

جامعة ابوبكر بلقايد بتلمسان

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في مقياس الالتزامات

-مصادر الالتزام-

موجهة لطلبة السنة الثانية المجموعة الرابعة

اعداد: د.زكري ايمان

السنة الجامعية 21/20

مقدمة

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

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

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

كان للالتزام في القانون الروماني القديم مصدران هما العقد والجريمة، وفي فترة لاحقة أضاف الفقه الروماني الى العقد مصدراً اسمه "شبه الجريمة"، يتمثل في العمل الذي يصيب الغير بضرر لكنه غير مصحوب بنية الاضرار، كما تم إضافة شبه العقد لمصادر العقود وهي عمل اختياري مشروع ينشأ عنه التزام نحو الغير.

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

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

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

من أجل توضيح ذلك لا بد من الإجابة عن التساؤلات التالية: - ما هي مصادر الالتزام، واين تتجلى أهميتها خاصة العقد باعتباره المصدر الرئيسي للالتزام؟ - كيف ينشأ العقد وما هي صورته؟ وما هي آثاره القانونية؟ - ما هي المسؤولية الناشئة عن عدم احترام المتعاقدين للعقد المبرم بينهما؟ - ما هي طرق انتهاء العقد؟ - في ماذا تتمثل المصادر اللاإرادية للالتزام، وما هي أنواعها.

ماهية الالتزام ومصادره الارادية.

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

مفهوم الالتزام وتقسيماته.

ان تحديد المفهوم التشريعي والفقهي للالتزام امر مهم للغاية، الى جانب التطرق لأنواعه وتقسيماته التقليدية والحديثة، كما لا بد من تسليط الضوء على خصائصه وأهميته.

مفهوم الالتزام وأهميته.

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

أ- التعريف الفقهي للالتزام.

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

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

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

ا. المذهب الشخصي:

يعتبر الفقيهان Savigny و Planiol أبرز أنصار المذهب الشخصي اللذان يعتبران أن الالتزام سلطة دائن على مدين، وأن الحقوق ليست إلا روابط قانونية شخصية،

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

ا. المذهب المادي.

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

ب- مفهوم الالتزام في القانون المدني.

أما المشرع الجزائري فقد نظر للالتزام نظرة شخصية عندما عرف العقد في المادة 54 من ق.م.ب. بأنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، كما أنه لم يستبعد النظرة المادية للالتزام عندما تبنى نظرية حوالة الحق المواد 239 إلى 250 وحوالة الدين 251 من ق.م.ب. كذلك الاشتراط لمصلحة الغير المادة 116 من ق.م.ب. والتعهد عن الغير المادة 113 من ق.م.ب. الى جانب الالتزام بإرادة منفردة المادة 123 مكرر ومكرر 1، واعتراف المشرع ببقاء رضاء الشخص بعد موته أو فقدانه لأهليته المادة 62 ق.م.ب.

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

ج- أهمية الالتزام.

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

اما الأهمية العلمية للالتزام فتظهر في اتساع في مجالها جعلها حقلًا خصبا يضم مختلف الروابط القانونية نظرا لبلوغها لحد من العمومية والتجريد لم يبلغه أي فرع من فروع

القانون التجاري، والقانون الدولي العام، القانون الدولي الخاص والتي تبقى دائماً بحاجة للقانون المدني.

خصائص الالتزام وأهميته.

أ- الالتزام رابطة قانونية:

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

لابد من الإشارة في هذا المقام للالتزام الطبيعي الذي يحتوي على عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية، الذي لا يمنح للدائن حق اللجوء للسلطة العامة من أجل اجبار المدين على الدفع على عكس الالتزام المدني.

ب-الالتزام ذو طبيعة مالية:

يستلزم الالتزام عنصر الأداء المالي الذي يقوم نقداً، أو يكون عبارة عن عمل معين يقوم به المدين لحساب الدائن كتسجيل عقد أو عمل صنع أو اصلاح، كما يكون امتناع عن عمل معين كان جائز أو ممكن القيام به لو لم يوجد نص أو اتفاق يمنعه كوجود اتفاق يمنع المنافسة.

ج- الالتزام ذو طبيعة شخصية:

يحتوي الالتزام على طرفان طرف سلبي وآخر ايجابي لا يكتمل الالتزام دون وجودهما، ويمكن أن ينشئ الالتزام دون وجود الدائن لكن في مرحلة التنفيذ غير ممكن.

تقسيمات الالتزام.

أ. تقسيمات الالتزام في القانون المدني:

نجد في القانون المدني تقسيمات الالتزام ابتداء من المادة 160، أشار المشرع من حيث مصدر الالتزام لالتزام طبيعي والتزام مدني، فيجبر المشرع المدين على تنفيذ الالتزام المدني بينما يترك تنفيذ الالتزام الطبيعي لحريه المدين.

يعتبر الالتزام الطبيعي واجب أخلاقي ارتفعت منزلته حتى قارب ان يكون التزاما مدنيا، وفي غياب النص القانوني يرجع للقاضي تقرير وجود الالتزام الطبيعي، كما يشير المشرع الى عدم جواز مخالفة الالتزام الطبيعي للنظام العام المادة 161 من ق.م، خاصة أنه في مركز وسط بين الواجب الاخلاقي و الالتزام القانوني، من امثله التزام الأبناء بالإئفاق على والديهم أو انفاق الأخ الاكبر على إخوته، ويعتبر الوفاء في الالتزام الطبيعي اختياريا ليس تبرعيا، أما إذا تعهد الشخص بالقيام بالتزام طبيعي هنا يتحول من التزام طبيعي لالتزام مدني المادة 163، كما أنه لا يجوز مطالبة الدائن بالاسترداد لأنه نفذ باختيار المدين 162 من ق.م.

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

تقسيم الالتزام بحسب محله.

أ. التقسيم الكلاسيكي: والمتمثل في الالتزام بإعطاء الشيء والالتزام بالعمل والالتزام بالامتناع عن عمل:

- الالتزام بإعطاء شيء هو ذلك الالتزام بنقل حق عيني، والذي يلتزم بموجبه المدين بنقل ملكية الشيء أو أي حق عيني آخر أصليا كان أو تبعيا (بيع أو رهن رسمي أو حيازي).

- أما الالتزام بالقيام بعمل فيتعهد بموجبه المدين بتنفيذ أداء إيجابي لمصلحة الدائن دون أن يتضمن الالتزام نقل حق عيني، كالتزام الطبيب نحو المريض أو التزام المؤجر بتمكين المستأجر من العين المؤجرة أو التزام العامل نحو رب العمل.

- أما الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل فيلتزم بموجبه المدين بأداء سلبي تجاه الدائن تحقيقاً لمصلحة هذا الأخير، أي يمتنع عن القيام بعمل معين بارادته كامتناعه عن المنافسة.

ب. التقسيم الحديث:

- الالتزام بتحقيق نتيجة يكون المدين مطالباً بتحقيق نتيجة معينة وإلا اعتبر التزامه غير منفذاً، فيكون حينها المدين مخلاً بالتزامه كالتزام الناقل بنقل البضاعة أو المسافر إلى الوجهة المقصودة فلا يعد المدين قد نفذ التزامه إلا بتحقيق هذه النتيجة.

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

تكمُن أهمية هذا التقسيم في إثبات قيام المدين بالالتزام، ففي الالتزام بتحقيق نتيجة لا يطالب الدائن بإثبات خطأ أو تقصير المدين بل إن مجرد إثباته عدم تحقق النتيجة المرجوة يكفي لقيام مسؤولية المدين عن عدم التنفيذ، فلا يكون الدائن مطالباً بإثبات خطأ المدين فيكون الخطأ مفترضاً في جانب المدين في الالتزام بتحقيق نتيجة فأخلال الناقل بتنفيذ التزامه يظهر في عدم وصول البضاعة أو الشخص للمكان والزمان المتفق عليه.

