

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -
كلية الحقوق و العلوم السياسية

محاضرات
في
قانون
الالتزامات

لطلبة السنة الثانية ليسانس - قانون خاص -



إعداد الأستاذ: دلال يزيد

السنة الجامعية : 2011 — 2012

الجزء الأول: في مصادر الالتزام

مقدمة عامة :

* الحق و الإلتزام :

يعرّف الحق بأنه سلطة أو قدرة أو إمكانية يقررها القانون لشخص معين يستطيع بمقتضاه تحقيق مصلحة ما يحميها القانون أيضا.

و تنقسم الحقوق بوجه عام إلى حقوق سياسية و أخرى مدنية ، فأما الحقوق السياسية فهي ما تقرره فروع القانون العام للمواطن دون الأجنبي ، و يستطيع بواسطتها المساهمة في الحياة السياسية في الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته و من أهم هذه الحقوق : حق الانتخاب، حق الترشح و حق التولي الوظائف العامة. أما الحقوق المدنية فهي الحقوق التي يتمتع بها الشخص باعتباره إنسانا بغض النظر عن جنسيته ووطنيا كان أو أجنبيا ، وتسمى بالحقوق الطبيعية أيضا لأنها تثبت لكل شخص أو حقوق الشخصية أو حقوق الإنسان ، ومنها الحق في الحياة و الحق في سلامة الجسم والحق في صيانة العرض والشرف وفي حماية الممتلكات و الأموال والحق في الحرية والمساواة....إلخ .

و الحقوق المدنية بدورها تنقسم إلى حقوق عامة وأخرى خاصة: فالحقوق العامة هي التي تثبت لكافة الأشخاص على قدم المساواة دون تمييز حيث تضمنتها الدساتير و تحرم قوانين العقوبات الاعتداء عليها. أما الحقوق الخاصة فهي أيضا تثبت لكافة الأشخاص ولكن أثرها يختلف من شخص إلى آخر، وهي حقوق تقررها فروع القانون الخاص و تحميها وتنقسم بدورها إلى قسمين: حقوق أسرية و أخرى مالية ، أما الحقوق الأسرية فهي تثبت لكل شخص باعتباره فردا في الأسرة ومن أمثلتها حقوق الزوجين إزاء بعضهما البعض ، حق الإرث...إلخ. فأساس هذه الحقوق هي الروابط الأسرية دون سواها.

أما الحقوق المالية فهي ما يكون محلها قابلا للتقويم بالمال . وتنقسم أيضا إلى حقوق عينية وهي القدرة أو السلطة التي يخولها القانون لشخص معين على شيء محدد ، و هي بدورها تنفرع إلى حقوق عينية أصلية مثل حق الملكية وحقوق عينية تبعية كحق الامتياز، وحقوق شخصية و هي قدرة أو إمكانية أو سلطة مقررة قانونا لشخص على شخص آخر من شأنها أن تلزم هذا الأخير بالقيام بعمل أو الامتناع عن العمل أو إعطاء شيء. أو هو رابطة قانونية بين شخصين يلتزم فيها أحدهما إزاء الآخر إما بالقيام بعمل أو الامتناع عنه أو بإعطائه شيء. وهناك الحقوق الذهنية أو ما يعرف بالحقوق المعنوية وهي قدرة يخولها القانون لشخص على إنتاجه الفكري أو الأدبي أو الفني بوجه عام كحقوق المؤلف أو براءة الاختراع .

وما يهمننا في مقامنا هذا هو الحق الشخصي الذي عرفناه على النحو السابق والذي يستفاد منه أنه يقابله واجبان: واجب أول عام يتحملة الكافة ويفرض عليهم الامتناع عن الاعتداء على الحق الشخصي وهو ما نجده أيضا في الحق العيني، مع العلم أن هذا الامتناع الأخير مجرد أثر لوجود الحق وليس محلا للحق لأن محل الحق هو عين أو شيء ما معين بالذات ولا يقصد به الامتناع عن العمل الذي هو محل الحق الشخصي إلى جانب القيام بعمل وإعطاء الشيء. والواجب الثاني خاص لا نجد له نظيرا في الحقوق العينية وهو يقع على شخص معين يسمى تمييزا له باصطلاح "الالتزام" الذي يفرض على من يتحملة القيام بالعمل أو امتناع عن العمل الذي يعد محلا للحق الشخصي.

فالالتزام هو مقابل للحق الشخصي إذ أن ما يلتزم به المدين من القيام بالعمل أو الامتناع عنه هو في الوقت نفسه حق شخصي لدائنه، فهناك رابطة قانونية طرفاها الدائن بالحق الشخصي والمدين بالالتزام المقابل للحق الشخصي، وهو ما يدل على أن الحق الشخصي والالتزام وجهان لعملة واحدة.

* تعريف الالتزام:

ترتبا عما سبق يمكن تعريف الالتزام ببساطة باستعمال مفهوم المخالفة انطلاقا من تعريف الحق الشخصي المذكور أعلاه فإن كان الحق الشخصي هو القدرة أو الامكانية المخولة لشخص يدعى "الدائن" على اقتضاء أو مطالبة شخص آخر هو "المدين" بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل ذي قيمة مالية، فإن الالتزام هو واجب قانوني خاص يتحملة المدين قياما بعمل أو امتناعا عنه لمصلحة دائنه الذي يملك سلطة إجباره على أدائه، و معنى هذا أن الحق الشخصي حق اقتضاء يقابله التزام بأداء. وقد غلب الفقه استعمال اصطلاح "الالتزام" على استعمال "الحق الشخصي" بالنظر إلى أن مركز المدين هو الأكثر اعتبارا كونه يتحمل عبء الالتزام ويثقل كاهله من أجل أدائه، فهو يعد الطرف الضعيف مقارنة بمركز الدائن لذلك اصطلح الفقه على ذلك "نظرية الالتزام".

* تطور نظرية الالتزام :

تتميز النظرية بثبات قواعدها واستقرارها على اعتبار أنها لا تقرر الأسس العامة التي تقوم عليها الالتزامات بغض النظر عن الجزئيات التي تشملها مختلف الالتزامات. غير أن هذه الميزة لا تعني خلود تلك القواعد وديمومتها، ولعل ما يدل على ذلك اختلاف مفهوم الالتزام من المفهوم الشخصي إلى مذهب المادي.

فالمذهب الشخصي اللاتيني الذي يجد أصله في القانون الروماني يرى أن الالتزام يعد رابطة شخصية تجمع بين الدائن و المدين الذي يلتزم شخصيا بالدائن، و للدائن في سبيل اقتضاء حقه أن

يحبس مدينه أو يسترقه بل و أن يقتله إن لم يقم بتسديد دينه . وشخصية الدين لا تجيز إحلال شخص آخر محل المدين ، كما أن عدم تحديد أطراف الالتزام يؤدي إلى عدم قيام هذا الالتزام أصلا .
وقد استمد الفقه الفرنسي القديم هذه الأحكام و بلورها تبعا لتطور الزمن و أكبر هؤلاء الفقهاء DOMAT في القرن 17 ثم POTHIER من بعده ، ثم جاء واضعو قانون نابليون 1804 واستلهموا أحكام نظرية الالتزام من هذين الفقيهين ، و جاءت بعدها القوانين العربية بما في ذلك القانون الجزائري التي استمدت أحكام هذه النظرية من القانون الفرنسي دون تهمل المذهب الثاني (المادي).
أما المذهب المادي الجرمانى فالقوانين التي أخذت به تعتبر الالتزام كرابطة مادية بين ذمتين ماليتين يغلب فيها محل الالتزام ذي القيمة المالية على شخص الدائن والمدين ، وبالتالي يمكن أن يتغير شخص المدين أو الدائن كما يمكن أن ينشأ التزام المدين دون وجود الدائن كالوعد بالجائزة والاشتراط لمصلحة الغير .

موقف المشرع الجزائري:

أخذ المشرع الجزائري بالمذهب الشخصي مراعيًا في ذلك العلاقة القائمة بين طرفي الالتزام شأنه في ذلك شأن القوانين العربية واللاتينية عامة ولكنه لم يهمل في الوقت ذاته ما جاء به المذهب المادي وأعطاه جانبا من أحكامه ، كإمكانية حوالة الدين والحق (المادة 239 و 252) ، وكذلك إمكانية نشوء الالتزام دون تحديد شخص الدائن كما هو الحال بالنسبة للوعد بجائزة (123 مكرر) والاشتراط لمصلحة الغير (م 118).

* مكانة نظرية الالتزام:

تحتوي نظرية الالتزامات على القواعد العامة التي تنظم علاقات الأفراد العديدة والمتنوعة فهي عماد القانون المدني ومحوره وجوهره، بل أن أحكام هذه النظرية تعد مصدرا يُرجع إليه في غياب نص خاص في فروع القانون الخاص الأخرى، بل أن قواعدها موجودة حتى في فروع القانون العام فنظرية العقد أو المسؤولية المدنية لا تقتصر على العلاقات الأفراد فيما بينهم وإنما تتعدى ذلك لتحكم العلاقة الأفراد بالدولة وعلاقة هذه الأخيرة بغيرها من الدول مع تعديلها بما يتناسب و روابط القانون العام .
و نظرية الالتزام لا تقرر إلا القواعد العامة أو المبادئ الكلية فلا تعالج التزاما محددًا كالالتزام البائع والتزام الوكيل أو المستأجر وإنما تتناول الأحكام الأساسية العامة التي تحكم شتى أنواع الالتزامات على اختلافها .

* خصائص الالتزام:

1/ الالتزام رابطة مالية بين الشخصين:

- الالتزام من حيث أطرافه رابطة بين شخصين وهو من حيث موضوعه قيمة مالية، و بمعنى آخر هو رابطة بين شخصين ذات طابع مالي وليست ذات طابع شخصي ويترتب عن هذا القول ما يلي :
- أن التزام ذو طرفان هما الدائن والمدين ويمكن تغييرهما عن طريق حوالة الدين وحوالة الحق.
 - أن المدين لم يعد يسأل عن دينه في شخصه و إنما في ماله الذي يعد ضمانا عاما لدائنه.
 - أن الدائن ليس بالضرورة أن يكون معيناً وقت نشوء الالتزام بل أنه يكفي أن يكون قابلاً للتعيين وقت تنفيذه كالمنتفع من الاشتراط لمصلحة الغير والموعود له بالجائزة، أما المدين فلا بد من أن يكون معيناً وقت نشوء الالتزام.
 - محل الالتزام هو قيام المدين بأداء قد يكون عملاً أو امتناع عن عمل.
 - أن يكون هذا الأداء ذا قيمة مالية أي مما يمكن تقويمه نقداً ، لأن الالتزام هو مقابل للحق الشخصي الذي يعد من الحقوق المالية.

2/ الالتزام رابطة مديونية و مسؤولية:

- تضم رابطة الالتزام عنصران : عنصر المديونية أو الوجوب ، و عنصر المسؤولية أو الاقتضاء.
- أ- رابطة المديونية أو الوجوب : هي رابطة وجوب لأنه يقع على الملتزم واجب الوفاء بالأداء الذي يلتزم به ، وهي رابطة مديونية من حيث أن الأداء الذي يرد عليه الالتزام يثبت ديناً في ذمة من يلتزم به .
- ب- رابطة المسؤولية أو الاقتضاء : هي التي تخول للدائن سلطة إجبار المدين على القيام بذلك الأداء، و تبدو بوضوح فيما يقرنه القانون بالالتزام من جزاء مادي يكفل ما يضمن اقتضاء الأداء المالي الذي يدين به المدين جبراً وذلك بمساءلته عنه في ماله .
- و بالتالي فتوافر العنصر الأول يجعل المدين مخيراً غير مجبر على الوفاء بالالتزام الذي يقع عليه، ولا يستطيع الدائن إجباره على ذلك إلا بتوافر عنصر المسؤولية الذي يعطي له الحق في إرغام مدينه قانوناً على أداء دينه. ويتوافر العنصرين نكون أمام التزام مدني.
- و الالتزام المدني يُثير ما يعرف بالواجب الأدبي و الالتزام الطبيعي ، أما الأول فهو ما يقوم به الشخص دون أن يكون مديناً به ولا مسؤولاً عنه كونه يفقد لكلاً عنصري الالتزام : المديونية و المسؤولية وإنما يكون في وضع المتبرع كالإحسان إلى الغير و مساعدة الجار... الخ . أما الالتزام الطبيعي أو الناقص فهو يتموقع بين الواجب الأدبي والالتزام المدني كونه يشتمل على عنصر المديونية دون عنصر

المسؤولية (م160ق. م) إذ لا يجبر المدين به على أدائه وإنما له أن يفعل ذلك طواعية . وعلى الرغم من ذلك فإن وفي المدين بهذا الالتزام اختيارا لم يكن متبرعا كما ليس له أن يسترد ما وفاه (م 162 ق.م) ، و إن هو لم يوف التزامه فليس بإمكان دائئه أن يجبره على أدائه لغياب عنصر المسؤولية ومثال ذلك : (م 320 ق م) " يترتب على النقاد انقضاء الالتزام ولكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي " . وهو بذلك الالتزام القانوني مادام أن المشرع قد جعله محلا للوفاء لكنه ناقص.

* تقسيم الالتزامات :

يمكن تقسيم الالتزامات من حيث محلها ومن حيث مداها.

1/ الالتزامات من حيث محلها : سبق أن أشرنا إلى أن الالتزام يفرض على عاتق المدين القيام بعمل أو الامتناع عنه أو إعطاء شيء ، ويمكن أن تقسمها إلى قسمين : الالتزام الايجابي و الالتزام السلبي وقد تبنى هذا التقسيم المشرع الجزائري في (م 54 ق.م).

أ-الالتزام الايجابي : ينشأ هذا الالتزام حينما يكون للمدين دور ايجابي وذلك عند التزامه بإعطاء شيء أو التزام بالقيام بعمل.

* **الالتزام بإعطاء شيء:** سواء تم ذلك بمقابل أو بغير مقابل و يلتزم فيه المدين بإنشاء حق عيني أو بنقله ، ومثال ذلك التزام البائع بنقل الملكية للمشتري أو الالتزام بإنشاء حق الانتفاع لمصلحة شخص على عقار أو التزام المشتري بدفع ثمن البيع. وقد ينشأ عن الالتزام بمنح شيء التزام آخر مستقل عنه هو الالتزام بالتسليم ، فقد يتم التسليم قبل نقل الملكية كما هو الشأن بالنسبة للمستأجر الذي يشتري العين المؤجرة ، كما قد يسبق نقل الملكية عملية التسليم كما هو حال بنسبة لبيع السيارة، فالالتزام بالتسليم يدخل في إطار الالتزام بالقيام بعمل .

* **الالتزام بالقيام بالعمل :** يلتزم المدين هنا بالقيام بعمل لفائدة الدائن كما هو الحال بالنسبة للالتزام بالتسليم و أمثلة ذلك : العقود الواردة على عمل (م 549 إلى 611 عقد المقاولة) ، (عقد الوكالة 589/571) (عقد الوديعة 601/590) (عقد الحراسة 611/602) .

ففي عقد المقاولة يلتزم المقاول بأداء عمل أو بصنع شيء لمصلحة رب العمل ، كما يلتزم الوكيل بالقيام بعمل شيء باسم و لحساب موكله، وكذلك الشأن بالنسبة للمودع له حيث يجب عليه الحفاظ على الشيء ، و الحارس الذي يفرض عليه المحافظة على الأموال المحروسة .

ب-الالتزام السلبي : هو التزام بعدم فعل شيء ما أو بالامتناع عن عمل ، و مضمون ذلك أن يُمنع المدين من القيام بعمل كان بمقدوره القيام به لو لا التزامه بالامتناع عنه ، كالتزام البائع بالامتناع عن كل

عمل من شأنه أن يجعل نقل ملكية الحق عسيرا أو مستحيلا (م 361 ق م) ، و التزام المستأجر بالامتثال عن إلحاق تعديلات بالعين المؤجرة (م 492 ق.م) ، أو تعهد بائع المحل التجاري بعدم فتح محل آخر في نفس الحي لمدة معينة ، أو لاعب كرة قدم بعدم اللعب لصالح فريق آخر لمدة محددة. وإذا ما انتهك المدين التزامه جاز للدائن المطالبة بإزالة ما يقع من مدينه من مخالفة مع إمكانية استصدار حكم من القضاء يقضي بهذه الإزالة على نفقة المدين (م 173 ق.م).

2/الالتزامات من حيث مداها : وضع هذا التقسيم مطلع القرن 20 من قبل الفقيه "ديموغ" DEMOGUE :

أ- الالتزام بنتيجة أو بتحقيق الغاية : يتعهد المدين في هذا الالتزام بتحقيق غاية محددة أو الوصول إلى نتيجة معينة فان لم تتحقق هذه الغاية عدّ المدين مسؤولا أمام دائنه عن عدم تنفيذ التزامه، وخطؤه مفترض هنا بمجرد عدم تحقق النتيجة أو الغاية المرجوة والتي تعد محلا لالتزامه . و لا يهم في هذا الالتزام إن كان المدين قد بذل قصارى جهده في تنفيذ الالتزام أو تهاون في ذلك ، فعدم تحقق النتيجة يُغني عن البحث في سلوك المدين . وقد نصت المادة 176 ق م على هذا الالتزام بقولها أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن الاستحالة بسبب لا يد له فيه". فمن شأن هذه القرينة القانونية أن تعفي الدائن من إثبات خطأ المدين بل هي تفترضه و يكفيها إثبات وجود الالتزام و عدم تحقق النتيجة المنتظرة من المدين، وليس لهذا الأخير سوى نفي المسؤولية عنه بإثبات السبب الأجنبي .

2/ الالتزام ببذل عناية أو بوسيلة : لا يرمى الالتزام ببذل عناية إلى تحقيق غاية محددة وإنما هو التزام أخف من ذلك حيث لا يلتزم المدين إلا ببذل جهد أو عناية أو حرص أو حيلة الرجل العادي للوصول إلى تلك الغاية ، ويستوي في ذلك أن تتحقق هذه الغاية أو لم تتحقق : فالطبيب أو المحامي لا يلتزمان بالشفاء أو كسب القضية وإنما فقط ببذل العناية التي يبذلها المدين في تنفيذ التزامه أما الشفاء أو كسب القضية فهما غايتان خارجتان عن محل التزام المدينين في هذين المثالين، وقد أشارت المادة 172(ق.م) بقولها " في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته وأن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالتزامه إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود .

ولقياس درجة الجهد ومقدار العناية المبذولة من قبل المدين في هذا الالتزام وضع المشرع معيارا موضوعيا مجرد هو معيار الجهد الذي يبذله الرجل العادي ، وتطبيقا لذلك نص المشرع على التزام

المستأجر بالحفاظ على العين المؤجرة مثلما يبذله الرجل العادي م495 ، والتزام الوكيل في تنفيذ الوكالة ببذل عناية الرجل العادي م2/576 . و استثناء قد تقدر عناية أو جهد المدين في تنفيذ الالتزام بمعيار شخصي أو ذاتي حيث يلتزم المدين ببذل نفس الجهد المبذول في الحفاظ على ماله هو ومثال ذلك م592 التي ألزمت المودع لديه بأن يبذل في الحفاظ على الشيء محل الوديعة العناية التي يبذلها في الحفاظ على ماله ، وكذلك الشأن في عقد العارية م544 ق م .

