**ملخص محاضرات مادة: نظرية الالتزام (السنة الثانية ليسانس/ الشريعة)**

**1/ تعريف الالتزام لغة واصطلاحا:**

أ/ تعريف الالتزام لغة:الالتزام مأخوذ من مادة " لزم " والتي تعني المداومة على الشيء وعدم مفارقته، قال صاحب القاموس المحيط: " لزمه كسمع، لزما ولزوما ولزاما ولزامة ولزمة ولزمانا بضمهما، ...و التزمه وألزمه إياه فالتزمه، وهو لزمة كهمزة أي إذا لزم شيئا لا يفارقه".

ب/ تعريف الالتزام اصطلاحا: عرفه يوسف حسين محمد البشير بقوله:" استقر تعريف الالتزام بأنه: رابطة نظامية ذات طبيعة مالية، تقوم بين شخصين أو أكثر، بمقتضاها يلتزم أحدهما ويسمى المدين بأداء معين، قبل شخص آخر يسمى الدائن".

والباحث هنا يقصد بقوله رابطة نظامية: أي رابطة قانونية.

في هذا التعريف عيب من عيوب التعريفات وهو الدور؛ حيث استعمل لفظ " يلتزم "وهي ذاته المراد بالتعريف؛ وهو لعل مرد ذلك إلى وضوح كلمة التزام لغة؛ ولكن ذلك لا يبرر هذا الخلل في التعريف.

 وعرفه علي فيلالي بقوله:" الالتزام هو علاقة قانونية ذات قيمة مالية "؛ فجوهر الرابطة القانونية في الالتزام هو المالية ؛ لأن الناس قد ينشئون روابط مختلفة، ولكن الذي يصح إطلاق مصطلح التزام عليه هو ما كان جوهره ارتباط مالي.

 وتسمى هذه العلاقة القانونية ذات القيمة المالية بالالتزام حين ننظر إلها من جانب المدين، وهو شقها السلبي، إما حين ننظر إليها من جهة الدائن فيطلق عليها " حق الدائنية " وهو شقها الإيجابي؛ ولا بد من ملاحظة أن هذه العلاقة القانونية المتمثلة في دائن ومدين هي صورة من صور الحق والواجب، فالدائن في هذه العلاقة له حق على المدين، والمدين عليه واجب تجاه الدائن هو تسديد ما عليه من دين سواء أكان نقدا أو عملا أو كفا عن مباشرة أمر ما؛ كل ذلك يتحدد بحسب طبيعة الالتزام.

**2/ خصائص الالتزام**: يذكر الفقهاء عادة ثلاث خصائص وهي:

أ / الالتزام رابطة قانونية: ينشئ الناس في حياتهم كما ذكرنا سلفا روابط مختلفة بعضها ينظمه القانون ويرتب عليه آثارا فإن كان ذا طبيعة مالية فهو الالتزام الذي هو موضوع حديثنا وإن كان غير ذلك ، فهو التزام بالمعنى العام لا القانوني الدقيق؛ غير أنه توجد بعض الروابط الاجتماعية والتي أساسها الدين أو الأخلاق أو العادات أو المجاملات وهي روابط لا يقيم لها القانون الوضعي وزنا لأنها بالنسبة إليه غير قانونية أي غير داخلة تحت سلطانه ونطاقه ؛ فربما جرت عادة الناس أن يقدم بعضهم لبعض هدايا في مناسبات سعيدة ، فلا يستطيع أحد مثلا أن يلزم شخصا بتقديم هدية في مناسبة من هذه المناسبات لأن الرابطة التي أنشأت هذا العادة لا تدخل في مجال سلطة القانون؛ ومن لا يفعل هذه الالتزامات بشكل عام يلقى في أقصى الأحوال استنكارا واستهجانا ،وقد شرحنا هذا الموضوع بما لا مزيد عليه في مادة المدخل للعلوم القانونية.

ب/ الالتزام علاقة ذات قيمة أو طبيعة مالية: حيث يجب أن يتعلق الالتزام بواجب ذي طابع مالي، أي له قيمة مالية أو اقتصادية، أو بمصلحة أدبية قابلة للتقدير المالي أو المادي، وبهذا يختلف الالتزام عن بقية الواجبات التي نؤديها؛ فهناك واجبات أسرية ذات طبيعة معنوية كحسن المعاملة والاحترام المتبادل،... واشتراط الطبيعة المالية للالتزام أو على الأقل أن يكون الأداء الناشئ عنه ذو قيمة مالية هو الرأي الغالب؛ لأنه يوجد رأي آخر لا يشترط أن يكون الأداء ذا طابع مالي.

ج/ وجود أشخاص الالتزام: على الأقل وقت تنفيذ الالتزام، أحدهما دائن والآخر مدين، ولا يهم أن يكونا شخصين أو أكثر.

**3/ تقسيمات الالتزام**: يقسم الالتزام عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة نذكر منها:

**أ/ تقسيم الالتزام من حيث الأثر**: ويسميه البعض تقسيما من حيث النوع أي: نوع الالتزام؛ وقد وردت الإشارة إلى هذا التنوع في المادة 160ق.م والتي تنص على ما يلي:"المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به... غير أنه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبيعيا". فالالتزام إذن نوعان: التزام طبيعي والتزام مدني فما الفرق بيتهما ؟ .

أولا/ الالتزام المدني: هو ذلك الالتزام الذي يستفيد من الحماية القانونية الكاملة، حيث للدائن –إذا تطلب الأمر– أن يطالب المدين أمام المحاكم المختصة،كما له أن يكرهه بشتى الطرق التي يقرها القانون على تنفيذ التزامه، وهذا هو الأصل؛ لأن الالتزام إذا نشأ قانونيا فيجب أن يفض بطريقة قانونية بحيث يحمي القانون حق الدائن، لأن القانون ينشئ الحقوق ويحميها.

ثانيا/ الالتزام الطبيعي: وهو الالتزام الذي لا يستفيد من الحماية القانونية الكاملة، بحيث لا يمكن للدائن أن يكره المدين على تنفيذ التزامه، وهذا استثناء من القاعدة أو الأصل العام؛ ويعتبر الالتزام الطبيعي من الحقوق الناقصة، أي الحقوق المعترف بها قانونيا، لكن لا تعطى لصاحبها كل وسائل الإكراه على التنفيذ بل هي غير قابلة أصلا للتنفيذ الجبري؛ وبهذا صح القول بأن الالتزام الطبيعي هو التزام يتكون من عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية، بينما الالتزام المدني يتكون من العنصرين معا؛ وقد أحسن بعض الفقهاء حين صاغ هذه التفرقة في المعادلة التالية: التزام مدني = حق + دعوى التزام طبيعي = حق – دعوى .

ومن الأمثلة على الالتزام الطبيعي انقضاء الالتزام بالتقادم فإن المدين في هذه الحالة لا يجبر على التنفيذ، كما أن تنفيذ الالتزام الطبيعي يعد وفاء لحق على المدين لا تبرعا أو هبة رغم كونه حقا ناقصا.

 ولا بد من التنبيه بهذا الصدد إلى أن القانون هو الذي يحدد ما إذا كان الالتزام طبيعيا أم مدنيا ؛ فإن لم يوجد نص فللقاضي كامل السلطة التقديرية في تحديد طبيعة هذا الالتزام وذلك بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية كما ورد في المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري؛ و قد ينشأ الالتزام المدني معيبا ولا يمكن أخذه بعين الاعتبار فيحول ليصبح التزاما طبيعيا ، كأن يكون أحد الطرفين ناقص الأهلية أو يكون المتعاقدان قد أغفلا شكلا معينا .

**ب/ تقسم الالتزام من حيث المحل**: والمقصود بالمحل الشيء الذي التزم به المدين نحو الدائن، وقد اعتمد المشرع في هذا الشأن – على حسب رأي علي فيلالي– تقسيمين:

**أولا/ التقسيم التقليدي**: يرجع هذا التقسيم في الأصل إلى القانون الروماني؛ وحسب م 54 ق.م فإن الالتزام من حيث المحل ثلاثة أنواع:

**1/ التزام بمنح**: والتي تعني نقل حق ملكية أو حق عيني (الحق العيني سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على شيء معين بموجب هذه السلطة يتصرف الشخص في الشيء انتفاعا واستغلالا وتصرفا )"فعقد البيع – مثلا – يرتب على البائع التزاما بمنح وعليه أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي؛ ويترتب عادة على الالتزام بمنح التزام بالتسليم لكنهما التزامان مستقلان عن بعضهما، فقد يتم تسليم المبيع دون نقل حق الملكية كالمستأجر الذي يشتري البيت الذي يسكن فيه، فالتسليم في هذه الحالة يتم بمجرد الاتفاق على البيع ... بينما يتم نقل الملكية لاحقا عند القيام بإجراءات الشهر العقاري"(علي فيلالي ص 18– 19).

