سابق أو نية التبرع. يحق للمتعاقد أن يتمسك بالفسخ في العقود ملزمة للجانبين و لا يمكن تمسك بالفسخ في العقد الملزم للجانب واحد، و نفس شيء بالنسبة الدفع بعدم التنفيذ (في حالة امتناع المتعاقد عن التنفيذ يحق للمتعاقد الثاني أن يمتنع عن التنفيذ إلزامه أيضا).

ب-العقد المحدد و العقد الاحتمالي

-**العقد المحدد:** هو الذي يستطيع فيه كل المتعاقدين، عند التعاقد تحديد ما يحصل عليه. إذ تنص المادة 57 في فقرتها 1 من القانون المدني " يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح، أو فعل شيء، يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له" . فالعقد المحدد هو العقد الذي تكون فيه التزامات و حقوق المتعاقدتين معينة و محددة وقت إبرامه، مثل عقد البيع الذي لا ينعقد ما لم يكن المبيع و الثمن محددتين.

-**عقد الاحتمالي أو عقد الغرر:** أو العقد الاحتمالي هو الذي لا يستطيع فيه كل المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه عند التعاقد، و إنما يتحدد هذا فيما بعد، أو محقق الحصول و لكن لا يعرف متى يحصل. حسب المادة 57 الفقرة 2 من القانون المدني: " إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر " مثل التأمين، الرهان، بيع الثمار قبل نضجها.

و أهم تمييز بين العقدين هو عدم إمكانية تطبيق أحكام الغبن على العقود الاحتمالية .

ج- عقد المعاوضة و عقد التبرع

- **عقد المعاوضة :** و هو العقد الذي يأخذ فيه العاقد مقابلا ماليا لما يعطي، المادة 58 من القانون المدني تنص أن " العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما " ، و ما يلاحظ أن أغلب عقود المعاوضة ملزمة للجانبين مثل عقد الإيجار المؤجر ملزم بتسليم العين المؤجر و المستأجر ملزم بدفع بدل الإيجار .

-**عقد التبرع :** هذا العقد لم يشر إليه المشرع الجزائري، هو العقد الذي لا يأخذ فيه العاقد مقابلا لما يعطي. و ما يلاحظ أن أغلب عقود التبرع ملزمة لجانب واحد، مثل الهبة التي يتخلى المتبرع عن ملكية ماله، دون أخذ مقابلا .

و أهم ما يميز هذين العقدين هو أن الغلط في الشخص يؤثر على صحة عقد التبرع إذ تعتبر شخصية المتبرع له محل اعتبار عكس عقد المعاوضة، و أيضا تكون في العادة مسؤولية المتبرع عادة أخف من مسؤولية المتعاقد بعوض .

المطلب الثاني : تقسيم الفقه

قام الفقه إلى عدة تقسيمات و لكن نكتفي فقط يذكر بعضها.

أ- من حيث تكوين العقد: تنقسم إلى 3 عقود .

-العقد الرضائي : هو الذي يتم بمجرد حصول اتفاق بين طرفيه، و هذا العقد نصت عليه المادة 59 ق م التي تنص " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية "

-العقد الشكلي : هو ذلك العقد الذي يشترط إضافة إلى تطابق الإرادتين أي ركن التراضي يشترط احترام شكلية معينة ، أي اشتراط ركن الشكلية و هي احترام الكتابة معينة مثل الكتابة العرفية أو الرسمية التي تكون أمام الموثق، و الهدف منه حماية المتعاقدين مثل بيع العقار الذي يشترط فيه الكتابة الرسمية زائد الشهر العقاري .

- العقد العيني : هو الذي يستوجب تسليم العين أي محل العقد لانعقاد العقد و هذا النوع من العقود ضئيل فجنده مثلا في عقد العارية في القانون الفرنسي الذي لا ينعقد إلا بتسليم المعير للمستعير الشيء المعار .

ب- من حيث تنفيذ العقود

-العقد الفوري : هو الذي يتم تنفيذه دفعة واحدة أو على دفعات دون أن يكون الزمن عنصرا أساسيا فيه مثل البيع و لو كان دفع الثمن على أقساط .

-العقد الزمني : هو الذي تعتبر المدة عنصرا أساسيا فيها إذ تحدد محله مثل العقود ذات التنفيذ المستمر مثل عقد الإيجار الذي يحدد بدل الإيجار على أساس مدة الانتفاع، عقد العمل .

و أهم ما يميز هذين العقدين بأن العقود الزمنية عموما قابلة للمراجعة بسبب الظروف الطارئة حسب المادة 107 الفقرة 3 من القانون المدني عكس العقود الفورية . و بالنسبة للفسخ العقد ينسحب أثره إلى الماضي بالنسبة للعقود الفورية بينما يرتب أثارة في المستقبل فقط بالنسبة للعقود الزمنية.

ج- من حيث مساواة المتعاقدين

-عقد المساومة : في هذا نوع من العقود يتمتع فيه كل متعاقد بحرية كاملة في وضعه شروط العقد و بنوده، و يساهم كل متعاقد في صنع الاتفاق .

عقد الإذعان : هو عقد يملئ فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله، و يتميز هذا العقد بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، فيفرض عليه شروطه و لا يقبل مناقشتها .

أهم ما يميز بين العقدين أن القبول في عقد الإذعان هو مجرد تسليم بشروط المقررة أي قبول اضطراري، في حين يكون القبول في عقود المساومة مطابقا تماما للإيجاب و ناتجا عن حرية تامة. يحق للقاضي في عقود الإذعان أن يعدل الشرط التعسفي أو إعفاء المذعن من تنفيذه عكس عقود المساومة لا يمكنه ذلك. و أيضا في حالة الشك يؤول لصالح المدين في عقود المساومة أما في عقود الإذعان فيكون تأويل دائما لمصلحة المذعن سواء كان دائنا أو مدينا .

د- من حيث الأحكام التي تدير العقود

-العقد المسمى : هو الذي تولي المشرع تسميته و تعريفه و تنظيم أحكامه مثلا عقد البيع، عقد الشركة.

-العقد غير المسمى : هو العقد الذي لم يتول المشرع تنظيمها و لا تسميتها و لا تعريفها بعد. فهي عقود يصيغها المتعاقدان بكل حرية إلا عدم مخالفة النظام العام و الآداب العامة مثل عقد استعمال دراجة نارية أو عقد إعطاء دروس خاصة .

و أهم ما يميز العقدين هو أن الأطراف العقد في العقود المسماة ملزمون بالقواعد الأمرة التي وضعها المشرع أما في العقود غير المسماة فهم ملزمون بالقواعد العامة، و أيضا في حالة إغفال المتعاقدين لمسألة ما في العقد فالقاضي ملزم بالاعتماد على القواعد المكملة لإتمام العقد عكس العقود غير المسماة فإنه ملزم بالبحث على نية المتعاقدين.

ه- من حيث انصراف آثار العقود

-**العقد الفردي** : هو العقد الذي يتم بين شخصين أو أكثر و تنصرف آثاره إلى أطراف العقد فقط .
-**العقد الجماعي** : العقد الجماعي لا تزال حدوده غير واضحة، و يمكن تقسيمها إلى نوعان و هي العقد الذي يتم بين عدة أشخاص ليس لهم مصالح متناقضة، بل غايتهم واحدة كعقد الشركة، و أما النوع الثاني فهي الاتفاقات الجماعية و هو اتفاق يتم بين أطراف لها مصالح متناقضة، كالاتفاقات التي تتم بين النقابات و أرباب العمل، و تنصرف آثارها إلى كل العمال بما فيهم الراضين لها .

الفصل الثاني : تكوين العقد .

تناول المشرع شروط العقد في القسم الثاني من الفصل الثاني للكتاب الثاني من التقنين المدني، و لقد ذكر المشرع المدني الرضا، المحل، السبب، و أما الشكلية فلم يذكرها، و لكن عند الإطلاع على الأحكام الواردة في هذا الشأن يلاحظ أن المشرع قد وقع في الخلط بين الشروط العقد و أركان العقد، إذ أن الركن أمر يتعلق بوجود العقد، بينما الشرط مسألة أقل أهمية، و تخص صحة التراضي فقط، حيث يختلف الجزاء المترتب عن تخلفها فبالنسبة لتخلف الركن يجعل العقد باطل بطلانا مطلقا، في حين إخلال بشرط من الشروط العقد يجعله قابل للإبطال فقط .

المبحث الأول : الركن التراضي.

لا تعبر كلمة "الرضا" التي أطلقها المشرع على الركن الأول للعقد، إذ قد أخطأ المشرع في ترجمة مصطلح "le consentement" التي تفيد توافق الإرادتين و تطابقهما، في حين لفظ الرضا يفيد رضا شخص واحد دون الثاني، و لهذا يستحسن استعمال مصطلح التراضي عوض عن الرضاء .
و يشترط أن يكون التراضي كركن من أركان العقد أن يكون موجودا و صحيحا و هذا ما سوف يتم تناوله.

المطلب الأول : وجود التراضي .

لوجود التراضي يتعين أن يعبر الشخص عن إرادته في إحداث أثر قانوني، و أن تتلاقى هذه الإرادة مع إرادة أخرى مطابقة لها (متجهة إلى إحداث نفس الأثر)، حتى يتحقق التوافق بين الإرادتين، و هذا ما نصت عليه المادة 59 من ق م "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية."

الفرع الأول : التعبير عن الإرادة .

التعبير عن الإرادة هو الإفصاح عن الإرادة الكامنة في النفس الشخص، ذلك أن القانون لا يعتد بالإرادة إلا إذا تم التعبير عنها و إخراجه إلى الواقع الخارجي. و كقاعدة عامة التعبير لا يخضع لشكل ما، في هذا الإطار تنص المادة 60 من ق م "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.
و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذ لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا." و من خلال المادة 60 من القانون المدني يفهم أن التعبير أصلا يكون صريحا و استثنائيا يكون ضمنيا.

1-التعبير الصريح : هو الإفصاح عن الإرادة بصورة مباشرة، سواء عن طريق اللفظ، الكتابة، الإشارة، أو باتخاذ كوقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي. مثلا الكتابة (عقد)، الكلام (موافقة أو مفاوضة)، الإشارة، (مثل هز الرأس عموديا أو أفقيا)، اتخاذ موقف : عرض أشياء في السوق أو في محل تجاري. و هذا طبقا لما نصت عليه المادة 60 الفقرة 1 من ق.م.

2-التعبير الضمني: هو الإفصاح عن الإرادة بصورة غير مباشرة، و فد أجازته المادة 60 في فقرتها الثانية مثلا البقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار، فيعتبر ذلك دلالة على رغبته في تجديد الإيجار و هذا ما نصت عليه المادة 509 من ق.م.
و لكن لا يعتد بالتعبير الضمني في حالتين و هي : حالة اشتراط القانون أن يكون التعبير صريحا، أو إذا أتفق الطرفان على ضرورة التعبير الصريح .

في الأصل أن السكوت لا يعتبر تعبيرا عن الإرادة، طبقا للقاعدة الفقهية " لا ينسب لساكت قول" فيمكن تعريف السكوت على أنه موقف سلبي لا يدل لا على معنى الرفض و لا القبول، باستثناء في حالات يعتبر السكوت قبول و قد نصت على ذلك المادة 68 من ق.م .

أما فيما يخص وقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانوني، طبقا للمادة 61 من ق.م لا يكون للتعبير عن الإرادة أثر قانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه، و قد اعتبرت هذه المادة أن وصول التعبير إلى من وجه إليه قرينة على العلم به، و تعتبر هذه قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، و هذا ما يفهم من عبارة " ما لم يقد دليل على عكس ذلك "، لذلك يجوز لمن وجه إليه التعبير أن يثبت عدم علمه بهذا التعبير بالرغم من وصوله إليه.

إلا أنه استثناءا توجد حالات لا يلزم فيها أن يتصل التعبير عن القبول بعلم الموجب، بمعنى لا يلزم لانعقاد العقد أن يعلم الموجب بهذا التعبير، و أحسن مثال عن ذلك السكوت الملابس الذي نصت عليه المادة 68 من ق.م.

كما ذكرنا سابقا للتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره قانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه سواء كان أيجاب أو قبول، لكن ما حكم وفاة أو فقد الأهلية على التعبير عن الإرادة و هذا ما عالجت المادة 62 من ق.م، و يمكن تقسيمها إلى حالتين :

1- وفاة أو فقد أهلية من صدر عنه التعبير عن الإرادة:

- إذا مات الموجب أو فقد أهليته قبل أن يتصل إيجابه بعلم القابل، فإن إيجابه يسقط و لا ينتج أثره.
- إذا مات القابل أو فقد أهليته بعد صدور القبول منه و اتصل قبوله بعلم الموجب، فإن العقد ينعقد ما لم تكن شخصية القابل محل اعتبار في العقد فعندئذ لا ينعقد العقد.

2- وفاة أو فقد أهلية من وجه إليه التعبير عن الإرادة:

- إذا مات الموجب أو فقد أهليته بعد أن اتصل بعلمه بالقبول، فإن العقد ينعقد.
- إذا مات القابل أو فقد أهليته بعد اتصال الإيجاب بعلمه و قبل إعلان قبوله، فلا ينعقد العقد.