ومفاد ذلك أن عبء الإثبات في هذا الالتزام يتحمله الدائن الذي يجب عليه إقامة الدليل على أن المدين كان مهملاً أو مقصراً في تنفيذ التزامه كونه لم يبذل العناية الواجبة في سبيل ذلك ، أي عناية الرجل العادي ، أي أن الدائن هو الذي يثبت خطأ المدين و في مقابل ذلك يمكن للمدين نفي الخطأ بإثبات العكس .

3- الالتزامات من حيث مصدرها:

تناول الباب الأول من الكتاب الثاني تعداد مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وجاء ترتيبها على التوالي: الفصل الأول القانون (م53ق.م) ، الفصل الثاني (العقد من المادة 54-123)، الفصل الثاني مكرر (الإرادة المنفردة م123 مكرر) ، الفصل الثالث: العمل المستحق التعويض (المواد 140،124) ، والفصل الرابع شبه العقود (م141-159) .

وللتوضيح حتى ينشأ الالتزام لا بد من سبب يؤدي إلى نشأته ويسمى هذا السبب بمصدر الالتزام ، وهناك ثلاثة تقسيمات رئيسية:

❖ مصادر إدارية و مصادر غير إدارية: المصادر الإرادية هي التي تكون الإرادة فيها السبب المنشئ للالتزام سواء كان ذلك باتفاق إرادتين أي العقد أو بإرادة واحدة . أما المصادر غير الإرادية فلا تلعب فيها الإرادة دوراً في نشوء الالتزام ، وهي الفعل غير المشروع و الإثراء بلا سبب و القانون .

❖ مصادر معنوية و مصادر مادية: تتمثل الأولى في مجرد التعبير عن اتجاه الإرادة إلى ترتيب أثر قانوني (العقد و الإرادة المنفردة) ، فيما تعتبر مصادر مادية : قيام وضع واقعي ينشأ عن حدوث تعديل فعلي في الأوضاع القائمة كالعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب .

❖ التصرف القانوني و الواقعة القانونية: التصرف القانوني هو إرادة محضة تتجه إلى إحداث أثر قانوني سواء بإنشاء حق أو تعديله أو إلغائه (انقضائه) ، و يدخل في معناه العقد والإرادة المنفردة. أما الواقعة القانونية : فهي فعل أو حدث أو عمل مادي يترتب عليه اثر قانوني معين

لمجرد وجوده في ذاته و بغض النظر عن تخلف أو وجود إرادة صاحبه. و قد تكون الواقعة طبيعية كالوفاة أو الميلاد أو القرابة ، وقد تكون اختيارية (أو مادية) أي تصدر عن الإنسان سواء عن قصد أو غير قصد كالفعل غير المشروع ، كما قد تكون نافعة كالإثراء بلا سبب. ونشير أخيرا إلى لكل التزام صدران في الحقيقة، فكون الالتزام أثر قانوني فلا شك أن مصدره القانون الذي ينفرد وحده بترتيب أثاره القانونية ، ولكن تدخل القانون لترتيب التزام من الالتزامات معلق على وجود واقعة معينة أو تصرف معين حتى يرتب عليه القانون ذلك الالتزام ، وبالتالي فإن القانون هو المصدر المرتب أو غير المباشر للالتزام والذي يتدخل بطريقة غير مباشرة بعد وجود مصدر آخر سواء يكون سببا مباشرا لترتيب ذلك الالتزام. فالعقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير مشروع أو الإثراء بلا سبب هي مصادر مسببة و مباشرة للالتزام ، ولكن القانون هو من يرتب عليها قيام هذا الالتزام لذلك يعد القانون مصدرا مرتبا و غير مباشر للالتزام .

القسم الأول: المصادر الإرادية للالتزام :

نتناول في هذا القسم العقد و الإرادة المنفردة

الباب الأول : العقد .

ليبيان نظرية العقد نشير إلى أحكامه ، أثاره ثم زواله .

الفصل الأول : أحكام العقد (مفهوم العقد و تكوين العقد)

المبحث الأول :مفهوم العقد

- تعريف العقد

- مبدأ سلطان الارادة

- أقسام العقود

المطلب الأول: تعريف العقد

يعد العقد أكبر المصادر المنشأة للالتزام ، حيث أن معظم العلاقات اليومية تخضع في تنظيمها للعقود ولاسيما الاقتصادية منها ، ويعتبر العقد من حيث طبيعته تصرفا قانونيا وليس واقعة كون التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى ترتيب أثر قانوني فان كان هذا التصرف صادرا عن إرادتين أو أكثر كان عقدا . إذن : العقد هو توافق إرادتين أو أكثر و اتجاهاهما إلى إحداث اثر قانوني.

وبالتالي يقتضي الاتفاق أو العقد وجود شخصين أو أكثر أو إرادتين أو أكثر تتحدان حول مسألة ما، أما أن ينشأ الالتزام عن إرادة واحدة فإننا نكون بصدد تصرف قانوني من جانب واحد وليس اتفاقا أو

عقدا كالوعد بالجائزة أو الوصية . واتحاد الإرادتين يكون و لو تعارضت مصالح الأطراف لأن تحقيق أي مصلحة مرتبط بالمصلحة الأخرى كمصلحة البائع والمشتري مثلا .

كما يقتضي العقد أن ترمي الإرادتان إلى ترتيب أثر قانوني أي أن الهدف من إجرائه هو إيجاد وضع قانوني جديد و هو إنشاء الالتزام أو تعديله أو نقله أو إنهائه، فلا يدخل في مفهوم العقد اتفاق شخص مع آخر تلبية لدعوة حيث لم تتصرف نية الداعي أو المدعو إلى خلق التزامات قانونية، أو مساعدة شخص لآخر في القيام بعمل م باب المجاملة ، لذلك ليس عقدا مادام أن الطرفان لم تتجه إرادتهما إلى ترتيب آثار قانونية أي علاقات قانونية ملزمة، فالقصد أو النية هي معيار التفرقة بين العقد والمجاملة وهي مسألة موضوعية .

ولكن هل كل اتفاق هو عقد ؟

ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى التمييز بين الاتفاق والعقد (بوتيه ودوما) على اعتبار أن الاتفاق هو اتجاه إرادتين أو أكثر إلى إنشاء حق (القيام بعمل أو امتناع عنه) أو نقله (الحوالة)، أو تعديله (تأجيل ميعاد الوفاء) أو إنهائه (كالوفاء بالدين) . فيما يعتبر هذا الفقه عقدا كل توافق لإرادتين على إنشاء الحق فقط (القيام بعمل أو الامتناع عنه) ، ولا يدخل في معناه نقل الحق وتعديله وزواله وبالتالي يعتبر الاتفاق أوسع من العقد ، وهذا الأخير ليس إلا جزء منه (من الاتفاق).

و قد رأينا أن قانون نابولين - المصدر التاريخي للقانون المدني الجزائري - قد تأثر بهذا الفقه، فعرفت المادة 1101 منه "العقد بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر بإعطاء شيء أو بفعل أو بعدم فعل شيء ما " ، وهو نفس التعريف الذي تبناه المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 54 منه : العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ". الأمر الذي يفهم منه أن المشرع الجزائري يميز بين العقد والاتفاق فجعل العقد يتعلق بإنشاء حق (القيام بعمل و الامتناع عنه).

ويجمع الفقه حاليا أنه لا يوجد اختلاف في المعنى الاصطلاحي و اللفظي للعقد والاتفاق بل هما مترادفان وكلاهما يدل على توافق إرادتين أو أكثر على ترتيب أثر قانوني سواء كان هذا الأثر إنشاء حق (التزام) كالبيع أو نقله كالحوالة أو تعديله كإدراج ضامن للوفاء بالدين أو إنهائه كالوفاء، المهم أن تتجه إرادتان إلى ترتيب أثر قانوني مهما كانت طبيعة هذا الأثر انشاء ، تعديلا ، نقلا أو إنهاء .

ونطاق العقد بهذا المعنى يتحدد بدائرة المعاملات المالية فيخرج من نطاقه الأحوال الشخصية كعقد الزواج وكذلك العقود التي تبرمها الدولة (أي عقود القانون العام الإداري و الدولي) ، ومع ذلك فإن

العديد من أحكام العقد تنطبق على العقود الإدارية التي تنتج فيها إرادة أطرافها إلى إحداث أثر قانوني ، وما يهمننا هو مجال المعاملات المالية .

المطلب الثاني : أهمية دور الإرادة في إنشاء الالتزام (مبدأ سلطان الإرادة)

يقصد به أساس قدرة العقد على إنشاء الالتزام أو أهمية دور الإرادة في إنشاء الالتزام . و لقد ظهر العقد منذ المجتمعات البدائية ثم أصبح مدلوله باعتباره اتفاقا بين إرادتين أو أكثر يرمي إلى ترتيب آثار قانونية في أواخر العهد الروماني ، ثم ازداد قيمة وأثرا في ظل مذهب الفردي لكن سرعان ما تراجع صداه بظهور التوجه الاجتماعي .

ففي القانون الروماني كان فضلا عن ضرورة توافر إرادتين لإبرام العقد أن تتخذ إجراءات شكلية حتى ينعقد بشكل صحيح وكامل وظلت هذه الفكرة إلى غاية نهاية العهد الروماني حيث ظهر "مبدأ الرضائية" الذي يكتفي بتوافق الإرادتين حتى يبرم العقد ، وقد لقي هذا المبدأ المساندة من قبل الكنيسة التي نادى باحترام العهود والاتفاقات ولو لم تتخذ شكلا معينا .

ويظهر المذهب الفردي ازدهر مبدأ سلطان الإرادة لاسيما في أواخر القرن 19 الذي يرفع من قيمة الفرد ويجعل القانون في خدمته . حيث يرى هذا المذهب أن الإنسان يتمتع بحقوق ذاتية طبيعية و ما الجماعة إلا وسيلة لحماية هذه الحقوق ، و ليس للإنسان أية سلطة إزاء غيره فلا يخضع إلا لإرادته وشرعيته الذاتية . كما أن هذا المذهب يقدر حق الملكية ويعتبره حقا طبيعيا للإنسان ، و يحرر السوق التي لا تخضع إلا لقانون العرض والطلب.

وقد انعكست هذه الأفكار على مبدأ سلطان الإرادة الذي اتخذ مفهوما له في ضوء ذلك مفاده أن الإنسان يتحمل الالتزامات بمحض إرادته و في النطاق الذي يشاء و بالطريقة أو الكيفية التي يريدتها. فالإرادة الحرة هي أساس كل الحق و واجب إذ أنها هي التي تنشأ الالتزام وهي التي تحدد محتواه وتجعله ملزما لأطرافه ، وقد تبقى تبني المشرع الجزائري هذا المبدأ ضمن حكم المادة 106 ق م . و التي تنص على أن على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون. و العبارة الأخيرة تفيد نسبية هذا المبدأ كما سيأتي .

الفرع الأول : مظاهر مبدأ سلطان الارادة

أولا-في مرحلة ابرام العقد:

الأصل أن الشخص لا يلتزم إلا بإرادته الحرة ، لأن التزاماته الإرادية تحقق مصالحه العادلة أما أن تفرض عليها التزامات غير إرادية فذلك لا يعدو أن يكون استثناءا ضيقا. فضلا عن حرية الشخص

في إبرام العقد أو عدم إبرامه ، يملك الفرد الإرادة الحرة في اختيار كيفية التعاقد حيث يسود مبدأ الرضائية الذي يعني الفرد عن إبرام العقد في شكل خاص إذ له الحرية الكاملة في كيفية التعبير عن الإرادة لإتمام العقد ، كما أن للشخص الحرية في تعيين محتوى العقد و تحديد أو ضبط بنوده وشروطه دون الإخلال بأحكام النظام العام و الآداب العامة و ما يدل على ذلك مثلا البحث عن الإرادة الباطنة للمتعاقد أو نية المتعاقدين لتحديد بنود العقد الغامضة (المادة 111 ق.م) .

ثانياً- في رحلة تنفيذ العقد :

الإرادة هي من ينشأ القوة الملزمة للعقد، فاللتزام الشخص بإرادته الحرة يفرض عليه تنفيذ ما التزم به فلا يجوز له نقض العقد أو تعديله أو إنهاؤه إلا بنيل رضا المتقاعد الآخر، بل أن القاضي نفسه ملزم باحترام العقد الذي يعد بمثابة قانون يحكم العلاقة القائمة بين الطرفين التزاما بإرادتهما الحرة، ولو كان هذا العقد ضارا بمصلحة أحد الطرفين فليس له أن يمس هذا العقد بالتعديل أو بالإلغاء.

كما أن العقد يرتب أثرا نسبيا لا يتعدى أطرافه (المتعاقدين) ، حيث لا يمكن إلزام شخص آخر لم يلتزم بإرادته الحرة فالعقد لا يعني إلا للمتعاقدين.

الفرع الثاني : تراجع مبدأ سلطان الإرادة

سجل مبدأ سلطان الإرادة تقلصا و انكماشاً بالنظر للتطور الاقتصادي و الاجتماعي لاسيما تحول الدولة من حارسة إلى متدخلة وبخاصة في مجال الاقتصادي بل وموجهة له ، حيث أصبحت إرادة الدولة تتدخل وتشارك الإرادة الحرة لطرفي العقد سواءً عند تكوينه أو حين تنفيذه ، فضلا عن تدخلها لحماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية كإبطال الشروط التعسفية مثلا: المادة 107 ق م.

ويظهر تقلص مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود في فرض الدولة عن طريق القانون لقيود موضوعية ترد على حرية التعاقد حيث يجب على الشخص عند إبرام العقد مراعاة النظام العام والآداب العامة التي من شأنها بطلان أي عقد يخالفها . ومن جهة ثانية تتدخل الدولة بفرضها عقود إلزامية على الأشخاص كعقد التأمين من المسؤولية بوجه عام .

أما فيما يتعلق بآثار العقد فكذلك لم يعد للطرفين حرية مطلقة بشأن ذلك و هو ما يظهر في تدخل المشرع بقواعد أمرة تحدد آثار جانب من العقود كعقد العمل(القانون 11/90) الذي حدد فيه المشرع التزامات كل من العامل و رب العمل . كما أن مبدأ الأثر النسبي للعقد أصبح نسبيا في حد ذاته حيث ظهر من العقود ما تنصرف آثارها إلى أطراف كثيرة كاتفاقات العمل الجماعية .

و نفس الشيء بالنسبة للقوة الملزمة للعقد إزاء طرفيه حيث أن العقد لم يعد الشريعة الوحيدة للمتعاقدين (م106) حيث أصبح يمكن للقاضي أن يتدخل لتعديل بنود العقد أو إبطال بعض شروطه (107ق.م) ، متى أصبح الالتزام مرهقا بسبب ظهور ظروف طارئة أثناء التنفيذ .

هذا فضلا عن القيود الشكلية التي فرضها المشرع على المتعاقدين بضرورة إفراغ الإرادة في شكل معين م 324 مكرر ق.م.

وفي حدود هذه القيود فإن الإرادة تنشأ ما تريده من العقود التي تأخذ تبعا لذلك تقسيمات عدة.

المطلب الثالث : تقسيمات العقود

وضع المشرع تقسيمات مختلفة للعقود لكنه لم يحصرها جميعها إذ حذا حذو القانون الفرنسي، الأمر الذي دفع بالفقه ليملاً هذا الفراغ.

الفرع الاول : أقسام العقود الواردة في القانون المدني

* العقود التبادلية والعقود غير التبادلية:

حددت المادة (55 من ق.م) العقد التبادلي بقولها: "يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا" ، إذن العقد التبادلي يكون متى التزم كل من المتعاقدين بالتزام نحو الآخر أي انه يرتب التزامات متقابلة و مترابطة على عاتق المتعاقدين اللذين يحوزان صفة الدائن والمدين في الوقت نفسه ، مثلا البائع مدين بنقل الملكية و دائن بثمن المبيع ، و المشتري مدين بالثمن ودائن بانتقال الملكية إليه.

ويشترط في العقد الملزم لجانبين : أولا أن تنشأ الالتزامات محل العقد في وقت الواحد وهو وقت إبرام العقد أي انعقاده ، فإذا نشأ العقد ملزم لطرف واحد عند انعقاده فإنه لا يتحول إلى عقد ملزم لجانبين ولو نشأت التزامات جديدة أثناء سريانه على عاتق طرف الذي لم يكن ملتزما مثلا عقد الوديعة بغير أجر فيلتزم المودع لديه بحفظ الشيء و رده فيما لا التزام على عاتق المودع بدفع الأجرة، فإذا تحمل المودع لديه مصاريف إضافية من أجل الحفاظ على العين محل الوديعة فليس من شأن ذلك أن يحول العقد إلى الطابع التبادلي، و تسمى هذه العقود بالتبادلية الناقصة .

و يشترط ثانيا أن يكون مصدر كلا الالتزامات المتقابلة واحد و هو العقد الذي أنشأها ففي المثال السابق مصدر التزام المودع هو الإثراء بلا سبب و ليس عقد الوديعة . كما يجب أن تكون الالتزامات متقابلة و مترابطة و متصل بعضها ببعض .

أما العقد الملزم لجانب واحد فقد تعرضت له المادة 56 من ق م ، و يكون العقد كذلك متى رتب التزاما في ذمة طرف واحد فقط دون أن يلتزم الطرف الآخر ، فيكون أحدهما دائما و الثاني مدينا . و يتطلب هذا العقد توافر إرادتين حيث لا يعد تصرفا قانونيا من جانب واحد كالوصية أو الوعد بالجائزة إلا أنه لا ينشأ التزامات إلا على عاتق طرف دون آخر ، كعقد الكفالة حيث يلتزم الكفيل ، و عقد الوديعة من دون أجر حيث يلتزم المودع لديه ، و عقد الهبة حيث يلتزم الواهب ... فهؤلاء مدينون غير دائنين . و تبدو أهمية هذا التقسيم في أن امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه يخول للمتعاقد الآخر في العقد التبادلي حق طلب فسخ العقد أو الدفع بعدم التنفيذ و لا مجال لذلك في العقود غير التبادلية . المادتين 119 و 123 ق م .

كما أن ترابط الالتزامات المتقابلة يجعل سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام طرف الآخر في العقود المتبادلة . أما سبب الالتزام في العقود غير التبادلية هو نية التبرع أو وجود إلتزام سابق كالالتزام الطبيعي . أضف إلى ذلك أن تبعة الهالك عند استحالة التنفيذ في العقود التبادلية يتحملها المدين بمحل الالتزام الهالك (المادة 121 ق م) ، في حين أن الدائن الذي كان سيتلقى محل الالتزام الهالك هو من يتحمل التبعة في العقد الملزم لجانب واحد كالهبة مثلا .

* العقود المحددة و العقود الاحتمالية :

العقد المحدد هو العقد الذي تكون حقوق و التزامات المتعاقدين محددة عند انعقاده بحيث يعلم كل منهما مقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطي لحظة إبرامه . وقد عرفه المشرع في المادة 57 ق م على نحو أخطأ فيه بين العقد المحدد و الاحتمالي " يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل أي شيء يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له" . ومثال ذلك عقد البيع حيث يعلم كل من البائع و المشتري مقدار أو قيمة ما يحق لهما و ما يلتزمان به إزاء بعضهما ، ولا يشترط كما هو باد من هذا النص أن يكون مقدار أحد المتعاقدين معادلا لمقدار ما يأخذه بل العبرة بتعيين هذه المقادير عند إبرام العقد فقط .