**2/ التزام بفعل**: حيث يقوم المدين بمقتضى هذا الالتزام بعمل أو نشاط معين لفائدة الدائن كالمقاول الذي يتعهد بصناعة شيء أو تأدية عمل ما.

**3/ التزام بعدم فعل شيء ما**: بمقتضى هذا النوع من الالتزام يمتنع المدين عن القيام بعمل معين، مثل امتناع البائع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا (م 361 ق.م).

**ثانيا/ التقسيم الحديث**: يرجع هذا التقسيم إلى الفقيه الفرنسي " Demogue " ويقوم أساسا على طبيعة النتيجة التي يتعهد بها المدين؛ فقد يلتزم المدين بتحقيق نتيجة محددة، وقد يلتزم ببذل جهد وعناية من غير تفريط ؛ وقد أخذ المشرع بهذا التقسيم أيضا فأشار إليه في عدة مواد: 172 ، 576 ، 592 ، 607 .

**الالتزام بنتيجة أو غاية**: ويسمى أيضا الالتزام بتحقيق غاية Obligation de résultat وهو التزام يتعهد بمقتضاه بتحقيق نتيجة أو غاية محددة، وما لم تتحقق هذه النتيجة يكون المدين مسئولا أمام الدائن، لكونه لم ينفذ التزامه، بحيث يفترض خطأه، فمسؤولية المدين في هذا النوع من الالتزامات تقوم بمجرد عدم حصول النتيجة محل الالتزام.

وقد جاء في المادة 176 ق.م".. إذ بمقتضى هذه القرينة القانونية يعفى الدائن من إثبات خطأ المدين ويكفيه فقط إثبات عدم تحقق النتيجة كي يكون المدين مسئولا"ويعضد هذا القرار الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء (المحكمة العليا) الصادر في 02 مارس 1983 حيث جاء فيه:"إن العلاقة التي تربط الضحية وصاحب الحمام هي عقد خدمات، وإن مثل هذا العقد يضع على عاتق صاحب الحمام الالتزام بسلامة الزبائن وهو التزام بنتيجة والمسؤولية فيه مفترضة ".

كما يجب على ناقلي الأشخاص أن يضمنوا سلامة المسافرين إلا إذا كانت هنالك قوة قاهرة أو خطأ من طرف المتضرر وكذلك الحارس للشيء فلكي يعفى هؤلاء من كامل المسؤولية عن الحادث عليه أن يثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لا يد له فيه ولم يكن يتوقعه ولا بالإمكان تفاديه.

فصاحب الحمام وناقل المسافرين وأمثال هؤلاء الذين التزموا بتحقيق غاية يكونون مسئولين إذا لم تتحقق، فصاحب الحمام يضمن سلامة الزبائن والناقل يضمن سلامة المسافر طيلة الرحلة وإلا لم تتحقق النتيجة وبالتالي لم يف بالتزامه فيكون مسئولا.

**الالتزام ببذل عناية**: يتعهد المدين في هذا الضرب من الالتزام ببذل عناية وجهد للوصول إلى الغرض سواء تحقق الغرض أو النتيجة أم لا؛ فالطبيب مثلا يبذل عناية في معالجة المريض ولكنه لا يضمن الشفاء وهو النتيجة المرجوة ، لأن الشفاء ليس بيده بل بيد الله تعالى.

فجوهر الالتزام هنا بذل العناية المطلوبة أما النتيجة فهي شيء خارج عن نطاق الالتزام ،وكل ما يجب على المدين هو بذل الجهد والعناية المطلوبين في مثل هذه الأعمال، والمقصود ببذل الجهد والعناية جهد وعناية الرجل العادي، فلا يغتفر عدم احترام الأصول العلمية المقررة في ذلك المجال والتي لا يتسامحون مع من يجهلها أو يتعداها.

 يتميز الالتزام ببذل عناية عن الالتزام بتحقيق نتيجة من حيث محل كل منهما فإذا كانت النتيجة المرجو حصولها محتملة بحيث قد تتحقق أو لا تتحقق لأنها تتوقف على أسباب موضوعية فنحن أمام التزام ببذل عناية؛ أما إذا كانت النتيجة لا تتضمن أي احتمال موضوعي يمنع حصولها في العادة فنحن أمام التزام بتحقيق نتيجة.

 إن الفائدة من هذا التمييز أنه في الالتزام ببذل عناية يجب على الدائن أن يثبت أن المدين لم يبذل في التزامه الجهد والعناية المطلوبة؛ لأن عدم تحقق النتيجة المنتظرة لا يعني أن المدين لم ينفذ التزامه، كما لا يمكن استخلاص تنفيذ الالتزام لمجرد القيام بالعمل بل على الدائن إثبات خطأ المدين، فمسؤولية المدين في الالتزام ببذل عناية تستلزم حتما إثبات خطأه.

لم يسلم هذا التقسيم من الانتقادات فهناك من يرى بأن الالتزامات كلها التزامات ببذل عناية، لأن الالتزام يفرض دائما على المدين قدرا من العناية، ويرى فريق آخر من الفقهاء أن الالتزامات كلها هي التزامات بتحقيق نتيجة، بدليل أن كل أداء يكون محل التزام يعتبر في حد ذاته نتيجة.

**ج/ تقسيم الالتزام من حيث المصدر**: يقصد بالمصدر السبب المباشر المنشئ للالتزام، وعلى هذا الأساس يمكن القول إنه يوجد تقسيمان لمصادر الالتزام: تقسيم المشرع، وتقسيم الفقه الحديث.

**1/ تقسيم المشرع**: نقل الأستاذ علي فيلالي عن مشروع الأمر المتضمن القانون المدني الجزائري أنه بخصوص مصادر الالتزام اعتمدت اللجنة التي وضعت القانون مشروع القانون الفرنسي الإيطالي الصادر سنة 1927 تفاديا للنقائص والانتقادات التي وجهت للقانونين الفرنسي والإيطالي؛ حيث تجنب هذا المشروع حصر مصادر الالتزام واكتفى بذكر البعض منها، ولكن الواقع خلاف ذلك، حيث بقي المشرع المدني متأثرا بالقانون المدني الفرنسي فأقر المصادر التالية: القانون، العقد، العمل المستحق للتعويض، شبه العقود، وبالتالي فإن الانتقادات التي وجهت للتقنين المدني الفرنسي هي ذاتها توجه للتقنين المدني الجزائري منها:

أ/ إن القانون ليس مصدرا مستقلا لبعض الالتزامات فقط دون غيرها، بل هو مصدر لكل الالتزامات، كونه هو الذي يكسب العقود قوتها الإلزامية، وهو الذي يرتب الآثار القانونية على الأفعال المختلفة.

ب/ يقتصر هذا التقسيم بالنسبة للالتزامات الناشئة عن الإرادة على العقد فقط دون الإرادة المنفردة في حين أن المشرع اعتمدها كمصدر للالتزام فيستحسن حينئذ – يقول علي فيلالي – استعمال مصطلح التصرف القانوني الذي يشمل الحالتين.

**2/ تقسيم الفقه الحديث**: تفاديا للانتقادات المذكورة اقترح الفقه الحديث تصنيفا ثنائيا للالتزامات من حيث مصادرها: المصادر الإرادية والمصادر غير الإرادية.

**أولا/ المصادر الإرادية**: هي تلك المصادر التي تكون فيها الإرادة السبب المباشر للالتزام، سواء تم ذلك بالإرادة المنفردة أو بتوافق إرادتين (العقد) فالعبرة هنا بإرادة الأشخاص الرامين إلى إنشاء التزام، وبعبارة أخرى يكون المصدر إراديا متى كان الشخص بمحض إرادته مريدا تحمل الالتزام نحو الطرف الآخر، ويرغب من خلال تصرفه هذا في تحمل واجبات نحو شخص الدائن أو اكتساب حقوق على شخص المدين، وتسمى هذه المصادر أيضا " لأعمال أو التصرفات القانونية" وهي بدورها تنقسم إلى:

أ/ التصرف القانوني من جانب واحد أو الالتزام بإرادة منفردة: وهو التزام ينشأ بإرادة المدين فقط كالوصية والهبة والوعد بجائزة .

ب/ العقد: وهو تصرف قانوني ينشأ بتوافق إرادتين أو أكثر.

**ثانيا/ المصادر غير الإرادية**: وتتمثل في الأقوال أو الأفعال الإرادية وغير الإرادية المنشئة للالتزام، والتي يرتب عليها القانون آثارا، فلو قام شخص بضرب آخر يكون قد أقدم على هذا الفعل بمحض إرادته، غير أنه لم يكن يريد تحمل الالتزام بالتعويض للمعتدى عليه؛ أما بالنسبة للقول فانه يكون دائما إراديا، غير أن إرادة الشخص لم تنصرف إلى تحمل الالتزام، بل انصرفت إلى التعدي على الشخص فقط كشتمه.

**المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية ومعايير التفرقة بينهما**

**تمهيد:**

 تنبني فكرة المسؤولية بشكل عام على عنصرين: وجود خطأ من قبل الشخص، ومؤاخذة مرتكب هذا الخطأ؛ والخطأ قد يكون أدبيا وقد يكون قانونيا، وعليه قد تكون المسؤولية أدبية، وقد تكون قانونية؛ وتترتب المسؤولية الأدبية إذا كان الخطأ في القواعد الأخلاقية التي تنظم التصرفات في المجتمع؛ أما المسؤولية القانونية فتترتب إذا كان الإخلال في الالتزام القانوني وهذه هي موضوع دراستنا.

**أولا/ المعنى اللغوي للمسؤولية**:

يرجع أصل كلمة المسئولية في اللغة للفعل سأل يسأل سؤالاً ومساءلة وتساؤلا ومسألة، واسم الفاعل من سأل سائل، واسم المفعول من سأل مسئول، والمصدر منه السؤال، والمسئولية مصدر صناعي من الفعل سأل بزيادة الياء وتاء التأنيث على كلمة مسئول، وللفعل سأل معاني كثيرة منها: الطلب: سأل الشيء أي طلبه ، والمعرفة: سأل فلان عن شيء أي استخبر فلان وطلب معرفة شيء منه، والمحاسبة والمؤاخذة: سأله عن كذا أي حاسبه عليه وآخذه أي كون الشخص مؤاخذاَ قال تعالى:" فوربك لنسألنهم أجمعين عما كانوا يعملون".

**ثانيا/ المعنى الاصطلاحي العام للمسؤولية**: عرف نوفل علي الصفو المسؤولية بشكل عام بأنها:"الالتزام بتحمل الجزاء الذي ترتبه القواعد كأثر للفعل الذي يمثل خروجا على أحكامها"().

**ثالثا/ تعريف المسؤولية المدنية**:

ذكر فقهاء القانون عدة تعريفات للمسؤولية المدنية نكتفي منها بما يلي:

عرفها فيدال vedal بقوله:" الالتزام الذي يفرض شروطا معينة، بأن يقوم الشخص المتسبب فـي أحداث الضرر بجبره عن طريق التعويض العيني أو بمقابل"؛ وعرفها كابتان Capitant بأنها:" الالتزام بإصـلاح ضرر أحدثناه لشخص عن طريق الخطـأ".

عرفها السنهوري بأنها:"تعويض الضرر الناشـئ عن عمل غير مشروع، و قد يكون هذا العمل غير المشروع هو الإخلال بعقد أبرم، و هذه هي المسؤولية التعاقدية؛ و قد يكون إضرارا بالغير عن عمد أو غير عمد، و هذه هي المسؤولية التقصيرية".

وعرفها الديناصوري بقوله:"ويقصد بالمسؤولية المدنية بوجه عام المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسئول، وقد يكون مصدر هذا الالتزام عقدا يربطه بالمضرور فتكون المسؤولية عقدية، وقد يكون مصدر هذا الالتزام القانون في صورة تكاليف عامة يفرضها على الكافة، كالالتزام بعدم مجاوزة سرعة معينة عند قيادة السيارات، وعندئذ تكون مسؤوليته تقصيرية".

أما في الفقه الإسلامي فلم يستخدم الفقهاء القدامى مصطلح المسؤولية المدنية، وإنما استخدموا بعض المصطلحات القريبة منها والتي تكون أحيانا أوسع من المسؤولية المدنية وأحيانا أثر من آثارها؛ ومن هذه المصطلحات القريبة من مصطلح المسؤولية المدنية: الضمان، التعويض عن الضرر، الأهلية.

أ/ الضمان: عرف الفقهاء المسلمون الضمان بعدة تعريفات منها:"إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، أو قيمته إن كان من القيميات".

ب/ التعويض: وعرف بأنه:" المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في نفس أو مال أو شرف"، ويرى البعض بأن التعويض يرادف معنى المسؤولية المدنية، بينما يرى آخرون أن المسؤولية المدنية أعم في إطلاقها من التعويض بل التعويض في حقيقته ما هو إلا أثر من آثارها، وهو الاتجاه الذي نؤيده.

**رابعا/ تعريف المسؤولية الجنائية**:

عرف الشهيد عبد القادر عودة المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي بقوله:"معنى المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها وهو مدرك لمعانيها ونتائجها، فمن أتى فعلا محرما وهو لا يريده كالمكره أو المغمى عليه لا يسأل جنائيا عن فعله، ومن أتى فعلا محرما وهو يريده ولكنه لا يدرك معناه كالطفل أو المجنون لا يسأل أيضا عن فعله"(7)؛ ويرى رحمه الله تعالى أن معنى المسؤولية الجنائية في القوانين الوضعية هو نفسه في الشريعة الإسلامية.
وعرفها أحد رجال القانون بأنها:"أهلیة الإنسان العاقل الواعي لأنه یتحمل جزاء العقاب نتیجة اقترافه جریمة مما ینص علیها قانون العقوبات"(8)، وعرفها آخر بقوله:" استحقاق مرتكب الجریمة العقوبة المقررة لها تتعلق هده المسؤولیة بفاعل أخر بما خوطب به للتكلیف الجنائي ، فحقت علیه العقوبة لحمایة هدا التكلیف"(9)، وعرفها راشد الشاشاني بقوله:" الالتزام بتحمّل النتائج القانونيّة المترتّبة على توافر أركان الجريمة، وموضوع هذا الالتزام هو العقوبة أو التدبير الاحترازي الذي يُنزله القانون بالمسئول عن الجريمة".

**خامسا/ معايير التفرقة بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية**:

1/ من حيث طبيعة الجزاء: إن الجزاء في المسؤولية الجنائية عقوبة يوقعها المجتمع على الشخص المسئول، أما في المسؤولية المدنية فالجزاء عبارة عن تعويض نقدي يستوفى من مال المسئول؛ ويترتب على ذلك أن السلوكات المعتبرة جرائم ويعاقب عليها المجتمع يجب أن تذكر على سبيل الحصر مع عقوباتها؛ عملا بمبدأ:"لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"؛ أما الأفعال التي توجب المسؤولية المدنية فلا حاجة لذكرها لكثرتها وتنوعها، لأن القاعدة العامة:"كل فعل أو إهمال يحدث ضررا للغير يوجب التعويض".

2/ من حيث المُطَالِب بالجزاء: يطالب بالجزاء في المسؤولية الجنائية المجتمع ممثلا في الادعاء العام( النيابة العامة)، أما في المسؤولية المدنية فالمطالب هو الشخص الذي وقع عليه الضرر أي المتضرر.

3/ من حيث الحق في الجزاء: الجزاء في المسؤولية الجنائية حق للمجتمع، أما في المسؤولية المدنية فهو حق للطرف المتضرر.

4/ من حيث أساس المسؤولية: إن الأساس في المسؤولية الجنائية في إيقاع الجزاء هو درجه خطورة الفعل لا مقدار الضرر، فقد لا يقع الضرر ومع ذلك تفرض العقوبة، كما في حاله الشروع في الجريمة في بعض الجرائم، فإن المشرع يعاقب عليها؛ عكس المسؤولية المدنية والتي يكون أساس المسؤولية فيها مقدار الضرر لا درجة الخطورة، فإذا لم يقع ضرر فلا مسؤولية أي لاضمان.

5/ من حيث القصد: يجب لتقرير المسؤولية الجنائية القصد، وهو المعبر عنه بالركن المعنوي للجريمة، أما في المسؤولية المدنية فلا يشترط النية، فمن تسبب في إحداث ضرر للغير عليه الضمان ولو كان فعله خطأ.

6/ من حيث اشتراط الأهلية والتمييز: الأهلية والتمييز شرط لتقرير المسؤولية الجنائية دون المدنية، وذلك لكون الخطأ شرط لتقرير المسؤولية الجنائية دون المدنية، أما إحداث الضرر فلا يقتضي ذلك؛ أي أن الإنسان في المسؤولية الجنائية يحاسب على سلوكه لا على نتيجة هذا السلوك، أما في المسؤولية المدنية يحاسب على النتيجة وهي لحوق الضرر بالغير الذي يلزم عنه التعويض، ولا يهم أن يكون الشخص مميزا أو لاـ ذا أهلية أو لا، لأن التعويض مرتبط بالنتيجة في حد ذاتها وهي الضرر الحاصل لا بأهلية من أحدث الضرر على عكس المسؤولية الجزائية.

7/ من حيث المحكمة التي تنظر في الدعوى: إن الدعوى الجزائية تنظرها المحكمة الجنائية، و دعاوى التعويض تنظرها المحكمة المدنية.