ما على المدين في هذه الحالة إلا أن يثبت أن عدم تنفيذ الالتزام العيني يرجع لسبب لا يمكن توقعه كأن يكون بسبب أجنبي أو قوة قاهرة المادة 176 من ق.م

أما في الالتزام ببذل عناية فعلى الدائن إثبات خطأ المدين من أجل قيام مسؤولية هذا الأخير عن عدم تنفيذ الالتزام، ويتم الاستعانة بمعيار الرجل العادي لإثبات خطأ المدين طبقاً للمادة 172 من ق.م كاثبات إهمال المحامي عند تفويته لميعاد استئناف الحكم مثلاً.

مصادر الالتزام.

مصادر الالتزام في القانون المدني هي العقد والإرادة المنفردة والعمل المستحق للتعويض وشبه العقود و يعتبر القانون مصدراً عاماً للالتزام فهو الذي يمنح لباقي المصادر القدرة على إنشاء الالتزام

أما التصرف القانوني فهو كل تصرف تتجه من خلاله الإرادة إلى إحداث أثر قانوني وتغيير وضعيته القانونية، فيصبح الشخص بمحض إرادته دائناً أو مديناً، وهو نوعان تصرف قانوني وحيد الطرف UN ACT UNILATERAL، وتصرف قانوني ثنائي الطرف أو متعدد

الأطراف UN ACT MULTILATERAL

1-التصرف القانوني بإرادة منفردة.

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

بعض تطبيقات التصرف القانوني بإرادة منفردة.

الوعد بالجائزة: يعتبر أبرز تطبيقات التصرف بإرادة منفردة وهو عندما يقوم شخص بتوجيه وعد للجمهور بجائزة يمنحها لمن يفوز بمسابقة معينة، فجب أن يحدد الواعد مضمون الوعد بجائزة وذلك بتعيين العمل المطلوب إنجازه والأشخاص الموجه إليهم الوعد ونوع الجائزة، كما يجب أن يكون الواعد كامل الأهلية رضاًؤه خال من العيوب و أن يصدر واعداً باثناً نهائياً،

ويمكن أن تحدد مدة معينه لإنجاز العمل لا يجوز خلالها رجوع الواعد عن وعده المادة 123 مكرر من ق.م.

- إجازة العقد القابل للإبطال: الذي نصت عليه المادة 100 من ق.م، عند قيام المتعاقد بإجازة العقد يزول حقه في طلب الإبطال.

- الوصية: المادة 184 من قانون الاسرة، عندما يوصي شخص بمال معين لشخص آخر في حدود الثلث ولغير وارث، وهي تصرف مضاف إلى ما بعد موت الموصي.

- الوقف: عندما يتم حبس العين من اجل تخصيصها للمنفعة العامة، بحيث يخرج المال سواء كان عقار أو منقولاً من ملك الواقف لتخصيصه للمنفعة العامة ولا يجوز حينها توارثه، حيث تنص المادة 06 من قانون الأوقاف على انه: "الوقف العام هو ما حبس على جهات خيرية من وقت انشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات"

- الإيجاب الملزم لجانب واحد تصرف بإرادة منفردة نصت عليه المادة 64 من ق.م.

2-العقد.

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

مفهوم العقد وتمييزه عما يشابهه.

عرف المشرع العقد في المادة 54 من ق.م بأنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، فيتضح لنا من خلال هذه المادة ضرورة وجود العنصر الأول وهو الاتفاق فلا يحصل الاتفاق إلا بين شخصين فأكثر سواء كانوا أشخاص طبيعية أو معنوية، أما العنصر الثاني فيتمثل في هدف الاتفاق حيث يكون لكل طرف في الاتفاق هدف ومصالحة مختلفة عن الآخر، ومع ذلك فإن تباين المصالح لا يمنع انعقاد العقد.

أ- العقد والاتفاق

نلاحظ أن المشرع قد عرف العقد بأنه اتفاق لذلك لا بد من التمييز بين العقد والاتفاق، فالاتفاق عبارة عن توافق الإرادات من أجل إنشاء أو تعديل أو إنهاء التزام قانوني، أما العقد ما هو إلا مصدر للالتزام فيكون الاتفاق أشمل من العقد، أي أن العقد جزء من الاتفاق وأضيق مجالاً منه.

أما العقد فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله، من هنا بدأت تزول التفرقة بين العقد والاتفاق وأصبح كل منهما مرادف للأخر فتم تجاوز هذه التفرقة، فليس كل الاتفاقات تصرفات قانونية، هناك أعمال المجاملة، كأن يقوم صديق بدعوة صديقه للعشاء ثم يخلف وعده.

ب- العقد والالتزام

نلاحظ أن المشرع قد مزج بين العقد والالتزام في تعريفه للعقد في المادة 54 من ق.م، رغم أن العقد مصدر الالتزام وليس هو الالتزام بحد ذاته، فلا يوجد التزام بدون عقد، حيث إن الالتزام هو تلك الرابطة أو العلاقة التي تنشأ عن العقد، فلا يعتبر الالتزام إلا أثر يترتب على العقد.

لعل أفضل تعريف للعقد هو أنه: "اتفاق بين شخصين فأكثر لإحداث أثر قانوني أي إنشاء التزام سواء كان حق شخصي أو حق عيني، أو تعديله أو إنهائه".

تقسيمات العقود.

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

أولاً: التقسيم التشريعي للعقود.

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

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

أ-العقد الملزم لجانبين

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

يجب أن تنشأ هذه الالتزامات التبادلية في وقت واحد، لأن العقد الذي ينشئ ملزماً لجانب واحد ثم يترتب التزاماً مقابلاً لاحقاً وقت تنفيذه لا يعتبر عقداً تبادلياً، ففي عقد الوديعة لا يلتزم المودع تجاه المودع لديه بأي التزام، وهو عقد ملزم لجانب واحد، لكن إذا قام المودع لديه بدفع مصاريف لحفظ الشيء يلتزم حينها المودع برد هذه النفقات، وهنا لا يمكن اعتبار هذا العقد تبادلياً، لذلك أطلق عليه بعض الفقه الفرنسي تسمية "العقد التبادلي الناقص" un "contrat synallagmatique imparfait".

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

ب-العقد الملزم لجانب واحد.

هو ذلك العقد الذي يترتب التزاماً على جانب واحد فقط من طرفيه فيكون أحدهما دائناً غير مدين والمتعاقد الآخر مدين غير دائن، مثل الوديعة بغير أجر، إلى جانب عقد الكفالة وعقد الهبة، ويتميز العقد الملزم لجانب واحد عن التصرف القانوني من جانب واحد أي بإرادة

منفردة كالوصية أو الوعد بالجائزة أن العقد حتى ولو كان ملزماً لجانب واحد فإنه ينعقد بإرادتين، أما التصرف من جانب واحد فينشأ بإرادة واحدة.

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

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

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

أما معيار التفرقة بين عقد المعاوضة وعقود التبرع فيتمثل في توافر نية التبرع أي معيار نفسي، إلى جانب وجود العوض أي معيار مادي اقتصادي.

ج- أهمية التمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع.

أ. الرسوم الضريبية تكون مرتفعة عموماً في عقود المعاوضة مقارنة بعقود التبرع.
ب. أما بالنسبة للطبيعة التجارية للعقد فإن عقود المعاوضة هي وحدها التي يمكن أن تكتسي طبيعة تجارية باعتبار أن العمل التجاري قائم على عنصر المبادلة، أما عقود التبرع فلا يمكن أن تكون عقود تجارية فهي دائماً عقود مدنية.