أما العقد الاحتمالي (عقد الغرر) فهو العقد القائم على أساس عنصر الاحتمال بحيث لا يمكن أن يعلم أحد المتعاقدين أو كلاهما مقدار ما يعطي أو ما يأخذ وقت إبرام العقد، لأن هذا المقدار معلق على حادث مستقبلي ليس محقق وقوعه أو أن تاريخ حدوثه غير معلوم . وقد عرفه المشرع الجزائري في (م 2/57) "إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر"، كعقد البيع بثمن مرتب لمدى الحياة محله عقار حيث لا يمكن تقدير الثمن الذي سيدفعه المشتري لاستحالة العلم بوقت وفاة هذا الأخير ، أو عقد التأمين الذي لا يعرف عند

إيرامه ما إذا كان الخطر المؤمن منه سيتحقق أم لا و إن تحقق الخطر ما سينجم عنه من ربح أو الخسارة لطرفي العقد .

و تبدو أهمية هذا التقسيم في أن العقد الاحتمالي لا يجوز الطعن فيه بالغبن لأن الغبن يقوم على أساس التفاوت في الالتزامات المتقابلة ، و مادام أن الالتزامات غير محددة وقت أبرام العقد و أن العقد الاحتمالي يشتمل منذ البداية على احتمال الخسارة أو الكسب عندما يتحقق الحادث مستقبلا فلا يحق للطرف المغبون أن يطعن في العقد على أساس الغبن، أما العقد المحدد فعكس ذلك.

وكذلك الشأن بالنسبة للحادث المفاجئ أو الطرف الطارئ حيث يجوز التمسك به في العقد المحدد ولا يجوز ذلك في العقد الاحتمالية لأنها عقود تعرض بطبيعتها أحد المتعاقدين لاحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة .

* عقود المعاوضة وعقود التبرع :-

عرفت المادة 58 من ق.م عقد المعاوضة بأنه العقد الذي يلزم كل واحد من الطرفين بإعطاء أو فعل شيء ما (خلط بين العقد بعوض و العقد التبادلي).

فالعقد المعاوضة هو العقد الذي يتحصل فيه المتعاقد على عوض أو مقابل مالي نظير تنفيذه لالتزامه. أما عقد التبرع الذي سها عنه المشرع الجزائري فهو العقد الذي لا ينال فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما أعطاه كعقود الوديعة و الهبة و العارية و الوكالة بغير أجر. و لهذا التقسيم أهمية تكمن في أهلية التصرف التي لا بد من أن تكون كاملة في عقود التبرع و الا كانت هذه الأخيرة باطلة ، في حين أنه لا بأس بالأهلية ان كانت ناقصة في العقود بعوض بحيث تكون صحيحة و لكن قابلة للإبطال بناء على طلب وليه أو منه شخصيا بعد بلوغه سن الرشد.

كما أن الغلط في شخص المتعاقد لا يؤخذ بعين الاعتبار في العقود بعوض كأصل عام في حين أن الغلط في شخص المتعاقد في العقود التبرعية هو محل اعتبار لان الواهب مثلا لا يهب إلا لاعتبار شخصي . كما نجد أن مدى التزام أو مسؤولية المتعاقد في عقد المعاوضة أشد من مسؤولية المتبرع في عقود التبرع ، مثلا عقد الوديعة 592 ق.م التي نصت على أنه إذا كانت الوديعة بأجر كان التزام المودع لديه في حفظ الشيء التزاما ببذل العناية التي يبذلها في الحفاظ على ماله الخاص و لو كانت أقل من عناية الرجل العادي. و أخيرا في دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين يمكن للدائن رفعها بشأن عقود التبرع التي يبرمها مدينه و لو كان هذا الأخير و المتبرع له حسني النية، في حين أنه يجب على الدائن في

عقود المعاوضة إثبات غش المدين أي أنه قصد من وراء هذا التصرف الإعسار أو الزيادة فيه مع إثبات علم الطرف الذي تعاقد معه المدين .

الفرع الثاني : تقسيمات الفقه للعقود

1- العقود من حيث تكوينها: تنقسم العقود وفقا لهذا المعيار إلى ثلاثة أنواع :

*** العقد الرضائي:** هو الذي لا يلزم لانعقاده سوى تراضي طرفيه فينعقد بمجرد توافق الإرادتي من إيجاب وقبول و إن تم شفاهة، إذ لا يلزم شكل محدد كعقد بيع منقول وهذا العقد ما هو إلا تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة.

ويعد مبدأ الرضائية هو الأصل في القانون الجزائري حيث تقضي المادة 59 من ق.م : "يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية." ويظهر جليا من هذا النص أن المشرع اعتبر الرضائية مبدأ عاما و الشكلية استثناء و هو ما يفهم من عبارة "دون الإخلال بالنصوص القانونية"، و نفس المبدأ تؤكد المادة 60 ق م التي بينت وسائل التعبير في اللفظ و الإشارة و التعبير الضمني .. إلخ .

*** العقد الشكلي :** هو العقد الذي لا بد لانعقاده فضلا عن التراضي أن يتخذ شكلا يحدده القانون كالتصرفات الواردة على عقار (324مكرر ق.م) وعقد الشركة 418ق.م . و قد تكون الكتابة رسمية إذا ما تولى تحريرها موظف عام فيكون العقد رسميا تبعا لذلك، و قد تكون عرفية إذا حررت من قبل المتعاقدين دون تدخل موظف رسمي. و القانون هو الذي ينص على شكل العقد ، كما قد يكون شكليا باتفاق الطرفين في مرحلة سابقة على إبرام العقد .

كما تختلف الشكلية من حيث كونها ركن لانعقاد كالشكلية في التصرفات الواردة على عقار عن كونها مجرد وسيلة لإثبات العقد ، مثال المادة 645 ق.م : لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ، و المادة 333 التي تستلزم الكتابة لإثبات التصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن 100.000دج، فتخلف الكتابة هنا لا يؤثر على صحة العقد بل يصعب من الإثبات فقط بالجوء إلى اليمين أو غيرها .

و إذا اشترط الطرفان الشكلية دون الإشارة إلى اعتبارها ركنا أو وسيلة إثبات فيفسر العقد هنا على أن الكتابة مجرد وسيلة إثبات، لأن الأصل في العقود الرضائية.

*** العقد العيني:** هو العقد الذي لا يتم إلا بتسليم الشيء محل التعاقد بعينه حيث يعتبر التسليم ركنا لانعقاده زيادة على التراضي كعقد الوديعة الذي نصت عليه المادة 590 ق.م : عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه . وقد يكون هذا التسليم بنص القانون وقد يكون باتفاق المتعاقدين

أيضا إذا اتفقا على أن لا ينعقد العقد إلا بتسليم شيء محل العقد. ويرى الفقه الغالب أنه لا وجود لعقود عينية في القانون الجزائري كون أن العقود أصبحت في الأصل رضائية .

2- من حيث القواعد التي تحكم العقود (عقود المسماة وغير المسماة)

* **العقد المسمى** : هو العقد الذي تولى القانون تنظيمه بنصوص خاصة و أطلق عليه تسمية معينة نظرا لشيوعه بين الناس كعقد البيع ، الإيجار ، الشركة و الوكالة .

أما العقد غير المسمى فهو عقد عكس ذلك لم يتناوله المشرع بالتنظيم و لم يعطه اسما، ومع ذلك فهو يخضع للقواعد العامة لنظرية العقد. وتطور المجتمع على جميع الأصعدة من شأنه أن يفرز على الدوام عقود جديدة ، مثلا عقد البيع الإيجاري أصبح عقدا مسمى بعد أن كان غير معروف . والغرض من تسمية العقد تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليه التي تبين حقوق و واجبات أطرافه بدقة بما يضمن استقرار المراكز القانونية و تسهيل مهمة القاضي في التوصل إلى حل النزاعات بشأنها، عكس العقود غير المسماة التي يبحث فيها القاضي عن النية المشتركة للمتعاقدين.

3- العقود من حيث تنفيذها :

* **العقد الفوري**: هو العقد الذي ينفذ دفعة واحدة أو على دفعات دون أن يكون عنصر الزمن أساسيا فيه، أي انه يمكن أن ينفذ فور انعقاده كما قد يؤجل إلى موعد لاحق فلا يؤثر عامل الزمن على مقدار الالتزامات التي يرتبها العقد في ذمة المتعاقدين . وغالبا ما تنفذ العقود الفورية دفعة واحدة كعقد بيع سيارة ، وقد يكون هذا العقد على دفعات حيث لا يكون التسليم مثلا إلا بعد 3 أشهر فيبقى ذلك العقد فوري لأن هذه المدة لا تؤثر على الالتزامات حيث يظل البائع ملتزما بتسليم تلك السيارة و يظل المشتري ملتزما بقيمة ما اتفق عليه ، فالتنفيذ مؤجل هنا فقط .

* **أما العقد الزمني أو عقد المدة**: فهو العقد الذي يكون الزمن عنصر فعالا فيه إذ يحدد محله أو التزامات طرفيه ، ففي عقد الإيجار و عقد العمل وهي عقود ذات التنفيذ المستمر تتحدد الأجرة و المرتب على أساس مدة الانتفاع بالعين المؤجرة أو بمدة العمل، فعلى أساس الزمن يحدد المتعاقدين مقدار التزاماتها. كما قد تكون العقود الزمنية عقود ذات تنفيذ دوري كعقد التوريد الذي يتكرر فيه الأداء لفترة معينة كتزويد معمل بمواد أولية دوريا .

و تبدو أهمية هذا التمييز في الفسخ الذي يكون له أثر رجعي في العقود الفورية أي عودة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيما يستحيل تصور ذلك في العقود الزمنية مثلا: لا يسترجع ما أداه العامل من عمل إذا ما فسخ العقد (الحل هو التعويض إذا كان له وجه)، لذلك يسمى

فسخ العقد الزمني بالإلغاء. كما أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة تجد مجالها للتطبيق في العقود المستمرة عكس العقود الفورية التي تنفذ كأصل عام فور انعقادها. فضلا عن أن وقف تنفيذ العقد الفوري لمدة لا يؤثر في التزامات المتعاقدين من حيث مداها عكس العقود الزمنية التي تتأثر بوقف التنفيذ ، فإذا توقف العامل عن العمل ليوم أو يومان فلا يستحق أجرا عن ذلك و ليس لرب العمل مطالبته بأداء ذاك اليوم لأنه فات و مضى ، بل أن وقت التنفيذ قد يؤدي إلى إنهاء العقد.

4- العقود من حيث مركز المتعاقدين :

* **عقد المساومة** : عقد يتناقش فيه المتعاقدين بحرية فيضعان من الشروط والبنود ما يحقق مصلحتهما، فتكون إرادتيهما متكافئتين.

* **أما عقود الإذعان**: والتي تنشأ عن احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات (الغاز ، النقل ، البريد) و هو عقد يفرض فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له الخيار بين رفض العقد أو قبوله، ذلك أنه ليس له أن يتناقش بنود العقد وشروطه التي يضعها الطرف القوي في شكل نموذج موحد فعلى الطرف الضعيف أن يقبلها كما هي فيكون متعاقد أو لا يقبلها فلا يتخذ هذه الصفة (م 70 ق.م) .
والفرق واضح بين العقدين حيث أن عقود المساومة تتم برضا و حرية كلا المتعاقدين و يضعان من الشروط ما شاءا ويكون العقد شريعة المتعاقدين ولا يتدخل القاضي لتعديلها. أما في عقود الإذعان يملك القاضي حق تعديل الشروط التعسفية التي تضر بالطرف المذعن أو حتى إعفائه منها م 110 ق م . كما يؤول الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان(م 112) وذلك حماية له ، في حين يؤول هذا الشك لمصلحة الطرف المدين في عقود المساومة (2/112).

المبحث الثاني : أركان العقد (تكوينه) .

يتكون العقد من ثلاثة أركان هي الرضا ، المحل و السبب ، فضلا عن ركن الشكل بالنسبة للعقود الشكلية . وتجدر الإشارة الى أن المحل والسبب اللذان جرى القول على اعتبارهما ركنان في العقد هما في الحقيقة ركنان في الالتزام الناشئ عن العقد .

المطلب الاول : التراضي (سماه المشرع الرضاء الذي لا يصدر إلا عن طرف واحد)

التراضي هو أساس العقد ومصدره ، فلا عقد من دون تراضي الطرفين أو توافق إرادتيهما على إحداث أثر قانوني يتمثل في إنشاء الالتزامات ، ويشترط فوق ذلك أن يكون هذا التراضي سليما و صحيحا حتى يعتد به القانون .

الفرع الأول: التعبير عن إرادة المتعاقدين

الفقرة الأولى: أحكام التعبير عن الإرادة:

لابد من تعبير طرفي العقد عن إرادتهما قبل أن تتطابق هاتين الإرادتين فينتج العقد اثره . و لاشك في ضرورة توافر الإرادة لدى طرفي العقد . و الإرادة المقصودة والمطلوبة هي الإرادة الجادة غير العابثة (الهائلة) أو المجاملة التي تنتج عن وعي و ادراك و قصد من صاحبها إلى احداث اثر قانوني اي انشاء الالتزام أو نقله أو تعديله او انهاءه ، ولأجل ذلك لابد من أن تتخذ هذه الإرادة مظهرها خارجيا وذلك بالتعبير عنها .

أولا : أشكال التعبير عن الإرادة :

تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة لم يخضع القانون كأصل عام التعبير عن الإرادة لشكل محدد حيث نصت المادة(60 من ق.م) على أن : "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ او الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه .

و يجوز ان يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا" . و يفهم من هذا النص أن أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحا أو ضمنيا .

* /التعبير الصريح : يأخذ التعبير وصف الصراحة متى كان يلبي قصد صاحبه منه بأسلوب مباشر لإعلام غيره كالكلام الصادر عن شخص مباشرة ، أو عن طريق الهاتف أو بإيفاد رسول أو بالكتابة سواء كانت عرفية ، رسمية ، خطية أو مرقونة ، مرسله أو معلنة في الصحف أو المنشورات . كما يكون التعبير صريحا أيضا باستعمال الإشارة الشائعة و المتعارف عليها كهز الرأس أفقيا بما يفيد الرفض أو عموديا بما يدل على القبول . وقد يكون التعبير صريحا أيضا باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على المقصود منه ، كوقوف سيارات الاجرة في المكان المعد لذلك أو عرض التاجر لبضاعته في المتجر و عليها ثمنها أو وضع آلة لسحب تذكار السفر... الخ

* /التعبير الضمني : يستفاد التعبير الضمني استنتاجا من أفعال يقوم بها الشخص لا تدل بذاتها أو لا تكشف بذاتها عن إرادة صاحبه . فالتعبير الضمني لا يقصد منه إيصال العلم مباشرة الى الطرف الأخر وانما يتبع صاحبه أسلوبا يدل بطريقة غير مباشرة عن المقصود منه ، كاستمرار بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الايجار فهو دلالة غير مباشرة عن عرضه تجديد عقد الإيجار و سكوت المؤجر يعد قبولا لذلك . وكذلك إذا قام الوكيل الذي لم يقبل الوكالة بشكل صريح بتنفيذها فهذه قرينة على قبولها بشكل ضمني .

وقد اشارت العبارة الأخيرة من نص 60 ق.م أن القانون قد ينص على أن لا يكون التعبير عن الارادة إلا صريحا كما هو الحال بالنسبة لتنازل المستأجر عن الإيجار أو تأجيله للعين المؤجرة من الباطن الذي لا يتم إلا بالموافقة الصريحة من المؤجر (م505) ، أو التضامن بين المدينين الذي لا يفترض و إنما يكون بنص القانون أو الاتفاق ، أو ان يفرض القانون أو يتفق المتعاقدان بوجه عام أن يكون العقد مكتوبا بشكل عرفي أو رسمي ، فالشكلية هنا تدل على التعبير الصريح فقط . ويلاحظ ان التعبير الضمني أو الصريح سواء و لهما نفس القيمة القانونية ولكن الأول غير قطعي الدلالة على المقصود مما يتيح إثبات عكسه .

***/السكوت :** يستحيل تصور السكوت بالنسبة للإيجاب الذي يعد عرضا من أحد المتعاقدين للآخر والذي له أن يقبل أو يرفض ذلك . أما إذا سكت هذا الأخير فهل يفسر سكوته على أنه قبول أم رفض لذلك العرض؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل لاشك أن السكوت يختلف عن تعبير الضمني حيث يعد هذا الأخير وضعا ايجابيا تستفاد منه ارادة المتعاقدين ، فيما يعتبر الاول موقفا سلبيا لا يدل على القبول أو الرفض لذلك يكون الأصل أن السكوت لا يعتد به للتعبير عن الإرادة، ولكن هناك من السكوت ما يمكن أن يفيد قبول صاحبه ، ويتدخل المشرع بالنص عن ذلك صراحة كما هو المال بالنسبة للمادة (م.355ق.م) التي تعتبر سكوت المشتري في البيع بالتجربة قبولا إذا انقضت المدة المتفق عليها أو تلك التي عينها البائع للتعبير عن رفض المشتري للمبيع صراحة ، أو بتحويل القاضي طبقا للمادة (68ق.م) سلطة تفسير السكوت الذي تحيط به ظروف و ملاسبات بما يفيد أنه تعبير عن القبول ما لم يتفق الطرفان على استبعاد السكوت كتعبير عن ذلك. و تشير المادة المذكورة إلى ثلاثة حالات تمثيلية لا حصرية :

1- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف الجاري أو غير ذلك ن الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب ممن وجه إليه في الوقت المناسب و مثال ذلك عدم اعتراض أو احتجاج العميل أي سكوته على بيان حسابه الجاري المرسل اليه من البنك حيث يعتبر قبولا له ، أو سكوت تاجر التجزئة على بيان الأسعار الجديدة المرفقة بالبضائع التي طلبها من تاجر الجملة .

2- إذا صدر من أحد المتعاقدين إيجاب جديد ذو صلة بتعامل سبق بينهما كان السكوت على الرد عليه قبولا ، و مثال ذلك سكوت تاجر الجملة عن طلب تاجر التجزئة سلعة اعتاد على طلبها منه حيث يعد قبولا في هذه الحالة.

3- إذا كان في الإيجاب مصلحة محضة لمن وجه إليه حيث يعتبر السكوت من قبل الموهوب له أو المستعير في عقد العارية المجانية قبولا.

إذن كلما صاحب السكوت ظروف تفيد رضا من وجه إليه الإيجاب كان قبولا ، و هذا تأكيدا لقول فقهاء الشريعة الإسلامية السكوت عند معرض الحاجة بيان " .

ثانيا : أثر التعبير عن الإرادة:

متى صدر التعبير عن الإرادة كان له وجود مادي أو فعلي أما وجوده القانوني فيتوقف على وصول التعبير إلى علم من وجه إليه. فإذا كان الطرفان في مجلس العقد أو عبرا عن إرادتهما بواسطة الهاتف تزامن الوجود الفعلي مع الوجود القانوني للتعبير عن الإرادة. أما إذا قاما بذلك عن طريق المراسلة أو عن طريق رسول أو بارسال برقية فإن الوجود القانوني يتراخى عن الوجود الفعلي و في هذا الشأن تقضي المادة 61 ق.م بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، و يعتبر وصول التعبير قرينة عن العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

ولا يشترط أن يكون العلم حقيقيا فقط بل يكفي أن يكون حكما كتلقي رسالة حتى ينتج التعبير أثره. فالتعبير عن الإرادة ليس مجرد واقعة مادية تفقر إلى تنظيم قانوني بل من شأنه ترتيب آثار قانونية سواء كان إيجاب أم قبول ذلك أن القانون يوفر الحماية القانونية لمن يتعامل مع المعبر عن إرادته ، تتمثل هذه الحماية في قيام مسؤولية هذا الأخير أي المعبر إن هو ألحق ضرر بالغير بسبب عدوله عن إرادته بعد وصول التعبير عنها إلى علم من وجه إليه . ونميز هنا بين ما إذا كان التعبير إيجابا أو قبولا:

فان كان التعبير عن الإرادة صادرا عن الموجب فإن أثره (صلاحيته) أي مفعوله لا يكون ساريا إلا بوصوله إلى علم الطرف الموجه إليه حيث يمكن للموجب أن يتراجع عن إيجابه برسالة او برقية قبل أو أثناء اتصال الإيجاب بعلم الموجه إليه مالم يكن الإيجاب ملزما كأن يكون مقترن بأجل مثلا .