الإرادة قد تكون ظاهرة أو باطنة، فيقصد بالإرادة الظاهرة المظهر الخارجي للإرادة الظاهرة أي تعبير المعلن عن الإرادة إلى العالم الخارجي، أما الإرادة الباطنة فهي الإرادة الحقيقية التي استقرت في نفس الشخص، و يشترط أن تتطابق هاتين الإرادتين (الباطنة و الظاهرة)، و لكن المشكلة تنشأ عندما تكون هاتين الإرادتين غير مطابقتين، إذ يكون التعبير الخارجي لا يعبر عن الإرادة الحقيقية كما في حالة استخدام وسيلة خاطئة للتعبير عن الإرادة، فهنا بأي الإرادتين نعتد، وللإجابة على هذا الأشكال فقد ظهرت نظريتين، النظرية الموضوعية التي تأخذ بالإرادة الظاهرة سواء اتفقت أو اختلفت مع الإرادة الباطنة، و النظرية الشخصية تأخذ بالإرادة الباطنة، طالما أن صاحبها استعمل وسيلة خاطئة في التعبير عنها.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بالنظريتين، إذ أخذ بالنظرية الشخصية في عدة نصوص و لاسيما في تحديد شروط صحة العقد و تفسيره، و أخذ بالنظرية الموضوعية خاصة في مرحلة إبرام العقد عند تطابق الإرادتين و في تفسير العقد و هذا من أجل استقرار المعاملات.

الفرع الثاني: توافق أو تطابق الإرادتين:

التعبير عن الإرادة يصدر بشكلين هما الإيجاب و القبول، و في هذا الإطار الإيجاب أو الوعد بالتعاقد أولا، ثم ندرس القبول.

أولا: الإيجاب.

تعريف الوعد بالتعاقد أو الإيجاب : هو التعبير البات عن إرادة أحد الطرفين، صادر عن موجه إلى الطرف الآخر، بقصد إبرام عقد بينهما. و يمكن تعريفه أيضا هو " العرض الذي يتقدم به شخص يسمى الموجب يبدي فيه رغبته في التعاقد مع شخص آخر يسمى الموجب له أو القابل"، يشترط لكي نعتبر التعبير عن الإرادة الإيجاب عدة شروط و هي :

1- يجب أن يكون الإيجاب كاملا و محددًا، أي مشتملا على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه. مثلا إذا كان الوعد بالتعاقد مصحوب بتحفظ، فيعتبر مجرد دعوى إلى التعاقد.

2- يجب أن يكون الإيجاب جازما و باتا، بمعنى يصدر عن نية قاطعة و حاسمة، و يعكس عزمًا نهائيا على التعاقد، و هكذا يجب القول أن في غياب وعد باتا للتعاقد لا يمكن أن نتحدث عن أية مسؤولية عقدية خاصة مرحلة العرض و المفاوضات

3- كي ينتج الوعد بالتعاقد أثره، يجب أن يصل إلى علم الشخص الذي وجه إليه، أي أن يعلم الغير الذي وجه إليه سواء كان هذا الغير شخصا معينًا أو غير معينًا أو عدة أشخاص (المادة 61 من ق.م).

أما عن صور الإيجاب فهناك عدة صور و هي الإيجاب المجرد، الإيجاب المقترن بتحفظ، الإيجاب المعلق على الشرط، الإيجاب الملزم. فبالنسبة للإيجاب المجرد فهو الإيجاب الذي تتوفر فيه كل الشروط الإيجاب المذكورة سابقا، بحيث إذا اقترن هذا الإيجاب بقبول انعقد العقد مباشرة، وهذا هو الأصل في الإيجاب أن يكون مجرد من أي شرط أو تحفظ أو ميعاد. أما الإيجاب المقترن بتحفظ و هو إيجاب مقترن بتحفظ معين سواء كان صريحا أو ضمنيا وضعه الموجب، لهذا يجب أن تراعى هذه تحفظات عند القبول من أجل انعقاد العقد، ومثال على ذلك أن يتم عرض سلعة على المشتري و لكن البائع يحتفظ بحق تعديل الثمن تبعا لتغير الأسعار، الإيجاب المعلق على الشرط و هو إيجاب معلق على شرط وضعه الموجب بحيث إذا تحقق هذا الشرط لا ينعقد العقد، ومثال على ذلك أن يتم عرض سلع ذات كمية محدودة على الجمهور مع تعليق أيجابه على شرط عدم نفاذ الكمية. وأخيرا الإيجاب الملزم الأصل أن الإيجاب لا يكون ملزما إلا إذا صدر القبول قبل صدور القبول يحق للموجب العدول عن إيجابه، و لكن إذا كان الإيجاب مقترنا بميعاد يصبح ملزما و لا يمكنه العدول إلى غاية انتهاء تلك المدة. و قد يكون تحديد الميعاد صريحا أو قد تستشف ضمنيا من ظروف الحال أو طبيعة العقد التي تستلزم مدة معقولة للتفكير (المادة 63 من ق.م).

و في الأخير قد يسقط الإيجاب في الحالات التالية :

- 1- إذا عدل عنه الموجب في مجلس العقد قبل أن يقترن به قبول ممن وجه إليه.
- 2- إذا عدل الموجب عن إيجابه قبل أن يصل إلى علم من وجه إليه في التعاقد بين غائبين.
- 3- إذا رفضه من وجه إليه، سواء كان الرفض تاما أو جزئيا، و الرفض الجزئي يعد بمثابة إيجاب جديد المادة 66 من ق.م.
- 4- إذا انقض مجلس العقد دون اقتران الإيجاب بالقبول المادة 64 الفقرة 2 من ق.م.
- 5- إذا انقضت المدة المحددة من قبل الموجب أو المدة المعقولة التي تقتضيها طبيعة العقد في الإيجاب الملزم دون أن يقترن بقبول (المادة 63 من ق.م).
- 6- إذا مات الموجب أو فقد أهليته قبل أن يصل إلى علمه القبول (المادة 62 من ق.م).

ثانيا: القبول .

القبول هو الرد الإيجابي على الإيجاب من طرف الموجب له، و لكي يعتد بالقبول لا بد من توفر بعض الشروط و هي:

- 1- القبول يجب أن يكون باتا و جازما، أي ينطوي على نية قاطعة و نهائية.
 - 2- أن يوجه إلى صاحب الوعد بالتعاقد أو الإيجاب و في الوقت الذي يكون فيه الإيجاب قائما لم يسقط بعد، فإذا سقط الإيجاب عد القبول إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول.
 - 3- أن يطابق الإيجاب القبول مطابقة تامة، فإذا عدل القابل من الإيجاب بأن قيد منه أو زاد فيها يعتبر في هذه الحالة رفض جزئي للإيجاب يتضمن إيجاب جديد يحتاج إلى قبول طبقا للمادة 66 من ق.م.
- و يشترط أن يتطابق القبول بالإيجاب في جميع العناصر التي اشتمل عليها، و لا يشترط في الإيجاب أن يشتمل على جميع عناصر العقد المراد إبرامه، بل يكفي أن يشتمل على عناصر العقد الجوهرية، و لكن يثور التساؤل في هذه الحالة عن حكم المسائل التفصيلية أو الثانوية للعقد، و التي لم يتعرض الإيجاب ؟
- لقد أجاب المشرع على هذا الإشكال من خلال المادة 65 من القانون المدني أن " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و احتفاظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليهما، أعتبر العقد مبرما و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليهما فإن المحكمة تقضي فيها لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون و العرف و العدالة"
- إذ فرق المشرع بين حالتين :

- 1- في حالة تعليق المتعاقدان إبرام العقد على اتفاقهم على المسائل التفصيلية، فإن العقد لا ينعقد إلا بالاتفاق على هذه المسائل التفصيلية.
 - 2- في حالة عدم تعليق المتعاقدين إبرام العقد على اتفاقهم على المسائل التفصيلية، هنا ينعقد العقد بمجرد اقتران القبول بالإيجاب، ثم يتحدد حكم المسائل التفصيلية على النحو التالي :
- إذا اتفق المتعاقدان فيما بعد على المسائل التفصيلية فلا يثار إشكال.

-إذا لم يتفق المتعاقدان فيما بعد على المسائل التفصيلية، جاز للقاضي أن يحدد حكم هذه المسائل وفقا لطبيعة المعاملة وإحكام القانون و العرف و العدالة.

و في الأخير يجب دراسة مدى اعتبار السكوت قبولاً لأنه موقف سلبي أما القبول كما قلنا سابق هو موقف إيجابي و لكن استثناءاً يمكن اعتباره قبولاً في حالات معينة و هي :

1-السكوت الملابس و السكوت الذي تقتزن فيه ظروف يستشف منها أن للسكوت دلالة على معنى القبول، و هذا ما نصت عليه المادة 68 من ق.م التي أوردت 3 حالات على سبيل المثال :

أ-إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين و اتصل الإيجاب بهذا التعامل.

ب-إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تدل على أن السكوت عن الرفض يعتبر قبولاً.

ج-إذا كان الإيجاب يحقق مصلحة أو منفعة لمن وجه إليه

2-اتفاق الأطراف على اعتبار السكوت قبولاً.

3-نص القانون على اعتبار السكوت قبولاً، مثل البيع بالتجربة في المادة 355 من ق.م.

ثالثاً: اقتران القبول بالإيجاب

لكي يبرم العقد، لا يكفي صدور الوعد بالتعاقد أو الإيجاب و القبول، بل يجب أن يتلاقيا.بمعنى آخر يجب أن يعلم كل من العاقدين بالإيجاب و القبول، سواء تم هذا العقد بين حاضرين أو غائبين .

1-التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد.

يكون التعاقد بين حاضرين عندما يضم الطرفين مجلس عقد واحد، و ذلك باجتماع الطرفين و تواجدهما في مكان و زمان واحد أي مجلس عقد حقيقي،أو تكون بين المتعاقدين وسيلة اتصال بحيث أي مجلس عقد

حكمي، إذا عبر أحدهما عن إرادته فإن هذا التعبير ينتج أثره في الحال و ينعقد العقد فوراً

فإذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، و لكن لم يعين ميعاد للقبول فإن الموجب يتحرر من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً.

بصفة عامة يجب القول أن " الإيجاب يسقط إذا لم يقبل فوراً" و هذا طبقاً للمادة 64 من القانون المدني التي تنص "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من

إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً و كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.

غير أن العقد يتم،و لو لم يصدر القبول فوراً،إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب و القبول، و كان صدر قبل أن ينقض مجلس العقد."

إذن الأصل أن الإيجاب يكون فوراً و إلا لن ينعقد العقد و لكن استثناءً يمكن أن يمتد القبول إلى غاية انقضاء مجلس العقد.

2-التعاقد بين غائبين .

يكون التعاقد بين غائبين عندما لا يجمع بين المتعاقدين مجلس عقد واحد لا حقيقة و لا حكماً، و بذلك فإنه يوجد فاصل زمني بين صدور القبول و علم الموجب به، مثال على ذلك التعاقد بالمراسلة .

و هذا التعاقد يثير إشكالية تحديد لحظة انعقاد العقد، حيث ظهرت أربع نظريات و هي :

1-نظرية إعلان القبول : حسب هذه النظرية ينعقد العقد عند إعلان القبول.

2-نظرية إرسال القبول : ينعقد العقد عند صدور القبول أي إرساله بأي طريقة للطرف الآخر.

3-نظرية تسليم أو وصول القبول : ينعقد العقد عند وصول القبول إلى محل الطرف الآخر.

4-نظرية العلم بالقبول : ينعقد العقد عند علم الموجب بالقبول الصادر من الطرف الآخر.

أما المشرع الجزائري بالرجوع لنص المادة 67 من ق.م أنه قد أخذ بنظرية العلم بالقبول، بمعنى أن العقد بين غائبين يتم في المكان و الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، إلا إذا اتفق الطرفان أو نص

القانون على غير ذلك، و هذا يستشف أيضاً من المادة 61 من ق.م التي اعتبرت أن وصول التعبير عن الإرادة أي الرسالة قرينة على علم الموجب بالقبول، حتى يثبت العكس.

رابعاً: النيابة في التعاقد

الأصل في التعاقد أن يبرم الشخص العقد بنفسه و لحسابه غير أنه يجوز أن يبرم العقد بواسطة شخص آخر ينوب عن التعاقد، على أن تنصرف آثار العقد إلى الأصيل لا إلى النائب.

تعريف النيابة في التعاقد : هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء تصرف قانوني باسم الأصيل و لحسابه في حدود نيابته، مع إضافة آثار ذلك التصرف إلى ذمة الأصيل.
الأصل أن النيابة تكون في كل تصرفات القانونية، و لكن القانون يمنع النيابة في المسائل المحددة كعقد الزواج، حلف اليمين.

النيابة ثلاثة صور و هي: **النيابة القانونية** مصدرها القانون من حيث تحديد شخص النائب،سلطاته،اختصاصاته مثلا : الولي، و **النيابة الاتفاقية** مصدرها الاتفاق المبرم بين الأصيل و النائب مثل النيابة الناشئة عن عقد الوكالة، **النيابة القضائية** مصدرها القضاء من حيث تعيين شخص النائب و لكنها تعد نيابة قانونية من حيث تحديد سلطات النائب،كنيابة الوصي .
النيابة تخضع إلى ثلاثة شروط و هي :

1- **أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل.**حسب المادة 73 من ق.م لكي تتحقق النيابة يتعين على النائب التعبير عن إرادته لا عن إرادة الأصيل و بالنيابة عنه، و عليه تكون إرادة النائب هي محل الاعتبار في العقد عند النظر في عيوب الرضا،و كذا عند النظر إلى سوء النية و حسنها من حيث العلم بعض الظروف الخاصة التي له تأثير في التعاقد و كذا تشتت الأهلية الكاملة في النائب و ليس الأصيل،غير أنه في النيابة الاتفاقية فتكون إرادة الأصيل هي محل الاعتبار في العقد، و كذا يشترط الأهلية الكاملة في الأصيل و ليس النائب.