ج. لا يشترط المشرع نفس الأهلية في عقود التبرع والمعاوضة ففي عقد الهبة اشترط المشرع الأهلية الكاملة في الواهب، بينما سمح للموهوب له أن يكون قاصرا أو محجورا عليه، وهذا ما يتضح في المادتين 203 و210 من قانون الأسرة؛ أما عقود المعاوضة فلا تبرم إلا من طرف متعاقدين راشدين متمتعان بأهلية التصرف.

3- العقد المحدد والعقد الاحتمالي.

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

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

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

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

ثانيا: التقسيمات الفقهية للعقود: لم يتعرض المشرع لكل التقسيمات فترك أمرها للفقهاء.

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

أ. العقد المسمى.

هو العقد الذي وضع له المشرع تنظيما خاصا به، واسم خاصا كعقد الهبة، الايجار، الشركة، القرض.

ب. العقد غير المسمى.

هو العقد الذي لم يضع له المشرع تنظيما خاص به، ولم يخصه باسم معين وهذا لا يعني أنه غير موجود أو غير خاضع للقانون، إنما يخضع للقواعد العامة التي تنظم كل العقود المسماة، يقوم القاضي بتكييف العقد غير المسمى على أساس خصائصه وصفاته و الإرادة المشتركة لأطرافه.

أما عدم تسمية المشرع لعقود الأخرى لا يعني أنها غير موجودة عمليا، حيث فقدت هذه التفرقة أهميتها مع تطور الحرية التعاقدية باعتبار أن كل من العقد المسمى وغير المسمى عقود ملزمة خاضعة للقواعد القانونية، فيخضع الأول لنظامه القانوني الخاص به والثاني للقواعد العامة، فمع ظهور قواعد أمره قيدت من الإرادة التعاقدية أصبحت العقود غير المسماة منتشرة وفي تزايد مستمر نظرا للجوء الأفراد المتزايد لها تهربا من الأحكام الآمرة المقيدة لإرادتهم في العقود المسماة حيث تتحدد آثاره هذه العقود بإرادة الأطراف وفقا لمبدأ سلطان الإرادة.

2- تقسيم العقد من حيث أركان انعقاده.

أ. عقد رضائي: هو العقد الذي ينعقد عن طريق توافق إرادتي أطرافه باقتران الإيجاب والقبول، فتكفي الإرادة لانعقاده دون حاجه لاتخاذ أي اجراء شكلي.

ب. **العقد الشكلي:** هو العقد الذي لا تكفي فيه ارادتي أطرافه وإنما يجب أن تفرع الارادتين في قالب رسمي، مثل التصرفات الواردة على العقار المادة 324 مكرر 1 من ق.م، وعقد بيع المحل المادة 324 مكرر 1 من ق.م ، وعقد الشركة التجارية المادة 445 من ق.ت، وحتى بعض المنقولات ، وللركن الشكلي أهمية كبيرة في تنبيه المتعاقدين لأهمية العقد، كما أنها تسهل عملية اثباته و تفسير القاضي له، وتعتبر الشكلية ركنا لانعقاد لكن ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على كتابة العقد عندئذ لا يكون الشكل القانوني ركنا لانعقاد وإنما شرط للإثبات.

ج. **العقد العيني:** هو ذلك العقد الذي لا يكفي التراضي لانعقاده بل يجب تسليم الشيء محل العقد، فيكون التسليم ركنا لانعقاده كعقد الوديعة، وعقد الرهن الحيازي المادة 948 من القانون المدني.

3- تقسيم العقود من حيث دخول الزمن في تكوينها.

أ. عقد فوري:

عقد لا يكون الزمن فيه عنصرا جوهريا فلا يتدخل فيه الزمن لقياس مقدار الأداء، أي أن تنفيذه يكون فوريا لا يقاس بالزمن حتى ولو تم تأجيله لوقت لاحق كأن يؤجل دفع الثمن في عقد البيع.

ب. العقد الزمني أو المستمر:

يعتبر فيه الزمن عنصرا جوهريا فلا ينفذ الالتزام إلا من خلال اقترانه بالزمن، إذ لا يمكن وجود عقد ايجار دون معيار الزمن لأنه يرد على المنفعة والزمن هو الذي يحدد مقدار المنفعة المتفق عليها، وهي عقود مستمرة ذات التنفيذ المستمر كعقد العمل، وعقود دورية مثل عقد التوريد فهي عقود تنفذ دوريا أي يتكرر فيها الأداء على نطاق زمني يحدده الاتفاق.

4-تقسيم العقود من حيث مساواة المتعاقدين.

أ. عقد المساومة:

هو ذلك العقد التقليدي الذي تتساوى فيه إرادتي المتعاقدين في وضع ومناقشة شروط العقد، كعقد البيع حيث يتمتع كل متعاقد بحرية كاملة في وضع بنود العقد والاتفاق على شروطه.

ب. عقد الإذعان:

هو العقد الذي يملئ فيه أحد المتعاقدين شروطه على المتعاقد الآخر الذي لا يكون له إلا رفض أو قبول العقد دون أن يكون بإمكانه مناقشة بنوده بسبب المركز القانوني القوي للطرف المدعى، أو بسبب احتكار فعلي أو قانوني للسلع والخدمات فيرضخ الطرف المدعى لكل الشروط المقررة من الطرف الآخر، هذا ما يتضح من المادة 70 من ق.م، فله إما أن يقبل أو يرفض التعاقد، كالعقود التي تكون السلطة الإدارية طرفاً فيها مثل عقود الخدمات، غاز..

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

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

5-تقسيم العقود من حيث هيكلها التنظيمي.

أ. عقد بسيط.

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

ب.العقد المختلط.

يسمى كذلك عقد مركب وهو العقد الذي يتكون من مزيج من عقود مختلفة اختلطت فأصبحت عقدا واحدا، حيث يتضمن أحكام أكثر من عقد كعقد الفندقية الذي يتم بين النزيل وصاحب الفندق، فهو عبارة عن مزيج من عقود مختلفة منها الإيجار والبيع بالنسبة للمأكل والمشرب وأشياء أخرى، وعقد وديعة لأمتعة النزيل، وعقد عمل بالنسبة للخدمة المقدمة.

بالتالي فإن العقد المركب يتضمن أحكام عدة عقود مسماة وتسري عليه أحكام العقود الذي يشتمل عليها، لكن عند تناقض هذه الأحكام وتنافرها مما يصعب معه الجمع بين كل هذه الأحكام يقوم القاضي بترجيح أحكام العقد الغالب أو العقد الأساسي في العقد المختلط، فيرجح العنصر الجوهري الغالب.

6-تقسيم العقود من حيث طريقة التعبير عن الإرادة.

أ. العقد التقليدي:

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

ب. العقد الإلكتروني:

لا يختلف العقد الإلكتروني من حيث موضوعه أو أطرافه عن سائر العقود التي نص عليها المشرع لكن ما يميزه أنه عقد يتلاقى في الإيجاب والقبول عبر شبكة الأنترنت، إذ لا يتحقق التواجد المادي للمتعاقدين وإنما يتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية فيجمعهم مجلس عقد حكومي افتراضي، فيتمكن المتعاقدان من إبرام العقد بتبادل الإيجاب والقبول من خلال التحدث ورؤية بعضهما البعض كأنهما حاضرين حيث تتحقق وحدة المكان بطريقة افتراضية.

7- تقسيم العقود من حيث أطرافها.