أما إذا كان التعبير عن الإرادة قبولا فيتولد أثره متى اتصل بعلم الموجب إذ يستطيع القابل الرجوع في قبوله مادام أن الموجب لم يعلم بقبوله شرط أن يكون علمه بهذا الرجوع سابقا أو معاصرا لزمان اتصال القبول بعلم الموجب ، فإن حدث و اتصل القبول بعلم الموجب امتنع كلا الطرفين عن العدول و رتب التعبيران أثرهما وهو انعقاد العقد .

وان حدث ومات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فهل يحول هذا الحادث دون أن يرتب هذا التعبير أثره ؟

نصت المادة 62 ق م على أن وفاة المعبر عن الإرادة أو فقد أهليته قبل ان ينتج هذا التعبير اثره لا يمنع من ترتيب هذا الأثر متى اتصل بعلم من وجه اليه ، ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل .

ويستفاد من ذلك أنه إذا توفي من صدر عنه الإيجاب أو فقد أهليته قبل أن يصل الإيجاب إلى علم الموجبه اليه فان الإيجاب هنا في نظر البعض يرتب أثره بالرغم من ذلك متى اتصل بعلم من وجه إليه لأن ورثة الموجب أو نائبه يحلون محله في تلقي القبول، أي انه للقبول أن ينتج أثره باتصاله بعلم ورثة الموجب أو نائبه. ولكن الفقه الغالب يرى أن وفاة الموجب أو فقد أهليته قبل أن يرتب التعبير أثره تحول دون ترتيب هذا الاثر ، لأنه يستحيل أن ينتج القبول أثره كونه لا يمكن أن يصل إلى علم الموجب الذي توفي أو فقد أهليته.

أما إذا كان التعبير قبولا و مات القابل أو فقد أهليته قبل أن يصل هذا القبول إلى علم الموجب ، فإنه لا شك أن العقد ينعقد تماما لحظة وصول القبول إلى علم الموجب المادة 61 ق م ، حيث يلتزم بالتفويض ورثة القابل أو نائبه ما لم يتضح من طبيعة التعامل أو من عبارة الإيجاب أن الشخص القابل محل اعتبار كما لو كان فنانا أو طبيبا .

أما إذا توفي من وجه إليه الإيجاب قبل أن يصل إليه استحالة انعقاد العقد أصلا فلا يحل ورثته محله في تلقي الإيجاب و إصدار القبول.

أما إذا توفي القابل أو فقد أهليته بعد أن وصل الإيجاب إليه و لم يكن قد عبر عن قبوله فالأصح هو سقوط الإيجاب إذ لا يصح لورثته أو نائبه إصدار القبول الذي يعد رخصة شخصية لصاحبها فقط.

ثالثا : أشكال الإرادة : (الإرادة الظاهرة و الإرادة الباطنة)

تكون الإرادة في البداية مسألة داخلية حبيسة النفس إلى أن يقوم صاحبها بالكشف عنها بإكسئها مظهرا خارجيا عن طريق التعبير عنها بالكلام أو الإشارة أو الكتابة...لكن هذا التعبير قد لا يعكس بصدق تلك الإرادة الداخلية ، فهل يعتد هنا بالإرادة الباطنة أي الحقيقية التي تعد تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة أم يعتد بالإرادة الظاهرة (التعبير عنها) التي تتجاوب مع مبدأ استقرار المعاملات ؟

يرى أنصار الإرادة الباطنة (المدرسة الفرنسية) أو ما يسمى بالمذهب الشخصي أن الارادة هذه هي الاصل والجوهر ولا يعد التعبير عنها الا وسيلة للكشف عنها فهو لا يؤثر على ما تقصده لأنه مجرد قرينة بسيطة عن الإرادة الحقيقية الباطنة، فان اختلف التعبير عن الإرادة الباطنة بسبب عدم الاستعمال

الدقيق للألفاظ مثلا فيمكن للمعبر أن يثبت عكس ما جاء به التعبير أي يثبت إرادته الباطنة وقصدها لان العبرة بهذه الأخيرة لا بظاهرها .

أما أنصار الإرادة الظاهرة فيرون أن القانون ينظم السلوك الخارجي للأفراد و الشأن كذلك بالنسبة للإرادة الظاهرة وبالتالي تكون الإرادة الباطنة غير جديرة بهذا التنظيم إذ العبرة بالإرادة الظاهرة سواء تطابقت مع الإرادة الباطنة أو لم تتطابق .ولا يمكن إثبات الاختلاف بين الإرادتين لان التعبير عن الإرادة هو جسم هذه الإرادة وليس مجرد دليل عنها يقبل إثبات العكس .

و الواقع أنه يصعب إثبات الإرادة الباطنة حيث يؤخذ المتعاقد بإرادته الظاهرة كما أن الكتابة كوسيلة إثبات لا يجوز تقديم ما يثبت خلافها .

*موقف المشرع الجزائري:

أخذ المشرع الجزائري بالنظريتين الفرنسية (الإرادة الباطنة) ، و النظرية الجرمانية (الإرادة الظاهرة) كمكمل لهذا المبدأ . حيث نجده أخذ بالمذهب الشخصي في النصوص التالية :

المادة 81ق.م و ما يليها المتعلقة بعيوب الإرادة و المقصود منها حتما الإرادة الحقيقية الباطنة السليمة من تلك العيوب حيث يعتبر الغلط مثلا وهم يستقر في ذهن (نفسه) الشخص. كذلك تشترط المادة 97 ق.م ان يكون سبب العقد مشروعا و مشروعية السبب تتطلب البحث عن السبب الباعث على التعاقد و المادة 98 التي تدعو إلى البحث عن السبب الحقيقي متى ادعي بصورية السبب . كذلك المادة 111ق.م التي تلزم القاضي عند تفسير عبارات العقد الغامضة بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين.

كما اعتنق المشرع الجزائري المذهب المادي من خلال النصوص التالية :

المواد 59-60-61 التي تشير صراحة الى التعبير عن الارادة، و المادة 62 التي ترتب أثرا على التعبير عن الإرادة و لو مات المعبر عن إرادته أو فقد أهليته فالمهم اقتران هذا التعبير بعلم من وجه إليه بغض النظر عن الإرادة الباطنة . و المادة 111 التي تلزم القاضي بعدم الانحراف عن عبارات العقد متى كانت واضحة . و كذلك المادة 198 ق م التي تتيح لدائني المتعاقدين التمسك بالعقد الصوري و ليس الحقيقي متى كانوا حسني النية . و كذلك المادة 98 ق م إذ الأصل فيها أن السبب الحقيقي هو السبب المذكور في العقد.

الفقرة الثانية : تطابق إرادتي المتعاقدين

لا يكفي لانعقاد العقد صدور التعبير عن الإرادة من الطرفين بل يجب أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما بشكل متطابق وفقا لما نصت عليه المادة 59 ق. م .

أولاً : الإيجاب

هو العرض الذي يتقدم به شخص يعبر به على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين فينعقد العقد بمجرد اقتران القبول به .

1- شروط الإيجاب :

أ - أن يكون العرض الذي يتضمن الإيجاب مشتملاً على طبيعة العقد المراد إبرامه إن كان بيع أو إيجار أو شركة... الخ، وكذا المسائل الجوهرية و الشروط التي لا ينعقد العقد بدونها كالثمن و محل العقد و ذلك حتى يتمكن من وجه إليه الإيجاب من معرفة ما يعرض عليه بالضبط حيث يتم العقد بمجرد تطابق القبول مع هذا الإيجاب دون أن يزيد فيه شيئاً.

ب - أن يكون هذا العرض باتاً و بهذا المعنى يختلف الإيجاب عن الدعوة إلى التعاقد ، حيث يعبر الأول عن النية القاطعة لصاحبه في ترتيب أثر قانوني في حين أن الدعوة إلى التعاقد ليست قاطعة أو نهائية على اعتبار أنها مقترنة بمرحلة تليها تنفي عنها هذه الصفة وهي مرحلة التفاوض : مثلاً اللافتة المعلقة على بناية أو الإعلان المنشور في جريدة يدلان على الدعوة إلى التعاقد ، و هو ما يعني أن المبادر أو الداعي إلى التعاقد ليس دائماً موجبا حيث يمكن أن تكون المبادرة مجرد دعوة إلى التعاقد يليها التفاوض ثم يليها الإيجاب الذي قد يصدر ممن وجهت إليه الدعوة إلى التعاقد أو ممن دعا إلى التعاقد . المهم في ذلك أن يكون العرض الذي تقدم به المفاوض باتاً و متضمناً المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه فلا يكون مجرد اقتراح ، و كذلك إذا كان العقد مصحوباً بتحفظ فهو مجرد دعوة إلى التعاقد لأن الأمر يقتضي هنا التفاوض أيضاً .

و يتفق الإيجاب مع الوعد بالتعاقد (70-71ق.م) في أن كل منهما يهدف إلى انعقاد العقد و كلاهما يعلقان انعقاده على القبول ، و لكنهما يختلفان من حيث الطبيعة القانونية حيث يعتبر الإيجاب تعبيراً عن إرادة منفردة للموجب أما الوعد بالتعاقد فهو اتفاق إرادتين على إبرام عقد مستقبلي.

2- القيمة القانونية للإيجاب:

هل الموجب ملزم بالإبقاء على إيجابه قبل أن يتصل بعلم من وجه إليه، أم أن له مطلق الحق في العدول عن إيجابه؟

القاعدة أنه ليس للإيجاب قوة ملزمة لمصدره ما دام أنه لم يتصل بعلم من وجه إليه فلو كان الإيجاب رسالة بريدية كان له أن يستردها أو يرسل برقية تصل معها أو قبلها تتضمن عدوله، بل يمكن للموجب أن يرجع عن إيجابه ما دام أن هذا الإيجاب لم يقترن به قبول من وجه إليه . و مع ذلك يكون

الإيجاب ملزما و لو لم يتصل بعلم من وجه إليه و لكن الموجب حدد ميعادا للقبول حيث يلتزم بالإبقاء على إيجابه إلى حين انقضاء الميعاد المحدد المادة ، و في هذا الشأن تنص المادة 63 ق.م: "إذا عين أجل للقبول إلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى حين انقضاء هذا الأجل و قد يستخلص هذا الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة". فلا يكون للموجب في هذه الحالة أن يرجع عن إيجابه إلا بانقضاء الأجل المحدد أو بإعلان الموجب له رفض الإيجاب. أما إذا صدر القبول خلال الأجل المحدد انعقد العقد حتى لو رجع الموجب عن إيجابه. و الأجل الذي يحدده الموجب قد يكون صريحا أو ضمنيا كأن يعرض شخص على آخر بيع منزله بمبلغ محدد ويمنحه مهلة للرد. كما يمكن أن تدل ظروف الحال أو طبيعة المعاملات على وجود أجال للتعبير عن القبول كما هو الشأن بالنسبة للمتعاقدين الغائبين .

و أساس القوة الملزمة للإيجاب هو القانون الذي جسد في المادة المذكورة أعلاه الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام .

3- سقوط الأيجاب:

يقتضي المنطق وجود فترة ليست بالطويلة بالنسبة للموجب حتى لا يتضرر و من شأنها في الوقت نفسه أن تمكن من وجه له الإيجاب من التفكير و إصدار قبوله وذلك توفيقا بين مصلحة الطرفين. لذلك يمكن أن يسقط الإيجاب و يفقد قوته القانونية ، و يكون بالتالي غير ملزم فيتحلل الموجب منه دون أن يكون مسؤولا في الحالات التالية:

- إذا انقضى الأجل المحدد للقبول دون صدور القبول من الموجب له حيث أن هذا الأخير غير ملزم بالرد على الإيجاب، فيسقط الإيجاب الملزم دون حاجة لسحبه.

- و كذلك إذا رفض الموجب له الإيجاب ، الرفض يكون إما صريحا ، أو غير مباشر بتعديل الموجب له للإيجاب المعروض عليه أو تقدمه بالإيجاب المقابل.

- كما قد يسقط الإيجاب أيضا إذا كان غير ملزم في حالة عدول الموجب إذا لم يكن إيجابه مقترنا بأجل و لم يقترن به القبول أيضا و لو لم يكن مجلس العقد قد انفض ، وكذلك إذا انفض مجلس العقد دون أن يصدر القبول من الموجب له. أما إذا صدر قبول من وجه إليه الإيجاب بعد سقوطه فإن العقد لا ينعقد باقتران القبول بعلم الموجب و إنما يعتبر إيجابا جديدا .

ثانيا: القبول

القبول تعبير بات ايجابي صادر عن وجه إليه الإيجاب يفيد موافقته على العرض الذي تلقاه من الموجب بقصد انعقاد العقد بينهما . ويشترط في القبول ما سبق اشتراطه بشأن الإيجاب من حيث أشكال التعبير عن الإرادة و أثر التعبير عنها.

و الأصل أن للموجب له الخيار بين رفض أو قبول الإيجاب فلا يتحمل أية مسؤولية عن الرفض و لكن قد تقع عليه مسؤولية تفسيرية إذا تقدم الموجب بإيجابه بناء على دعوة سابقة ممن يفترض أن يصدر منه القبول . و لا بد أن يكون القبول مطابقا للإيجاب من الناحية الموضوعية لأنه لا يعدو أن يكون مجرد موافقة على ما تضمنه العرض الذي تقدم به الموجب و ما يحتويه من شروط دون تعديل أو زيادة أو نقصان أو تغيير في تلك الشروط ، و المقصود هنا التطابق الكلي ، فإن جاء التعبير في أحد هذه الأشكال كان رفضا ضمنيا و إيجابا جديدا و يمكن أن تتكرر المسألة حتى يصدر قبول مطابق للإيجاب مثال عرض شراء مسكن بئمن و تقديم عرض أقل من الثمن المقترح يعد ايجابا جديدا.

و قد نصت المادة 66 ق.م على أن: " لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا . " و مع ذلك يمكن أن يحصل اتفاق جزئي و هو ما أشارت إليه المادة 65 ق.م التي تقضي بأنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و احتفظا بالمسائل التفصيلية ليتفقا عليها لاحقا، و لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرما . و إذا ما قام خلاف حول تلك المسائل التفصيلية فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و أحكام القانون و العرف و العدالة". فالاتفاق الجزئي ليس معناه مطابقة القبول للإيجاب مطابقة جزئية و إنما هو اتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية مع وجود مسائل تفصيلية يُحتفظ بها لاتفاق لاحق في غياب اشتراط المتعاقدين أن عدم الاتفاق اللاحق لا يمنع قيام العقد ، فإن تار نزاع حول تلك المسائل يمكن للقاضي وفقا لسلطته التقديرية تفسيرها على أساس العرف و أحكام القانون و طبيعة المعاملة.

ثالثا : اقتران الإيجاب بالقبول

قد يتم العقد في مجلس واحد يضم كل من الموجب و الموجب له ، كما قد يتم بين متعاقدين يتواجدان في أمكنة مختلفة ، و هو ما يفيد في الحالة الأولى التعاقد بين الحاضرين و يدل في الحالة الثانية على التعاقد بين الغائبين.

1 - التعاقد في مجلس العقد بين الحاضرين:

تعرضت لهذا التعاقد المادة 64 ق.م التي تنص على أنه: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل. غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة الممتدة ما بين الإيجاب و القبول و كان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد".

إن يتم العقد بين الحاضرين فعلا أي اللذان يجمعهما مجلس واحد أو حكما كما هو الشأن بالنسبة للتعاقد بالهاتف في الوقت الذي يتصل فيه القبول بالإيجاب حيث يعتبر صدور القبول و العلم به من قبل الموجب و انعقاد العقد أيضا جميعها واقعة و حاصلة في نفس الوقت، لأن الأصل في القبول أن يصدر فوراً بعد الإيجاب في مجلس العقد ، فإن لم يصدر القبول فوراً بعد الإيجاب فللموجب أن يعدل عن إيجابه ما دام أنه لم يحدد أجلا للقبول . و استثناء من ذلك أجاز القانون أن يصدر القبول لاحقاً على صدور الإيجاب ما دام أن مجلس العقد و الإيجاب مازالا قائمين.

2 - التعاقد بين الغائبين :

إذا كان المتعاقدان متواجداً في أمكنة مختلفة أي غير حاضرين في مجلس العقد لا فعلاً و لا حكماً (عن طريق الهاتف) ، بل أنهما لجئاً إلى المراسلة أو الاستعانة برسول(و ليس نائباً) بما يفيد وجود مدة زمنية بين الإيجاب و القبول ، كان تعاقدًا بين غائبين . و لكن متى و أين ينتج التعبير عن الإرادة أثره؟ و هل يعتد تحديداً لذلك بوقت صدور القبول و مكانه أم بوقت و مكان العلم به؟

إجابة عن هذا التساؤل اقترح الفقه الأفكار التالية :

أ- فكرة إعلان القبول

يتم العقد وفقاً لهذه الفكرة التي تتذرع بسرعة المعاملات لاسيما التجارية منها بمجرد أن يعلن الموجب له قبوله للإيجاب الذي تلقاه باعتبار أن العقد ينعقد بصدور إيجاب و قبول متطابقين و لو لم يعلم الموجب بذلك القبول . و لكن أخذ على هذه الفكرة أن الموجب قد لا يعلم بصدور القبول بل أنه قد يرجع عن إيجابه قبل ذلك ما دام أنه ليس في إمكانه التحقق من قبولاً لموجب له . كما أن القابل قد يعلن قبوله ثم يراجع عنه قبل أن يصل إلى علم الموجب و هي حالات يستحيل فيها انعقاد العقد.

ب- فكرة تصدير القبول:

تتفق هذه الفكرة مع سابقتها من حيث المبدأ و تضيف شرطا آخر يتعلق بضرورة تصدير القبول بشكل قطعي لا يمكن للقابل أن يعدل فيه عن قبوله ، و يكون ذلك بتصدير أو ارسال الرسالة المتضمنة للقبول ، و لكن وصول الرسالة للموجب ليس أكيدا كما أنه يمكن لهذا الأخير الرجوع عن إجابته طالما أنه لم يعلم بالقبول بل يمكن أيضا للموجب له أن يرجع عن قبوله باسترجاع رسالته . إذن إضافة شرط أن لا يتمكن القابل من الرجوع عن قبوله بتصديره لهذا القبول لم تأت بما يجنب هذه الفكرة من الانتقاد لأنها أهملت علم الموجب بهذا القبول.

ج- فكرة تسليم القبول:

ينعقد العقد وفقا لهذه الفكرة بوصول القبول إلى علم الموجب و لو لم يعلم به ، إذ يعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به فوضع الرسالة مثلا المتضمنة للقبول في صندوق الموجب من شأنه أن يجعل العقد مبرما . و لكن الاستلام لا يكفي لأن يرتب هذا القبول أثره القانوني طالما أن الموجب لم يعلم به.