2- **أن يكون التعاقد باسم الأصيل.** يجب على النائب أن يعلن عن صفته كنائب و في حالة عدم إعلانه فلا تتصرف آثار التصرف إلى الأصيل،و لكن استثناء تتصرف آثار التصرف إلى الأصيل رغم عدم إعلان النائب عن صفته في حالتين المنصوص عليهما في المادة 75 من ق.م: أن يكون المتعاقد الآخر من المفروض أنه يعلم بوجود النيابة، أن يستوي لدى المتعاقد الآخر أن يتعامل مع الأصيل أو النائب.

3- **ألا يجاوز النائب الحدود المرسومة لنيابته.** يحدد الأصيل حدود نيابة النائب سواء من حيث نوع العقد و شروطه و مدة النيابة، فإذا تعاقد النائب في حدود نيابته فتضاف آثار العقد إلى ذمة الأصيل و هذا طبقا للمادة 74 من ق.م، و أما في حالة تجاوز النائب لحدود المرسومة له فتتصرف آثار العقد إلى ذمة النائب و ليس الأصيل.

إلا أنه هناك 3 حالات تتصرف آثار العقد إلى ذمة الأصيل رغم تفاوت النائب للحدود المرسومة له و هي : إذا أجاز الأصيل العقد الذي خرج النائب فيه عن حدود نيابته،فتنتقل آثاره إلى الأصيل بأثر رجعي من يوم إبرام العقد، إذا أبرم النائب عقد لحساب الأصيل بعد انقضاء النيابة و هو يجهل و من تعاقد معه بانقضائها أي حسن نية النائب و المتعاقد الآخر (المادة 76 من ق.م)،إذا تعذر على النائب إخطار الأصيل و غلب على ظنه أنه سيوافق على هذا العقد لأنه يحقق مصلحته.
و في الأخير **آثار التعاقد بالنيابة هي :**

-العلاقة بين النائب و الغير: هذه العلاقة تنتهي بمجرد إبرام العقد، و لا تترتب أي التزامات أو حقوق بينهما.

-العلاقة بين الأصيل و الغير: تترتب التزامات و حقوق بينهما، لأن آثار العقد الذي أبرمه النائب تتصرف إلى ذمة الأصيل.

-العلاقة بين النائب و الأصيل: يحددها مصدر سلطة النائب الاتفاق أو القانون.

خامسا:مسألة تعاقد الشخص مع نفسه

تعريف : هو حالة شخص يتعاقد بالنيابة عن كل من الطرفين الآخرين،أو بالنيابة عن أحدهما و بالأصالة عن نفسه .

هذا التعاقد مع النفس يعتبر عقد حقيقي يفترن فيه إيجاب و قبول، و لو أن الإيجاب و القبول صادرين عن طرف واحد. المشروع الجزائي اعتبر التعاقد مع النفس غير جائز بحيث من الممكن أن يغلب النائب مصلحته أو مصلحة أحد الطرفين على الآخر، و لكن استثناء أجازة في حالة أن الأصيل رخص لنائب بذلك قبل التعاقد، أو أجاز له ذلك بعد العقد أو إذا نص القانون على جواز هذا التعاقد .

و هكذا تنص المادة 77 من القانون المدني: "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون و قواعد التجارة".

سادسا : صور خاصة لتوافق الإرادتين

كما رأينا سابقا إن باقتران الإيجاب و القبول يتم العقد بشكل نهائي، إلا أنه توجد صور خاصة لتوافق الإرادتين و هي ما يطلق عليها المراحل التمهدية للعقد و تتمثل في : الوعد بالتعاقد، التعاقد بالعربون. أ-**الوعد بالتعاقد** : و يعرف الوعد بالتعاقد هو اتفاق صادر من أحد المتعاقدين أي الواعد يلتزم بموجبه أن يبرم عقدا بصفو نهائية في المستقبل، إذا أبدى المتعاقد الأخر أي الموعود له رغبته في ذلك خلال مدة معينة.

و **للوعد بالتعاقد عدة صور** منها : **الوعد بالتعاقد من جانب واحد** و في هذه الحالة يكون الوعد ملزما لأحد المتعاقدين فقط أي الواعد حتى يبدي الطرف الأخر أي الموعود له رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها (الوعد بالبيع)، **الوعد الملزم للجانبين** و هو وعد ملزم لكلا المتعاقدين الواعد و الموعود له مثال الوعد بالبيع و الشراء.

أما عن **نطاق الوعد بالتعاقد** لا يقتصر الوعد بالتعاقد على نوع معين من العقود فهو بلعكس يتصور في معظم العقود كالعقد بالبيع، الإيجار، التأمين، الوكالة... إلخ. للوعد بالتعاقد شروط نصت عليها المادة 71 من ق.م و هي :
- على الأطراف الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد مثل طبيعة العقد، محله، المقابل المادي.
- المدة التي يجوز فيها للموعود له أن يبدي رغبته في التعاقد.
- توافق في الوعد نفس شكل العقد المراد إبرامه مثلا في بيع العقار يشترط المشرع شكلية الرسمية فالوعد بالبيع يجب إن يحترم الشكلية أيضا.

و أخيرا بالنسبة ل**آثار الوعد بالتعاقد** : يتحدد آثار الوعد بالتعاقد حسب المرحلة التي تكون فيها:
1- قبل إبداء الموعود له رغبته في التعاقد : في هذه الحالة يلزم الواعد بالبقاء على وعده بإبرام العقد النهائي إذا أبدى الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها، فيمنع على الواعد القيام بأي تصرف يحول دون انعقاد العقد النهائي طوال مدة الوعد، و إلا حق للموعود له مطالبته بالتعويض. أما إذا انقضت مدة الوعد دون قبول الوعد له يسقط الوعد بالتعاقد.

2- بعد إبداء الموعود له رغبته في التعاقد : إذا قبل الموعود له التعاقد خلال مدة الوعد ينقضي الوعد و من ثم يلزم الواعد بإتمام إبرام العقد النهائي، كما يلتزم كلا المتعاقدين بتنفيذ التزاماتهما بموجب العقد النهائي

ب- التعاقد بالعربون : يعرف العربون على أنه مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الأخر وقت إبرام العقد و ذلك للدلالة على :

1- حق المتعاقدين في العدول عن العقد، إذا عدل أحد المتعاقدين خلال المدة المتفق عليها يفقد الدافع العربون المبلغ، و القابض يرجع العربون و يدفع مثله. أما إذا لم يعدل أحد المتعاقدين خلال المدة المتفق عليها أصبح العقد باتا و يعتبر العربون جزء من الثمن.

2- تأكيد التعاقد و جعله باتا لا يجوز الرجوع فيه، فالعربون هنا يعتبر جزء من الثمن. أما موقف المشرع الجزائري فقد اعتبر التعاقد بالعربون يدل على حق المتعاقدين في العدول عن التعاقد النهائي، إلا إذا اتفقا على خلاف ذلك (المادة 72 مكرر من ق.م).

المطلب الثاني: صحة التراضي .

لقيام ركن التراضي لا بد أن يكون وجود التراضي صحيحا، فضلا صحة التراضي تشترط من جهة أن يكون الطرفان أهلا لإبرامه أي الأهلية، و من جهة أخرى أن لا يقع الرضا مشوبا بعيب الغلط أو الغش التدليس أو الإكراه و حتى في بعض الحالات بعيب الغبن و الاستغلال.

الفرع الأول : الأهلية

الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات و مباشرة التصرفات القانونية. و تنقسم الأهلية إلى أهلية الوجوب و أهلية الأداء

1-أهلية الوجوب: وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات، و تثبت هذه الأهلية لكل إنسان يولد حيا، فكل شخص يتمتع بالشخصية القانونية تكون له أهلية الوجوب، باستثناء الجنين الذي تكون له أهلية وجوب ناقصة يكتسب الحقوق و لا يتحمل الواجبات.

2-أهلية الأداء: و يقصد بها صلاحية الشخص بمباشرة التصرفات القانونية، فهي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا تترتب عليه آثاره القانونية، و تظهر خاصة في القيام بالتصرفات القانونية و القضائية التي تستلزم التعبير عن إرادة يعتد بها القانون.

تعتبر الأحكام المتعلقة بالأهلية تعتبر من النظام العام، لذلك لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها و إلا كان اتفاقهم باطلا (المادة 45 من ق.م).

تنقسم التصرفات القانونية بالنسبة للأهلية إلى 3 أنواع و هي :

1-تصرفات نافعة نفعاً محضاً: و هي تصرفات قانونية يترتب عنها اغتناء من يباشرها دون أن يقدم مقابل لها حيث هذه التصرفات تزيد من حقوق الشخص أو تنقص من ديونه دون أن يقدم أي مقابل، و مثال عن ذلك قبوا الهبة و الوصية، و إبراء من الدين بالنسبة للمدين.

2-تصرفات ضارة ضرراً محضاً : و هي تصرفات قانونية يترتب عنها افتقار من يباشرها دون أن يتحصل على مقابل لها، فهذه التصرفات تنقص من حقوق الشخص أو تزيد من ديونه دون أن يتقاضى أي مقابل، مثل تقديم الهبة، الوصية، الإبراء من الدين بالنسبة للدائن.

3-تصرفات دائرة بين النفع و الضرر: و هي تصرفات قانونية التي تقوم على احتمال الربح أو الخسارة، مثل عقود البيع، و الإيجار، الشركة.

أما أهم العوامل التي تؤثر على الأهلية فهي كما يلي :

أ-السن: الأهلية تتأثر بالسن، إذ تكون أهلية الأداء منعدمة لدى الشخص غير مميز و ذلك منذ ولادته إلى بلوغ 13 سنة، و تكون ناقصة بالنسبة للشخص المميز أي من سن 13 إلى 19 سنة، و تكون كاملة بعد بلوغ سن الرشد و هو 19 سنة كاملة.

2-عوارض الأهلية: حسب المادة 78 من القانون المدني التي تنص "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون". و تتمثل عوارض الأهلية في:

-**الجنون :** هو مرض عقلي يفقد الشخص عقله كلية و يعد في حكم عديم التمييز.

-**العتة :** هو مرض عقلي يضعف القوى العقلية للشخص فيجعله يتصرف بخلاف ما يقتضيه العقل، و يعد في حكم عديم المميز.

-**السهفه :** هو سوء تدبير الأموال و تبذيرها، و يعد السفه في حكم المميز أي ناقص الأهلية .

-**الغفلة :** هي سذاجة الشخص و سهولة وقوعه في الغبن في المعاملات المالية، و يعد الغافل في حكم المميز أي ناقص الأهلية .

هناك عدة موانع تؤثر على الأهلية الكاملة للشخص و تعيق ممارستها أهمها هي:

-**الغيبية و الفقدان:** الغائب هو الشخص الذي غادر مكان إقامته و غاب لأكثر من سنة دون أن تنقطع أخباره، فإذا انقطعت أخباره و لم يعرف له محل إقامة و لم يعرف موته أو حياته عد مفقوداً، فإذا لم يكن لأي منهما وكيل و عينت المحكمة قيماً لتسيير أموالهم.

-**الحكم بعقوبة سالبة للحرية:** إذا حكم على شخص بعقوبة سالبة للحرية يعين القاضي للمحكوم عليه قيماً ليتولى إدارة أمواله.

-**العاهة المزدوجة:** إذا تعذر على الشخص التعبير عن إرادته بسبب إصابته بعاهة مزدوجة من ثلاثة و هي الصم و البكم و العمى، جاز للمحكمة أن تعين له مساعد قضائي يساعده في القيام بالتصرفات التي تعينها المحكمة، و ذلك طبقاً للمادة 80 من ق.م.

-**إفلاس التاجر :** يترتب على صدور الحكم بشهر الإفلاس غل يد المدين التاجر أي رفع يده عن إرادة أمواله أو التصرف فيها بما فيها الأموال المستقبلية التي قد يكتسبها، و يحل محله الوكيل المتصرف القضائي الذي يتولى إدارة أمواله تحت رقابة القاضي و ممارسة جميع حقوق و دعاوى المفلس المتعلقة بذمته طوال مدة التفليسة المادة 244 الفقرة 1 من ق.تجاري.

يجب الملاحظة أن عدم الأهلية أو نقصها هو قرينة قانونية قاطعة على عيب الإرادة، بعكس العيوب الرضا الأربعة الأخرى فإنه يجب إثباتها.

الفرع الثاني : عيوب الرضا.

لا يكفي لصحة التراضي مجرد تعبير المتعاقد المتمتع بالأهلية الكاملة عن إرادته، بل يجب أن يكون رضاء المتعاقدين سليماً، أي خالياً من كل عيب من عيوب الرضا المتمثلة في الغلط، و التندليس، الإكراه، الاستغلال.

أولاً : الغلط .

تعريف الغلط : هو وهم يقع في ذهن الشخص من تلقاء نفسه فيجعله يتصور الأمر على خلاف حقيقته و يدفعه إلى التعاقد، أي الاعتقاد بصحة ما ليس بصحيح أو بعدم صحة ما هو صحيح و هو عيب من عيوب الرضا.

إذا يسمح القانون لمن وقع فيه أن يطلب إبطال العمل الحقيقي، عندما يبلغ حداً كافياً من الجسامة، مثال ذلك أن يعقد شخصان عقداً، الأول منهما يبغى من وراء هذا العقد بيع ماله، والثاني يعتقد استئجاره. ومثاله أيضاً أن يشتري إنسان شيئاً يعتقد أنه قديم بينما هو حديث. أما العكس فإذا ذكرت في العقد، بعض الشروط ثم لم تتوفر فإن العقد لا يوصف بأنه قابل للإبطال للغلط، وإنما يكون العقد صحيحاً قابلاً للفسخ لعدم إمكان تنفيذه بالصورة المتفق عليها.