أ. عقد فردي:

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

ب. العقد الجماعي:

عقود تربط بين جماعة من الأفراد بصفتهم الجماعية بفرد من الأفراد أو بجماعة أخرى وله صورتان:

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

2 الاتفاقيات الجماعية: عقود تتم بين أطراف لها مصالح متناقضة، فعقد الصلح الذي ينعقد بين شخصين أو عدة أشخاص يتعاقدون بصفتهم الفردية يعتبر عقد فردي، لكن عقد الصلح الواقي من الإفلاس الذي ينعقد بين المدين وجماعة الدائنين بصفة جماعية يعتبر عقد جماعي يتم بين أطراف ذات مصالح متناقضة.

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

أركان العقد.

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

ركن الرضى.

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

المبحث الأول: مفهوم التراضي وصورته.

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

مفهوم الرضى في العقد.

أولاً: تعريف ركن الرضى وتطوره.

تعتبر الإرادة جوهر وأساس العقد وبدونها لا تقوم للعقد قائمة وهي التي تنشئ العقد وتحدد آثاره، هذا ما يسمى بالحرية التعاقدية، التي يعتبر أساسها "مبدأ سلطان الإرادة"، يعتبر هذا المبدأ القانوني الإرادة الحرة صاحبة السلطان الأكبر في انشاء العقود

وفي تحديد آثارها، وتنفيذها ويكون للإرادة بما تملكه من سلطان كل الحرية في رسم آثار العقد وتعديله وإنهاءه.

ثانيا: وجود الإرادة.

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

أ- التعبير عن الإرادة الصريح.

يقع التعبير عن الإرادة الصريح عندما تتخذ الإرادة مظهرا خارجيا بإحدى الطرق التي نص عليها المشرع في المادة 60 من ق.م، وتتمثل طرق التعبير الصريح عن الإرادة في اللفظ عن طريق الكلام الذي يدل على المعنى المقصود، وبأي لغة يفهمها المتعاقد أو بواسطة الكتابة ويستوي أن تكون الكتابة رسمية أو عرفية، كما يستوي أن تكون الكتابة بخط اليد أو إلكترونيا، و لا يهم توقيع المتعاقد، كما اعتبر المشرع الإشارة المتداولة عرفا من طرق التعبير الصريح عن الإرادة بالنسبة للأشخاص العاجزين عن النطق والكتابة ، ولم يمنع المشرع الشخص ذو العاهتين من التعبير عن الإرادة، وإذا تعذر عليه ذلك أجاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا، كما لم يمنع المشرع أن يكون التعبير عن الإرادة بالإشارة بين الناس القادرين على الكلام طالما كانت الإشارة متداولة عرفا كهز الرأس عموديا تدل على الرفض، وأفقيا على القبول، كذلك هز الكتف يدل على عدم القبول.

ب-التعبير الضمني عن الإرادة.

أجاز المشرع أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا في المادة 60 من ق.م في فقرتها الثانية، دون بيان طرق التعبير الضمني عن الإرادة، فلا يوجد فرق بين التعبير الصريح والضمني من حيث القيمة القانونية، لكن يجب أن يكون التعبير الضمني مقترنا بسلوك يدل

على الإرادة، أو يتم استخلاصها من ظروف الحال عندما يتخذ الشخص موقفا يدل على إرادته دون أن يستعمل طريقا من طرق التعبير الصريح عن الإرادة، كقيام التاجر بعرض سلعة يعتبر تعبيرا ضمنيا لكنه مقترن بسلوك واضح الدلالة.

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

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

أ. يعتد الاتجاه الأول بالإرادة الباطنة، وأساس هذه النظرة مبدأ سلطان الإرادة فيتم تغليب

الإرادة الحقيقية الداخلية فيعتد بالنية الخفية لا بما تأخذ الإرادة من مظهر خارجي،

يعاب على هذه النظرية أن الإرادة مسألة نفسية تتكون من عناصر داخلية يصعب

الكشف عنها، الأمر الذي يؤدي للمساس باستقرار المعاملات عندما يدعى شخص أن إرادته

الباطنية سليمة لكنه سيء النية في الحقيقة، فيدعي أن إرادته الحقيقية لم تقصد عدم تنفيذ

التزاماته التعاقدية مثلا.

ب. اتجاه حديث يعتد بما يظهر عن الشخص من سلوك خارجي، وغلبت الإرادة باعتبارها

ظاهرة اجتماعية يطمئن لها الأفراد، حيث يطمئن المتعاقد إلى ما ظهر أمامه من

إرادة، أي من المنطقي الاخذ بالإرادة الظاهرة.

ج- موقف المشرع الجزائري

موقف المشرع الجزائري فيتضح لنا من خلال لنا من خلال المادة 111 من ق.م أن المشرع قد فضل الإرادة الظاهرة باعتماده على عبارات العقد التي لا يجوز الانحراف عنها، وفي حالة غموض العبارات لابد على القاضي أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين باعتبارها الأصل، ويلجئ القاضي لمظاهر خارجية كطبيعة المعاملة والعرف الجاري في المعاملات.

د- مدى اعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة.

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

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

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

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

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

ثالثا: آثار التعبير عن الإرادة.

يرتب التعبير عن الإرادة آثار قانونية تتمثل في مساءلة من التزم بمحض ارادته.

أ- وقت إنتاج التعبير عن الإرادة لأثره القانوني.

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

يتحقق الوجود الفعلي بمجرد صدور لفظ أو كتابة أو إشارة، أو عند اتخاذ موقف يدل على الإرادة، أما الوجود القانوني فيتحقق عند اتصال هذه الطرق في التعبير عن الإرادة بعلم من وجهت إليه فينتطبق حينها الوجود القانوني مع الوجود الفعلي، المادة 61 من ق.م. ، فيعتبر وصول التعبير عن الإرادة قرينة على العلم به، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك فقرينة وصول الرسالة يمكن اثبات عكسها بإثبات أن العلم قد تم في وقت غير وقت وصول الرسالة.

رابعاً: تطابق الإرادتين.

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

1- الإيجاب.

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

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

2 يجب أن يكون الإيجاب محددًا ودقيقًا، أي كاملاً متضمناً لجميع العناصر الجوهرية للعقد، فبالنسبة لعقد البيع يجب أن يتضمن فيه الإيجاب تحديداً للمبيع والثمن، ولا يلزم أن يحتوي على المسائل التفصيلية للعقد مكان التسليم أو زمانه إذ يمكن الرجوع بشأنها للقواعد المكملة.

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

ويتم بعدة طرق.

أ. الإيجاب المقترن بأجل.

يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه مدة معينة مادام هو من ألزم نفسه بإرادته عند تحديده أجل معين للطرف الآخر للإعلان عن قبوله، فلا يحق للموجب التراجع إلا بعد انتهاء الأجل، ولا يعتد برجوعه في الإيجاب خلال هذه المدة، فينقذ العقد إذا اقترن به القبول في حدود مدة قيام الإيجاب، وقد يكون أجل القبول متفق عليه صراحة أو ضمناً، ويستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة المادة 63 من ق.م.

ب. الإيجاب الصادر في مجلس العقد.

إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول

ج- التعاقد بين الغائبين.

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

4- سقوط الإيجاب : يسقط الإيجاب عند الرجوع فيه قبل وصوله إلى علم من وجه إليه، أي قبل أن ينتج أثره وذلك في الحالات التالية :

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

- يسقط الإيجاب عند رفض من وجه له الإيجاب.

5-القبول :

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

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

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

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

صور خاصة للتراضي.

النيابة في التعاقد.