د- فكرة العلم بالقبول:

يتم انعقاد العقد طبقا لهذه الفكرة في الزمان و المكان اللذين يعلم فيهما الموجب بقبول القابل و هو ما أكدته المادة (67ق.م) : "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذان يعلم فيهم الموجب بالقبول.... و يعتبر هذا النص تطبيقا للمبدأ العام الوارد في المادة 61 قم : يرتب القبول 2نأثره باتصاله بعلم الموجب و يعتبر وصول القبول لعلم الموجب قرينة على ذلك". و يبقى العلم بالقبول مسألة باطنية تتيح للموجب إنكار ذلك بالرغم من وصول القبول إليه، و حتى يسهل على القابل اثبات علم الموجب بالقبول نقل هذا العبء على عاتق الموجب بوضعه قرينة على علم الموجب بالقبول .

• أهمية تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه :

- أ/ أهمية تحديد زمان انعقاد العقد: تظهر أهمية تحديد الوقت الذي ينعقد فيه العقد في أنه:
 - 1/ يمكن للموجب أن يرجع عن إجابته الذي لم يعين له أجلا مادام أن القبول لم يصل إليه .
 - 2/ كما أن زمان العقد يترتب عليه تحديد الوقت الذي يبدأ فيه تنفيذ الالتزام .
 - 3/ يساعد على تحديد أو احتساب مدد التقادم التي قد تسري من وقت انعقاد العقد مثلا : ترفع دعوى الاستغلال خلال سنة من يوم إبرام العقد و إلا كانت غير مقبولة(90 /2ق.م). و المادة 2/101 المتعلقة بتقادم دعوى عيوب الإرادة الأخرى .

4/ في عقد بيع المنقول يتم العقد وقت وصول القبول إلى علم الموجب وتكون ثمار المبيع له من ذلك التاريخ.

ب/ أهمية تحديد مكان انعقاد العقد:

- الأصل أن العقد يتم في المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول ويظهر أهمية ذلك من حيث تحديد المحكمة المختصة مثلا: الاختصاص المحلي المنصوص عليه في قانون الاجراءات المدنية و الإدارية التي تشير إلى مكان إبرام العقد لتحديد المحكمة المختصة.
- في مجال القانون الدولي الخاص, تسري على العقود قانون الإرادة فإن لم يوجد فقانون الجنسية المشتركة بين المتعاقدين و إلا فقانون الموطن المشترك لهما و إلا فقانون مكان إبرام العقد. كما أخضعت المادة 19 ق م شكل العقود بين الأحياء لقانون البلد الذي تمت فيه.

الفرع الثاني: الصور الخاصة للتراضي

1/ التعاقد بطريق المزايمة :

تنص المادة (69 ق.م): " لا يتم العقد في المزايمة إلا برسو المزاد و يسقط المزاد بمزاد أعلى ولو كان باطلا " .

فإن تم إقامة مزاد و عرضت فيه سلعة معينة قضاء أو اختيارا فان عرض السلعة في المزاد لا يعتبر إجابا بل أن الموجب هو من يتقدم بالسعر ويبيدي استعدادا لشراء السلع المعروضة .أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد على آخر عرض أو عطاء ، حيث كلما تقدم عطاء يزيد عن سابقه فان هذا الأخير يسقط ولو كان باطلا ، فإذا ما تقدم شخص مبيدا استعدادا لشراء البضاعة المعروضة ب10ملايين كان موجبا وان تقدم غيره ب 15 كان موجبا مسقط للإيجاب الأول ويتم العقد لصالحه بعد رسو المزاد وان تقدم شخص ثالث ب 20 مليون فان عرضه يلغي الإيجاب الأول ولو كان العطاء الذي يتقدم به الموجب الثاني باطلا، كأن يكون صادرا عن شخص لا يجوز له شراء البضاعة كالمحاميين والقضاء الذين يمنع عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها أمام المحكمة التي يعملون بدائرة اختصاصها (م 402 ق.م)

2/ التعاقد بالإذعان :

سبق أن قسمنا العقود الى عقود المساومة وعقود الإذعان التي يضع فيها احد المتعاقدين شروط للعقد يقبلها المتعاقد الآخر جميعها أو يرفضها نظرا لاحتكار الأول لخدمة أو سلعة معينة، لذلك يكون قبول الطرف المذعن أي الضعيف رضوخا و تسليما بتلك الشروط أكثر من كونه رضاء كاملا .

وقد نصت 70ق.م على أن : " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم بالشروط المقررة التي يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها " كعقود شركات الغاز والكهرباء عقود النقل عقد الاشتراك في الهاتف ...

إذن في هذه العقود يصدر الإيجاب عن مقدم السلعة أو الخدمة الذي يضع شروط العقد أما القبول فيصدر عن الطرف المذعن الذي يتم بانصياعه لتلك الشروط دون مناقشة .

ومع ذلك يوفر القانون حماية للطرف المذعن الضعيف في هذه العلاقة التي لا يشوبها إكراه لأن المذعن قبل بمحض إرادته الإقبال على التعاقد وما يتضمنه من شروط ، ونصت المادة (110 ق.م) :إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو ان يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق يقضي على خلاف ذلك". وطبقا لهذا النص يمكن للقاضي أن يلغي الشروط التعسفية إذا بلغت حدا كبيرا من التعسف فيعتبر العقد قائما من دونها، كما له أن يعدلها بما لا يرهق الطرف المذعن و لا يجوز للطرف القوي أن يشترط على المذعن إسقاط حقه في ذلك .

كما أن تفسير عقود الإذعان يأخذ في الحسبان مصلحة الطرف المذعن حيث أن الأصل هو أن يؤول الشك لمصلحة المدين إذا كانت عبارة العقد غامضة طبقا للمادة 112ق.م ، لكن في عقود الإذعان لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة ضارا بمصلحة الطرف المذعن حيث يؤول الشك لمصلحته دائما كان أو مدينا. مثلا: في عقد التأمين يفسر الشك لمصلحة المؤمن له وهو الدائن لشركة التأمين بمبلغ التأمين الذي يدفع له كتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب وقوع الحادث المؤمن منه.

إذن القبول في عقود الإذعان صحيح بمجرد التسليم بشروطها مع بقاء حق الطعن/ للتظلم منها لصالح الطرف المذعن و حماية له .

3/ الوعد بالتعاقد :

الوعد بالتعاقد عقد يلتزم من خلاله شخص يسمى الواعد بقبول إبرام عقد آخر مستقبلي مع شخص آخر يسمى الموعود له إذا ما أظهر هذا الأخير إرادته في التعاقد خلال فترة معينة ، كأن يعد شخص آخر ببيع منزله بمبلغ معين إذ أبدى الأخير رغبته في الشراء خلال شهر مثلا، فإذا قبل الموعود له هذا الوعد فينعتد بين الطرفين عقد وعد ببيع بالتعاقد وهو هنا عقد وعد بالبيع وقد يكون وعدا بالشراء ، أو كأن يؤجر مالك العين المؤجرة لمن يتعهد بشرائها بثمن معين إذا أراد المالك بيعها خلال مدة الإيجار .

وحتى يكون الوعد بالتعاقد صحيحا لا بد أن تتوافق إرادتي الواعد والموعود له، وهو يختلف عن الإيجاب لأن الوعد بالتعاقد إيجاب وقبول مطابق له. كما يعتبر الوعد بالتعاقد عقدا تبادليا وملزم لجانب واحد هو الواعد كقاعدة عامة ، فإذا لم يبد الموعود له نيته في التعاقد خلال المدة المحددة سقط الوعد بالتعاقد وفي المقابل تجد هذا الأخير أي الموعود له لا يتحمل أي التزامات .

ومع ذلك قد يكون الوعد بالتعاقد ملزما لجانبين حينما يكون كلا الطرفين واعدا و موعود له في الوقت نفسه كأن يعد شخص شخصا آخر يبيع شيء معين بثمن معين إن رغب في الشراء مستقبلا خلال فترة محددة وفي نفس الوقت يعد الشخص الآخر الشخص الأول بشراء ذلك الشيء منه إن هو أظهر رغبته في بيعه خلال تلك المدة فكل من البائع والمشتري مستقبلا هما واعد وموعود له في الوقت نفسه.

ويجب أن يكون الوعد بالتعاقد سليما و مشروعاً من حيث أركانه : الرضا و محل و السبب إلى جانب توافر الأهلية في الواعد إن كان الوعد بالتعاقد ملزماً لجانب واحد في حين أن الموعود له لا يشترط أهليته إلا في وقت إبرام العقد المستقبلي الموعود به ، فالواعد بالبيع لا بد أن تكون أهليته كاملة في حين أن الموعود له لا تلزمه أهليته الشراء إلا لحظة إظهار رغبته في الشراء .

كما يجب أن يحتوي الوعد على طبيعة العقد المستقبلي إن كان بيعاً، شركة، إيجار إلى جانب تحديد المسائل الجوهرية للعقد مثلا في عقد الإيجار يُحدّد مقابل الإيجار، العين المؤجرة، مدة الإيجار. وقد أكدت على هذا الشرط المادة 1/71 ق.م بقولها: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له اثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها".

و يجب أيضا أن يتضمن الوعد بالتعاقد تحديدا للمدة التي يتوجب خلالها إبرام العقد المستقبلي، وهذه المدة قد تكون صريحة كما قد تستفاد ضمنا .

و ينطبق على الوعد بالتعاقد الشكل نفسه الذي يتطلبه العقد المستقبلي فان كان هذا الأخير من العقود الشكلية كالرهن أو عقد بيع عقار وجب أن يأخذ الوعد بهذا البيع الشكل نفسه. وقد ذكرت ذلك مادة 2/71 ق.م بقولها: "إذا اشترط القانون لتام العقد، استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

* الأثار المترتبة عن الوعد بالتعاقد :

إذا كان الوعد ملزم لجانب واحد يلتزم الواعد بالإبقاء على وعده إلى أن يعلن الموعد له رغبته في التعاقد خلال المدة المحددة في الوعد ، أما في الوعد الملزم لجانبين فبحلول الأجل المحدد لإبرام العقد النهائي يلتزم الطرفان بإبرامه . و يتميز بين مرحلتين :

مرحلة ما قبل إعلان رغبة الموعد له في التعاقد في العقد الملزم لجانب واحد خلال المدة المحددة في الوعد و قبل حلول الأجل في الوعد الملزم لجانبين يتحمل الواعد التزاما شخصيا فقط اتجاه الموعد له ، حيث تعود ملكية الشيء الموعد به إلى الواعد فيمكنه أن يتصرف فيه للغير و ليس للموعد له إلا المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر ، كما يتحمل الواعد خلال هذه الفترة تبعه هلاك الشيء الموعد به ، و ينتقل الحق الشخصي أي التزام الواعد خلال تلك الفترة إلى الخلف العام طبقا للمادة 108 ق م .

أما عند إظهار رغبة الموعد له في الوعد الملزم لجانب واحد أو عند حلول الأجل في الوعد الملزم لجانبين فيجب على الطرفين إبرام العقد النهائي دون حاجة لإجراء جديد كون الوعد يأتي مشتملا على جميع العناصر الجوهرية للعقد بما في ذلك الشكل إن كان له وجه . أما إذا رفض أحد الأطراف إبرام العقد فيمكن للطرف الآخر أن يجبره على ذلك عن طريق رفع دعوى صحة التعاقد التي إذا صدر حكم نهائي بشأنها يقضي بذلك كان هذا الحكم بمثابة العقد النهائي شرط أن يكون الوعد قد اتخذ الشكل الذي يتطلبه العقد النهائي فإن كان محل العقد عقارا وجب تسجيل الحكم لنقل الملكية إلى المشتري المادة 72 ق م .

4/ النيابة في التعاقد :

تقضي النصوص المتعلقة بالتعبير عن التراضي بأن يكون الطرفا العقد أصيلا عن نفسيهما في التعاقد، لذلك يمكن تصور أن ينيب أحدهما أو كليهما أشخاصا آخرين يسمون النائب في التعاقد لنكون أمام التعاقد بالنيابة الذي تناولته المواد 73 إلى 76 ق م . والتعاقد بالنيابة يقتضي وجود إرادتين إرادة النائب و إرادة الأصيل ، حيث أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل في التعبير عن الإرادة، فتكون إرادة النائب محل اعتبار بالنسبة لعيوب التعبير عن الإرادة أما أثار الالتزام فتتصرف للأصيل الذي يجب أن يكون متمتعا بالأهلية التي يتطلبها العقد الذي يبرمه نائب لمصلحته .

و النيابة بوجود عام هي ان تحل ارادة النائب محل ارادة الأصيل بغرض إنشاء تصرف قانوني تؤول اثاره إلى ذمة هذا الأخير حيث يعتبر النائب طرفا في التصرف ولكنه ليس كذلك في العلاقة (الأثار) التي تنشأ عن هذا التصرف .

واللجوء الى النيابة في التعاقد تمليه ظروف كالسفر أو مرض الخ ، كما قد يكون السبيل الوحيد للتعاقد كما هو الحال بالنسبة للمميز أو عدم التمييز أو المجنون الذين لا بد أن يحل محلهم من ينوب عنهم قانونا .

والنيابة نوعان: نيابة اتفاقية وأخرى قانونية : أما النيابة الاتفاقية فهي التي تجعل إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل بمقتضى عقد الوكالة الذي يجمعهما و الذي نظمه المشرع ضمن المواد 589/571 ق.م ، فيها تكون النيابة قانونية حينما يكون للنائب سلطة التعاقد بمقتضى القانون كالولاية أو الوصاية أو القوامة على القصر أو المحجور عليهم . تكون النيابة قضائية غذا ما خول القانون للقاضي سلطة تعيين النائب كالقيم وحارس القضائي .

* شروط النيابة :

1- حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل :

هذا الحلول هو جوهر الاختلاف بين النائب والرسول الذي يقتصر دوره على نقل إرادة مرسله إلى المتعاقد الآخر في التعاقد بين الغائبين ، أما النائب والمتعاقد معه فهو تعاقد بين حاضرين يجمعهما مجلس العقد الواحد المهم أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل فيما يكون التعبير عن الإرادة صادرا عن النائب نفسه وليس الأصيل . لذلك تكون إرادة النائب محل اعتبار حيث لا بد أن تكون خالية من عيوب الإرادة و إلا كان العقد قابلا للإبطال و كذلك الحال بالنسبة لسوء النية أو حسنها أي العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما و في هذا السياق جاء نص المادة 1/73 .

أما اذا كان النائب يتصرف طبقا لتعليمات محددة تلقاها من الأصيل فانه يعتد بإرادة و نية هذا الأخير حيث تنص المادة 2 /73 ق.م على أنه إذا كان النائب وكيفا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صادر من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها، مثال ذلك من يوكل شخصا بشراء منقول معيب يعلم الموكل بعيبه ويجهله النائب.

ويشترط أن يكون النائب مميزا فقط لان أثار التصرف أو العقد تتصرف إلى ذمة الأصيل الذي يجب أن يتمتع بالأهلية المطلوبة للعقد الذي يبرمه النائب لحسابه .

2- تعاقد النائب باسم ولحساب الأصيل :

لابد في النيابة أن يكون تصرف النائب باسم الأصيل ولحسابه وذلك حتى تتصرف آثار العقد الى هذا الأخير .

و لابد وفقا للمادة 75 ق م أن يعلم المتعاقد معه أنه يتعاقد مع النائب الذي يتصرف باسم الأصيل و لحسابه الخاص ، وهذا العلم قد يكون بتصريح من النائب أو قد يستفاد من ظروف الحال - كالمستخدم في محل التجاري - التي تدل على أن المتعاقد معه كان يعلم حتماً مع نائب الأصيل و أن لا يكون لدى المتعاقد معه فرق في التعاقد مع أي منهما .

3- عدم تجاوز حدود النيابة:

وفقا للمادة 74 ق.م لا يجوز للنائب الخروج عن حدود النيابة اتفاقية كانت أم قانونية و إلا لم تتصرف آثار العقد إلى الأصيل ما لم يجزها و يكون للمتعاقد معه الرجوع بالتعويض على النائب مما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ العقد على الوجه المتفق عليه ولكن يرد على هذه القاعدة استثناء .

- حالة استمرار النائب في التصرف باسم الأصيل بالرغم من انقضاء النيابة وكان النائب والمتعاقد معه حسني النية (جاهلان لانتهائها كما في حالة موت الموكل) فإن آثار العقد تتصرف إلى الأصيل أو ورثته حماية الغير حسن النية و ضمانا لاستقرار المعاملة وذلك لطبقا م 76 ق.م .
- حلة تعذر إخطار الوكيل للموكل مسبقا عن تجاوز حدود الوكالة و دلت الظروف على أن الموكل ما كان إلا لينجز هذا التجاوز لو أخطر به ، و لكن لا بد من إعلامه بذلك لاحقا من قبل النائب.

*آثار النيابة :

- 1- بالنسبة للأصيل يكون العقد الذي أبرمه النائب باسمه نافذا في حق الأصيل فيتحمل ما ينتج عن العقد من التزامات وحقوق في مواجهة المتعاقد معه مباشرة (م74)
- 2- وبالنسبة للنائب فانه لا يلتزم ولا يكتسب حقا في النيابة ، ويكون ملزما بالتنفيذ إذا كان نائبا في التنفيذ فضلا على كونه نائبا في التعاقد .
- 3- بالنسبة للغير المتعاقد معه يتحمل الالتزامات ويكتسب حقوقه مباشرة في مواجهة الأصيل ، و يمكن للمتعاقد معه استعمال دوى المسؤولية التصديرية اتجاه النائب ان هو ارتكب خطأ أثناء التعاقد.

* حكم تعاقد الشخص مع نفسه

يمكن أن يأخذ هذا التعاقد صورتين : إما أن يكون الشخص نائبا عن الغير وأصيلا عن نفسه كمن يشتري شيئا لنفسه وكُل في بيعه ، أو أن يكون الشخص نائبا عن طرفي العقد فتحل إرادته محل إرادتها معا ، وقد نصت المادة 77 ق.م على عدم جوازية هذا التعاقد إلا في حالة صدور موافقة مسبقة من الأصيل عن ذلك أو إجازة لاحقة منه بعد الاتفاق . كما قد يكون ذلك جائزا وفقا لمقتضيات التجارة ، كما هو الشأن بالنسبة للوكيل بالعمولة الذي يبرم العقد عن طرفيه معا أو إذا نص القانون على جوازية ذلك كما هو الحال بالنسبة للولاية على المال حيث يمكن للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم ابنه القاصر (هبة أب لقاصر).

المطلب الثاني: صحة التراضي

الرضا ركن العقد الأساسي إذا تخلف بطل العقد ، وحتى يكون الرضا سليما وصحيحا لا بد ان يكون صادرا عن ذي أهلية وان تكون إرادته خالية من العيوب الغلط ،التدليس،الإكراه والاستغلال .

الفرع الأول: الأهلية

تنقسم الأهلية إلى أهلية وجوب وأهلية أداء ، أما أهلية الوجوب فهي صلاحية الشخص لأن يكتسب حقوقا ويتحمل التزامات ، أما أهلية الأداء فهي صلاحيته لإجراء التصرفات القانونية بنفسه وما يترتب عنها من الحقوق والالتزامات .

وجوهر أهلية الأداء هو التمييز بحيث أن فقدان التمييز أو قلته يؤثران على اكتساب أو اكتمال الأهلية ، والتمييز بدوره يرتبط بالسن من جهة و بما يمكن أن يعترضه من جهة أخرى.