و الغلط 3 أنواع هي :

1- النوع الأول من الغلط : هو الغلط الذي يبطل العقد بطلان مطلقاً، بعبارة أخرى هو الغلط الذي يعدم الرضا، ويكون في ماهية العقد، أو في ذاتية محل الالتزام، أو في سبب الالتزام. وهذا الغلط لا يعتبر من عيوب الإرادة لأنه يعدم ركن التراضي.

2- النوع الثاني من الغلط : هو الغلط الذي لا يؤثر على وجود التراضي أو صحته، أي الغلط فيه صفة غير جوهرية في الشيء محل العقد أو الغلط في الحساب و غلطات القلم (المادة 84 من ق.م).

3- النوع الثالث من الغلط : هو الغلط الذي يعيب الرضا و يمس بصحته و لا يعدمه، فيكون العقد صحيحاً لكن قابلاً للإبطال لمصلحة من عيبت إرادته، بوقوعها في هذا الغلط الجوهري و يكون في حالتين هما الغلط في مادة الشيء، و الغلط في شخص المتعاقد، إذا كانت شخصيته محل اعتبار (المادة 81 من ق.م). أما الشروط التمسك بالغلط فهي :

1- أن يكون الغلط جوهرياً: أي أن يبلغ درجة من الجسامة و الخطورة بحيث يمتنع معها على المتعاقد إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، و المعيار الذي تقدر به هذه الجسامة هو معيار شخصي يرتكز على رغبته و نفسية المتعاقد الواقع في الغلط التي دفعته إلى التعاقد، و هذه طبقاً لنص المادة 82 فقرة 1 من ق.م.

و حسب المادة 82 من ق.م. ويعتبر الغلط جوهرياً إذا وقع في :

-صفة جوهرية في الشيء محل العقد: و كانت هذه الصفة هي التي دفعت بالمتعاقد إلى إبرام العقد، و تتحدد هذه الصفة الجوهرية بالنظر لاعتبار المتعاقدين وفقاً لشروط العقد ما يقتضيه التعامل من حسن النية.

-شخصية المتعاقد أو في صفة من صفاته : و كانت شخصية المتعاقد أو صفته هي الدافع الرئيسي إلى إبرام العقد

2- أن يكون الغلط في دافع للتعاقد : أي أن يكون الغلط هو السبب الرئيسي الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد.

3- ألا يتمسك المتعاقد الواقع في الغلط به على وجه يتعارض مع حسن النية، بحيث يلزم بالعقد إذا أظهر المتعاقد الآخر استعداده لتنفيذ العقد و تصحيح الغلط، و هذا استناداً لنص المادة 85 من ق.م.

قضية الغلط في القانون، و الغلط في الواقعة

الغلط في القانون هو الغلط الذي يحدث للمتعاقد نتيجة جهله بحكم القانون في مسألة معينة، أو وه يقوم في ذهن المتعاقد يجعله يتصور حكم قاعدة قانونية على خلاف ما تقضي به، بحيث لو علم بها لما أبرم العقد، و

هذا ما تنص عليه المادة 83 من القانون المدني "يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين 81 و 82 ما لم يقض القانون بغير ذلك"
نستخلص من المادة 83 أن الغلط في القانون كالغلط في الواقعة كلاهما يعيب الرضا بشرط :

- 1- أن يكون الغلط جوهرياً طبقاً للمادتين 81 و 82 .
 - 2- إذا ما لم يقضي القانون بغير ذلك مثلاً المادة 465 التي تنص أنه "لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون".
 - 3- بشرط أن يقع هذا الغلط في قاعدة قانونية ثابتة أي واردة في التشريع أو استقر عليها القضاء، و ليست محل أي خلاف. الجهل بالقانون ليس عذراً.
- إثبات الغلط يقع على عاتق المتعاقد الذي يدعي الوقوع في الغلط إثبات أنه جوهري و دافع للتعاقد بكافة وسائل الإثبات.
- و في الأخير **جزاء الغلط** : إذا توافرت شروط الغلط يحق للمتعاقد الذي أبرم العقد تحت تأثير الغلط طلب إبطال العقد.

الفرع الثاني: الغش أو الخداع أو التدليس.

تعريف : بعض الفقهاء يقولون أن التدليس هو أن يستعمل أحد طرفي العقد، وسائل احتيالية غايتها تضليل الطرف الآخر و الحصول على رضاه في الموافقة على عقد . بعض الآخرين من الفقهاء يقولون أن التدليس هو نوع من الغش، يصاحب تكوين العقد، و هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد نتيجة استعمال الحيلة.

يستنتج من هذا التعريف أن التدليس يفترض أربعة شروط و هي :

-الشرط الأول : استعمال الوسائل أو الطرق الاحتيالية بقصد تضليل المتعاقد الآخر و إيقاعه في غلط.

إذ يجب لتحقيق التدليس استعمال طرق احتيالية بقصد التضليل المتعاقد الآخر و إيقاعه في غلط، و ليتحقق هذا الشرط يجب توافر عنصران هما :

أ- عنصر مادي : لجوء المدلس إلى استعمال وسائل احتيالية للتأثير على إرادة المتعاقد المدلس عليه و تتمثل في :

- أفعال أو تصرفات مادية بقصد تضليل المتعاقد الآخر لإخفاء الحقيقة عنه و من ثم دفعه إلى التعاقد، كاستعمال وثائق مزورة، انتحال شخصية مشهورة ... الخ.
 - الكذب: كأصل عام الكذب المجرد لا يؤثر على غالبية الأشخاص لا يعد تدليساً، لكن إذا بلغ الكذب درجة من الخطورة بحيث لا يمكن للمتعاقد اكتشاف الحقيقة، فيترتب عنه تدليساً يقدر القاضي ذلك بمراعاة ظروف التعاقد و صفة المتعاقدين و طبيعة العلاقة فيما بينهما.
- استعمال وسائل احتيالية أي عنصر مادية يكفي الكذب، أو مجرد الكتمان، إذا كان المدلس عليه جاهلاً للأمر المكتوم عنه، و لا يستطيع أن يعرفه من طرف الآخر مثلاً في عقود التأمين، مثلاً حسب المادة 86 من القانون المدني " يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة ملازمة إذا ثبت المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس" أي لا اعتبار كتمان تدليساً حسب المادة 86 أن تتوفر 3 شروط و هي :- أن يكون الكتمان هو الدافع المتعاقد .- أن يتعمد المدلس الكتمان .- أن يجهل المتعاقد المدلس عليه بالواقعة التي تم كتمانها، و لا يستطيع العلم بها بطريق آخر.

ب- عنصر معنوي : نية التضليل لدى المدلس حيث يقصد باستعماله للوسائل الاحتيالية إيقاع المتعاقد المدلس عليه في غلط يدفعه إلى التعاقد لتحقيق غاية غير مشروعة.

-الشرط الثاني : أن تكون الوسائل الاحتيالية هي الدافع إلى التعاقد، بحيث لولاها لما أبرم المتعاقد المدلس عليه العقد، بمعنى أن تصل هذه الوسائل إلى درجة من الجسامه تؤدي إلى إيقاع المتعاقد في غلط.

حسب المادة 86 الفقرة 1 من القانون المدني " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسام بحيث لما أبرم الطرف الثاني العقد"

كما نلاحظ في المادة 1/86 المعيار شخصي هنا و قاضي الموضوع هو الذي يقضي في ذلك. و هذه التفرقة بين التدليس الدافع للتعاقد، و التدليس غير الدافع، هي السائدة في الفقه التقليدي، و ينتقدها كثير من الفقهاء اللذين يرون أن التدليس هو تضليل و سوء دفع إلى التعاقد، و يجيز طلب إبطال العقد.

-الشرط الثالث: أن يكون التدليس صادر من المتعاقد و من النائب عنه و يكون على علم به .
تنص المادة 87 من القانون المدني أن " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين،فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد،ما لم يثبت المتعاقد الآخر كان يعلم،أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس".

إما **إثبات التدليس** يقع على عاتق المتعاقد الذي يدعي وقوعه في الغلط بسبب التدليس إثبات الشروط السابقة،بكل وسائل الإثبات.

و في الأخير **جزاء التدليس** إذا توافرت شروط التدليس يحق للمتعاقد المدلس عليه طلب إبطال العقد و التعويض لجبر الضرر الذي أصابه جراء ذلك.

الفرع الثالث : الإكراه.

تعريف الإكراه : هو الضغط المادي أو المعنوي أي التهديد الذي يوجه إلى شخص دون وجه حق بغية ترهيبه و خوفه يحمله على التعاقد.

تعريف ثاني : الإكراه هو الضغط بقصد الوصول إلى غرض مشروع يعترض له العاقد،فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد.

يمكن تقسيم الإكراه إلى قسمين :

-الإكراه المادي: الذي يقع على الجسم و المال فيضطر المتعاقد المكره بسببه إلى قبول.

-الإكراه المعنوي: الذي يتحقق بالتهديد، فيترتب عنه أذى نفسي يمس بالعاطفة أو الشرف أو السمعة فيضطر إلى قبول التعاقد لمنع وقوع الأذى الذي يهدده.

-شروط الإكراه ، بالرجوع إلى المادة 88 من القانون المدني تنص "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق .

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.

و يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه و سنه و حالته الاجتماعية و الصحية و جميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه".

و تضيف المادة 89 من نفس القانون : "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الأمر".

حتى يترتب على الإكراه إبطال العقد، أو العمل القانوني، يجب أن يتوفر ثلاثة شروط:

1-استعمال وسيلة من وسائل الإكراه.

2-أن تحمل هذه الوسيلة العاقد الآخر على إبرام العقد

3-أن تصدر وسيلة الإكراه من العاقد الآخر أو تكون متصلة به .

-الشرط الأول : استعمال وسيلة من وسائل الإكراه.

هذا العنصر المادي يتكون من عنصرين أساسيين:

أ- استعمال وسيلة الإكراه لغرض غير مشروع. إذا الإكراه لا يتحقق إذا استعملت وسيلة مشروعة، للوصول إلى غرض مشروع.إنما يتحقق الإكراه إذا استعملت وسيلة مشروعة أو غير مشروعة، للوصول إلى غرض غير مشروع، بصفة أخرى فلا إكراه، ما دام الغرض مشروعاً.

إذا الإكراه كالتدليس لا يقوم على فكرة فساد الإرادة فقط، وإنما يقوم كذلك على إعتبار أنه فعلا خطأ ، و من ثم يجيز طلب إبطال العقد إلى جانب طلب التعويض.

من جهة أخرى نجد أن المشرع الجزائري يعامل الإكراه معاملة التدليس الصادران من الغير كلاهما يعيب الرضا، بشرط أن يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بهذا التدليس، أو هذا الإكراه، أي سبب النية كل هذا طبقاً للمادتين 87 و 89 من القانون المدني.

و لهذا يجب القول أنه إذا كان العاقد المستفيد من التدليس أو الإكراه حسن النية، فلا يجوز إبطال عقده، و ليس للعاقد ضحية التدليس أو الإكراه إلا أن يرجع على فاعل التدليس أو الإكراه على أساس المسؤولية

التقصيرية.

يمكن طرح السؤال التالي : هل يمكن اعتبار الضغط باستعمال النفوذ الأدبي،الإكراه،يفسد الإرادة؟

مثلا نفوذ الأب على ابنه، نفوذ الزوج على زوجته، الأستاذ على تلميذه.
الجواب : فإذا أخذنا بالمعيار الذاتي فإن التسلط الواقع نتيجة النفوذ الأدبي يكفي لتحقيق الإكراه، في بعض الحالات.

هذه القضية لم تقنن في التشريع الجزائري و المصري و لكن محكمة النقض المصرية قضت بأن مجرد النفوذ الأدبي و هيبه الأقارب لا يكفيان لبطلان العقد، بل يجب أن يقترن ذلك بوسائل غير مشروعة .
ب- أن يكون الخطر المهدد به جسيما و حالا :

المادة 88 من القانون المدني المشار إليها سابقا تشترط أن يكون الخطر المهدد به جسيما و محققا، فيما يخص درجة الجسامة التي تولد الرهبة في نفس العاقد فهي مسألة متروكة لقاضي الموضوع، و العبرة هي حالة المكره النفسية و لو كانت الوسيلة المستعملة غير جدية، و المعيار هنا ذاتي : مثلا التهديد بالسحر و متى تأثير العاقد بهذا التهديد.

-الشرط الثاني : أن تحمل هذه الرهبة التي يولدها الإكراه المتعاقد على إبرام العقد، هذا هو العنصر المعنوي في الإكراه، و هنا يترك لقاضي الموضوع مسألة القول بأن هذه الرهبة هي حملة المتعاقد على إبرام العقد أو لا.

في تقدير هذه الرهبة يدخل القاضي في تقديرها الحالة الشخصية للمكره لا للشخص المعتاد، كما يراعى في هذا المعيار الذاتي كل الظروف التي من شأنها أن يؤثر في جسامة الإكراه مثلا المكان، الوقت، الزمان، باختصار يجب أن يثبت أنه لولا الرهبة لم يبرم العقد من طرف المكره.

-الشرط الثالث : أن تصدر وسيلة الإكراه من العاقد الآخر أو تكون متصلة به.

حسب المادة 89 من القانون المدني : "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه." أما **إثبات الإكراه :** يقع على عاتق المتعاقد الذي يدعي أنه تعاقد تحت تأثير رهبة متولدة عن الإكراه إثبات الشروط السابقة، و ذلك باستعمال كل وسائل الإثبات.