نص عليها المشرع في المواد من 73 إلى 77 من ق.م.

يمكننا ان نعرف النيابة من خلال الأحكام القانونية المنظمة لها بانها "حلول إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص آخر وهو الأصيل في إنشاء تصرف قانوني تتصرف آثاره إلى ذمة الأصيل لا ذمة النائب"، حيث يعبر النائب عن إرادته باسم غيره ولحسابه، فيكون النائب طرفا في التصرف، لكنه لا يكون طرفا في العلاقة القانونية التي تنشئ عن هذا التصرف الذي تتصرف آثاره للأصيل كما لو كان هو من قد أبرم التصرف بنفسه.

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

إلى:

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

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

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

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

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

2-شروط النيابة.

أ. حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل.

تحل إرادة شخص مقام آخر في اجراء التصرف يعني أن يعبر النائب عن ارادته أثناء ابرام العقد أو التصرف القانوني الذي أنابه به الأصيل وبذلك يتم التصرف بإرادة النائب نفسه لا بإرادة الأصيل، وطالما أن النائب يتصرف بإرادته بصفته نائباً فإن آثار التصرف لا تلحق النائب ولا تمر بذمته وإنما تتصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل، فعندما يتفاوض النائب على البيع والشراء يعبر عن إرادته هو.

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

-آثار حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

بما أن إرادة النائب محل اعتبار فيجب أن تكون خالية من العيوب، فإذا شاب إرادة النائب عيب في التصرف الذي أنابه فيه الأصيل كان العقد قابلاً للإبطال حتى ولو كانت إرادة الأصيل سليمة خالية من العيوب، هذا ما يتضح من المادة 73 من ق.م.

كذلك الأمر بالنسبة لحسن النية حيث يتم البحث عن نية النائب عند التعاقد لانية الأصيل، فإذا قام النائب شيء النية بالتواطؤ مع مدين معسر يمكن لدائني هذا الأخير إبطال التصرف الصادر عن النائب.

تجدر الإشارة هنا لنص المادة 73 من ق.م في فقرتها الثانية حيث منع المشرع الموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض علمه بها عندما يتصرف النائب وفقاً لتعليمات صادرة إليه من الأصيل فلا يعتد بحسن نية النائب وإنما الأصيل، مثاله: إذا قام النائب بشراء شيء كان الموكل يعلم ما به من عيب، فلا يجوز له

الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية حتى ولو جهل الوكيل وثبت قيامه بالعمل وفقاً لتعليمات الأصيل.

يجب أن يكون الأصيل متمتعاً بأهلية التصرف بينما يمكن أن يكون النائب ناقص أهلية بما أن آثار التصرف تتصرف مباشرة للأصيل، فلا يعتد حينها إلا بأهلية الأصيل ولا يشترط حينها في النائب إلا أهلية التمييز.

ب. التزام النائب بحدود النيابة.

على النائب الالتزام بحدود ومعالم النيابة التي منحت له من الأصيل وعدم تجاوزها وإلا كان هو من يسأل في مواجهة الطرف الآخر لا يكون أمام المتعاقد الآخر إلا الرجوع على النائب للمطالبة بالتعويض عند إصابته بالضرر، وذلك بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية، ولا ينفذ تصرف النائب في ذمة الأصيل عندما يتجاوز حدود وكالته، ومع ذلك يرد على هذه القاعدة حالات استثنائية ينفذ فيها تصرف النائب في ذمة الأصيل رغم تجاوز حدود النيابة أو حتى عند انتهائها:

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

كما قد يعتقد الغير أن النيابة لازالت قائمة لم تنته بعد، كأن يترك الأصيل سند النيابة في يد النائب بعد انتهاء النيابة المادة 76 من ق.م، لا تتحقق هذه الحالة إلا في النيابة الاتفاقية

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

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

ج. إجراء التصرف باسم ولحساب الأصيل.

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

3-آثار النيابة.

- بالنسبة للأصيل: تنتقل له آثار التصرف القانوني الذي أبرمه النائب مباشرة دون أن يمر بذمة النائب، ودون أن ينقل النائب الملكية أو يحولها للأصيل بعد إبرام التصرف.
- بالنسبة للنائب: لا يكتسب النائب حقاً من ذلك التصرف القانوني، كما لا يلزمه بأي التزام اتجاه الغير ولا يسأل عند تنفيذ العقد.
- بالنسبة للغير: بعد إبرام النائب للتصرف القانوني تنشئ مباشرة العلاقة بين الأصيل والغير، فيسأل الأصيل تجاه الغير عن الحقوق المترتبة عن العقد وعن تنفيذه، وللغير الرجوع على النائب عند ارتكابه لخطأ أثناء التعاقد، وذلك على أساس مسؤولية عن فعل غير مشروع، ولا يطالب النائب بالتنفيذ إلا إذا كان قد كفل الأصيل.

4- انتهاء النيابة.

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

أما الوكيل فإنه مطالب ببذل عناية الرجل العادي في تنفيذ الوكالة، اذ يقع عليه التزام تقديم الحساب للموكل واخطاره بكل المعلومات الضرورية، وتنتهي الوكالة بسحبها من الموكل بإرادة منفردة 587 من ق.م،

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

صحة التراضي.

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

1- عيب الغلط.

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

1- شروط الغلط المعيب للإرادة.

أ. شرط الزمن:

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

ب. أن يكون الغلط جوهريا:

يجب أن يكون الغلط جسيما أي الغلط الذي يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فيه، أي الغلط المؤثر الذي يكون دافعا للتعاقد ، حيث أشار المشرع لمعيارين يمكنان القاضي من تقدير حالة الغلط، معيار ذاتي يتمثل في الحالة النفسية للشخص وقت إبرام العقد، أي البحث عما إذا كان المتعاقد يوافق على إبرام العقد لو علم حقيقة الأمر أي بأنه يعلم وقوعه في الغلط، وباعتباره و معيار موضوعي وهو أن يبلغ الغلط حدا من الجسامة أي أن يكون الدافع للتعاقد، بحسب معيار الرجل العادي حماية لاستقرار المعاملات ورعاية لمصلحة المتعاقد الآخر حسن النية.

2- حالات الغلط لجوهري.

نص المشرع في المادة 82 من ق.م.م على بعض حالات الغلط الجوهري والتي وردت

على سبيل المثال وليس الحصر:

أ. الغلط في صفة جوهريّة في العقد

هناك معيارين لتحديد الغلط، تتمثل الصفة الجوهريّة للشيء على ضوء المعيار الشخصي في الصفة التي توهمها الشخص بناء على رغباته النفسية، والتي تدفعه الى إبرام العقد، أي تلك الصفات التي تكون أساسية في نظر المتعاقد، كأن يقوم بشراء شيء نظرا لقيمه التاريخية والأثرية باعتباره منسوبا لحضارة معينة.

أما الصفة الجوهرية على ضوء المعيار الموضوعي فهي تلك الصفة التي تتعلق بذاتية الشيء، والصفة التي ينفرد بها بغض النظر عن الاعتبارات الشخصية، كأن يشتري سيارة على أنها جديدة ثم يظهر له أنها مستعملة.

الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته:

يقع هذا الغلط في العقود ذات الاعتبار الشخصي، كأن يهتم المتعاقد بان يبرم العقد مع الأصيل لا مع نائبه، أو عندما تكون شخصية الوكيل، محل اعتبار أو عندما يوكل الاصيل محاميا ظنا منه أنه يملك الخبرة الكافية ثم يتضح له أنه طالب حقوق أو محامي تحت التمريم.