8/ الدعوى الجزائية هي من حق المجتمع وكذلك من حق الفرد المشتكي: إن الدعوى لها حقان المجتمع والفرد، كما أن هناك حالات للدعوى الجزائية تعد من حق الفرد فقط، ولا تمثل الحق العام أو المجتمع، وعند تنازل المشتكي عنها يتم غلق الدعوى نهائيا ولا يوجد حق للمجتمع فيها كجريمة زنا الزوجية وتعدد الزوجات وغيرها ؛كما أن هناك دعاوى بالصلح أو التنازل يتم غلقها نهائياً.

**سادسا/ مفهوم النظام العام في ظل المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية:**

عرف الباحث عليان عدة النظام العام بقوله:"فقواعد النظام العام هي تلك التي يقصد بها إلى تحقيق مصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصلحة الفرد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم مناقضتها باتفاقات فيما بينهم حتى ولو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة ، فإذا خرجوا على هذا النظام باتفاق خاص وقع هذا الاتفاق باطلا"(فكرة النظام العام وحرية التعاقد/ص:20).

 وعرفته شيخ نسيمة بقولها:"مجموعة الأسس والركائز الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع في وقت معين، سواء كانت هذه الأسس تتعلق بالمنظومة السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الدينية"(النظام العام والآداب العامة/ مجلة الفقه والقانون/ ص:06).

والنظام العام مفهوم مرن يختلف من حيث المضمون من مجتمع لآخر، ويبلغ هذا الاختلاف مداه باختلاف العقيدة أو الإيديولوجيا التي ينتمي إليها المجتمع، وعلى سبيل التمثيل يختلف النظام العام من حيث قواعده ومضامينه بين مجتمع مبني على الفكر اللبرالي ومجتمع يقوم على الفكر الاشتراكي، ومن باب أولى بين مجتمع مسلم ومجتمع غير مسلم.

وعليه فالقاعدة العامة في ميدان المسؤولية المدنية التقصيرية أن لها علاقة بالنظام العام، بحيث لا يمكن الاتفاق مسبقا على مخالفة قواعدها، وهكذا فإنه لا يمكن للشخص أن يتنازل عن المطالبة بحقوقه المدنية بشكل مسبق قبل حدوث مصدر الضرر؛ ومرد ذلك إلى أن قواعد المسؤولية التقصيرية لها مساس بالسلامة الجسدية والمالية للأفراد، ولذلك يعوض الشخص المتضرر الذي تم المساس بمصلحته المشروعة بناء على ثبوت المسؤولية التقصيرية لمن كان سببا في حدوث هذا الضرر له بتقصيره (خطئه)؛ و لكن إذا كانت المصلحة غير مشروعة لم يثبت له حق طلب التعويض، كما لو طلبت المرأة من الطبيب إجهاضها بغرض التخلص من الجنين وليس لسبب صحي أو شرعي، فلا يحق لها مطالبة الطبيب بالتعويض إذا فشلت العملية لمخالفتها للنظام العام والآداب العامة.

 وفي مقابل ذلك فإن الأصل في ميدان المسؤولية العقدية أنه لا علاقة لها بالنظام العام، بحيث يمكن للأفراد إبرام ما شاؤوا من العقود، والاتفاق على ما شاؤوا من الشروط، بناء على أصل حرية التعاقد والاشتراط، ولا يقيد حريتهم إلا احترام قواعد القانون والنظام، فإذا كان الشرط مخالفا للنظام العام فلا يجوز مثل: "الاتفاق على بقاء حق الانتفاع مدة تزيد على حياة المنتفع"، كما لا يجوز الاتفاق على ضمان المدين خطأ الدائن إذا صدر عن هذا الأخير غش أو خطأ جسيم، لأن الغش والخطأ الجسيم يدلان على عدم وجود النية الحسنة في تنفيذ العقد فيسقط الشرط ولا يضمن المدين ما نشأ للدائن بموجبه"، ومرد ذلك في نظري إلى أن المقنن يعمل على الحيلولة دون استغلال الطرف القوي للطرف الضعيف في مثل هذه الأحوال.(الاتفاقات المعدلة للمسؤولية في القانون المدني الجزائري/ص: 36.37).

أما المسؤولية الجنائية فتظهر صلتها بالنظام العام بشكل واضح إذا استحضرنا العناصر المكونة للنظام العام على الأقل العناصر التقليدية وهي: الأمن العام، الصحة العامة، السكينة العامة، الآداب العامة( فيصل نسيغة/ رياض دنش، النظام العام، ص:172 وما بعدها)؛ وهذه كلها عناصر حاطها التشريع الجنائي بتجريم كل ما يؤدي إلى الإخلال بها والمعاقبة على ذلك متى ما كان الشخص مسؤولا جنائيا.

**مصادر الالتزام (العقد)**

**أولا/ العقد:**

1**/ تعريف العقد لغة واصطلاحا**: العقد لغة: الربط والشد، تقول عقدت الحبل إذا شددته، وعقدت الحبل بذاك إذا ربطته به، والعقدة موضع العقد وهو ما عقد عليه، كما يطلق على الربط من جانب واحد ومنه عقدت اليمين أي حلفت وتسمى اليمين المنعقدة، كما يطلق أيضا على إحكام الشيء وتقويته، ومن معنى الربط بين شيئين أخذ معنى العقد لأنه ربط بين إرادتين أو كلامين.

**2/ تعريف العقد اصطلاحا**:

 لم يتفق فقهاء الإسلام على إطلاق لفظ العقد على مفهوم موحد، فجمهور الفقهاء يطلق العقد ويريد به كل ما ينتج التزاما شرعيا، سواء كان هذا الالتزام ناشئا عن إرادتين، أم بإرادة منفردة، كالوقف والوصية والهبة بل واليمين، أي يطلق على أي التزام ولو لم يكن ذا طبيعة مالية؛ كقول الفقهاء: اليمين المنعقدة، ويقال: عقد نذرا، وغير ذلك، وهذا هو العقد بالمعنى العام.

أما العقد بالمعنى الخاص فقد عرف بعدة تعريفات نذكر بعضها عند الفقهاء ورجال القانون ونختم بالقانون المدني الجزائري:

أ/ عرفه صاحب "فتح القدير" بأنه: "تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في محله "؛ فالتعلق هو الارتباط بين الإيجاب والقبول وهو المسمى: الصيغة؛ يؤخذ على التعريف أنه قصر الصيغة على الكلام فقط، مع أن للصيغة أكثر من وسيلة منها: الكلام، الكتابة، الإشارة... لكن يمكن أن يعتذر له بأن الكلام هو الأصل والأكثر والأشهر استعمالا.

كما يؤخذ عليه أيضا أنه وقع في الدور بحيث استعمل لفظ "المتعاقدين" وهو اسم فاعل من الفعل (تعاقد) وأصل اشتقاقه مادة(العقد) الذي هو محل التعريف.

ب/ عرفته مجلة الأحكام العدلية:"ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله".

ج/ وعرف أيضا بأنه: "ربط بين كلامين ينشأ عنه أثره الشرعي".

يرى د .فتحي الدريني الإبقاء على هذا التعريف مع إضافة "أو ما يقوم مقامهما" بعد عبارة "ربط بين كلامين"حتى تدخل كل وسائل التعبير عن الإرادة.

د/ وعرفه بعض رجال القانون كالسنهوري بأنه:"توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني" سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه.

ه/ وعرفه المشرع المدني الجزائري في المادة: 54 ق.م بقوله:"العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء".

وهذه التعريفات جميعها بما في ذلك تعريف رجال القانون تشترك في كونها تجعل ارتباط إيجاب أحد المتعاقدين بقبول الآخر جوهر العقد، وهي بذلك تخرج التصرف القولي الانفرادي الذي ينشئ التزاما على صاحبه وحده.

 ويذهب الحنفية في موضوع الإيجاب والقبول إلى أن الإيجاب ما صدر أولا والقبول ما صدر ثانيا، مخالفين الشافعية ومن معهم الذين يرون أن الإيجاب ما صدر من المملك أي ما دل على "التمليك"، والقبول ما صدر من المتملك أي ما دل على" التملك"؛ ففي عقد البيع البائع هو صاحب الإيجاب لأنه المملك، والمشتري هو صاحب القبول لأنه المتملك.

والقبول هو التعبير عن الإرادة الجازمة في الموافقة على كل ما تضمنه الإيجاب من عناصر لتحدث بذلك المطابقة، وهذه المطابقة والارتباط الحكمي هو المسمى "انعقاد العقد"؛ غير أن هذا الارتباط لا يعتبر قائما منتجا لآثاره إلا إذا كان على وجه مشروع، ويكون ذلك بما يأتي:

أ/ أن يكون العقد مستوفيا مقوماته من الأركان والشروط.

ب/ أن يكون سببه مشروعا، بمعنى أن الباعث على التعاقد يجب أن يكون مشروعا أيضا، حتى يحدث التطابق بين قصد الشارع من تشريع العقود وقصد المكلف.