أولا/ السن :

تدرج أهلية الأداء التي مناطها التمييز والإدراك والتقدير بتدرج السن ، ويمكن الإشارة هنا إلى المراحل التالية:

1 - مرحلة الجنين:

تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا حيث تثبت له أهلية الوجوب كاملة (م 25 ق.م) ومع ذلك اعترف المشرع استثناءا ببعض الحقوق للجنين قبل ولادته (م 25/6) و من بين هذه الحقوق: الحق في النسب(م40ق.الأسرة) ،الحق في الإرث(م128 ، 173 ق.الأسرة) الحق في الوصية كونه موصى له (127ق.الأسرة) أو موهوبا له (م 209/ق.الأسرة) ، ويمكن أن يكون منتفعا من اشترط لمصلحة الغير (م118ق.م) . وبذلك تكون للجنين أهلية وجود ناقصة (فقط اكتساب ما ينفعه نفعاً محضاً) وغير قطعية

كون استقرارها معلق على ولادته حيا، فإن ولد كذلك تثبت له هذه الحقوق منذ أن كان جنينا ، وإن ولد ميتا فكأنه لم يكن ولم تتقرر له أية حقوق فيرد ما احتفظ به إلى أصل التركة ويقسم على ورثة المورث الأصلي.

2 - مرحلة الصبي غير المميز:

تنص المادة (42ق.م) على أن لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. ويعتبر غير مميز من لم يبلغ 13 سنة. فكل من لم يبلغ هذه السن يعتبر فاقدا للتمييز وبالتالي منعدم لأهلية الأداء فلا يمكن له مباشرة التصرفات القانونية ولو كانت نافعة له نفعا محضا ، فان قام هو بذلك كانت تصرفاته باطلة (م82ق.الأسرة). لذلك ينوب عنه وليه أو وصيته طبقا للمادة (44 ق.م) م 81 من ق الأسرة..

3 - المرحلة الصبي المميز:

لم يتعرض القانون المدني لحكم تصرفات هذا الصبي بل اقتصرت المادة 43 منه على اعتباره ناقص الأهلية : "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد يكون ناقص الأهلية". إذن الصبي المميز ناقص الأهلية هو من يتراوح سنه بين 13 و 19 سنة ، ويكون حكم تصرفاته ما نصت عليه م 83 من. ق. الأسرة بقولها من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 ق.م تكون تصرفاته نافذة ، إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به ، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر .

معنى ذلك أن تصرفات الصبي المميز النافعة صحيحة أما الضارة منها فباطلة ، أما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر فتكون صحيحة ولكن قابلة للإبطال لمصلحة القاصر دون المتعاقد الآخر أي أن الأصل في هذه التصرفات أنها صحيحة ولكنها تكون قابلة للإبطال: * إذا لم يجزها الولي أو الوصي قبل بلوغ الصبي سن الرشد، كذلك إذا تمسك هذا الأخير بحق لطلب الإبطال بعد بلوغه سن الرشد طبقا للمادة (83ق.أ) . * إذا تمسك الصبي المميز بحق الإبطال (بعد بلوغ سن الرشد 19 سنة طبقا للمادة 101 ق.م) : يسقط حق طلب إبطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات، ويبدأ حساب هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، أي 5 سنوات من يوم بلوغه سن الرشد .

* **ترشيده الصبي غير المميز:** تقضي (م 84ق.أ) بأنه : " يمكن للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف كليا وجزئيا في أمواله بناء على طلب ممن له مصلحة ، وله الرجوع في الإذن اذا ثبت ما يبرر عكس ذلك". ولكن كيف يصبح عديم التمييز مرشدا بين عشية وضحاها؟ من الأفضل وضع سن

قابلية للترشيد (16 سنة) حتى يكون عديم التمييز قد مر بمرحلة معينة للتمييز (من 13-16) فيكون له الحق بعد ذلك في طلب الترشيد وفي انتظار ذلك يبقى للقاضي سلطة تقديرية حول ترشيد الصبي المميز.

4 - مرحلة البالغ الرشيد:

تنص المادة 40 من ق.م.ع على أن كل من بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد 19 سنة كاملة".

إن ببلوغ 19 سنة يفترض القانون أن الشخص اكتمل نضجه و استجمع جميع عناصر التمييز التقدير مما يخوله القيام بجميع التصرفات القانونية ، و لكن لا بد أن يكون متمتعاً بكامل قواه العقلية و سليماً من الجنون و العته السفه و الغفلة. فإذا بلغ 19 سنة و ظل مجنوناً أو معتوها استمرت الولاية أو الوصاية عليه بطلب من وليه أو وصيه . أما إذا لم يكن له ولي أو وصي قبل البلوغ وظل غير متمتعاً بقواه العقلية بعد البلوغ أو كان متمتعاً بها و لكن بعد بلوغه طرأت عليه إحدى تلك الحالات و جب تعيين مقدم أو قيم بعد الحجر عليه (م101ق.أ وما يليها).

ثانياً: عوارض الأهلية:

نميز بين العوارض المعدمة للأهلية ، والعوارض المنقصة لها .

1- العوارض المعدمة للأهلية : فاقد الأهلية

تنص المادة 42 ق.م.ع على أنه لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز....لعته أو جنون. ويعتبر العته و الجنون عارضان للأهلية.

أما الجنون فهو مرض يصيب العقل و يفقده التمييز و الإدراك فلا تكون أقوال صاحبه و لا أفعاله محل اعتبار. أما العته فهو ضعف العقل و اختلاله بشكل يقل معه فهم الشخص و يختلط كلامه دون أن يصل إلى درجة الجنون. و المادة المذكورة تساوي بين المجنون و المعتوه و بين الصبي غير المميز من حيث انعدام الأهلية. كما يوقع عليهما الحجر طبقاً للمادة 101 ق.أ ، و يعين مقدم لهما تبعاً لذلك. أما تصرفاتهما فهي باطلة بطلان مطلق لانعدام الرضا م85ق.أ: "عتبر تصرفات المجنون و المعتوه غير نافذة إذا صدرت في حال الجنون أو العته". لكن المادة 107 ق.أ فصلت في هذا الحكم و ميزت بين التصرفات التي تقع قبل صدور الحكم بالحجر فتكون صحيحة ، و لكن إذا كانت حالة الجنون بادية و ظاهرة فإنها تكون باطلة، و بين التصرفات التي تقع بعد صدور الحكم بالحجر فإنها تكون باطلة بطلان مطلق.

2 - العوارض المعدمة للأهلية:

بالرجوع للمادة 43 ق. م يعتبر السفه و ذو الغفلة ناقصي الأهلية كالصبي المميز أما السفه هو من يبذر ماله و يبده على خلاف ما يقضي به العقل و الشرع. و أما ذو الغفلة فهو شخص لا تلحقه إصابة عقلية بل نقص في الملكات النفسية، يحمل الشخص على سوء التقدير و التمييز بين الربح و الخاسر من التصرفات فيندفع في معاملاته بسهولة و يغبن . و المادة 43 تساوي بين السفه و ذي الغفلة و بين الصبي المميز من حيث اعتبارهم ناقصي الأهلية و تصرفاتهم تكون صحيحة و لكن قابلة للإبطال طبقا للمادة 101 ق.م التي تخول الحق في طلب الإبطال خلال 5 سنوات من زوال العارض السفه أو الغفلة. و لكن بالرجوع لقانون الأسرة نجده من جهة لم يشر تماما لحكم تصرفات ذي الغفلة و لكن إعمالا للقياس بينه و بين السفه نجد أن تصرفاتهما تكون صحيحة قبل الحجر إلا إذا كانت حالة السفه أو الغفلة بادية فتكون باطلة ، وكذلك تكون باطلة بطلان مطلق بعد الحجر .

و فضلا عن هذه العوارض هناك ما يعرف بموانع الأهلية حيث يكون الشخص كامل الأهلية متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه و لكنه تتعقبه ظروف مادية كالغيبه أو فقدان حيث ينوب عنه قيم (مقدم) المادة 109 ق.أ ، أو ظروف قانونية في حالة الحكم على شخص بعقوبة جنائية فيعين له قيم المادة 9 مكرر ق. العقوبات ، أو ظروف طبيعية و يتعلق الأمر هنا بذوي العاهتين طبقا للمادة 80 ق.م و تكون تصرفاته قابلة للإبطال إذا :

- اجتمعت عاهتين من العاهات الثلاث (صم, بكم, عمى)
- تعذر التعبير عن الإرادة بسببهما
- أن يكون التصرف محل طلب إبطال من بين التصرفات التي حددتها المحكمة.
- أن يقوم ذو العاهتين بذلك التصرف منفردا دون حضور المساعد القضائي بعد تسجيل قرار المساعدة.

الفرع الثاني: عيوب الرضا

يكون رضا أحد المتعاقدين ناقصا غير منعدم إذا ما شابه غلط أو تدليس أو إكراه أو غبن ، فيكون العقد صحيحا و لكن قابل للإبطال .

أولا / الغلط :

الغلط وهم ينشأ في ذهن المتعاقد فيصور له الأمور على غير حقيقتها مما يدفعه إلى التعاقد. و يأخذ المشرع الجزائري متأثرا بالفقه الفرنسي الحديث بالمعيار الذاتي في الغلط القائم على أساس وجود

غلط جوهرى يكون هو الدافع بأحد المتعاقدين إلى التعاقد ، و معنى ذلك أن الغلط الذي يكون من شأنه جعل العقد قابلا للإبطال هو الذي يبلغ حدا من الجسامه بحيث يجعل التعاقد الذي وقع فيه يمتنع عن إبرام العقد لو انه كان يعلم عند التعاقد حقيقة ما وقع فيه من غلط. اذن يقوم المعيار الذاتى للغلط على ما يراه المتعاقد جوهريا أو ما يجب أن يراه كذلك ، سواء وقع الغلط في ذات الشيء أو في صفة من صفاته او في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته . المهم ان يكون هذا الغلط هو الدافع الى التعاقد و بهذا المعنى نصت المواد 81 و 82 ق.م . مثال: الغلط في صفة جوهرية للشيء كشرائه على انه تحفة اثرية ثم يظهر أنه مزيف. الغلط في شخص المتعاقد قد يكون خاصة في العقود القائمة على الاعتبار الشخصى كعقود التبرع (الهبة)، و بعض عقود المعاوضة (عقد الشركة) .

و هناك ايضا الغلط في قيمة الشيء إذا ظهر أن القيمة التي تعاقد عليها المتعاقد أكثر مما كان يعتقد مثلا: شخص يبيع سندات بقيمة و هو يجهل أن قيمتها قد زادت او حصول الدائن على شيء مقابل دينه ظنا منه أنه يساوي قيمة هذا الدين.

و كذلك هناك الغلط في الباعث حيث هناك السبب المباشر و السبب الباعث و الغلط في هذا السبب, لا بد أن يكون جوهريا أي أن يكون هو الدافع للتعاقد حتى يكون العقد قابلا للإبطال مثلا: شراء أب هدية لابنه ظنا منه أنه نجح ثم يتضح أنه أخفق أو استئجار موظف لمنزل في مدينة ظنا أنه نقل إليها ثم يظهر أنه ظل في مكانه و لم ينتقل. وأهم انتقاد وجه إلى هذا الغلط انه يؤدي الى زعزعة المعاملات و انعدام الثقة لذا يجب تقييده.

وزيادة عن جوهرية الغلط هناك من الفقه من يرى أنه يجب أن يكون كلا المتعاقدان قد وقعا في الغلط لضمان استقرار المعاملات و لا يفاجئ المتعاقد الآخر بدعوى إبطال العقد . في حين أن المشرع الجزائري قد أخذ بالاتجاه الذي يكتفي بأن يكون أحد المتعاقدين قد وقع في غلط دفعه للتعاقد ليطالب بإبطال العقد و لو كان المتعاقد الآخر حسن النية او غير واقع في الغلط ، فهو يأخذ بالغلط الفردي المحض. و بالرغم من ذلك يمكن للمتعاقد الآخر إذا كان حسن النية و مستعد لتفادي ما وقع فيه من تعاقد معه من غلط أن يسعى لتنفيذ العقد دون أن يحق للمتعاقد الأخير الإصرار على طلب الإبطال للغلط و إلا كان متعسفا حفي استعمال الحق(124 مكرر ق.م) .

* الغلط في القانون و الغلط المادي:

نصت المادة 83 ق.م على الغلط في القانون بالقول " أن يكون العقد قابلا للإبطال للغلط في القانون إذا توافرت شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و 82 ما لم يقض القانون بغير ذلك " .

و الغلط في الواقع يكون في الشيء محل التعاقد أو في الشخص المتعاقد معه، أما الغلط في القانون و الذي لا بد أن يكون جوهريا فهو فهم النص القانوني على غير حقيقته مثال ذلك بيع الزوج الوارث لزوجته من دون أولاد لحصته في الميراث ظنا منه أنها في حدود الربع و هي في الحقيقة النصف ، و كذا هبة الزوج لزوجته المطلقة ظنا منه أنها لا تزال في عدتها ، فهي أغلاط في القانون تجعل التصرف قابلا للإبطال. و الغلط في القانون ليس جهلا به لأن هذا الأخير هو انعدام العلم بالقانون أم و هو ليس عذرا والهدف منه التهرب من القانون. أما الغلط في القانون فهو علم خاطئ بالقانون و هو عذر يرمي إلى التطبيق الصحيح للقانون .

أما الغلط المادي فيكون في حالة ما إذا اقتصر الغلط على الحسابات أو في الكتابة حيث يبقى العقد سليما غير قابل للإبطال ، و يكفي التصحيح لتلك الأخطاء المادية و ذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات. المادة 84 ق م.

ثانيا / التدليس :

نصت عليه المادة 86 ق.م و التدليس هو استعمال طرق احتيالية من شأنها إيهام شخص بغير الحقيقة لخداعه و دفعه إلى التعاقد ، و هذا يعني أن التدليس هو وهم ينشأ بفعل شخصي آخر عكس الغلط الذي يعتبر وهما ناشئا دون تدخل أي شخص.

أ - عناصر التدليس:

يضم عنصران :

1- العنصر المادي: يقصد به استعمال طرق احتيالية و هي وسائل أو مظاهر تؤدي إلى خداع المتعاقد و تضليله ، و مثالها انتحال شخصية أو صفة للغير أو التظاهر بالملاءة أو تقديم وسائل مزورة لكسب ثقة الغير أو التصريح ببيانات كاذبة . ولا يشترط في الحيل أن ترقى إلى درجة جريمة النصب في القانون الجنائي من حيث كونها مادية و ملموسة و إنما يكفي أن تكون الحيل هي الدافع إلى التعاقد و لو كانت كذبا و إن كان الأصل أن الكذب لا يرقى إلى التدليس إذا كان من السهل تبيّنه، مثال: مبالغة تاجر في جودة بضاعته و لكن صعوبة اكتشافه و كونه الدافع إلى التعاقد يجعله تدليسا كإعطاء بيانات كاذبة لدى شركة التأمين.

كما يعتبر السكوت كذلك تدليسا إذا التزم المدلس الصمت حول واقعة أو ملابسة جوهرية في العقد كبيع سيارة مثقلة برهن دون إعلام المشتري بذلك، أو أن يكتّم المؤمن علي حياته مرضا لو علمت به شركة التأمين لما أبرمت العقد معه.

2 - العنصر المعنوي: كون التدليس خطأ عمدي لا بد أن تكون في المتعاقد المدلس نية التضليل، أما إذا قام الشخص بعمل دون أن تكون له نية تغليب الآخر فهو ليس مدلساً و ما على الضحية إلا اللجوء إلى الإبطال على أساس الغلط . و يجب أن تكون الطرق الاحتمالية هي الدافع إلى التعاقد . كما يشترط في التدليس أن تكون الطرق الاحتمالية صادرة من المتعاقد أو نائبه أو على الأقل أن يكون عالماً بها أو من المفروض أن يعلم بها ، فإذا كانت الطرق الاحتمالية من فعل الغير فلا يحق للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس ، مثلاً سمسار يلجأ إلى طرق احتمالية لدفع المشتري لشراء منزل فالبائع الذي لا يعلم بها و لم يكن من المفروض حتماً أن يعلم بها لا يعطي الحق للمشتري في طلب الإبطال بالتدليس بل يكون له الحق بطلب التعويض من السمسار ، كما يمكنه بناء دعوى الإبطال و لكن على أساس الغلط إذا كان تدليس السمسار بلغ حداً من الجسامه بحيث لولاها لما أبرم المشتري العقد.

هل يعني الغلط عن التدليس؟

ما دام أن التدليس يقتضي إيقاع المتعاقد في غلط فهذا يعني أن التدليس ما هو إلا صورة من صور الغلط ، مما يفهم معه أن الغلط يعني عن التدليس حيث يمكن استعمال الغلط لبناء دعوى الإبطال بدلاً من التدليس ، و لكن لا يمكن استعمال التدليس بدلاً من الغلط لأن التدليس لا يكون دون إيقاع المتعاقد الآخر في غلط. و لكن هناك اختلافات بين العييين منها:

- الغلط يقع تلقائياً أما التدليس فهو تغليب عمدي من المتعاقد الآخر أو من الغير .
- من السهل إثبات الوسائل الاحتمالية كونها واقعة مادية أما الغلط فهو مسألة نفسية يصعب إثباتها أكثر منها مادية.
- الغلط المادي لا يؤدي إلى إبطال العقد و لكن التدليس من أجل الوقوع في هذا الغلط المادي من شأنه أن يؤدي إلى الإبطال.
- يكون للمدلس عليه زيادة على حقه في طلب الإبطال الحق في طلب التعويض إن كان له وجه (إلحاق ضرر).

ثالثاً/ الإكراه :

نصت عليه المادة 88 ، 89 ق م و هو ضغط نفسي يسلط على أحد المتعاقدين يولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد. و الإكراه قد يعدم الإرادة فيؤدي إلى بطلان العقد المطلق كالإمساك بيد شخص

للتوقيع عنوة أو تهديده بسلاح ناري، كما قد يعيب الإرادة فيكون إما ماديا كالضرب أو معنويا كالتهديد بالقتل أو إفشاء سر...

أ - شروط الإكراه:

* استعمال إحدى وسائل الإكراه: يتحقق الإكراه إذا كان يرمي صاحبه إلى الوصول إلى غرض غير مشروع سواء كانت الوسيلة مشروعة أو غير مشروعة و مثال الوسيلة المشروعة أن شخص يفاجئ آخر متلبسا بجريمة فيجبره على ان يهبه مالا بتهديده بإبلاغ الشرطة . و قد اشترطت المادة 88 ق.م أن يصدر الإكراه من احد المتعاقدين ، و لكن المادة 89 أجازت طلب الإبطال للإكراه و لو صدر من الغير شريطة ان يثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الاخر كان على علم بوجود اكراه او كان من المفروض ان يعلم به و ذلك حماية للمتعاقد الآخر حسن النية و لاستقرار المعاملات.

أما الإكراه الأدبي كنفوذ الأب على أولاده أو الزوج على زوجته أو الأستاذ على تلامذته فينظر إلى الغرض إذا كان مشروعاً أم لا لاعتباره إكراهاً ، كأن يستعمل الزوج نفوذه على زوجته لتنتازل له عن راتبها. و لكن الأصل في النفوذ الأدبي أنه ليس إكراهاً. و حتى تكون الرهبة التي يدعيها من تعرض لها قائمة و بينة لابد ان يكون هناك خطر يهدده يتصف بالجسامة و الحلول . و الأصل أن تكون الرهبة هي الحالة و ليس الخطر فالتهديد قد ينشأ عنه رهبة حالة و لكن الخطر أو الضرر قد يكون مستقبلاً (م2/88 ق م) . أما عن جسامة الخطر فينظر إليها من حيث الحالة النفسية للمتعاقد المكره. حيث أن التهديد قد يصيب نفس أو مال أو جسم أو شرف و سمعة المتعاقد نفسه أو أحد أقاربه.