أما الغلط في طبيعة العقد فيؤدي لبطلان العقد بطلانا مطلقا، كقيام شخص بإبرام عقد بيع اعتقادا منه بأنه عقد هبة، يكون هنا الرضى منعدما حيث لا يؤدي الغلط هنا لإفساد الرضى وجعله معيبا إنما منعدما، وكذلك الحال عندما يقع غلط في محل العقد، كأن يستأجر مكان على أنه محل تجاري ثم يتبين له أنه استأجر سكن معد للإقامة فيه، يؤدي هذا الغلط لانعدام شرط تعيين المحل مما يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا.

4-اثبات الغلط.

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

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

2- عيب التدليس.

نص عليه المشرع في المادتين 86 و78 من ق.م، وهو إيهام شخص باستعمال طرق احتيالية واللجوء للخداع بقصد إيقاع المتعاقد في غلط من أجل حمله على التعاقد، وإذا كان الغلط وهما تلقائياً يقع فيه المتعاقد فإن التدليس وهم يقع بفعل شخص آخر، وهذا ما يتناقض مع مبدأ حسن النية وهو يتكون من عنصرين:

1- عناصر التدليس.

أ- **العنصر المادي:** يتمثل في الطرق الاحتيالية والتصرفات السلبية أو الإيجابية التي تدفع المتعاقد للوقوع في الغلط، وتكون غير مشروعة صادرة من أحد المتعاقدين أو الغير، أما التصرفات الإيجابية فتكون معلنة كقيام شخص بتقديم معلومات كاذبة للمتعاقد الآخر ولا يشترط اقتران الكذب بوسائل احتيالية اخرى.

أشار المشرع للتدليس عن طريق الكتمان وهو تصرف سلبي فالكسوت العمدي عن واقعة أو ملابسة يجب التصريح بها للمتعاقد بحيث لو علم بها لما أبرم العقد يتولى قاضي الموضوع تقدير مدى فعالية الحيلة المستعملة، كما لا يشترط بلوغ الحيلة حدا معيناً من الجسامة لاختلاف التدليس المدني عن التدليس الجزائي، ويختلف التدليس عن المبالغة في الوصف كالإشهار المبالغ فيه لسلع معينة، لأنه يختلف عن الكذب والحيل التي تدفع المتعاقد على اعتقاد أمر على غير حقيقته، والذي يحتوي على نية التضليل.

ب- **العنصر المعنوي:** هو أن يقصد المتعاقد خداع الشخص لدفعه للتعاقد أي انه خطأ عمدي، أما إذا قام شخص بدفع المتعاقد لإبرام العقد دون قصد خداعه لا نكون بصدد التدليس.

2- شروط التدليس.

أ- أن يكون التدليس جسيماً:

يجب أن تكون الحيل المستعملة قد بلغت حداً من الجسامة فأصبحت دافعاً للتعاقد، أي أن تكون الحيلة مؤثرة، يميز الفقه هنا بين التدليس الدافع أو الرئيسي والتدليس العارض أو

العرضي، فالتدليس الدافع هو الذي يحتوي على طرق احتيالية مؤثرة في دفع المتعاقد لإبرام العقد وهو معيب للإرادة، يمنح للمتعاقد حق طلب الإبطال أو التعويض.

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

ب- توفر نية التضليل:

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

3- التدليس الصادر من الغير.

يجب أن يصدر التدليس من المتعاقدين، وفي حالة صدوره من الغير فعلى المتعاقد المدلس عليه إثبات علم المتعاقد معه، أو اثباته أنه كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس المادة 87 من ق.م

إذا تمكن المتعاقد المدلس عليه من إثبات علم المتعاقد معه بالتدليس، أو كان من المفروض علمه به يطلب إبطال العقد دون الإخلال بحقه في المطالبة بالتعويض عند إصابته بضرر، أما إذا تعذر عليه إثبات علم المتعاقد معه فما عليه إلا الرجوع على الغير والمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية طبقاً لأحكام المادة 124 من ق.م

4-اثبات التدليس :

يتعلق التدليس بإثبات وقائع مادية فيجب على المتعاقد المدلس عليه اثبات وجود الاحتيال بكافة طرق الإثبات، فإذا تحقق القاضي من وجود التدليس يبطل العقد بناء على طلب المتعاقد المدلس عليه دون غيره، ودون الاخلال بحقه في التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء التدليس الذي تعرض له من المتعاقد أو من الغير، أما إذا فضل المتعاقد التمسك بالعقد يمكنه استعمال حقه في التعويض دون المطالبة بإبطال العقد.

عيب الاكراه.

عيب يجعل المتعاقد يبرم العقد تحت سلطان خوف حال، فتكون ارادته غير حرة رغم أنها موجودة لكنها تختار ابرام عقد معين من أجل اتقاء شر تخشاه، أي اختيار أقل الضررين، أما إذا وصل الإكراه إلى حد اعدام الإرادة كلياً يكون حينها العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لا نسبياً، فلا يعتبر الاكراه عيباً في الإرادة إلا إذا ولد الرهبة البينة أو الخوف الذي يصيب نفس المتعاقد، حيث يكون الشخص عالماً بحقيقة الأمر على عكس عيب الغلط والتدليس، يقوم الإكراه الذي يعيب الإرادة على عنصرين:

1-عناصر الاكراه.

أ-عنصر مادي: أي حسي يقوم عند استعمال وسائل ضاغطة على الإرادة الحرة للشخص، أي إكراه جسماني أو بدني، وسيلته التهديد بالإيذاء، أو الضرب مما يولد في نفس الشخص رهبة بينة المادة 88 من ق.م، والتي تحقق بجسامة الخطر وعواقبه الوخيمة التي يخشاها المتعاقد، كأن يهدد الشخص بحرق ممتلكاته، أو اختطاف أحد أبنائه فيكون الخطر محققاً وشيك الوقوع أو مستقبلي يهدده شخصياً أو أحد أقاربه مما يدفع الشخص لإبرام العقد تفادياً للألم المستقبلي، إذ لا يشترط وقوع الأذى المهدد به.

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

يتولى القاضي تقدير جسامة الخطر وهو أمر نسبي يخضع للمركز الثقافي والاجتماعي والاقتصادي والنفسي لكل متعاقد، فيراعي القاضي في تقديره للإكراه سن المتعاقد وجنسه وحالة المتعاقد النفسية، فقد يكون المكره جباناً أو شجاعاً، حتى حالته الاجتماعية غني أو فقير، والحالة العلمية كذلك فالشخص المتعلم يختلف عن الجاهل، كما يراعي القاضي زمان ومكان التهديد ليلاً أو نهاراً، أو في مكان مكتظ أو يخلو من الناس، إضافة لتوفر الخدمة الأمنية المادة 88 فقرة 3، ويتحقق الخطر الجسيم حتى ولو لم تكن التهديدات حقيقية فيمكن أن تكون وهمية، طالما كانت مؤثرة على الشخص المكره وتؤدي لعجزه عن دفع الخطر.

2- شروط الإكراه.

أ. أن يكون التهديد مؤثراً في نفس المتعاقد، يتحقق ذلك عندما تصبح إرادته غير حرة.
ب. يجب أن تتولد الرهبة وقت إبرام العقد لا قبله أو بعده، حيث لا تعيب العقد تلك الرهبة التي تتولد قبل إبرام العقد أو بعد إبرامه.

ج. يجب أن يكون الإكراه غير مشروع أي أن الإكراه المعيب للإرادة هو الذي يهدف إلى تحقيق غاية غير مشروعة، فمن بين شروط الرهبة البينة أن تكون بدون وجه حق أي عدم مشروعية الغاية والوسيلة فعندما يهدد الدائن مدينه برفع دعوى قضائية بعد امتناعه عن تسديد الدين هنا تتحقق مشروعية الغرض والوسيلة، على عكس تهديده للحصول على قيمة الدين ومبلغ إضافي.