 فإذا ثبت التذرع بالعقد لتحقيق غرض غير مشروع ولو في الغالب بطل العقد و أصبح معدوما ولا أثر له، لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا على وفق القاعدة الفقهية المعروفة ؛ومن الأمثلة التي يذكرها الفقهاء في هذا الباب بيع العنب لمن يعتقد أن يعصره خمرا، وبيع السلاح للبغاة أو أهل الفتنة لما في ذلك من التعاون على الإثم والعدوان ومحال أن تسمح شريعة جاءت لجلب المصالح ودرء المفاسد بمثل هذه العقود وإلا كانت هادمة لما تريد بناءه.

 وقد نبه الفقهاء إلى الارتباط بين القصد والتصرف فقال الإمام الشاطبي:"قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده موافقا لقصد الشارع من التشريع "؛ و يوضح في موضع آخر كيف أن سبب بطلان العقد بالباعث عليه فيقول:"من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، ومن ناقضها فعمله في المناقضة باطل فما يؤدي إليها باطل" ويقول أيضا في سبيل تأكيد هذا المعنى وغرسه:" العقد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي"؛ كما يميز الشاطبي بين التصرف والباعث فيسمي الأول الظاهر والثاني الباطن.

 وبنفس الرؤية والوضوح نجد ابن تيمية رحمه الله تعالى يقول:"لا بد في صحة التصرف من رضا المتصرف وموافقة الشرع"؛ ويقول تلميذه ابن القيم بلغة أوضح وأصرح:" القصد روح العقد مصححه ومبطله"؛ فالمبدأ إذن محل اتفاق، وكل ما في الأمر أن فريقا من الفقهاء يرى بأن الباعث يجب أن يكون صريحا بأن ينص عليه في صلب العقد، أو يستخلص من محل العقد، أي يستخلص قضاء من العقد نفسه ولا يتعداه إلى الإثبات بالقرائن والملابسات وهو مذهب الحنفية؛ بينما يأخذ فريق آخر بالقرائن ومنهم الحنابلة؛ والخلاصة أن عبارة "على وجه مشروع" أي صورة ومعنى أو مقصدا مباشرا وغير مباشر، وإلا فلا يتم الانعقاد والارتباط شرعا.

 ويذهب الدريني إلى القول:"الواقع أن الارتباط المعتبر شرعا يترك أثره في المعقود عليه فينقله من حال إلى أخرى جديدة، حتى إذا كان العقد لا يفيد شيئا جديدا لم ينعقد، إذ لا أثر له في المعقود عليه كتعاقد زوج مع زوجته على أن ترعى أولاده وتربيهم مقابل أجر معين، فهذا الواجب مقرر بمقتضى عقد الزواج قبل هذا التعاقد فالعقد إذن غير مفيد وكل عقد غير مفيد باطل؛ أو كان يفيد فائدة غير مشروعة بأن كان محل العقد غير مشروع كمن يتعاقد مع شخص على سرقة مال أو قتل شخص، ويرى الحنفية أن كون العقد مفيدا من الشروط العامة لانعقاد العقد.

**3/ أركان العقد**: اختلف الفقهاء في أركان العقد، فالحنفية يرون بأن العقد له ركن واحد هو الصيغة(الإيجاب والقبول)، أما العاقدان والمحل المعقود عليه فهي لوازم للعقد وليست أركانا مشكلة لحقيقته، إذ يلزم من الصيغة وجود عاقدين ومحل متعاقد عليه يظهر فيه أثر توافق الإرادتين، ويرى الجمهور أن أركان العقد ثلاثة: الصيغة والعاقدان والمحل المعقود عليه.

**أولا/ الصيغة**: تتكون الصيغة في العقود ثنائية الطرف من إيجاب وقبول وقد ذكرنا من قبل اختلاف الجمهور والحنفية في مدلول كل من هما، وسنتناول هنا المادة اللغوية للصيغة والصيغة الزمنية لها؛ لكن قبل ذلك لا بأس أن نشير إلى أن الفقهاء اختلفوا في صيغة العقد من حيث الألفاظ التي تستعمل في انعقاده، فذهب فرق منهم وهم الظاهرية ورواية عن أحمد إلى أن ألفاظ العقود محصورة فيما ورد به الشرع فقط، وذهب فريق ثان وهم الشافعية وجمهور الحنابلة إلى جواز انعقاد البيع ونحوه بكل لفظ دل عليه دلالة واضحة، أما عقد النكاح فلا ينعقد بغير الألفاظ التي ورد بها الشرع وهي الزواج أو النكاح، لخطورته ولأن فيه معنى تعبديا، وذهب الحنفية والمالكية إلى أن العقود جميعا سواء تنعقد بكل لفظ يدل عليها، وهو ما مال إليه شيخ الإسلام وتلميذه ابن القيم رحمة الله على الجميع.

* **المادة اللغوية**: الأصل في التعبير عن الإرادة اللفظ لسهولته وقوة دلالته، ولذا كان أكثر استعمالا وكان غيره من الكتابة والإشارة أو الفعل قائما مقامه، كما ذهب الفقهاء جميعا إلى أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني؛ أي يصح التعاقد بأي صيغة سواء كانت على سبيل الحقيقة أم المجاز ما دامت مصحوبة بالقرينة الدالة، واستثنت بعض المذاهب وهم الشافعية والحنابلة عقد الزواج وقالوا إن فيه معنى تعبديا فلا ينعقد إلا بصيغ محددة.
* **الصيغة الزمنية للفعل الذي يتحقق به الإيجاب والقبول**: للفعل في كلام العرب ثلاث صيغ: الماضي والمضارع والأمر.

**أ/ صيغة الماضي**: الأصل أنها صيغة تدل على الإخبار عن حدث انقضى قبل زمان التكلم، لكن الشارع اتخذها صيغة للإنشاء في عرفه هو والحقيقة الشرعية مقدمة على الحقيقة اللغوية، وذلك أن حقيقة العقد هي إنشاء معنى في الحال وهذا المعنى ليس في اللسان العربي صيغة خاصة به، فاختار الشرع صيغة الماضي لأنها أدل على تحقق ووقوع معنى إيجاد العقد في الحال، وقد اتفق الفقهاء على أن صيغة الماضي ينعقد بها العقد دون حاجة إلى قرينة أو عرف.

**ب/ صيغة المضارع**: اختلف الفقهاء في صيغة المضارع، لترددها عند البعض بين إرادة الحال والاستقبال،ومن ثم لا بد من قرينة ترجح إرادة الإنشاء في الحال؛ فالسبب إذن في اشتراط القرينة أو العرف هو أن المضارع ليس متمحض الدلالة على الحال، فصيغته في أصل الوضع تحتمل الحال والمستقبل، ومن ثم تعين وجود ما يثبت بأن النية متجهة إلى الحال دون غيره؛ فلو قال: أبيعك هذا البيت الآن بكذا.. انعقد العقد لوجود القرينة اللفظية (الآن) وعليه لا ينعقد العقد بصيغة المضارع إذا انتفت القرينة ولم يوجد عرف، ومن باب أولى إذا اقترن بالصيغة ما يدل على إرادة المستقبل مثل "سوف، وحرف السين".

وذهب بعض الحنفية إلى عدم صحة التعاقد بصيغة المضارع ولو مع النية وهو رأي بعض الحنابلة حيث نصوا على أنه إذا كان القبول بصيغة المضارع فلا يصح التعاقد به؛ جاء في كشاف القناع:" لو قال البائع بعتك هذا بكذا، فقال المشتري: (وهو القبول عند الجمهور) أنا آخذه بذلك لم يصح أي لم ينعقد البيع لأن ذلك وعد بأخذه".

ويرى جمهور الحنفية والشافعية إلى صحة التعاقد بالفعل المضارع مع النية، بينما يرى المالكية أن العقد ينعقد بصيغة المضارع من غير اشتراط النية؛ ولو ادعى عندهم أنه ما نوى العقد بالمضارع ولا أراده فلا يقبل قوله إلا أن يحلف؛ وهذا هو مكمن الفرق بين انعقاد العقد بالماضي والمضارع عند المالكية، ففي صيغة الماضي لا يقبل منه نفي العقد ولو حلف، بينما في المضارع يقبل نفيه إذا حلف.

**ج/ صيغة الأمر**: اختلف الفقهاء أيضا في صيغة الأمر فذهب الحنفية إلى عدم جواز التعاقد بصيغة الأمر إلا في عقد النكاح فإنهم أجازوه استحسانا؛ويرى الدريني أن الحنفية لا يخالفون في هذا الأصل وإنما استثنوا عقد البيع لاحتمال إرادة المساومة أو الوعد، ومما يرشد إلى هذا أنهم قالوا بصحة انعقاد الزواج بصيغة الأمر وعللوا ذلك بانتفاء إرادة المساومة إذ لا يكون الإقدام على العقد عادة إلا بعد الخطبة والمفاوضة والمشاورة وتقدير المهر بخلاف البيع.