* أن تكون الرهبة المترتبة عن الإكراه هي الدافع إلى التعاقد: لابد ان يترتب على التهديد رهبة تُبعث في نفس المتعاقد ، و تقدر هذه الرهبة وفق معيار شخصي لا على أساس معيار الرجل العادي حيث يختلف الأشخاص في تصورهم لمختلف الأخطار التي قد تحفهم و الظروف التي تحيط بهم فينظر إلى الشخص بحسب جنسه حيث نجد الرجل أكثر تحملاً من المرأة ، و بحسب سنه شيخاً كان أم شاباً و بحسب حالته الاجتماعية مثقفاً أم جاهلاً...و كل الظروف الأخرى التي من شأنها اعتبار الرهبة الدافع إلى التعاقد كظروف الزمان و المكان. أما إذا ثبت أن العقد كان سيبرم لا محالة و لو دون الإكراه فلا تعد الرهبة هنا دافعا للتعاقد.

و بالنسبة لإكراه الصدفة فيكون العقد قابلاً للإبطال إذا استغل المتعاقد الآخر ظرف الإكراه (حالة

الضرورة) أي كان سيء النية .

رابعاً / الإستغلال :

نصت على هذا العيب المادة 90 ق.م: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً بالنسبة للفائدة المحققة منه أو بالنسبة لالتزامات المتعاقد الآخر ، و ظهر أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بينا أو هوى جامحاً جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا الأخير . "

انطلاقاً من هذا النص يظهر أن الغبن لا يعتبر إلا تجسيدا للإستغلال فهو مظهره المادي، و الغبن هو عيب في محل العقد أما الإستغلال فهو عيب يلحق الشخص المتعاقد (الطيش أو الهوى) ، و يفهم من المادة 90 أنها جمعت بين الإستغلال و الغبن بل أنها اعتبرت الغبن عنصر من عناصر الإستغلال.

أ - عناصر الإستغلال:

1 - العنصر المادي: و هو الغبن ذاته أي عدم التعادل و التكافؤ إما بين التزامات المتعاقد المغبون و بين النفع الذي تلقاه مقابل ذلك ، أو بين التزاماته و التزامات المتعاقد الآخر. و يشترط أن يكون هذا التفاوت فادحاً فلا يعتد بالغبن اليسير. و الغبن يرد في عقود المعاوضة و كذلك عقود التبرع كإستغلال الزوجة الشابة لزوجها المسن ليهب لها ماله باستغلالها لهواه حيث تتعدم هنا الفائدة مقابل التزامات الزوج .

2 - العنصر النفسي: و هو السبب أو الدافع لحصول العنصر المادي و يتمثل في إستغلال أحد المتعاقدين لطيش بين أو هوى جامح ، و الطيش البين هو الخفة و التسرع و سوء التقدير. و الهوى هو الميل و عدم تحكيم العقل و غلبة العاطفة و ضعف الإرادة . و لابد أن يكون الطيش ظاهراً و فادحاً و الهوى جامحاً مبالغاً فيه و غير متحكم فيه ، مثال: شخص يرث مال كثير فينفق منه و يستغله شخص آخر بأن يبيعه شيئاً بأضعاف ثمنه. و مثال عن الهوى مدمن مخدرات و لاعب القمار. و يشترط أن يكون الطيش و الهوى هما الدافعان على التعاقد .

* جزاء الإستغلال:

طبقاً للمادة 90 يترتب على إثبات الإستغلال إما :

- ان يكون العقد قابلاً للإبطال بناء على طلب الطرف المغبون و للقاضي أن ينقص من التزاماته بدلاً عن ذلك.

- ان ينقص من التزامات الطرف المغبون بناء على طلبه و ليس للقاضي هنا ان يقضي بالإبطال لأنه لا يحكم بأكثر مما طلب منه.

- ليس للقاضي الحكم بزيادة الالتزامات للطرف المستغل إلا إذا عرض هذا الأخير ما يعتبره القاضي كافيا لإزالة و رفع الغبن من أجل تفادي ابطال العقد .

و يشترط ان ترفع دعوى الاستغلال خلال سنة واحدة من تاريخ ابرام العقد و هي مدة سقوط و ليست تقادم فلا تخضع للوقف و الانقطاع ضمانا لاستقرار المراكز القانونية ، خلافا لبقية العيوب.

و المادة 91 تستثني تطبيق الأحكام السابقة على بعض الحالات التي تطبق فيها نظرية الغبن المادية المحضة كالمادة 358 ق م : إذا بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى 4/5 ثمن المثل.

المطلب الثاني : المحل

باعتبار العقد مصدرا للالتزام يعتبر محل العقد هو محل الالتزام الناشئ عنه . و المحل هو ما يلتزم به المدين فيكون إما التزاما بعمل أو امتناعا عن عمل أو إعطاء شيء. و يشترط في المحل ان يكون :

1 - أن يكون المحل موجودا أو ممكنا: و هو ما قضت به المادة 93 ق.م بمعنى أن يكون المحل غير مستحيل و المقصود هنا هو الاستحالة المطلقة التي تحول دون استطاعة كل الناس أداء محل الالتزام ، و يشترط أن تكون هذه الاستحالة قائمة وقت إبرام العقد حتى تؤدي إلى بطلانه . و قد تكون الاستحالة طبيعية كالتزام شخص ببيع شيء هالك، كما قد تكون قانونية كالتزام المحامي باستئناف حكم فات ميعاد استئنافه.

أما إذا كان محل العقد ممكنا و قت ابرام العقد و أصبح مستحيلا بعده فإن العقد لا يكون باطلا ولكنه يفسخ كبيع سيارة ثم تحجز هذه السيارة لتباع بالمزاد العلني. أما الاستحالة النسبية التي تكون بالنسبة للمدين مع امكان غيره أداء ما التزم به هو فلا يؤثر على قيام العقد و لكن تعطي للدائن حق التنفيذ العيني على نفقة المدين و الفسخ أو التعويض.

و حتى يكون محل العقد ممكنا لا بد أن يكون موجودا أو قابلا للوجود مستقبلا، فإذا لم يكن المحل موجودا عند التعاقد و لكن أمكن وجوده مستقبلا كان العقد صحيحا فالتعامل في الأشياء المستقبلية جائز ما دامت ممكنة الوجود كبيع سيارة لم تتركب بعد طبقا للمادة 1/92 . وقد نصت المادة 2/92 ق.م على منع التعامل في شركة إنسان حي و لو برضاه و اعتبرت ذلك باطلا.

2 - أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين:

هذا الشرط يجب توافره لحظة إبرام العقد و ذلك من أجل تفادي وقوع نزاع، فكلما تحدد محل الالتزام بدقة أمكن تنفيذه بسهولة و سرعة . فإذا كان محل الالتزام هو إعطاء شيء و كان هذا الشيء معينا بالذات (قيمي) ، و يجب أن يتضمن العقد تعيينا لذاته و تحديدا لصفاته منعا للجهالة فيه مثل بيع منزل حيث يتعين تحديد موقعه، حدوده، مساحته، طوابقه، ... أما إذا كان المحل معين بالنوع و يجب تحديد مقداره، نوعه، جودته... و في حالة ما إذا تخلف الأطراف على الإشارة إلى درجة الجودة و لم يكن من الممكن تبينها من العرف أو أي ظرف آخر التزم المدين بتسليم شيء من صنف وسط.

و إذا كان محل الالتزام مبلغ من النقود كالالتزام المقترض برد مبلغ الدين فإنه لا يلتزم هنا إلا برد عدد النقود المذكورة في العقد سواء ارتفعت قيمة النقود أو انخفضت وقت الوفاء.

3 - أن يكون المحل مشروعاً جائزاً للتعامل فيه:

يجب أن يكون المحل غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة م93ق.م ، فإذا كان محل الالتزام إعطاء شيء فيجب أن يكون قابلاً للتعامل فيه ، و من الأشياء غير القابلة لذلك الأشياء التي يتنافى التعامل فيها بطبيعتها كالهواء، الماء .. و كذلك الأشياء التي منع القانون التعامل فيها كالأسلحة و المخدرات و الأموال العامة. إلى جانب منع بعض الأشخاص من شراء الحقوق المتنازع عليها كالقضاة و المحامين... أو الاتفاق على الفائدة في القرض بين الأفراد .

المطلب الثالث: السبب

بعدما كان السبب ركناً مدرجاً مع ركن المحل في المواد 96 و 97 أضحى بموجب تعديل 05-10 ركناً مستقلاً منصوص عليه في - 2 مكرر: المادة 97 - 98 .

و قد نصت المادة 97 على أن التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام و الآداب العامة يجعل العقد باطلاً . و السبب هو الغرض المباشر الذي يقصده المتعاقد و يسعى لتحقيقه، فسبب التزم المؤجر بتمكين المستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة هو الحصول على بدل الإيجار . و السبب بهذا المعنى هو الغرض المباشر لأن هناك الغرض غير المباشر و هو "الباعث". فالباعث في التزم المؤجر هو استغلال بدل الإيجار في التجارة أو الإنفاق على أسرته أو القيام برحلة أو اقتناء مخدرات و كذلك الحال بالنسبة للمستأجر .

و الحقيقة أن الباعث يخرج من نطاق العقد في حد ذاته ، كما أنه شخصي يختلف من شخص إلى آخر و بحسب الظروف . أما السبب بالمفهوم التقليدي فهو يدخل في تكوين العقد و هو موضوعي و

لا يتغير من شخص إلى آخر، ففي كل العقود التبادلية يكون التزام كل متعاقد سببا للالتزام المتعاقد الآخر. أما في عقود التبرع فالسبب هو نية إسداء الجميل إلى المتبرع له. أما في العقود العينية فهو التسليم (سبب التزام المستعير هو تسلم الشيء محل الإعارة).

الفرع الأول: النظرية التقليدية للسبب

في أواخر العهد الروماني حيث بدأت الشكلية تفقد قيمتها كركن في العقد أصبح السبب ركنا في العقد باعتباره الغرض المباشر من العقد. وبالرغم من أن الفقهاء الكنسيين اعتبروا الإرادة كافية وحدها لإنشاء الالتزام دون شكل محدد و اعتبروا السبب هو الغرض الدافع إلى التعاقد، و اشترطوا أن يكون هذا السبب مشروعاً ، و بدأت تتبلور فكرة السبب الباعث. غير ان فقهاء القانون الفرنسي القديم اعتنقوا النظرية التقليدية التي تأخذ بالسبب المباشر القريب لذي يصبو إليه المتعاقد من تحمله الالتزام و ليس من تعاقدته . و كذلك فعل قانون نابليون 1804 و من دعائم هذه النظرية : أن الدفع بعدم تنفيذ العقد أو المطالبة بالفسخ يتطلب أن يتمتع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه أي بزوال سبب التزام متعاقد اتجاه الآخر يزول العقد، كما ان السبب الأجنبي يؤدي إلى استحالة التنفيذ اي استحالة التزام أحد الطرفين مما يؤدي بدوره إلى زوال سبب إلتزام الطرف الآخر و تحمل الطرف الأول لتبعة الهلاك.

أولاً: شروط السبب بمفهومه التقليدي:

*** أن يكون السبب موجوداً:** إذا انعدم السبب بطل العقد فإذا قام شخص بتوقيع و وثيقة دين دون أن يكون مدين به كان العقد باطلا لانعدام السبب، أو تنازل عن مال دون أن تكون له نية التبرع. كذلك هناك ما يعرف بسندات المجاملة حيث يلجأ فيها تاجر إلى آخر لتوقيع سند يدل على مديونية الأخير لأول و هو ليس مدينا له في الحقيقة فيمكن للتاجر الحصول على قيمة السند بتحويله للغير و قبل حلول الأجل يدفع قيمة السند لصديقه المدين الصوري حتى يدفع قيمة السند لحامله. فهنا لا يوجد سبب للالتزام بين التاجر و صديقه و يمكن لهذا الأخير التمسك ببطلان العقد.

و لا بد أن يكون السبب حقيقيا و صحيحا فإن كان سوريا متوهما كان غي صحيح مثلا أن يبرم شخصان عقد بيع يخفي عقد هبة كنا أمام سبب صوري هو سبب الإلتزام في عقد البيع أما السبب الحقيقي فهو نية التبرع ، فهنا السبب الصوري غير موجود لأنه غير حقيقي و لكن هنا عقد البيع لا يكون باطلا لأن صورية العقد لا ترتب البطلان لكن يؤخذ فيه بالسبب الحقيقي فيكون التزام البائع الصوري اتجاه المشتري الصوري هو نية التبرع لأنه لا وجود للثمن، و بالتالي فلا يلتزم المشتري بدفع الثمن لان سبب الإلتزام هو نية التبرع اذا أثبت العقد و سببه الحقيقي .

أما عن السبب الوهمي و مثاله أن يتوهم شخص تحمله بالتزام لدين ليس مدينا به فإن تعهده بالوفاء به مبني على سبب وهمي .و الغلط في السبب لا يؤدي إلى البطلان المطلق بل إلى البطلان النسبي لأن المشرع يأخذ بالنظرية الحديثة للغلط كما رأينا.

* **أن يكون مشروعاً:** يكون السبب غير مشروع إذا خالف النظام العام و الآداب العامة كالاتفاق على دفع مبلغ مالي مقابل ارتكاب جريمة. أما إذا كان السبب صوري يستر سببا آخر غير مشروع كالتعهد بأداء دين على انه قرض و هو دين قمار، فالتعهد باطل لعدم مشروعية السبب لا لصورية العقد.

ثانياً: نقد النظرية التقليدية:

لقيت هذه النظرية انتقادات من حيث اعتبار التزام المتعاقد سببا لالتزام المتعاقد الآخر يعني أن يكون الأول سابق للثاني كما يسبق السبب المسبب ، في حين أن الالتزامات المتقابلة تنشأ في وقت واحد. كما أن السبب في العقود العينية هو التسليم في حين أن هذا التسليم يعتبر ركنا لقيام العقد العيني. كما أنه في عقود التبرع السبب هو نية لتبرع و هذه النية تدخل في الحقيقة ضمن ركن الرضا و ليس السبب. و لكن القصور الحقيقي لهذه النظرية هو اعتبار العقد صحيحا مهما كان الباعث من وراء ابرامه غير مشروع، و لهذا تدخل القضاء بالنظرية الحديثة للسبب.

الفرع الثاني: النظرية الحديثة للسبب

لا تقف هذه النظرية عند الدافع أو الغرض المباشر للعقد بل تتقّب في الباعث أي الغرض غير المباشر من العقد و تشترط شرطا واحدا: أن يكون مشروعاً . لذلك تعد هذه النظرية مكملة للنظرية التقليدية . و فضلا عن ذلك تحقق النظرية التقليدية مصلحة خاصة للمتعاقد من خلال حمايته من الالتزام بدون سبب أما فكرة السبب الباعث فتحقق مصلحة عامة من خلال تفاذي نشوء عقود مخالفة للنظام العام .

و يفترض أن الباعث مشروع حتى يثبت العكس ، و لكنه يُشترط حتى يبطل العقد بطلان مطلق للباعث غير المشروع أن يكون المتعاقد الآخر على علم بذلك دون اشتراط أن يكون اتفاق بينهما حوله.

الفرع الثالث: إثبات السبب

وفقا للمادة 98 ق.م يثبت السبب في حالتين:

1 - خلو العقد من ذكر السبب هنا يفترض أنه مشروع و لكنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس بكافة الطرق لعدم كتابته .

2 - أن يذكر السبب في العقد حيث يفترض أنه حقيقي و مشروع ، و للطرف الذي له مصلحة أن يثبت
صورية السبب بالكتابة أي أن للعقد سببا آخر مخفي غير مشروع ، و لكن عدم المشروعية تثبت بكافة
طرق الإثبات و عليه أن يثبت علم الطرف الأخر بالباعث غير المشروع بكافة طرق الإثبات أيضا.
في الأخير يمكن للطرف الآخر أن يثبت أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي
والمشروع أو أن يثبت وجود سبب آخر مشروع غير مذكور في العقد.

و يبدو أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية التقليدية في المادة 98 : كل التزام مفترض أن له سبب
، و بالنظرية الحديثة في المادة 97 : اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع ... و المادة 2/98 يعتبر
السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ..

المبحث الثالث: جزاء تخلف أركان العقد وشروط صحته

إذا فقد العقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط صحته كان جزاء هذا العقد البطلان المطلق أو
النسبي. ويختلف البطلان عن الفسخ كون هذا الأخير هو جزاء الامتناع عن تنفيذ التزام مترتب عن عقد
صحيح ويختلف عن عدم نفاذ العقد في حق الغير الذي ينجم عن عقد صحيح ولكن لا يحتج به اتجاه
الغير بل فقط بين المتعاقدان كتصرفات المدين المعسر غير النافذة اتجاه دائنيه .اما البطلان فيكون نافذا
في حق المتعاقدين و الغير. كما يختلف العقد القابل للإبطال عن العقد الموقوف من حيث كون الاول
يكون صحيحا و منتجا لجميع اثاره من وقت ابرام العقد ما لم يحكم بإبطاله. أما العقد الموقوف فلا يرتب
اثاره إلا بعد إقراره من غير المتعاقدين كالعقد الذي يبرمه ناقص الأهلية ولا يكون نافذا إلا إذا أقره الولي
أو الوصي.

المطلب الأول: أنواع البطلان

هناك نوعان من البطلان:

الفرع الأول: البطلان المطلق

يترتب البطلان المطلق عن تخلف أحد أركان العقد الرضا المحل والسبب او عن تخلف احد
شروط الركنتين الأخيرين . ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك به بل و للمحكمة ان تثيره من تلقاء نفسها،
ومن شأن البطلان المطلق اعتبار ان العقد كأن لم يكن فلا يرتب اي اثر قانوني. فالعقد الباطل عقد
منعدم كأنه لم ينعقد أصلا. و لا تصححه الإجازة و لا التقادم .

الفرع الثاني: البطلان النسبي

يتعلق البطلان النسبي بعقد صحيح و منتج لآثاره و لكن به عيب لحق الرضا أو نقص في الأهلية مما يخول للمتعاقد الذي تقرر البطلان لصالحه (ناقص الأهلية و ذو الرضا المعيب) أن يطلب إبطاله فيكون مثله مثل العقد الباطل، و لكن المحكمة لا تقضي به من تلقاء نفسها. كما لهذا المتعاقد الحق في إجازة هذا العقد أو التنازل عن ذلك بفوات مدة معينة الأمر الذي يترتب عنه سقوط حقه في طلب الإبطال فتتأكد صحة هذا العقد.

المطلب الثاني: أحكام البطلان

الفرع الأول: التمسك بالبطلان

في العقد القابل للإبطال: م 99 تقضي بأنه إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين الحق في طلب الإبطال فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الإبطال . فلا يجوز للأجنبي ولا لمن لم يتقرر لمصلحته و لو كان متعاقدا أن يتمسك به ، و لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، و يكون هذا الحق للولي أو الوصي و ينتقل إلى الورثة. أما الخلف الخاص و دائني المتعاقد فتمسكهم بطلب الإبطال يكون باسم مدينهم باستعمال الدعوى غير المباشرة على خلاف البطلان المطلق حيث تكون مطالبة الدائنين باسمهم الخاص. و يتمسك به أمام المحاكم و المجالس القضائية .