3-الإكراه والنفوذ الأدبي.

لا يعتبر النفوذ الأدبي الذي قد يكون لشخص على آخر إكراها كالنفوذ للأب والأم على الولد، أو للزوج على زوجته أو هيبة الأقارب، أو المدرس وطالبه أو للرئيس على مرؤوسه، فهي علاقات احترام وتقدير وامتنان، فممكن ان تدفع هذه السلطة الأدبية الطرف الواقع تحت نفوذ أدبي لإبرام العقد، لذلك تعتبر الشوكة أو النفوذ الأدبي مشروعة في حالة مشروعية الغرض والوسيلة.

لا يعتبر النفوذ الأدبي إكراها إلا إذا كان مصحوبا بوسيلة أخرى عندما يقوم صاحب هذا النفوذ باستغلال نفوذه وتجاوزه للحد المتعارف عليه.

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

5-إثبات الإكراه.

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

عيب الاستغلال وعيب الغبن.

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

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

1- عناصر الاستغلال.

-عنصر نفسي:

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

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

-عنصر مادي:

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

أما عقود التبرع التي ينعدم فيها المقابل فيمكن ان يتحقق فيها كذلك عيب الاستغلال، فكما هو معلوم أن العوض الذي يحصل عليه المتعاقد المتبرع قد يكون ماديا أو أدبيا، وان تقدير التفاوت في الالتزامات في هذه الحالة يكون بالنظر لقيمة الأشياء الشخصية للمتعاقد من جهة وعلى ضوء ثروة المتبرع من جهة أخرى.

2- آثار الاستغلال وحكمه.

يقع على المتعاقد المغبون عبئ اثبات الاستغلال بعنصره المادي والمعنوي للمطالبة بإبطال العقد، وحرصا من المشرع على استقرار المعاملات أجاز للمتعاقد المغبون رفع دعوى الانقاص، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بإبطال العقد إذا تمسك المتعاقد به، و يتضح من المادة 90 من ق.م أنه لا يجوز للقاضي أن يزيد من التزامات الطرف الثاني إنما عليه فقط أن ينقص من التزامات المتعاقد المغبون إلى حد لا يجعلها باهظة، أما إذا طلب المتعاقد إبطال العقد فيخضع ذلك التقدير لسلطة القاضي، فيمكن أن يقرر إبطال العقد أو يتوقى الإبطال برفع الغبن عن الالتزامات الفاحشة مهما كانت طبيعة العقد.

ب. الغبن.

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

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

سقوط دعوى الاستغلال والغبن.

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

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

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

ركن المحل وركن السبب.

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

ركن المحل

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

وجود المحل وتعيينه.

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

1- أن يكون المحل موجودا وممكنا.

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

أ- المحل المستقبلي:

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

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

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

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

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

2- أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعين.

يجب أن يكون المحل معينا بذاته إذا كان من الأشياء القيمة كالسيارة يجب تحديد نوعها ومواصفاتها، أما إذا كان محل الالتزام من الأشياء المثلية وجب تعيينها بجنسها ونوعها ومقدارها، فالمثليات هي تلك الأشياء التي يقوم بعضها مقام البعض الآخر عند الوفاء والتي تقدر بالكيل والمقياس والوزن.

اعتبر المشرع العقد باطلا بطلانا مطلقا في حالة عدم تعيين نوع ومقدار الاشياء المثلية وسمح أن يكون المحل قابلا للتعيين من حيث مقداره إذ تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره طبقا للمادة 94 فقره 2 من ق.م، كالاتفاق على أن يبيعه كمية القمح الموجود بالمستودع، أما درجة جودة المحل المعين بنوعه فإنها تتحدد في غياب الاتفاق على ضوء العرف وظروف التعامل، وإذا تعذر تحديدها وفقا لذلك التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط.

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

مشروعية المحل وعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة.

أشارت المادة 93 من القانون المدني لبطلان المحل المخالف للنظام العام والآداب العامة، يجب أن يكون المحل مما يجوز التعامل فيه.

ركن السبب.

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

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

السبب الموضوعي والسبب الشخصي.

1. السبب القصدي أو السبب الموضوعي.

هو الغرض المباشر للمتعاقد من وراء إبرامه للعقد، وهو السبب القصدي الموجود داخل العقد لا خارجه فسبب التزام البائع هو التزام المشتري بدفع الثمن.

2. السبب الباعث أو السبب الشخصي.

هو السبب الذاتي الداخلي الذي لا يتم الكشف عنه داخل العقد وإنما خارجه، ولا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة وإلا اعتبر العقد باطلا، فمن أهم خصائص السبب الباعث أنه ليس حياديا أو موضوعيا، وأنه متعدد حيث يبطل عقد القرض إذا كان الدافع من ورائه الحصول على مال من أجل المقامرة.

3. تطور نظرية السبب.

تطور السبب لازدواجيته حيث ظهر سبب العقد وسبب الالتزام، لذلك نادى خصوم فكرة السبب بضرورة استبعاده والاكتفاء بركن الرضا والمحل، نظرا لغموض السبب وتداخله مع ركن المحل من حيث الوظيفة، وساهم كل من الفقه والقضاء الفرنسي في دفع المشرع لإعادة النظر في نظرية السبب، هذا ما جعل المشرع الفرنسي يستغني عن السبب كركن للعقد، وذلك بعد صدور المرسوم رقم 131-2016 فألغت المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي مكتفيا بشرط الأهلية و ركن الرضا و المحل.

شروط السبب.

وجود السبب ومشروعيته.

أشارت المادة 97 للسبب الباعث بنصها على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا"، نفس النص باللغة

الفرنسية فينص على انه: « le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause »
ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes
mœurs».

يتضح لنا من النصين أنهما غير متطابقين بسبب ترجمة غير موفقة، حيث تشير
المادة بالنص العربي لشرط مشروعية السبب، بينما نجد النص الفرنسي يشير لشرط وجود
السبب.

يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف
ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي ان لالتزام سببا آخر مشروعاً ان
يثبت ما يدعيه".

اعتبر المشرع العقد بلا سبب عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً المادة طبقاً للمادة 97 من
ق.م، لأنه يؤدي لانعدام محل التزام المتعاقد الآخر مما يؤدي إلى بطلان العقد

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

3. اثبات السبب.

افترض المشرع صحة السبب المعبر عنه في العقد واعتبره مشروعاً وحقيقياً ولو لم
يذكر في العقد حتى يقوم الدليل على عدم مشروعيته أو صوريته، وتعتبر قرينة افتراض صحة
السبب قرينه قانونية بسيطة يمكن للمتعاقدين اثبات عكسها وذلك بكل وسائل الإثبات، فعلى
من يدعي مخالفة السبب للنظام العام والآداب العامة اثبات ذلك، وعلى من يدعي صورية
السبب اثبات السبب الحقيقي، فإذا استطاع المدعي اثبات ذلك يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً،

وبمقتضى المادة 98 تتحقق حالة صورية السبب عندما يقوم المتعاقدين بإخفاء السبب الحقيقي او عند عدم ذكر السبب.

بطلان العقد.

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

أحكام البطلان وآثاره.

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

أحكام بطلان العقد.

1- صاحب الحق في رفع دعوى البطلان.