وذهب المالكية والشافعية في القول الظاهر عندهم، والحنابلة في رواية إلى جواز التعاقد بصيغة الأمر في جميع العقود وسواء تقدم الإيجاب أم القبول؛ وقد حصل خلاف في النقل عن مالك في مسألة نفي التعاقد بصيغة الأمر، فورد في المدونة أن المتعاقد بصيغة الأمر إن حلف قبل قوله وإلا لزم، وورد في غير المدونة (وهو اختيار خليل) من قول مالك وابن القاسم أن هذا لا يصح والأرجح ما في المدونة طبقا لأصول المالكية، وتوجد أقوال أخرى أيضا للشافعية والحنابلة.

**د/ الاستفهام**: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم صحة التعاقد بصيغة الاستفهام، واستثنى الحنفية و الحنابلة عقد النكاح فأجازوه إذا وجدت قرينة على إرادة النكاح؛ أما المالكية فذهبوا في الراجح عندهم إلى صلاحية انعقاد العقد بصيغة الاستفهام،ولا يقبل قول المدعي عدم العقد إلا أن يحلف؛ ورجح بعض المعاصرين منهم عباس حسني محمد رأي المالكية.

**ه/ صيغة اسم الفاعل**:ذهب جمهور الفقهاء إلى صحة التعاقد بصيغة اسم الفاعل وكذا صيغة المنادى في بعض أنواع العقود على الأقل، فبخصوص اسم الفاعل كقوله" جئتك خاطبا ابنتك فيقول الأب: زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب ألا يقبل كما ورد في حاشية ابن عابدين؛ ويقول ابن تيمية في عبارة جامعة:"كل ما عده الناس بيعا أو هبة من قول أو فعل انعقد به البيه والهبة".

ويشترط في الصيغة مايلي:

* أن تكون واضحة الدلالة على المقصود: أي أن تكون وسيلة التعبير عن إرادة العاقدين واضحة، بحيث يفهم كل منهما مراد صاحبه، فلا يمكن إلزام أحدهما أو كليهما بالتزام لا تدل عليه الصيغة المستخدمة لا لغة ولا عرفا.
* أن يتطابق الإيجاب والقبول صرحة أو ضمنا: فلو اختلفا في المحل أوالثمن لم ينعقد العقد، كما لو قال البائع: بعتك داري...فقال المشتري اشتريت منك سيارتك لم ينعقد العقد، أو قال البائع بعتك سيارتي بمليوني دينار جزائري وقال المشتري اشتريتها منك بمليون ونصف لم ينعقد العقد أيضا، لكن لو قال اشتريتها بمليونين ونصف المليون انعقد العقد لأن الثمن الذي طلبه الموجب وهو البائع داخل ضمنا في ما ذكره المشتري، لكن لا يلزمه إلا المقدار الذي ذكره الموجب، أما ما زاد على ذلك فتتوقف على قبول الموجب لأن الأصل ألا يدخل في ملك الإنسان إلا ما رضيه باختياره إلا الإرث وزاد بعضهم الوقف؛ أو قال البائع بعتك أرضي في مكان كذا فقال المشتري اشتريت منك أرضك وذكر أرضا أخرى أو قال اشتريت منك نصفها أو ثلثها فقط لم ينعقد العقد.
* أن يتصل الاتصال الإيجاب بالقبول: بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد إن كان الطرفان حاضرين معا، أو في مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب، ويتحقق الاتصال بأن يعلم كل طرف ما صدر عن الآخر بان يسمع الإيجاب ويفهمه، وألا يصدر منه مايدل على إعراضه عن العقد صراحة أو ضمنا، سواء كان الإعراض من الموجب أو القابل.

ومجلس العقد هو الحال التي يكون فيها العاقدان مقبلين على التعاقد؛ ويشترط في مجلس العقد أن يتحد مجلس الإيجاب والقبول فلا ينعقد العقد إذا صدر الإيجاب في مجلس وصدر القبول في مجلس آخر، ولا يعني ذلك الفورية عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة، لأن التعاقد بطبيعته يستلزم النظر والتأمل، وفي اشتراط الفورية تضييق على صاحب القبول، إذ ربما تسرع في إصدار قبول يعود عليه بالضرر، أو تفويت الصفقة عليه إن رفض.

ويشترط لتحقق معنى الاتصال بين الإيجاب والقبول أن يكونا في مجلس واحد، عدم صدجور ما يدل على الإعراض عن العقد من أحد العاقدين، بقاء الإيجاب قائما إلى صدور القبول، فلو رجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول لم ينعقد العقد، ويرى جمهور المالكية (على ما ذكر الزحيلي) أنه ليس للموجب الرجوع عن إيجابه قبل أن يترك فرصة للقابل يقرر العرف مداها، فالموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه حتى يعرض الطرف الآخر عنه، أو ينتهي المجلس، لأن الموجب قد أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك، وللطرف الآخر القبول أو الرفض، فإذا قبل انعقد العقد وإذا رفض لم ينعقد، وبناء على ذلك لا يكون رجوع الموجب مبطلا للعقد.

**ثانيا/ العاقدان**: ليس كل شخص يصلح للتعاقد، وإنما يصلح للتعاقد أحد شخصين: أن تكون له الأهلية للتعاقد عن نفسه أصالة، أو تكون له ولاية للتعاقد نيابة عن غيره، ومن لم تكن له أهليه التعاقد عن نفسه لا يكون وليا عن غيره.

**أ/ الأهلية**:

**1/ أهلية الأداء المعدومة**:

 وهي حالة فقدان الشخص للعقل والتمييز، مثل: المجنون والطفل غير المميز، وانعدام الأهلية معناه أن الشخص ليس أهلا للمعاملة مع الناس، أو لاستعمال حقوقه والتصرف فيها، وبعبارة جامعة إن أقواله وأفعاله لا اعتبار لها في نظر الشرع، ولا يترتب عليها شيء.

2/ **أهلية الأداء الناقصة**:

 هي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات دون بعض، والمراد بالصلاحية الاعتداد الشرعي بها لأنه متى اعتد بالتصرف شرعا ، ترتبت عليه الآثار الشرعية، فمتى اعتد بالبيع ترتب عليه وجوب نقل الملكية والتسليم بالنسبة للبائع، ووجوب تسليم الثمن للمشتري ، وهكذا ...وتغطي هذه الأهلية ما بين سن التمييز الذي حدده بعض الفقهاء بسن السابعة و البلوغ، ويضيف إليه (أي الصبي المميز) كل حالة يضعف فيها إدراك الشخص وتمييزه ما لم ينعدم ومنها المعتوه الذي لم يصل عتهه إلى درجة حد الاختلال والفقد.

 واعتبرت أهلية الأداء في هذه المرحلة العمرية ناقصة، لأن الشخص يملك قدرا من العقل والإدراك و التمييز فارق به عديم الأهلية ، ومن جهة أخرى لا يملك تمام العقل والتمييز وحسن النظر في عواقب الأمور ونتائج التصرفات، فلذا اعتبرت له أهلية لكنها ناقصة؛ ويفرق الفقهاء في هذه المرحلة العمرية ( طور التمييز ) بين حقوق الله تعالى وحقوق العباد :

**\*حقوق الله تعالى**: فيصح من الصبي المميز مثلا أداء العبادات، ولكن ليست ملزمة عليه بل هي على وجه التأديب والتهذيب ، فقد حكم الشارع بصحة عبادة الصبي المميز إذا اكتملت شروط صحتها، إلا أنها ليست واجبة عليه، لأن التكاليف الشرعية مشروطة بالبلوغ.

**\*حقوق العباد**: أما فيما يتعلق بحقوق العباد، فعند الشافعي وأحمد (وهبة الزحيلي/ الفقه الإسلامي/ 122) تعتبر عقود الصبي وتصرفاته باطلة، وأما عند الحنفية فإن تصرفاته المالية تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

- تصرفات نافعة نفعا محضا: كقبول الهبة والصدقات والوصية، وهذه التصرفات تصح من الصغير دون حاجة إلي إجازة وليه .

- تصرفات ضارة ضررا محضا: وهي التي يترتب عليها خروج شئ من ملكه دون مقابل، كالطلاق والهبة والصدقة وغيرها، وهذه التصرفات لا تصح من الصغير، ولو بإجازة الولي، لأن الولي لا يملك هذه التصرفات.

- تصرفات دائرة بين النفع والضرر: وهي التي تحتمل الربح والخسارة، كالبيع والشراء والإجارة وسائر المعاوضات المالية، فإذا باشرها الصغير المميز وقعت صحيحة لتمتعه بأصل أهلية الأداء، غير أنها تكون موقوفة على إجازة الولي لنقص أهليته، فإذا أجازها الولي انجبر هذا النقص واعتبر التصرف كأنه صادر من ذي أهلية كاملة؛ وإذا كان الولي قد أذن له في التصرف فإنها تقع صحيحة نافذة.