و في الأخير **جزاء الإكراه :** إذا توافرت شروط التمسك بالإكراه، جاز للمتعاقد المكره طلب إبطال العقد، و التعويض إذا لحقه ضرر من جراء الإكراه الممارس عليه.

القرع الرابع : الاستغلال.

هو استغلال أحد المتعاقدين عن قصد، لطيش بين أو هوى جامع لدى المتعاقد الآخر، بحيث يدفعه إلى إبرام عقد يترتب عنه عدم تكافؤ كبير بين الأداءات الصادرة منهما.

مثلا المادة 90 من القانون المدني الجزائري أدخلت الاستغلال كعيب عام في كل العقود حيث أنها تنص " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد أستغل طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد .

و يجب أن ترفع دعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، و إلا كانت غير مقبولة.
و يجوز في العقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

و في نفس الوقت المشرع الجزائري احتفظ بالتطبيق التقلدي للغبن في المادة 91 التي تنص أن "يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود."

مثلا المادة 358 من القانون المدني التي تنص أن " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل" إذا يمكن القول أن للاستغلال عنصرين : عنصر مادي و عنصر معنوي.

1-العنصر المادي : و هو عدم التعادل، أو عدم التكافؤ بين أداءات طرفي العقد، بحيث أن ما يقدمه طرف يكون أقل مما أخذه الطرف الآخر المغبون .

2-العنصر المعنوي : استغلال أحد المتعاقدين لطيش بين أو هوى جامع لدى المتعاقد الآخر المغبون .

ويمكن القول أن هذا العنصر المعنوي متكون بدوره بثلاثة عناصر مشار إليها في المادة 90 من القانون المدني و هي :

أ-وجود طيش أو هوى عند أحد المتعاقدين .

تعريف الطيش : هو الخفة،التي تتضمن التسرع و سوء التقدير مع عدم الاكتراث بالنتائج المترتبة عن التصرف.

تعريف الهوى : هو الولع و التعلق الشديد بشخص أو بشيء ما.

ب-استغلال المتعاقد لطيش أو لهوى المتعاقد الأخر. و هكذا فإن كان المتعاقد يجهل طيش أو هوى لدى المتعاقد الآخر فالعقد صحيح لعدم توفر الاستغلال.

ج-أن يكون الاستغلال هو الذي دفع المغبون إلى التعاقد. و هنا نلاحظ أن الاستغلال يلتقي مع سائر عيوب الإرادة

و تقدير توافر عناصر الاستغلال هو مسألة متروكة لقاضي الموضوع الذي يجوز له، بناء على طلب المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات المتعاقد المغبون إذا كانت التزاماته متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر، و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الأخر قد أستغل عليه طيش أو هوى المادة 90 من القانون المدني.

أما شروط الاستغلال : فهي 3 شروط

-**الشرط الأول :** أن يتم استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح في نفس المتعاقد سواء لمصلحته أو لمصلحة غيره.

-**الشرط الثاني :** أن يترتب عن الاستغلال تفاوت كبير بين الأداءات بمعنى أن يترتب عنه غبن لأحد المتعاقدين، و يقع عبء إثبات عدم التعادل بين الأداءات على من يدعيه و هو المتعاقد المغبون. و مسألة تقدير وجود الغبن من عدمه تخضع لسلطة قاضي الموضوع.

-**الشرط الثالث :** أن يكون الاستغلال هو الدافع للتعاقد بمعنى يجب أن يكون الطيش البين أو الهوى الجامح لدى المتعاقد وقت إبرام العقد هو الذي دفعه للتعاقد، بحيث لولاه لما تعاقد.

أما إثبات الاستغلال يقع على عاتق المتعاقد الذي يدعي أنه تعاقد تحت تأثير الاستغلال ثبات الشروط السابقة، بكافة وسائل الإثبات.

فيما يخص **الجزاء الاستغلال** الذي يترتب على الاستغلال يجب أن نذكر أن :

1-**جزاء الاستغلال هو حسب المادة 90** أما إبطال العقد، أو إنقاص التزامات العاقد و الاختيار هنا لقرار للمغبون.

و للقاضي السلطة التقديرية في حالة طلب إبطال العقد في إجابة طلب المتعاقد المغبون بالإبطال أو إنقاص التزاماته بدل الإبطال، أما في حالة طلب المتعاقد المغبون إنقاص التزاماته فلا يجوز للقاضي أن يحكم بالإبطال.

2-**ففي عقود المعاوضات** يجوز للطرف الأخر أن يتوقى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن المادة 90 .

3-**دعوى الاستغلال تسقط بمضي سنة** من تاريخ العقد و إلا كانت غير مقبولة.

في النهاية نلاحظ أن الاستغلال عيبا من عيوب الإرادة يقترب جدا من الإكراه في حالة: الهوى الجامح، كما يقترب من الغلط التدليس في حالة الطيش البين .

المبحث الثاني : أركان المحل و السبب و الشكلية

إضافة لركن التراضي اشترط المشرع لإنشاء العقد توافر شرطين أساسيين و هما ركن المحل و السبب، و في بعض العقود لا نكتفي بالأركان الثلاثة السابقة و إنما أضاق ركن رابع و هو الركن الشكلية.

المطلب الأول : ركن المحل (المواد من 92 إلى 98 من القانون المدني).

تعريف المحل : هو العملية القانونية التي أراد الطرفان تحقيقها من وراء إبرام العقد أو كل ما يلتزم به المدين، و أما محل الالتزام فهو الأداء الذي يتعهد كل متعاقد ببذله تقديمه بموجب العقد و قد يكون التزام

بعمل أو بالامتناع عن العمل أو بإعطاء شيء و يقصد به نقل أو إنشاء حق عيني .طبقا للمواد من 92 إلى 95 من ق.م شروط المحل هي ثلاثة :

الشرط الأول : أن يكون المحل موجودا وممكن الوجود.

حسب المادة 93 إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.و يجب أن تكون الاستحالة مطلقة و قائمة وقت إنشاء العقد،إما الاستحالة اللاحقة لانقضاء العقد فجزاؤها الفسخ لا البطلان،و كذلك يجب أن يكون محل الالتزام موجود في الحال.
كما يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا الوجود المادة 92 من القانون المدني، لكن في بعض الحالة يمنع المشرع التصرفات في الشيء المستقبل مثلا في المواد 886 من القانون المدني(اشتراط وجود العقار للإشياء الرهن الرسمي).

الشرط الثاني :أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين

أو بصفة أخرى يجب أن يحدد محل الالتزام أو على الأقل أن يكون قابلا للتحديد و هكذا تنص المادة 94 من القانون المدني " إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، و جب أن يكون المحل معينا بنوعه، و مقداره إلا كان العقد باطلا .

و يكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره، و إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته و لم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزام المدين بتسليم شيء من صنف متوسط".

و حسب المادة 95 " إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير".

إذن أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين، لأنه إذا كان مجهولا تعذر تحديده أو تعيينه، و تختلف طريقة تعيين المحل بحسب محل العقد، فإذا تمثل المحل في القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل وحب تحديد طبيعة العمل أو أن يكون قابلا للتعيين، و إذا كان محل العقد شيئا فيكتفي لتعيينه تحديد نوعه و مقداره و درجة جودته.

الشرط الثالث : يكون المحل مشروعاً

يشترط أن يكون المحل مشروعاً و يختلف معنى المشروعية باختلاف طبيعة محل العقد:

-إذا كان محل العقد عملاً أو إمتناعاً عن عمل فيشترط فيه ألا يكون مخالفا للنظام العام و الأداب العامة .

-أما إن كان محل العقد شيئا فيجب أن يكون هذا الشيء قابلا للتعامل فيه.

و هذا حسب المادة 96 من القانون المدني.

مثلا إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق إسترداد الشيء المبيع في أجل معين يكون هذا البيع باطلا المادة 396 من ق.م، المادتين 402 و 403 تنص على منع و بطلان شراء القضاة و أعوانهم،و المحامين للحقوق المتنازع عليها.

كما ينص القانون على بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة و رهان لكن المشرع استثنى الرهان الخاص بالسباق، و الرهان الرياضي الجزائري في المادة 612 من ق.م.

المطلب الثاني : السبب (المادة 97 من القانون المدني)

تعريف السبب : هو القصد الذي في سبيله تعاقد شخص مع شخص آخر.

فبالنسبة للعقد الملزم للجانبين يكون السبب في تنفيذ كل من الطرفين التزام الآخر مثلا في عقد البيع سبب التزام البائع هو في قبض ثمن المبيع بينما السبب في التزام المشتري يكون في انتقال ملكية هذا المبيع له.أما في العقود الملزمة لجانب واحد يختلف السبب الدافع إلى التزام حسب نوع العقد مثلا في العقود التبرع الغاية التي يقصدها الواهب هي إثراء الموهوب بصورة مجانية بصفة أخرى سبب التزامه يكون في نية التبرع.بينما في العقود المجردة في المنفعة يكون السبب في أداء أحد المتعاقدين خدمة مجانية للآخر، دون أن ينقص ثروته المالية، كم في الوديعة و الوكالة بدون أجر.

ملاحظة: يجب أن نفرق بين سبب العقد و محل العقد، فالسبب هو الجواب على السؤال الآتي، لماذا التزم المتعاقد؟ أما المحل هو الجواب على السؤال الآتي بماذا التزم المتعاقد؟

هناك نظريتين للسبب وهما النظرية التقليدية، و النظرية الحديثة في السبب.

1-النظرية التقليدية: تأخذ النظرية التقليدية للسبب بالسبب المباشر أي الغرض المباشر للتعاقد .

2-النظرية الحديثة للسبب أو نظرية الباعث .

هذه النظرية تأخذ بعين الاعتبار " الباعث " أي السبب غير المباشر و لا تكتفي بمجرد الغرض المباشر. و هذا الباعث يجب ألا يخالف النظام العام و الآداب و إلا وقع العقد باطلا،و ذلك بشرط علم الطرفين معا بهذا الباعث سواء في المعاوضات و التبرعات و الهدف هنا هو استقرار المعاملات.

هذه النظرية الحديثة أوسع من النظرية التقليدية، لكن لا تحل محلها و إنما تكملها بحيث تصبح النظرية الحديثة للسبب عاملا من العوامل التي تكفل حماية النظام العام و الآداب العامة.

و البعض يتكلم عن نظرية ازدواج السبب و يقولون أن :

من جهة الأولى للسبب الالتزام : يقصد به حماية المتعاقد نفسه من تحمل التزام بدون سبب، تحقيقا للعدالة، و يحقق هنا مصلحة فردية.

من جهة الثانية سبب العقد : يقصد به حماية المجتمع من إبرام عقود مخالفة للنظام العام و الآداب العامة و يحقق هنا مصلحة جماعية .

حسب المادة 98 من القانون المدني " كل التزم مفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك. 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 سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه."

لهذا نلاحظ أنه حسب المادتين 97 و 98 للسبب 3 شروط و هي:

الشرط الأول : أن يكون السبب موجوداً، فإذا انعقد عقد و لم يوجد له سبب، كان العقد باطلاً.

مثلاً إذا أكره شخص على توقيع تعهد بدين، كان التعهد بغير سبب و من ثم باطلاً. كذلك الحال في سندات المجاملة، إذا لا سبب لها فيما يخص المتعاقدين أو تعاهد في تجديد دين، في حين أن هذا الدين باطلاً أو كان قد انقضى.

الشرط الثاني : يجب أن يكون السبب صحيحاً و حقيقياً، فإذا انعقد العقد و كان له سبب و يجب أن يكون حقيقياً، فإذا كان سبب العقد صورياً أي غير حقيقي كان العقد باطلاً لعدم صحة السبب.

الشرط الثالث : أن يكون السبب مشروعاً. أي لا يخالف النظام العام و الآداب العامة فإذا كان السبب غير مشروع، وقع العقد باطلاً. مثال ذلك دفع مبلغ مقابل ارتكاب جريمة أو الامتناع عن ارتكاب جريمة.

3-إثبات السبب.

حسب المادة 98 الفقرة 1 من القانون المدني : "كل التزم مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك." و الفقرة الثانية من المادة تضيف أن " 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 سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه."

لهذا يجب أن نميز بين حالتين :

1-خلو العقد من ذكر السبب الالتزام : تقوم قرينة بسيطة على أن الالتزام سبباً و أن هذا السبب مشروعاً، و يمكن لمن يدعي انعدام السبب أو عدم مشروعيته إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات.

2-ذكر سبب الالتزام في العقد : تقوم قرينة قانونية بسيطة على أن هذا السبب هو السبب الحقيقي للالتزام، و يمكن إثبات عكسها و ذلك إما بإثبات صورية السبب أو إثبات أن السبب الحقيقي للالتزام غير مشروع بكافة طرق الإثبات.

المطلب الثالث : ركن الشكلية.

طبقاً لمبدأ الرضائية في العقود، يكفي توافر الرضا و المحل و السبب لقيام العقد، استثناءً إذا استلزم القانون توافر شكلاً معيناً لعقد ما، أو أتفق عليه المتعاقدان، فإن هذا العقد لا ينعقد إلا بتوافر الرضا و المحل و السبب و الشكل، و في هذه الحالة تعد الشكلية ركن من أركان انعقاد العقد.

لقد استلزم المشرع الشكل في بعض العقود لتنبيه المتعاقدين على خطورة التصرف القانوني المقدمان عليه، و خاصة إذا كان المحل ذو قيمة اقتصادية كبيرة، كالعقارات مثلاً، و أيضاً حماية للغير في العقود التي تتعلق بها حقوقهم، و كذا تسهيل الإثبات في حالة وقوع نزاع.