أ. بطلان مطلق:

يتضح من المادة 102 من ق.م أن الحق في رفع دعوى البطلان المطلق يثبت لكل من له مصلحة في ذلك باعتباره بطلانا قائما على معيار المصلحة العامة، فيكون من حق

كل من المتعاقدين وحتى المتعاقد المتسبب في بطلان العقد المطالبة بطلانه وحتى الغير الذي لم يكن طرفا في العقد، ولم يميز هنا المشرع بين المتعاقد سيء وحسن النية لكنه أشار للمصلحة.

يمكن المطالبة ببطلان العقد في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، لأنه دفع يتعلق بالنظام العام، سواء كان ذلك عن طريق دعوى أصلية أو عن طريق دفع بالبطلان، مثاله: تكون الدعوى الأصلية دعوى فسخ عقد فيقوم المدين باثاره دفع متمثل في بطلان العقد، يقوم حينها القاضي بعد التحقق من هذا البطلان برفض دعوى الفسخ وإبطال العقد.

ب. البطلان النسبي:

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

3- سلطه القاضي.

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

4- الإجازة.

أ. مفهوم إجازة العقد.

يزول حق طلب إبطال العقد القابل للإبطال بالإجازة، وهذا ما أشارت له المادة 100 من القانون المدني، تعرف الإجازة بأنها تصرف قانوني بإرادة منفردة يقوم من خلاله المتعاقد بالتنازل عن حقه في طلب إبطال العقد.

لا تلحق الإجازة الا العقد القابل للإبطال فلا يمكن إجازة عقد باطل بطلانا مطلقا، حيث يقوم الشخص الذي تقررت الإجازة لمصلحته بالتنازل عن حقه في الإبطال، يزول حينها خطر إبطال العقد إذ لا يتعلق البطلان النسبي بالنظام العام، بل هو متعلق بمصلحة من قرر له حق الإبطال فله أن يستعمله أو يتنازل عنه بالإجازة الصريحة أو الضمنية، لم يشترط المشرع أن تكون الإجازة صريحة، كما انها تتم دون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر الذي يقع على عاتقه اثباتها بكل وسائل الاثبات بما أن المشرع لم يشترط أن تكون الإجازة عن طريق الكتابة.

تختلف الاجازة عن الإقرار، فالإجازة ترد في هذه الحالة على عقد قابل للإبطال بينما يقع الإقرار في عقد صحيح، ويرتب الإقرار نفاذ العقد في حق المقر كإقرار المالك في بيع ملك الغير، أما الإجازة فترتب زوال حق التمسك بإبطال العقد.

ب- آثار اجازة العقد.

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

- (1) زوال حق المجيز في التمسك بإبطال العقد، فيستقر العقد صحيحا غير مهددا بالإبطال.
- (2) تعتبر الإجازة حقا شخصيا للمتعاقد لا أثر له على حقوق الغير، فإذا قام شركاء قصر بالبيع وبعد بلوغهم سن الرشد قام أحدهم بإجازة هذا البيع، فلا أثر لتصرفه على حقوق باقي الورثة فمن حقهم طلب إبطال البيع.

3) تكون الإجازة بأثر رجعي فيعتبر العقد صحيحا منتجا للجميع آثاره منذ انعقاده، على ألا تمس الإجازة بحقوق الغير، فلا تخل الإجازة بحقوق اكتسبها الغير بحسن نية قبل إجازة العقد مثال: قام قاصر ببيع منقول وبعد بلوغه سن الرشد باعه مرة أخرى ثم قام بإجازة البيع الأول، لا أثر للإجازة هنا على حق المشتري الثاني، فلا يكون للإجازة حينها أثر الرجعي بل فوري.

5- التقادم:

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

أما الدفع بالبطلان فلا يسقط بالتقادم ويمكن لصاحب المصلحة أن يتمسك ببطلان العقد عن طريق الدفع عوض رفع دعوى أصلية للمطالبة بالبطلان، وسبب عدم سقوط الدفع بالبطلان يتمثل في طبيعة العقد الباطل باعتباره عقدا غير موجود.

أما البطلان النسبي فعبارة "يسقط الحق في إبطال العقد" التي وردت في المادة 101 من ق.م.ق. تفيد سقوط الدفع والحق في رفع الدعوى معا في مدة خمس سنوات فقط باعتباره مقررا لحماية مصلحة خاصة للمتعاقد.

الآثار الأصلية للبطلان.

أ. ارجاع المتعاقدين للحالة السابقة عن التعاقد.

يعتبر العقد الباطل بطلانا مطلقا عقدا معدوما يمنح الحق للمتعاقدين بالتصرف كما لو لم يكن بينهما عقد، أما العقد القابل للإبطال فيعتبر عقدا منتجا لآثاره القانونية لغاية صدور

الحكم بطلانه، وسواء كان البطلان مطلقا أو نسبيا فإنه يرتب رجوع المتعاقدين للحالة السابقة على إبرام العقد، حيث يزيل البطلان حقوق والتزامات المتعاقدين بأثر رجعي، ولا بد أن يسترد كل متعاقد ما قام بتأديته.

أكد المشرع على ضرورة الاسترداد العيني، أما إذا كان الاسترداد العيني مستحيلا بسبب هلاك الشيء أو بسبب طبيعة المعاملة يكون الاسترداد عن طريق التعويض أي تنفيذ بمقابل أو استرداد بمقابل، وفي حالة غياب الاتفاق حول قيمة التعويض يحدده القاضي.

لا يلزم المشرع في المادة 103 من ق.م ناقص الأهلية إلا برد ما عاد عليه من منفعة من وراء إبرام العقد، فإذا اشترى القاصر منزلا يلتزم برده ويسترد ثمن الشراء كاملا، أي انه إذا قام ببيع منزل وقام بتحقيق منفعة بالمبلغ الذي تحصل عليه فيقوم برده، لكن إذا تم استخدامه في لهو أو قمار فلا يلتزم برده لأنه لم ينفقه في عمل نافع كدراسة أو تجارة، وعلى المتعاقد معه إثبات عكس ذلك من أجل استرداد ما دفعه.

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

ب. سقوط حقوق الغير.

يسري البطلان في حق الغير، والمقصود بالغير هو كل من تتأثر حقوقه بصحة أو بطلان عقد لم يكن طرفا فيه، وبما أن هذه النتيجة تمس باستقرار المعاملات تدخل المشرع في بعض التصرفات حماية الغير حسن النية، مثال: إذا باع عمر منقولا لزيد باعتباره حائز المنقول، ثم باعه زيد لعلي فمن المفروض تطبيق الاسترداد، ومع ذلك لا يمكن لعمر ان يسترد المنقول من علي بعد تقرير بطلان العقد إذا كان حسن النية، كما أن حيازة الشيء في ذاتها اعتبرها المشرع قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك.

فنصت المادة 885 من ق.م على بقاء الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته، وذلك لمصلحة الدائن المرتهن إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية، وذلك حتى ولو تم فسخ سند الملكية أو إلغاؤه لأي سبب آخر.

الآثار العرضية للبطلان.

للبطلان آثار عرضية فيمكن توقي بطلان العقد في بعض الحالات عن طريق ابطال جزء منه او تحويله.

البطلان الجزئي.

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

يجب أن يكون العقد قابلاً للانقسام على ألا يغير الانقسام من طبيعة العقد، وإذا تبين أن هذا الجزء أو الشرط جوهرى وهو الدافع للتعاقد فإن فصله يكون مستحيلاً، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد، ويقع عبئ إثبات عدم إمكانه القيام بهذا البطلان الجزئي على عاتق من يدعى بطلان العقد كله، وإذا عجز عن إثبات ذلك يبقى العقد صحيحاً في جزئه المتبقي.

نظريه تحول العقد.

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

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