3 **/ أهلية الأداء الكاملة**:

 وتثبت للشخص اعتبارا من البلوغ مع الرشد أي: حسن التصرف، وتستمر معه إلى الوفاة، إلا إذا طرأ لهل عارض يفقد العقل كالجنون أو يضعفه كالعته، فتنقلب أهلية إلى أهلية ناقصة كما كانت من قبل؛ فإذا بلغ الشخص رشيدا اكتملت له الأهلية بكل أنواعها، فتثبت له جميع الحقوق لأن أهلية الوجوب ثابتة لديه من قبل وتجب عليه الواجبات وسائر الالتزامات سواء ما أوجبه عليه الشرع، أو أوجبه على نفسه في حدود الشرع، كما أن سائر تصرفاته من عقود كالبيع والإجارة أو التصرف بالإرادة المنفردة كالوقف، والهبة ونحوها، لا تتوقف على إجازة أحد لارتفاع الولاية عنه، فيصير نافذ الأقوال والأفعال.

**ب/ الولاية**:

عرفت الولاية بعدة تعريفات ولعل من أجمعها تعريف الشيخ مصطفى الزرقا الذي عرفها بقوله:" قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر، في تدبير شؤونه الشخصية والمالية "؛ وقد لوحظ على هذا التعريف بأنه قَصَرَ الولاية على القاصر، مع كونها ثابتة على غيره كالبالغة في ولاية النكاح، إضافة إلى أنه لم يذكر مصدر هذه الولاية؛ لكن يمكن إدخال بعض التعديلات عليه حتى يسلم من الاعتراضات المذكورة، فنقول:" رخصة شرعية ممنوحة لشخص للقيام على تدبير شؤون غيره الشخصية والمالية".

وتنقسم الولاية إلى عامة وخاصة، فأما العامة فالمقصود بها الولاية المتعلقة بتدبير الشأن العام السياسي بسائر شعبه، والولاية الخاصة هي المتعلقة بآحاد الناس فيما بينهم، كولاية الأب في تزويج ابنته، وولاية القيم أو الوصي على اليتيم، أو الولاية على السفيه ولو كان بالغا، والذي يعنينا في دراستنا في هذا السياق هي الولاية الخاصة.

لقد نبه العلامة محمد الطاهر بن عاشور عند تفسيره لقول الله تعالى:" وابتلوا اليتامى ...**"** (النساء/ 06) إلى هذه المهمة الملقاة على عاتق الأولياء والأوصياء ونحوهم من وجوب الإرشاد والتعليم والنصح لليتامى فقال رحمه الله تعالى:" **فأمر الله لأجل ذلك كله الأولياء بأن لا يبتدئوا محاجيرهم بسيئ الكلام ولا يجيبوهم بما يسوء، بل يعظون المحاجير، ويعلمونهم طرق الرشاد ما استطاعوا، ويذكرونهم بأن المال مالهم، وحفظه حفظ لمصالحهم، فإن في ذلك خيرا كثيرا ...ورجاء انتفاع الموالي بتلك المواعظ في إصلاح حالهم".**

 فالشريعة الإسلامية إنما ربطت تسليم المال إلى هؤلاء اليتامى بإيناس الرشد منهم واشترطت في هذا الإيناس أن يكون بعد الابتلاء أي الاختبار، قال تعالى:"**وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم**" وقد ذهب المالكية إلى أن ولي اليتيم يختبره بالتأمل في أحواله والاستماع إلى أغراضه؛ فإن حصل له العلم بحسن تصرفه سلمه جزءا من ماله، فإن أفلح في الحفاظ عليه وتنميته كان ذلك دلاله على رشده وبالتالي يسلمه ما تبقى عنده من ماله؛ وإن رأى خلاف ذلك بأن ضيعه وبذره، فمعنى ذلك أنه لم يرشد بعد، وبالتالي يتوجب على الولي أن يمسك عنه بقية المال حتى يأنس منه الرشد؛ يقول ابن العربي المالكي في تفسير الآية السابقة:" المسألة الرابعة: في كيفية الابتلاء وهو بوجهين:" **أحدهما** يتأمل أخلاق يتيمه، ويستمع إلى أغراضه، فيحصل له العلم بنجابته، والمعرفة بالسعي في مصالحه، وضبط ماله، أو الإهمال لذلك؛ فإذا توسم الخير قال علماؤنا:" لا بأس أن يدفع إليه شيئا من ماله، **وهو الثاني** ويكون يسيرا، ويبيح له التصرف فيه، فإن نماه وأحسن النظر فيه فقد وقع الاختيار، فليسلم إليه ماله جميعه، وإن أساء النظر فيه وجب إمساك ماله عنه"؛ ثم إن الولاية قد تكون اختيارية وهي الوكالة عن الغير، وقد تكون إجبارية وهي تفويض الشرع التصرف لمصلحة القاصر، كولاية الأب أو الجد أو الوصي على الصغير، وولاية القاضي على من لا ولي له.

**ثالثا/ المحل**: وهو ما وقع عليه التعاقد، بحيث يظهر فيه أثر العقد، وهو يختلف بحسب طبيعة العقد، فقد يكون سيارة مثل عقد البيع، وقد يكون منفعة مثل عقد الإيجار، وقد يكون عملا مثل التعاقد مع أجير أو مقاول لإنجاز عمل ما.

وقد ذكر الفقهاء لمحل العقد شروطا مثل بقية أركان العقد حتى يصلح أن يكون محلا يصح التعاقد عليه وتترتب عليه وتظهر فيه آثار العقد، وهذه الشروط هي:

1/ أن يكون المحل صالحا للتعامل فيه شرعا: فليست كل الأشياء صالحة للتعامل الشرعي فيها، مثل نهي الشرع عن بيع المحرمات من الميتة والخمر، وكتحريم التعاقد على فعل أمر محرم كالقتل أو السرقة، إلخ...

2/ أن يكون المحل معلوما لدى الطرفين المتعاقدين: لأن التعاقد على غير معلوم مفضي حتما إلى النزاع، وهدي الشريعة الغراء المنع من كل ما يؤدي إلى النزاع بين أطراف العقد، ولذا نهت الشريعة عن التدليس، وكتمان العيوب...ويحصل العلم بالمعقود عليه بكافة الوسائل التي تمكن الطرف المتعاقد من العلم بالمحل الذي هو مقبل على التعاقد عليه ومن أهمها: رؤية المعقود عليه، أو الإشارة إليه إن كان موجودًا، أو وصفه إن كان غائبًا.

3/ أن يكون مقدورا على تسليمه: فلا يصح التعاقد على حيوان شارد، أو السمك في الماء، أو الطير في الهواء في عقود المعاوضات، أما في عقود التبرعات فالجمهور يرى اشتراطه، لوم يشترطه المالكية، وبناء على ذلك أجازوا هبة الجمل الشارد وإعارته.

4/ أن يكون المحل موجودا: وليس شرطا أن يكون موجودا بالضرورة عند التعاقد، لكن على الأقل هو ممكن الوجود مستقبلا، مثل عقد السلم والاستصناع، أما المعدوم الذي يستحيل في المستقبل فلا يصلح أن يكون محلا للتعاقد.

**رابعا/ تقسيم العقود:** تقسم العقود باعتبارات مختلفة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الوضعي، ومن هذه التقسيمات في القانون المدني الحديث:

**1/ العقود المسماة وغير المسماة**: تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى قسمين:

أ/ العقود المسماة: وهي العقود التي أقر لها الشارع أسماء تدل على موضوعاتها الخاصة بها وأحكامها الأصلية، يقول السنهوري رحمه الله تعالى:"والمقصود بالعقود المسماة عقود كثيرة التداول في الحياة العملية، حتى عرفت بأسمائها الخاصة ومنها عقد البيع، والهبة، وعقد الإجارة، والإعارة والشركة...وعدد العقود المسماة يتراوح بين خمسة وعشرين وثمانية وعشرين عقدا، والعقود المسماة قد تزيد وقد تنقص في الدولة المعاصرة، إذ قد تظهر عقود جديدة وبالمقابل تختفي عقود قديمة.

ب/ العقود غير المسماة:وهي التي لا يتولى المشرع تنظيمها فإنها تخضع في أحكامها للقواعد العامة في نظرية العقد، شأنها في ذلك شأن العقود المسماة **.**

ذكر بعض الشراح أن تقسيم العقود إلى مسماة وغير مسماة راجع إلى ضرورة حصر وتحديد أحكام العقود التي شاع التعامل بها بين الناس ليسهل على القضاة الفصل في منازعاتها؛ ويظهر الفرق بين العقود المسماة وغير المسماة في تطبيق أحكام القانون عليها، ففي العقود المسماة يجد القاضي العقد منصوصا عليه باسمه مع أحكامه المتعلقة به، أما العقد غير المسمى فإن القاضي يقوم أولا بعملية تكييف للعقد وتصنيفه و يخضعه للقواعد العامة في نظرية العقد، وإلى أقرب العقود شبها به.