و الشكلية صورتان تتمثل الأولى في الشكلية المباشرة و الثانية هي الشكلية غير المباشرة .

1- الشكلية المباشرة: الشكلية المباشرة هي تلن الإحراءات التي تكون ركنا في العقد، و المقصود بالشكلية كركن في العقد هو ذلك التصرف القانوني الذي يكون فيه الشكل ركنا من أركانه، إذ لا بد منه لقيام التصرف. و الشكلية المباشرة قد تكون كتابة رسمية و قد تكون عرفية.

أ- الكتابة الرسمية فقد عرف المشرع الجزائري العقد الرسمي في المادة 324 من ق.م على أنه "... عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة/ ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و إختصاصته".

و من خلال هذه المادة يمكن أن نستخلص مجموعة من العناصر أو الشروط الواجب توافرها في العقد الرسمي حتى يكون صحيحا أي توافر ركن الشكل للانعقاد و هي :

1- صدور العقد الرسمي من موظف أو ضابط عمومي مكلف بخدمة عامة. و الموظف العمومي هو كل من عين من طرف الدولة بوصفها السلطة العامة للقيام بوظيفة ما داخل الجهاز الإداري للدولة أو إحدى جماعاتها المحلية. أما الشخص المكلف بخدمة عامة هذا المصطلح موجود فقط في ميدان تحرير السندات الرسمية و ليس له أي مدلول في القانون الجزائري و لكن جرت العادة لدى كثيرا من الشراح و الكتاب على استعماله على رؤساء البلديات و الخبراء.

2- أن يتصرف الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة في حدود سلطاته و إختصاصته إقليميا و موضوعيا.

3- مراعاة الأوضاع الشكلية التي يفرضها القانون.

2- الكتابة العرفية : العقد العرفي هو العقد الذي يتولى المتعاقدان كتابته و توقيعه، و يتمثل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود إذن في الكتابة العرفية لا غير. و لقد نصت المادة 327 من ق.م "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب عليه من خط و إمضاء". يستلزم العقد العرفي إذن توافر شرطين: و هما أن يكون مكتوبا بخط المتعاقد الذي ينسب إليه، و إن يكون موقعا.

ب- الشكلية غير المباشرة : تتمثل هذه الشكلية في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة، و قد سميت هذه الإجراءات بالشكلية غير المباشرة لأنها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني، فهي لا تؤثر مبدئيا على صحته و لكنها قد تحد من فعاليته و نفاذه، و تتعلق هذه الإجراءات بمسائل مختلفة منها قواعد الإثبات، الإشهار، و إجراءات إدارية و جبائية.

1- قواعد الإثبات، لقد نظم المشرع طرق أثبات بوضعه قواعد تلزم المتخاصمين، إذ عكس الوقائع القانونية يمكن إثباتها بكل الوسائل، فإن إثبات التصرفات القانونية تزيد قيمتها على مبلغ معين يكون بمحرر عرفي أو رسمي م 333 ق.م .

2- الإشهار تتم عملية الشهر بطرق مختلفة تبعا لأهمية التصرف القانوني، و منها الشهر العقاري، القيد في السجل التجاري، النشر.

3- الإجراءات الإدارية و الجبائية و تتمثل هذه الإجراءات في الحصول على ترخيص مسبق أو في التصريح الإجباري، أو في التسجيل لدى المصالح المختصة.

بعد دراسة أركان العقد و هي الرضي، المحل، السبب يجب القول في النهاية أنه إذا فقد العقد وكنا من أركانه، فالجزاء هو البطلان.

الفصل الثالث : البطلان . (المواد من 99 إلى 105) .

كما ذكرنا سابقا يعتبر البطلان الجزاء الذي يقرره المشرع على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، و هذا الجزاء يستتبع زوال العقد بأثر رجعي، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير.

و لدراسة البطلان سوف ندرس أنواعه و الأحكام الخاصة به و في الأخير لآثاره.

المبحث الأول : النظام القانوني للبطلان .

المطلب الأول : مفهوم البطلان.

يمكن تعريف بطلان العقد هو وصف يلحق التصرف القانوني المعيب لنشأته مخالفا لقاعدة قانونية أو إتفاقية فيؤدي إلى توقيع جزاء يتمثل في شل فعالية التصرف و إفقاده آثاره القانونية . و البطلان نوعين و هما البطلان المطلق، و البطلان النسبي.

1-البطلان المطلق : يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا فقد أحد أركان تكوينه الأساسية أي الرضا، المحل ، السبب، و متى كان من العقود الشكلية إذا لم تراعى الشروط الشكلية التي يتطلبها انعقاده أو متى كان مخالف للنظام العام و الآداب العامة، فيجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، و للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، كما لا يترتب على العقد الباطل بطلانا مطلقا أي أثر و لا تصححه الإجازة و لا التقادم.

2-البطلان النسبي : و معناه أن العقد صحيح، و تترتب عليه آثاره، غير أنه مهدد بالزوال إذا طلب أحد طرفيه الذي قرر القانون له حق الإبطال، إبطال العقد و يقال كذلك أنه عقد قابل للإبطال، فإذا حكم بالبطلان، و اعتبر العقد باطلا من يوم إبرامه و زوال ما يترتب عليه آثار، و يكون شأنه شأن العقد الباطل بطلانا مطلقا. و الإجازة تلحق العقد القابل للإبطال، و تكون من صاحب العقد الذي تقرر لمصلحته الإبطال دون الطرف الآخر من العقد.

يجب تمييز البطلان عن أوضاع مقاربة له إذ هناك العديد من الأنظمة التي تتشابه مع البطلان إلى درجة أنه في الكثير من الحالات يصعب التفرقة بينهما و هي :

أ-البطلان و الفسخ :

البطلان يرجع إلى عيب أصاب العقد في إحدى أركانه، أما الفسخ فيرجع إلى عدم تنفيذ، أحد المتعاقدين لالتزاماته في العقد الملزم للجانبين.

إذ في الفسخ العقد نشأ صحيحا و مستوفيا لأركانه و مولدا لالتزاماته بين أطرافه و لكن غاية الأمر أن أحد المتعاقدين لم يحم بتنفيذ التزاماته فيقع الفسخ بناء على طلب الطرف الآخر كجزاء عدم تنفيذ هذا العقد الصحيح، فالفسخ هو جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين.(المواد من 119 إلى 121 من ق.م).

ب-البطلان و الانحلال :

يجمع البطلان و الانحلال أنه يترتب عليهما زوال العقد، لكن الانحلال يرد على عقد نشأ صحيحا، ثم ينحل. و قد ينحل العقد باتفاق الطرفين عن طريق الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين. و ينتج عن الانحلال إلغاء القد بأثر رجعي و لا يكون للانحلال أثر رجعي بالنسبة للعقود المستمرة.

ج-البطلان و عدم النفاذ

العقد الباطل مثله مثل العقد غير النافذ لا يسري في حق الغير، و لا يمكن الاحتجاج به لدى الغير، و لهؤلاء أن يتجاهلوه. و السبب في عدم نفاذ العقد هو الإخلال بإجراءات الشهر. و يساوي العقد الباطل بالنسبة للغير العقد غير النافذ، فهو غير موجود قانونا بالنسبة لهم.

د- البطلان و الانفساخ .

يختلف الانفساخ على البطلان بأن الانفساخ هو انحلال العقد التبادلي بقوة القانون تبعا لانقضاء الالتزام لسبب أجنبي و مثال على ذلك المادة 369 من ق.م (هلاك المبيع بسبب أجنبي).

المطلب الثاني : أحكام البطلان بنوعيه .

الاختلافات بين حالات البطلان المطلق و حالات البطلان النسبي.

-العقد الباطل بطلانا مطلقا ليس له وجود قانوني. أما العقد الباطل بطلانا نسبيا أو القابل للإبطال فله وجوده القانوني حتى يتقرر إبطاله، فيبطل بأثر رجعي. يترتب على ذلك ما يلي :

1- أن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا ينتج أثر ما، أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فينتج كل أثره.

2- لا يستطيع الاحتجاج بالبطلان النسبي إلا الشخص الذي قصد القانون حمايته و هذه طبقا للمادة 99 من القانون المدني التي تنص أن " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

بينما يستطيع كل ذي مصلحة أن يحتج بالبطلان المطلق كذلك العقد الباطل بطلانا لا يحتاج إلى حكم يقرر بطلانه، و تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها و هذا طبقا للمادة 102 من القانون المدني التي تنص أن " 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 بالإجازة"

3-يزول البطلان النسبي بإجازة أو بتصديق من قرر البطلان لمصلحته أي أن الشخص الذي أراد القانون حمايته يجوز له، عند زوال العيب أي إجازة العقد و إعطاءه كل قوته، و ذلك بالتنازل عن التمسك

بالبطلان كل هذا حسب المادة 100 من القانون المدني تنص أن "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير".
بينما البطلان المطلق لا يزول بإجازة أو بتصديق أحد أصحاب العلاقة .

4-البطلان المطلق الذي لا يزول بالإجازة، تسقط دعوى البطلان بمرور 15 سنة من تاريخ إبرام العقد م هذا حسب نص المادة 2/102 من ق.م، أما الدفع بالبطلان فلا يسقط بالتقادم فالعقد الباطل بطلانا مطلقا لا يصححه التقادم .بينما العقد الباطل بطلانا نسبيا فتلحقه الإجازة،و يصححه التقادم و هذا طبقا للمادة 101 من القانون المدني التي تنص أن " يسقط الحق في إبطال 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 عشرة سنوات من وقت تمام العقد".
أما الحق في التمسك بإبطال العقد في الاستغلال خلال سنة واحدة من تاريخ إبرام العقد و إلا كانت غير مقبولة.

المبحث الثاني: أثر العقد الباطل بطلانا مطلقا و العقد الباطل بطلانا نسبيا .

العقد الباطل بطلانا مطلقا لا أثر له بوصفه قانونيا و لكنه واقعة مادية،و قد يكون له أثر بهذا الوصف.
أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فهو عقد صحيح، و لكنه قابل للإبطال كما وصفه القانون المدني. فقبل أن يتقرر إبطاله هو عقد تام الصحة، و إذا ما أبطل أصبح كأى عقد باطل، و يزول بأثر رجعي، بعبارة أخرى يمكن القول أن العقد الباطل بطلانا نسبيا هو عقد صحيح حتى يتقرر بطلانه.

المطلب الأول : مبدأ زوال العقد.

إذا تقرر بطلان العقد أو إبطاله فإنه يزول كليا، حيث ينعدم تماما، و يصبح كأنه لم يكن و لم يوجد أصلا، فالواجبات التي رتبها العقد أو كان سيرتها تزول عن آخرها. و العقد الباطل ينتج آثار بين المتعاقدين، و أحيانا حتى بالنسبة للغير.

1-أثر العقد الباطل، فيما بين المتعاقدين : طبقا لنص المادة 1/103 من ق.م التي تنص أن " يعاد المتعاقدين إلى حالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل." يعاد المتعاقدين إلى حالتهم قبل التعاقد، فإذا كان العقد قد نفذ كله أو جزء منه ، يجب على متعاقد أن يرد ما تسلمه أو ما حصل عليه بمقتضاه، مثلا فإن كان العقد يبيعا رد المشتري المبيع و ثماره من يوم المطالبة القضائية.

فإذا ما استحال الاسترداد بأن هلك المبيع مثلا و هو في حيازة المشتري، حكم القاضي بتعويض معادل، فيلزم المشتري برد قيمة المبيع وقت هلاكه طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، و البائع يلتزم برد الثمن على أساس دفع غير المستحق.

و أما إذا كان العقد زمنيا كالإيجار و قرر بطلانه، فالمنفعة التي حصل عليها المستأجر قبل تقرير البطلان يجب أن يعرض عليها.

لكن القاعدة رد العاقدين إلى حالتهم قبل التعاقد يستثني حالة الإبطال النقص الأهلية في الفقرة 2 للمادة 103 من القانون المدني التي تنص أن " غير أنه يلزم ناقص الأهلية، إذا بطل العقد لنقص أهليته،أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد".

2-أثار العقد الباطل، بالنسبة للغير.

القاعدة العامة هي زوال العقد بالنسبة للمتعاقدين و الغير. و الغير المقصود هو كل من تتأثر حقوقه بصحة أو بطلان عقد لم يكن طرفا فيه، فالغير بالنسبة لهذه المسألة ليس الغير الأجنبي على العقد و إنما هو الخلف الخاص الذي يخلف المتعاقدين في عين معين بالذات أو في حق عيني .

لكن القانون و القضاء قبل ببعض الاستثناءات حفاظا على استقرار المعاملات و على حق الغير الحسن النية، رغم زوال حق المتصرف. فمثلا فيما يخص هذه الاستثناءات المادة 885 من ق م بالنسبة لصحة الرهن لمصلحة الدائن المرتهن الحسن النية وقت إبرام عقد الرهن في حالة إبطال أو فسخ أو إلغاء سند الملكية.

المطلب الثاني: الآثار العرضية للعقد الباطل.

من أهم الآثار العرضية للعقد الباطل نجد نظريتان، هما نظرية تحول العقد، و نظرية إنقاص العقد .

1-نظرية إنقاص العقد .

نصت المادة 104 من ق.م "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله". و المقصود بنظرية إنقاص العقد هو إنقاص شقه الباطل، و إبقاء العقد صحيحا بشقه الآخر، و تسمى هذه العملية أيضا بالبطلان الجزئي، إذ يبطل جزء من العقد دون الجزء الآخر الذي يبقى صحيحا و مرتبا لكل أثاره. و لكن يشترط لتطبيق هذه النظرية توافر الشروط التالية:

-أن يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال جزئيا.

-ألا يكون الشق الباطل دافعا للتعاقد بالنسبة لأحد المتعاقدين.

-أن يكون العقد قابلا للتجزئة، و إلا يبطل كله.

2-نظرية تحول العقد.

تقرر المادة 105 من ق.م بأنه "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال و توفرت فيه إكأن عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد".

فإذا اشتمل التصرف الباطل على عناصر عقد آخر فإنه يتحول إلى هذا العقد الأخير إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهم تتصرف إلى ذلك العقد الأخير، و هذه هي فكرة تحول العقد.

و يشترط لإعمال فكرة تحول العقد توافر الشروط التالية :

-أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال.

-أن يشتمل هذا التصرف الباطل أو القابل للإبطال على عناصر عقد آخر صحيح.

-أن تكون إرادة المتعاقدين المحتملة تتجه إلى هذا العقد الآخر لو أنها علما ببطلان العقد الأول أو قابليته للإبطال.

الفصل الرابع : آثار العقد.

في حالة انعقاد العقد صحيحا و ذلك بتوافر أركانه و شروط صحته ترتبت عنه آثار، إلا أن القوة الملزمة للعقد لها أثر نسبي محدود يسمى بمبدأ النسبي للعقد من حيث الأشخاص و من حيث الموضوع.

المبحث الأول : مبدأ نسبية العقد من حيث الأشخاص.

إن مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص أن تتصرف آثار العقد إلا لطرفيه و خلفهما العام و الخاص.

المطلب الأول: آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين و خلفهما العام و الخاص.

تسرى آثار العقد على المتعاقدين و خلفهما العام، أما بالنسبة لخلفهما الخاص فتتوافر شروط معينة.

1-أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين .

تتصرف آثار العقد إلى المتعاقدين، لأن إرادتهما هي من أنشأت العقد، و بالتالي يتحملان ما يترتب عن العقد من حقوق و ما يفرض من التزامات.

2-أثر العقد بالنسبة للخلف العام للمتعاقدين.

يعرف الخلف العام على أنه هو من يخاف غيره أي السلف في كل ذمته المالية أو في حصة منها كالوارث و الموصى له.

حسب المادة 108 من ق.م كقاعدة عامة تنتقل جميع آثار العقد سواء الحقوق أو الالتزامات ناشئة عن العقد التي يبرمها السلف إلى الخلف العام، إلا أنه يجب مراعاة قواعد الميراث التي تستوجب احترام قاعدتين و هما :

1-لا تنتقل الأموال و الحقوق التابعة للسلف إلا بعد سداد ما عليه من ديون و التزامات.

2-لا يلتزم الخلف بالتزامات سلفه إلا في حدود ما آل إليه من حقوق بطريق الميراث.

إلا أنه استثناء لا تسرى آثار العقد على الخلف العام في الحالات التالية :

1-إذا وجد نص قانوني يقضي بعدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام.

2- إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام لكليهما أو الخلف العام لأحدهما.

3- إذا كانت طبيعة العقد ذاتها تستوجب عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام و ذلك بالنسبة للعقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي.

3- أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص للمتعاقدين.

يعرف الخلف الخاص على أنه هو من يخلف غيره في ملكية شيء معين بالذات أو حقا عينيا.

و طبقا للمادة 109 من ق.م يشترط لانصراف آثار العقد الذي أبرمه السلف إلى خلفه الخاص ما يلي:

1- أن يكون هذا العقد متعلقا بالمال الذي آل إلى الخلف الخاص.

2- صدور عقد السلف قبل انتقال المال لخلفه الخاص.

3- علم الخلف الخاص بعقد السلف قبل انتقال المال إليه.

المطلب الثاني: أثر العقد بالنسبة للغير.

يمكن تعريف الغير على أنه كل شخص أجنبي عن العقد فلا هو من المتعاقدين و لا نائب عنهما و لا خلفهما العام أو الخاص، و كقاعدة عامة لا تنصرف إليه آثار العقد سواء كانت حقوق أو التزامات، و قد أكد المشرع الجزائري على عدم انصراف آثار العقد إلى الغير و بصفة خاصة الالتزامات المترتبة عنه في صورة التعهد عن الغير.

و لكن طبقا للمادة 113 من ق.م يجوز للغير استثناء أن يكتسب حقا من العقد، و ذلك في حالتين هما : - حالة وجود نص قانوني يقضي بسريان آثار العقد على الغير مباشرة بموجب الدعوى المباشرة مثل عقد الإيجار من الباطن المادة 507 من ق.م و أيضا عقد المقاوله المادة 565 من ق.م.

-انصراف آثار العقد إلى الغير بإرادة المتعاقدين و التي أورد المشرع الجزائري صورة تطبيقية بشأنها ألا و هي الاشتراط لمصلحة الغير.

1-التعهد عن الغير: يمكن تعريفه على أنه هو اتفاق بين طرفين يتعهد بموجبه أحدهما في مواجهة الآخر بحمل طرف آخر على قبول إبرام عقد معين.

و طبقا للمادة 114 من ق.م تشترط شروط **للتعهد عن الغير** ما يلي:

1-تعاقد المتعهد باسمه شخصيا لا باسم من تعهد عنه أي الغير.

2-اتجاه المتعاقد إلى إلزام نفسه بهذا التعهد و ليس إلى إلزام غيره المتعهد عنه.

3-التزام المتعهد بالحصول على قبول الغير لإبرام العقد محل التعهد.

أما عن آثار **التعهد عن الغير** فهي:

1-قبول الغير: يتعقد عقد جديد بين الغير و المتعاقد مع المتعهد مستقلا عن عقد التعهد عن الغير سواء من حيث أطرافه أو من حيث وقت إبرامه أو من حيث آثاره.

2-رفض الغير: يعتبر المتعهد مخلا بالتزامه في عقد التعهد يلتزم بتعويض المتعاقد معه عن الأضرار التي تلحقه من جراء هذا الرفض. و للتخلص المتعهد من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما التزم به عينا إذا أمكنه ذلك.

2-الاشتراط لمصلحة الغير: يمكن تعريفه على أنه هو عقد يشترط فيه أحد المتعاقدين و هو المشتري على المتعاقد الآخر و هو المتعهد، بتنفيذ التزامه لمصلحة شخص ثالث ليس طرفا في العقد و هو المستفيد أو المنتفع، فينشأ بذلك حق مباشر لهذا الأخير في مواجهة المتعهد.

و طبقا لنص المادة 116 من ق.م تشترط **للاشتراط لمصلحة الغير** و هي :

1-أن يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع أو المستفيد.

2-أن تتجه إرادة طرفي عقد الاشتراط إلى ترتيب حق مباشر للمنتفع.

3-أن تتوافر مصلحة شخصية للمشتري مادية أو معنوية.

و أما بالنسبة لآثار **الاشتراط لمصلحة الغير**، تظهر الآثار التي يترتبها الاشتراط لمصلحة الغير في العلاقات الثلاث الآتية: علاقة المشتري بالمتعهد، علاقة المشتري بالمستفيد، علاقة المتعهد بالمستفيد.

- **علاقة المشتري بالمتعهد:** هي علاقة تعاقدية يحكمها عقد الاشتراط الذي أبرم بينهما، و يجوز للمشتري مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه أي الحق الذي اشترط لمصلحة المستفيد.

- **علاقة المشتري بالمستفيد:** تتحدد هذه العلاقة على أساس هدف المشتري من الاشتراط سواء كان على سبيل التبرع أو المعاوضة.

- **علاقة المتعهد بالمستفيد:** يكتسب المنتفع أي المستفيد حقا مباشرا من عقد الاشتراط الذي تم بين المشتري و المتعهد و ذلك من تاريخ إبرام هذا العقد و ليس من وقت القبول، و بذلك يصح دائما شخصيا للمتعهد، و من ثم يحث للمستفيد مطالبة المتعهد بتنفيذ التزاماته لمصلحته و الرجوع عليه بالتعويض في حالة امتناعه من ذلك.

و طبقا للمادة 117 من ق.م يجوز للمشتري دون دائنيه أو ورثته أن ينقض اشتراطه قبل أن يصرح المستفيد برغبته في الاستفادة منه، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد فحق المشتري في نقض المشاركة مقيد بأن لا يكون مخالفا لما يقتضيه العقد.

و للمشتري إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول أو أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة، بدلا من تعيين منتفع جديد، و عندما ينقلب الاشتراط لمصلحة الغير إلى عقد عادي لا يسري أثره على الغير.

3-دعوى المباشرة: تتمثل الدعوى المباشرة في حق الدائن في استيفاء حقه مباشرة من مدين مدينه دون أن يتعرض لمزاحمة دائني هذا الأخير. و الدعوى المباشرة تتميز عن الدعوى غير المباشرة إذ في الدعوى المباشرة يقوم الدائن بالرفع دعوى صد مدين مدينه باسمه الخاص و لحسابه دون أن يمر بشخص المدين على عكس الدعوى غير المباشرة.

إذ تعطى الدعوى المباشرة نوعا من الامتياز للدائن، إذ تجنبه عسرة مدينه و مزاحمة دائنيه، إذ يمارس الدائن بواسطة هذه الدعوى حق مدينه، و بالتالي يمكنه المطالبة بأكثر من حق مدينه، كما أنه يستفيد من التأمينات المخصصة للوفاء.

تعتبر الدعوى المباشرة استثناء من مبدأ نسبية العقد، حيث يتحصل الغير على حق مباشر من عقد لم يكن طرفا فيه، و يكون القانون هو مصدر هذه الدعوى المباشرة، و مثال على ذلك المادة 565 من ق.م فيما يخص المقاول الفرعية، و المادة 507 من ق.م فيما يخص الإيجار الفرعي.

المبحث الثاني : أثر العقد من حيث الموضوع.

يتوافر أركان العقد و شروط صحته ينعقد العقد و يرتب آثاره أي يصبح له قوة ملزمة على كلا طرفيه

المطلب الأول : طرق تحديد آثار العقد.

آثار العقد هي الحقوق و الالتزامات الناشئة عنه و التي تكون واجبة التنفيذ على طرفيه. فيتم تحديد الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد بإرادة كلا طرفيه لاسيما تلك التي تعتبر من المسائل الجوهرية التي لا ينعقد العقد بدونها، أما إذا وقع نزاع بين المتعاقدين حول تحديد بعض آثار العقد بوصفها مسائل تفصيلية، فيتم اللجوء إلى القضاء و للقاضي عدة و سائل تساعده على تحديد هذه المسائل و هي من خلال تفسير العقد و تكييفه.

1-تفسير العقد: يقصد بتفسير العقد البحث عن إرادة المتعاقدين في بنوده لتحديد ما اتجهت إليه إرادتهما المشتركة، حيث يعتبر المتعاقدين عن إرادتهما في العقد من خلال صياغة بنود تتضمن آثار العقد المتفق عليها، و يتم التعرف على إرادة المتعاقدين من قبل القاضي من خلال عبارات العقد التي استخدمها، فإذا كانت عبارات العقد واضحة المعنى لا تحتاج إلى تفسير، يلتزم القاضي بمعناها الظاهر حسب المادة 111 الفقرة 1 من ق.م.

أما إذا كانت عبارات العقد غامضة المعنى أي غير واضحة بحيث لا تكشف عن المعنى المراد منها كأن تحتل أكثر من معنى أو متناقضة، فعلى القاضي حسب المادة 111 الفقرة 2 من ق.م. أن يلجأ إلى قواعد التفسير بحثا عن النية المشتركة للمتعاقدين للتعرف على حقيقة إرادتهما، و يستهدي في ذلك بطبيعة المعاملة و بما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة وثقة وفقا للعرف التجاري.

و في حالة وجود عبارات غامضة و اجتهد القاضي في تفسيرها وفقا للمعايير السابقة للوصول إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، و مع ذلك لم يستطيع تحديد إرادتهما منه، فعندئذ يكون قد وصل إلى آخر مرحلة من مراحل التفسير ألا و هي الشك حول عبارات العقد، و في هذه الحالة يفسر القاضي استنادا إلى المادة 112 من ق.م، الشك لمصلحة المدين باستثناء عقود الإذعان التي يفسر فيها الشك لمصلحة الطرف المدعى سواء كان مدين أو دائن.

2-تكييف العقد: يعتبر تكييف العقد الطريق الثاني الذي يسلكه القاضي لتحديد آثار العقد، و يقصد بتكييف العقد إعطاؤه وصف قانوني معين تمهيدا لتحديد القواعد القانونية المناسبة له التي تحكم العقد، فإذا انتهى القاضي من عملية التفسير و تبين له ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فإنه يتم بعد ذلك بإعطاء وصف معين على العلاقة العقدية بين الطرفين، حتى يطبق عليها نصوص القانون المناسبة لحكم العقد، و لا يتقيد القاضي في تكييفه للعقد بالوصف الذي أطلقه عليه المتعاقدان إذا كان تكييفهما غير صحيح، بحيث لا يتناسب مع بنود العقد أو مع آثاره التي اتفقا عليهما، فيتدخل لتصحيح هذا التكييف بإعطاء العقد وصفه الصحيح على ضوء ما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين.

المطلب الثاني : التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد.

تقتضي القوة الملزمة للعقد من طرفيه تنفيذه وفق الشروط التي يتضمنها، ما لم تطرأ ظروف استثنائية تجعل تنفيذه مرهقا.