**2/ عقود المساومة وعقود الإذعان ومعيار التفرقة بينهما:**

أ/ عقود المساومة**:** ويسمى في الفقه الفرنسي ( contrat de gré à gré ) و هو العقد الذي يملك كل واحد من طرفيه حرية مناقشة شروطه قبل إبرامه، على قدم المساواة مع الطرف الآخر؛ بحيث يكون الطرفان في هذا النوع من العقود في نفس المركز.

ب/ عقود الإذعان**: وتسمى في الفقه الفرنسي:** ( contrat d’adhésion ) **وقد عرفه بعض الباحثين بأنه:"**العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقدرة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري (أو حاجي) تكون محل احتكار قانوني، أو فعلي أو تكون المنافسة فيه محدودة النطاق"؛**فهو إذن** عقد يستأثر فيه أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد، بحيث لا يملك الطرف الآخر إلا قبولها جملة، دون أن يكون له الحق في مناقشتها أو طلب تعديلها، وذلك لأن المتعاقد الآخر يكون في مركز أعلى منه يتيح له فرض شروطه.

وهذا المركز القوي للطرف الذي يضع الشروط غالبا ما يكون بفعل خدمة يحتكر تقديمها، أو سلعة يستأثر ببيعها، مما يدفع كل مريد للاستفادة من تلك الخدمة، أو الحصول على تلك السلعة الخضوع لتلك الشروط، وجوهر التفرقة بين عقود المساومة وعقود الإذعان هو إرادة المتعاقدين، فإذا كانت إرادة المتعاقدين حاضرة في العقد على قدم المساواة فهو عقد مساومة، أما إن كان احدهما يضع الشروط والآخر لا يملك سوى الخضوع، دون أن يكون له الحرية في مناقشة هذه الشروط، أو قبولها بإرادته الحرة، فنحن أمام عقد إذعان، ثم إن عقد الإذعان عادة ما تسبق شروطه فترة التعاقد.

**3/ العقود البسيطة والعقود المركبة ومعيار التفرقة بينهما:**

أ/ العقود البسيطة: العقود البسيطة هي تلك العقود التي يكون موضوعها نوع واحد محدد من الروابط التعاقدية، مثل عقد البيع فقط، أو الإيجار فقط، أو الهبة فقط وهكذا...

ب/ العقود المركبة: العقود المركبة هي العقود المتعددة التي تجتمع في عقد على سبيل الاشتراط أو الاجتماع، بحيث تعتبر جميع الآثار المترتبة عليها بمثابة آثار العقد الواحد، ويرى بعض الباحثين أنه لابد من الارتباط بين هذه العقود، وإلا لم تكن مركبة، بل تكون من نوع العقود المجتمعة مجرد اجتماع بدون ترابط، وقد يسميها البعض بالعقود المختلطة (Contract mixed)ولكن يظهر أنه أعم من العقود المركبة، فعقد الضيافة (يسميه البعض الفندقة) مثلاً عقد مكون من إيجار ووديعة(حفظ الأمتعة) وبيع الطعام والشراب، وقد لا يصدق عليه أنه عقد مركب، لعدم الارتباط بين كل منها، فلا يلزم من العقد شراء الطعام ولا الشراب، كما لا تلزم الوديعة عندهم؛ وهذا النوع من العقود موجود في الفقه الإسلامي والأصل فيه الإباحة إلا ما استثناه الدليل، كاجتماع عقود تكون ذريعة للربا مثل اجتماع عقد البيع مع القرض في عقد واحد.

**4/ العقود الشكلية والرضائية**:

**أ/ العقود الرضائية**: وهي تلك العقود التي يكفي لانعقادها تطابق الإيجاب مع القبول، بحيث لا يشترط القانون شكلا معينا لانعقادها زائدا على التراضي؛ والرضائية مبدأ عام في جميع العقود، أي أن جميع العقود مبناها على التراضي بين الطرفين، وهو إجمالا محل اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الوضعي.

**ب/ العقود الشكلية**: وهي العقود التي لا يكفي فيها التراضي وتطابق الإيجاب مع القبول، بل يشترط القانون لانعقادها وترتب آثارها شكلا معينا، مثل الكتابة في عقد البيع، ولا بد من التمييز بين الكتابة في العقد الرضائي والكتابة في العقد الشكلي، فالكتابة في العقد الرضائي تسهل إثباته إذا حصل نزاع بين الطرفين المتعاقدين، بينما في العقد الشكلي الكتابة أمر جوهري يترتب على إغفالها عدم وجود العقد من أساسه وبطلانه بطلانا مطلقا.

**5/ عقود المعاوضة وعقود التبرع ومعيار التفرقة بينهما:**

**أ/ عقود المعاوضة**:هي العقود التي يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابلا لما يعطيه، فكل منهما يبحث عن مصلحة معينة يسعى للحصول عليها بإبرامه للعقد، **ومن أمثلة عقود المعاوضات:** عقد البيع فهو عقد معاوضة لأن المشتري ياخذ السلعة في مقابل الثمن الذي دفعه، والبائع يأخذ الثمن في مقابل السلعة التي أعطاها؛ كذلك عقد الإيجار فالمؤجر يحصل على الثمن في مقابل العين التي أجرها، والمستأجر يحصل على المنفعة في مقابل ما بذل من ثمن، وهكذا في سائر عقود المعاوضات.

**ب/ عقود التبرع**: عرف بأنه العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه، أو لا يعطي مقابلا لما أخذ**، ومن أمثلة عقود التبرع:** العارية أو عقد الإعارة فهو عقد تبرع بالنسبة إلى المعير لأنه لا يأخذ شيئا من المستعير مقابل الشيء المعار، وهو كذلك بالنسبة إلى المستعير لأنه لا يعطي شيئا للمعير مقابل الشيء المعار.

وينبغي التنبيه هنا إلى أن بعض فقهاء القانون يميزون في عقود التبرع بين نوعين من العقود:

* **عقود التفضل**: **(actes de bienfaisance ) حيث يولي المتبرع فيها المتبرع له فائدة دون أن يخرج عن ملكية ماله، فالعارية عقد تفضل لأن المعير يتبرع بمنفعة العين دون أن يخرج عن ملكيتها، و الوديعة عقد تفضل لأن المودع عنده يتبرع بعمله لا بماله.**
* **الهبات: (actes de libéralité) وهي تبرع يخرج فيها المتبرع عن ملكية ماله،كعقد الهبة يخرج فيها الواهب عن ملكية الموهوب، و يتبين من ذلك أن الهبات أشد خطورة من عقود التفضل، و لذلك تحوط المشرع فاشترط في الهبة شكلا خاصا.**

**خامسا/ جزاء الإخلال بالعقد:**

 إذا نشأ العقد صحيحا، يكون واجب التنفيذ، بحيث يتعين على المدين أن ينفذ الالتزامات الناشئة عنه، وعلى الوجه المتفق عليه فيه، و إلا كان للدائن أن يسأل المدين عن عدم تنفيذها، و تقوم مسؤولية هذا الأخير عنه، ما لم يثبت أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، أي خارج عن إرادته، فيحكم عليه بتعويض الضرر الذي لحق الدائن نتيجة له.

 و تقوم المسؤولية العقدية في حالة عدم تنفيذ الالتزام على النحو المتفق عليه و لو نفذ الالتزام جزئيا، أو بعد الوقت المعين له، أو على غير الوجه المحدد له؛ وبناء عليه فالمسؤولية العقدية هي جزاء إخلال أحد العاقدين بالتزام ناشئ عن العقد الذي أبرمه؛ وتتكون المسؤولية من ثلاثة عناصر تشكل حقيقتها وهي:

**أ/** **الخطأ**: أي أن يكون عدم تنفيذ التزام المدين راجعا إلى أخطائه، والمراد بالخطأ العقدي عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد على الوجه الوارد فيه، سواء كان عدم التنفيذ كليا أو جزئيا، كما يدخل في هذه الصورة الأخيرة التأخر في التنفيذ.

**ب/** **الضرر**: الذي يصيب الدائن و الناجم عن إخلال المدين بالتزامه، سواء كان الضرر ماديا أم معنويا فكلاهما يجب فيه التعويض.

**ج/ علاقة السببية**:بين الخطأ و الضرر، أي أن الخطأ من المدين هو السبب في حصول الضرر؛ ولا يستطيع المدين أن ينفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي، و يقصد بالسبب الأجنبي كل أمر غير منسوب إلى المدين، وهو الذي أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق بالدائن، و من أهم صوره: القوة القاهرة مثل: الكوارث الطبيعية كالزلازل، البراكين، والحروب الأهلية،...