1-القاعدة العامة في تنفيذ الالتزامات العقدي: يلتزم المتعاقدان بتنفيذ مضمون العقد حسبما اتفقا عليه، و لا يجوز لأحدهما حله أو تعديله بإرادته المنفردة، و هذا ما يعبر عنه بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، كما يجب عليهما تنفيذ العقد بحسن نية.

أ-العقد شريعة المتعاقدين: طبقا للمادة 106 من ق.م. يعتبر العقد بمثابة القانون الذي يحكم المتعاقدين، حيث يلزم كل متعاقد بتنفيذ آثار العقد كما تم الاتفاق عليها، كما يجوز لهما نقض العقد أو تعديله باتفاقهما كأصل عام، استثناء يجوز لأحد المتعاقدين نقض العقد بإرادته المنفردة في حالات معينة كعقد الوكالة في المادة 587 من ق.م، كما يجوز للقاضي التدخل لتعديل العقد في حالات معينة.

ب-مراعاة حسن النية في تنفيذ الالتزام: تقتضي المادة 1/107 من ق.م. على المتعاقدين تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه من شروط بحسن نية، و يستوجب مبدأ حسن النية أن يكون كل متعاقد في تنفيذه لالتزاماته في العقد غير سيء النية من خلال التصرف بالأمانة و الامتناع عن الغش في إطار احترام القانون.

و طبقا للمادة 2/107 من ق.م التي تنص " و لا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته..." لا يتقيد القاضي عند تحديده لآثار العقد ببودته فقط، بمعنى أنه على القاضي ألا يقف عند حد الالتزامات و الحقوق التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين، بل يأخذ بعين الاعتبار كل ما يعد من مستلزمات العقد وفقا للقانون و العرف و العدالة، بحسب طبيعة الالتزام، و من هنا يتضح أن المتعاقدين ملزمان بتنفيذ مضمون العقد و مستلزماته.

2-نظرية الظروف الطارئة: يرجوع إلى المادة 3/ 107 من ق.م نجد أن المشرع سمح للقاضي التدخل لتعديل العقد، من أجل التوازن للعقدي الذي أخلت بسبب الظروف الطارئة.

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة اشترطت المادة 3/107 من ق.م توافر الشروط التالية :

-يجب أن يكون العقد من العقود المستمرة أو الفورية لكن يتراخي فيها تنفيذ الالتزامات أي تنفيذها يكون مؤجلا.

-أن تطرأ أثناء تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة غير متوقعة عند إبرام العقد، و أن لا يكون بالإمكان دفعها.

-أن يصبح تنفيذ المدين لالتزامه مرهقا و ليس مستحيلا.

و في حالة توافر الظروف الطارئة يملك القاضي السلطة التقديرية في :

-المادة 3/107 من ق.م إنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

-أما المادة 2/281 من ق.م منحت للقاضي حلين في حالة الظروف الطارئة و هي :

-وقف تنفيذ الالتزام المرهق، إذا كانت الظروف الطارئة مؤقتة.

-منح المدين مهلة لتنفيذ التزامه مراعاة لظروفه الاقتصادية و تسمى بنظرة الميسرة، دون أن تتجاوز مدة سنة.

الفصل الخامس : زوال العقد.

أن زوال العقد يكون بعد قيام العقد صحيح و يرتب كل آثاره، و يزول العقد للأسباب التالية و هي الانقضاء (ينقضي العقد بتنفيذ أطرافه لكافة الالتزامات الناشئة عنه تنفيذا كاملا أي الوفاء بها)، الانحلال

(أي قبل تمام التنفيذ قبل البدء في هذا التنفيذ و يتم باتفاق بين الطرفين و هذا هو التقايل)، و قد يتم الإنحلال عندما يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته و يدخل في معناه الفسخ، الإنفساخ، و الدفع بعدم التنفيذ..

المبحث الأول : انحلال العقد

الانحلال هو إنهاء العقد و زواله بعد نشوئه صحيحا و مرتبا لجميع آثاره، و يتم الانحلال في صورتين:

المطلب الأول : انحلال العقد إراديا

تشمل هذه الصورة حالتين هما:

أ-انحلال العقد بالإرادة المشتركة للمتعاقدين أي الإقالة أو التقايل.

الإقالة هي اتفاق المتعاقدين بعد إبرام العقد على إنهائه أو حله، و هذا يعني أنها عقد جديد يتفق بمقتضاه المتعاقدان على زوال العقد السابق إبرامه بينهما، لذلك فهي تتطلب إيجابا و قبولا سواء كان صريح أو ضمني، و ترد الإقالة على جميع العقود سواء كانت معاوضة أو تبرع..إلخ.

و لتحديد أثر التقايل يجب التمييز بين أثر الإقالة على المتعاقدين و خلفهما العام و على الغير.

1-أثر الإقالة على العلاقة بين المتعاقدين و خلفهما العام: تعتبر الإقالة بمثابة فسخ للعقد السابق الذي أبرماه بينهما، و من ثم فإنها تؤدي إلى زوال هذا العقد بأثر رجعي، مما يوجب إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، كما تطبق جميع آثار الفسخ.

2-أثر الإقالة على الغير: بالنسبة للغير تعتبر الإقالة بمثابة عقد جديد و من ثم فهي تؤدي إلى زوال العقد بالنسبة للمستقبل فقط/ و يبري أثرها على الماضي، لذلك فهي لا تمس بالحقوق التي اكتسبها الغير على محل العقد السابق من أحد طرفيه قبل التقايل منه.

ب-انحلال العقد بالإرادة المنفردة لأحد للمتعاقدين: يتم هذا الانحلال في العقود التي رخص فيها القانون لأحد المتعاقدين بإنهائها بناء على إرادته المنفردة كعقد الوكالة في المادة 587 من ق.م.

المطلب الثاني: انحلال العقد لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته.

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

فسخ العقد

يعد فسخ العقد في العقود الملزمة لجانبين أحد الخيارات المتاحة للدائن في تعامله مع إخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته التعاقدية، فإذا ماذا نعي بالفسخ و ما هي شروطه و كيفية وقوعه.

يمكن تعريف **الفسخ** على أنه هو حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا أخل الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته التعاقدية، و هذا يعني أن الفسخ جزاء قانوني يترتب على إخلال أحد طرفي العلاقة التعاقدية بالتزاماته العقدية مما يعطي للطرف الثاني سلطة طلب فسخ الرابطة التعاقدية ليتخلص هو أيضا من الالتزامات التي رتبها العقد في ذمته.

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

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

و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجل حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات. و هذا يعني أن القاضي يملك سلطة تقديرية في إجابة طلب الدائن بالفسخ أو رفضها و إيجاد بدائل أخرى مثل التنفيذ أو الإرجاء.

ب-الفسخ الاتفاقي: يمكن للفسخ أن يكون اتفاقي استنادا إلى المادة 120 من ق.م التي أكدت على أنه يجوز أن يكون الفسخ اتفاقي، باتفاق أطراف العقد على أن اعتبار العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها و دون حاجة إلى حكم قضائي. و لكن لكي يتم الانفساخ اشترط المشرع الإعدار.

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

أما بالنسبة للشروط الفسخ فيشترط المشرع ثلاث شروط وهي :

1-العقد محا الفسخ ملزم لجانبين: يشترط في الفسخ أن يكون العقد المطلوب فسخه من العقود الملزمة للجانبين، أي العقود التبادلية، و هذا ما يتبين مما نصت عليه المادة 119 من ق.م، إذ لا فائدة للدائن في العقد الملزم لجانب واحد من فسخ العقد، بل تقتضي مصلحته العكس، أي إبقاء العقد و المطالبة بتنفيذه.

2-عدم وفاء المتعاقد بالتزامه: و مؤداه أن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، و يكون للقاضي سلطة تقديرية في تقرير الفسخ الجزئي أو الكلي بحس طبيعة الالتزام و درجة التنفيذ، فإذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى سبب أجنبي عن المدين كقوة القاهرة مثلا، فلا يكون هناك مجالا للفسخ و إنما لانفساخ العقد بحكم القانون.

3-استعداد طالب الفسخ لتنفيذ التزاماته و إعادة الحال إلى ما كان عليه: لا يستطيع المتعاقد أن يطالب بالفسخ إلا إذا كان حسن النية أي أنه قد نفذ التزامه و كان مستعدا لهذا التنفيذ، أي متمسكا بالتنفيذ أكثر من تمسكه بالفسخ، و مستعدا في الوقت نفسه لتحمل الأثر الرجعي للفسخ.

يحتاج الفسخ إلى إعدار المدين و رقع دعوى قضائية إلا في الحالات التي يسمح فيها القانون بوقوع الفسخ دون حاجة للاستصدار حكم قضائي.

-إعدار المدين: بالرجوع إلى نص المادة 120 من ق.م نجد أنها تشترط الإعدار سواء في الفسخ القضائي و أيضا في الفسخ الاتفاقي، و هذا الإعدار يحدد أما عرفا أو اتفاقا.

-رفع دعوى فسخ: يتم الفسخ أما اتفاقا أو استنادا إلى القانون، لكنه لا يتقرر بالإرادة المنفردة، لذا أجاز المشرع للدائن الذي أخل مدينه بالوفاء بالتزاماته التعاقدية أن يرفع دعوى قضائية يطلب فيها إما بتنفيذ تلك الالتزامات أو فسخ العقد، حيث يمكن للقاضي استنادا إلى الفقرة الثانية من المادة 119 من ق.م منح المدين أجل حسب الظروف كما يمكنه أن يرفض الفسخ إذا كانت الالتزامات التي أخل بها المدين أقل أهمية بالنسبة لكامل الالتزامات، و هذا يعني أن الفسخ إذا لم يتم استنادا إلى القانون بسبب ظروف جعلت تنفيذ الالتزام مستحيل أو بناء على اتفاق بين المتعاقدين، فلا يمكن أن يتم بالإرادة المنفردة و لكن يمكن للمتعاقد أن يرفع دعوى فسخ الذي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

و يترتب على الفسخ بأنواعه الثلاثة إرجاع المتعاقدان إلى حالة التي كان عليها قبل التعاقد، فإذا استحال على أحدهما رد م أخذ، جاز للقاضي أن يحكم عليه بالتعويض، و هذا ما نصت عليه المادة 122 من ق.م التي نصت "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذاك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

لا يقتصر آثار الفسخ على المتعاقدين فقط و إنما يمتد ليشمل الغير أيضا إذ تتأثر حقوقه التي تكون قد انتقلت إليه من أحد المتعاقدين فتزول هي الأخرى كأثر لإعمال الفسخ.

غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، و إنما ترد عليها بعض الاستثناءات حماية للغير حسن النية و لاستقرار المعاملات من بينها حالة الرهن الرسمي الصادر من المالك الذي زالت ملكيته بفسخ العقد م 885 من ق.م، و كذا حالة حماية حائز المنقول بحسن نية طبقا لقاعدة" الحيازة في المنقول سند الملكية" م 885 من ق.م.

المطلب الثالث: انحلال العقد بالانفساخ لاستحالة تنفيذ التزاماته

يقصد بانفساخ العقد هو زواله بسبب استحالة تنفيذ المدين لالتزاماته و ذلك لسبب أجنبي لا يد له فيه.

بالرجوع للمادة 121 من ق.م يشترط لانفساخ العقد ثلاثة شروط وهي :

-أن يكون العقد من العقود الملزمة لجانبين.

-أن يكون تنفيذ الالتزام صار مستحيلا، فإذا كان تنفيذه مرهقا فقد طبقت نظرية الظروف الطارئة.

-أن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن هذا الأخير لا يكون ملزما بالتعويض، إذ أن عدم تنفيذ التزامه لا يرجع إلى خطأ ارتكبه.

و بتوافر هذه الشروط ينتج آثار و هي ينقضي التزام المدين و ينقضي تبعاً لذلك التزام الطرف الآخر، و بذلك يفسخ العقد و ينحل من تلقاء نفسه بقوه القانون دزن الحاجة إلى إعدار المدين و لا إلى رفع دعوى قضائية.

و يترتب عن انفساخ العقد بحكم القانون، سريانه بأثر رجعي من يزم إبرام العقد، و يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، فيرد كل منهما ما حصل عليه من الآخر.

المبحث الثاني :الدفع بعدم التنفيذ .

مطلب الأول : مفهوم الدفع بعدم التنفيذ.

يمكن تعريف الدفع بعدم التنفيذ على أنه وقف تنفيذ العقد من أحد طرفي العقد، حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، و هو وسيلة يضغط بها المتعاقد على الطرف الآخر في التعاقد كي يحمله على أداء التزامه. و طبقاً للمادة 123 من ق.م لتمسك بالدفع بعدم التنفيذ يشترط ثلاثة شروط و هي :

-أن نكون بصدد عقد ملزم لجانبين.

-أن يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه.

-أن لا يسيء استخدام الدفع بعدم التنفيذ، فقد يكون الجزء الذي لم ينفذ من التزام المتعاقد جزءاً يسيراً بالمقابل لما تم تنفيذه، و هذا ما يقتضيه حسن النية في تنفيذ العقد

المطلب الثاني : آثار الدفع بعدم التنفيذ

يترتب عنه وقف تنفيذ الالتزام بصفة مؤقتة، و يعتبر الامتناع من طرف من يتمسك بالدفع، يعد امتناع مشروعاً و من ثم فهو لا يسأل عن الأضرار التي تلحق بالطرف الآخر نتيجة لهذا الامتناع، و القاعدة في هذا الشأن، أن الالتزام يبقى قائماً بمقداره المحدد، إلا إذا كان بصدد عقد زمني كعقد الإيجار مثلاً، حيث يترتب على وقف تنفيذه نقصان المدة التي التزم بها المؤجر مقدماً.