في العقد الباطل : طبقا للمادة 102 يحق لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان المطلق سواء كان في شكل طلب أو دفع أو تدخل و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، وتثبت المصلحة للمتعاقدين معا و خلفهما الخاص و العام و دائنيهما وكذلك الغير الذي لا بد أن ترتبط مصلحته بسبب البطلان كدعوى بطلان بيع عقار مرفوعة من الغير المشفوع ضده حتى يسقط حق المشفوع له في الشفعة . و يتمسك بالبطلان أمام المحكمة و المجلس و المحكمة العليا.

* **ومن حيث نفاذ البطلان :** يرى الفقه التقليدي أن البطلان المطلق لا يحتاج إلى حكم من القضاء فالعقد منعدم أصلا ، بينما يرى الفقه الحديث عكس ذلك حيث يتطلب البطلان لتقريره سواء كان مطلقا أو نسبيا الالتجاء للقضاء عن طريق رفع دعوى البطلان أو الإبطال تطبيقا للمبدأ عدم جواز اقتضاء المرء لحقه بنفسه، فالبطلان لا يقع بقوة القانون و إنما بحكم قضائي. ومع ذلك يتم التمييز فيما يتعلق بالبطلان بين العقد الباطل الذي تم تنفيذه حيث يجب أن ترفع بشأنه دعوى البطلان إذا أراد احد الطرفين استرداد ما أوفى به بينما ، لا حاجة لدعوى البطلان في حالة عدم تنفيذ العقد حيث يستطيع الطرف المطالب بالتنفيذ أن يدفع بالبطلان.

الفرع الثاني : سقوط الحق في التمسك بالبطلان

لا يرتب العقد الباطل بطلانا مطلقا أي اثر و لا تصححه الإجازة و لا التقادم
أولا : الإجازة : طبقا للمادة 100 ق م هي تصرف قانوني من جانب واحد هو من تقرر لمصلحته حق
طلب الإبطال و يشترط فيها الأهلية و سلامة الرضا و أن تتجه إرادة المجيز إلى التمسك بالعقد . و طبقا
للمادة 83 ق الأسرة يمكن للولي أيضا أن يجيز العقد قبل بلوغ القاصر الأهلية الكاملة. و الإجازة تكون
صريحة أو ضمنية كتفويض العقد مثلا. و بالإجازة تتأكد صحة العقد من يوم إبرامه فتكون جميع الآثار
السابقة و اللاحقة للإجازة صحيحة . فالقاصر الذي يبيع شيئا و بعد بلوغه سن الرشد يقوم برهنه ثم يجيز
البيع فهنا ينتقل الشيء إلى المشتري مثقلا بالرهن فلا إخلال بحقوق الدائن المرتهن.

ثانيا : التقادم : بالنسبة للبطلان المطلق تسقط دعوى التقادم بمضي 15 سنة من وقت إبرام العقد و تظل
صفة البطلان قائمة و لو سقطت الدعوى و ينطبق هذا الحكم على العقد الذي تم تنفيذه ضمانا لاستقرار
المراكز القانونية ، أما العقد الذي أبرم باطلا و لم ينفذ طوال 15 سنة و طالب الدائن بتنفيذه فللمتعاقدا
الأخر أن يدفع بالبطلان لأن الدفع لا تسقط.

أما العقد القابل للإبطال فهناك مدتان لتقادم الحق في طلب الإبطال : مدة دنيا 5 سنوات من تاريخ زوال
سبب نقص الأهلية (صغر سن أو عته أو غفلة) أو من يوم انقطاع الإكراه أو من يوم كشف الغلط أو
التدليس ، و مدة قصوى 10 سنوات من تاريخ إبرام العقد . أما الاستغلال فتسقط دعواه بمضي سنة من
وقت الإبرام.

الفرع الثالث : آثار البطلان :

أولا : بالنسبة للمتعاقدين أهم أثر هو عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد،
ويكون ذلك بالنسبة للعقد الباطل أو القابل للإبطال الذي تقرر إبطاله لان العقد يعتبر كأن لم يكن. فيرجع
كل متعاقد ما تلقاه بمقتضى العقد (البائع والمشتري مثلا) مع العلم انه يستحيل أن يكون للإبطال اثر
رجعي في العقود المستمرة كعقد العمل أو المقاولة أو الإيجار وهو ما يستوجب الحكم بالتعويض. وكذلك
الحكم في حالة هلاك الشيء محل العقد أو استهلاكه . و اذا كان أحد المتعاقدين قد رتب حقا للغير على
محل العقد فان هذا الحق يزول أيضا بالبطلان والاستثناء يعمل بقاعدة" الحيازة في المنقول سند الملكية"
حماية للغير حسن النية ، و كذلك في الرهن الرسمي م 885 بالنسبة للدائن المرتهن حسن النية .

وإذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية قاصر أو سفيا او ذي غفلة و تقرر إبطال العقد
لمصلحته فإنه لا يلتزم برد الا ما عاد عليه من منفعة بسبب العقد ، أي يرجع فقط ما يعادل ما اثري به

فان هو قبض- ثمن الشيء المبيع وبذر بعضه اشترى بالبعض الآخر شيئاً نافعاً كان ملزماً برد ثمن هذا الشيء النافع له فقط. و استثناء من رجعية البطلان اذا كان احد المتعاقدين قد ادى التزام مخالفا للنظام العام أو كان عالماً بذلك وتقرر بطلان العقد ، فليس له ان يسترد ما دفعه حيث ليس للغاش أن يستفيد من غشه وجزاءه الحرمان من استرداد حقه المادة 3/103 ق م .

ثانيا : الآثار العرضية للعقد الباطل

للباطل آثار أخرى محتملة تؤدي إلى الحد من حالات البطلان و التقليل منها تتمثل في إنقاص العقد الباطل و تحويله.

1 - إنقاص العقد:

نصت على هذه الحالة المادة 104ق.م و مفادها أن العقد من حيث مضمونه يكون قابلاً للانقسام في طبيعته أو باتفاق المتعاقدين و ثبت ان هذا العقد شق منه صحيح و الشق الاخر باطل أو قابل للإبطال، و تبين أن العقد كان ليتم بدون الشق الباطل فإن هذا الشق هو وحده الذي يبطل و يبقى العقد صحيحاً مثلاً: هبة مقترنة بشرط غير مشروع حيث يبقى عقد الهبة صحيحاً و يبطل الشرط غير المشروع متى ثبت أن الهبة كانت ستتم من غير هذا الشرط. أما إذا ثبت ان الشرط الباطل او القابل للإبطال غير قابل للانفصال عن الشق الصحيح بحيث الشق الاول هو الدافع الى التعاقد فإن العقد يبطل برمته ، كأن يكون الشرط غير المشروع هو الدافع إلى الهبة فتكون الهبة باطلة. و على من يتمسك ببطلان العقد كله إثبات أن الشق الباطل غير قابل للانفصال عن العقد ككل، و على من يتمسك بصحة العقد أن يثبت أن الشق الباطل لا يشكل جزءاً لا يتجزأ من العقد.

2 - تحول العقد:

- طبقاً للمادة 105ق.م يمكن ان يتحول العقد الباطل إلى عقد اخر متى توافرت الشروط التالية:
- أن يكون العقد الأصلي عقداً باطلاً أو قابلاً للإبطال تمسك بإبطاله من تقرر لمصلحته ، فإذا كان العقد صحيحاً فلا يمكن للقاضي ان يحل عقداً اخر محله ، و إن كان له ان يكيّفه او يصفه على غير وصف المتعاقدين.
 - أن يتضمن العقد الباطل أو العقد القابل للإبطال كل العناصر اللازمة لقيام عقد آخر .فإذا كان العقد الاصلي يفتقد بعض العناصر فلا مجال للتحويل.

- ان يثبت أن إرادة المتعاقدين المحتملة كانت تتجه إلى الارتباط بالعقد الآخر لو أنهما علما أن العقد الأصلي كان سيقع باطلا أو قابلا للإبطال ومثال ذلك : السفتجة التي تتحول الى سند عادي اذا توافرت فيها شروط هذا السند او البيع بضمن تافه الذي يتحول إلى هبة. و النظريتان تحققان مصلحة عامة: هي استقرار المعاملات والمراكز القانونية و خلق الثقة لدى المتعاقدان ، كما تحققان مصلحة خاصة في حالة عدم علمهم بالبطلان يبقى عقدهم قائما و محققا لمصالحهم.

الفصل الثاني : آثار العقد

بعد تكوين العقد تنشأ لديه قوة ملزمة كالقانون يستمد من خلالها قدرته على ترتيب آثاره القانونية، و تتحدد هذه القوة الملزمة من حيث موضوع العقد او مضمونه الذي ترد عليه ، ومن حيث الاشخاص الذين تشملهم هذه القوة ، فيترتب عن الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية.

المبحث الأول : قوة العقد الملزمة للأشخاص:

يرتب العقد آثاره بالنسبة للمتعاقدين كأصل عام ، كما يترتب آثاره بالنسبة للأشخاص غير متعاقدين نظرا لوجود رابطة بينهم كالخلف الخاص و العام و الدائنون العاديون. كما قد تشمل اثار العقد أشخاص أجنبان تماما عن العقد و المتعاقدين. كما هو الحال في الاشتراط لمصلحة الغير .

المطلب الأول : آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين و خلفهما و دائنيهما

يتحمل المتعاقدان الالتزامات و يكسبان الحقوق التي يترتبها العقد ، وفي الحقيقة لا ينصرف اصطلاح المتعاقدين الى من هو طرف في العقد بل يشمل من يمثله المتعاقد في تصرفه وهو الخلف العام والخاص ودائنة العادي وبالتالي فهم جميعا مشمولون بآثار العقد. و يترتب العقد آثاره بالنسبة لأطرافه من دون قيد و لا شرط و لا تطرح إشكالا ، و لكن إنصرف آثار العقد لى من يمثله المتعاقد من خلف و دائنين يكون مقيدا و مشروطا.

الفرع الأول: آثار العقد بالنسبة للخلف العام والخاص.

يقصد بالخلف من يتلقى الحق عن غيره ويكون إما عاما أو خاصا

أولا: آثار العقد بالنسبة للخلف العام :

هو من يخلف السلف في ذمته كلها أو بعضها باعتبارها مجموعة من الأموال أي من تعم خلافته لسلفه في جميع حقوقه ، ويكون ذلك عن طريق الإرث او الوصية فالوارث و الموصى له خلف عام.

وطبقا م 108 ق م تنصرف آثار العقد إلى الخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذه الآثار لا تنصرف إليه وكل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث. ومعنى ذلك أن وفاة الشخص بعد إبرامه لعقد ما يجعل ورثته أو الموصى لهم مضمولين بآثار هذا العقد ويتلقون الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد الذي إبرمه السلف فيكونون دائنين بتلك الحقوق ومدينين بتلك الالتزامات وكأنهم إبرموا العقد الذي رتبها. ولكن الالتزامات التي رتبها عقد الهالك وانتقلت إلى خلفه العام لا يتحملونها تطبيقا لمبدأ "لا تركة إلا بعد سداد الديون" فلا يتحمل الورثة الديون لأنها تقتطع من التركة وان زادت عن التركة فلا يلتزم الوارث بتسديدها من أمواله الشخصية بل تسقط عن المورث .

أما إذا أصبحت التركة خالية من الالتزامات والديون قسمت على الورثة كل بحسب نصيبه، وبالتالي فلا يرث الخلف السلف إلا في الحقوق التي يربتها العقد الذي إبرمه هذا الأخير دون الالتزامات خلافا للقانون الفرنسي لذي يقضي بانتقالها جميعا إلى السلف.

واستثناء من كون الخلف العام طبقا للمادة 108 ق.م في منزلة المتعاقد لا تنصرف إليه آثار

العقد في الحالات التالية :

1/ **طبيعة التعامل** : إذا كان الحق أو الالتزام بطبيعته يأبى الانتقال إلى الخلف كحق الانتفاع الذي ينتهي بموت المنتفع فلا ينتقل إلى الورثة ، وكذا مرتب لمدى الحياة ينقضي بوفاة صاحبه. وكذلك إذا كانت شخصية السلف محل اعتبار في العقد الذي إبرمه كأن يكون محامي مشهور أو طبيا فان الالتزام ينتهي بموت الملتزم ولا ينتقل إلى الورثة .

2/ **نص القانون** : قد ينص القانون على أن لا تمتد آثار العقد إلى الخلف و إنما تقتضي آثاره بوفاة المتعاقد كالوكالة التي تنتهي بوفاة الموكل والوكيل (م 586 ق م) أو عقد شركة أشخاص بوفاة احد الشركاء (م 439 ق م).

وفضلا عن نص القانون قد يتفق المتعاقدان على قصر آثار العقد على طرفيه دون غيرهما

كالاتفاق على انقضاء عقد الإيجار بوفاة المستأجر .

ثانيا: آثار العقد بالنسبة للخلف العام و الخاص :

الخلف الخاص هو من يتلقى عن سلفه ملكية شيء معين أو حق عيني آخر على هذا الشيء. فالمشتري خلف خاص للبائع في ملكية الشيء المبيع ، و المنتفع خلف خاص، والدائن المرتهن خلف خاص أيضا. و كذلك من يتلقى عن شخص حقا شخصيا كان دائنا به من قبل كالمحال إليه في حوالة الحق هو خلف خاص للمحيل.

فإذا كان السلف قد أجرى تصرفاً بشأن الشيء أو الحق الذي تلقاه الخلف منه بعد ذلك فمعنى ذلك ان هذا الأخير قد يستفيد من الحقوق الناشئة عن هذا التصرف، كما قد يتحمل الالتزامات الناتجة عنه في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إليه شرط أن يعلم بها الخلف آنذاك .

1/ شروط انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص :

طبقاً للمادة 109 ق م يجب توافر الشروط التالية حتى تنصرف آثار العقد إلى الخلف الخاص:

أ- أن يكون انتقال الشيء إلى الخلف الخاص لاحقاً على تاريخ العقد : ومعنى ذلك أنه اذا انتقل الشيء إلى الخلف الخاص قبل تاريخ العقد فإن آثار هذا العقد لا تنصرف إلى الخلف الخاص : فبيع منزل مؤمن عليه من طرف البائع ضد السرقة يرتب الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد التأمين على عاتق المشتري. أما إذا أبرم عقد التأمين بعد البيع فإن المشتري لا يلتزم بما يؤتته هذا العقد من حقوق الالتزامات .

ب- أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص: و تكون الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكملة لهذا الشيء كما لو كان من شأنها الحفاظ على الشيء أو حمايته كعقد التأمين مثلاً فينتقل حق البائع الذي نشأ عن عقد التأمين إلى المشتري كحق التعويض ويلتزم المشتري بدفع أقساط التأمين .

و إذا لم يكن الحق من مستلزمات الشيء فإنه لا ينتقل إلى الخلف الخاص، فإذا كان بائع العقار قد تعاقد مع شخص آخر لحراسته فإن هذه الحقوق لا تنتقل إلى المشتري لأنه يعتبر هنا من قبيل الغير. وكذلك الالتزامات هي من مستلزمات الشيء إذا كانت مقيدة لحق المالك في استعمال هذا الشيء ويكون المالك وحده هو من ينفذها ، مثلاً حق الارتفاق الذي يعتبر التزاماً على عاتق مالك العقار ينتقل إلى المشتري وكذلك التزام المشتري للعقار باستعماله للسكن فقط .

ج - أن يكون الخلف عالماً بالحق أو بالالتزام عند انتقال الشيء إليه :ويجب ان يكون هذا العلم حقيقياً لا حكماً فلا يكفي ان يكون باستطاعة الخلف الخاص العلم بها بل يجب أن يعلم بها فعلاً .

الفرع الثالث :آثار العقد بالنسبة للدائنين العاديين

يرى بعض الفقه أن الدائنين العاديين يعتبرون خلفاً عاماً لأن حقهم غير مضمون بتأمين عيني ولكنه ليس كذلك لأنه لا يخلف مدينه في حقوقه والتزاماته التي تكون ذمته المالية ، ولو ان له حق الضمان العام على أموال مدينه فهو يملك ما لا يملكه الخلف العام كالدعوى غير المباشرة والدعوى الصورية بالنسبة لتصرفات مدينه التي قد تؤثر سلباً في الضمان العام. و يحق للدائن العادي الدفع

بعدم نفاذ تصرفات مدینه فی حقہ . و یعتبر الدائن العادی حینما یتعمل الدعوی البولصیة من قبیل الغیر لان المتعاقد لا یمثله إلا إذا کان حسن النیة .

المطلب الثانی : آثار العقد بالنسبة للغیر

الغیر هو من دون المتعاقدين و خلفهما العام والخاص و دائنیهما . و الأصل أنه لا یمکن للعقد أن یحمل الغیر التزاما تطبیقا" لمبدأ نسبیة آثار العقد "الذی کرسته المادة 113 ق.م . ، والذی یظهر أن التعهد عن الغیر إستثناء منه طبقا للمادة 114 ق.م . أما الشق الايجابي لهذا المبدأ فیقضي بأن لا یغتم الغیر من عقد لم یشارك فیہ ، فلا تنشأ له حقوق من عقد هو أجنبي عنه . و مع ذلك هناك استثناء من هذه القاعدة حیث یمکن أن یشرط أحد المتعاقدين علی الآخر حقا لمصلحة الغیر المادة 117 ق م .

الفرع الأول: التعهد عن الغیر

فی الحقیقة لا یعد التعهد عن الغیر استثناء من مبدأ نسبیة أثر العقد بل تطبیقا له ، لأن التعهد عن الغیر لا یلزم هذا الأخير إلا إذا قبله ورضی به . فالتعهد عن الغیر هو أن یتعهد الشخص لآخر بأن یحصل عن قبول الغیر للقیام بما التزم به المتعهد ، ومعنی ذلك أن العقد لا یلزم الغیر إلا برضاه فرضا الغیر بالتعهد وهو الذی جعله یلتزم و لیس التعهد (عقد التعهد عن الغیر) فلیس هذا العقد من رتب الالتزام فی ذمة الغیر بل قبول الغیر لهذا العقد هو مصدر التزامه.

أولا / شروط التعهد عن الغیر :

- 1- أن یتعهد المتعهد باسمه هو لا باسم الغیر المتعهد عنه، فان لم یکن كذلك کان وکیلا عن المتعهد عنه فقط حیث أن الوکیل یتعاقد باسم و لحساب الموکل وأثار العقد تنصرف الی المتعهد أما ان کان مجرد وکیل فتنصرف الی المتعهد عنه (الاصیل).
- 2- أن یرتب هذا التعهد التزاما شخصا علی عاتق المتعهد اتجاه المتعهد له لا ان یكون القصد منه هو التزام الغیر محله (التزام الغیر یكون بقبوله بعد ان یلتزم المتعهد)
- 3- أن یلتزم المتعهد التزام بتحقیق غایة فی الحصول علی قبول الغیر لتعده (التزام الغیر) وهو التزام بعمل ، ویختلف التعهد عن الغیر عن الكفالة من حیث ان الاول یهدف الی ایجاد أو خلق التزام الغیر أما الكفالة فتهدف الی ضمان تنفید التزام سابق الوجود (التزام الكفیل التزام تبعی للالتزام الاصلي بین المدين والدائن).

- الكفالة هی تعهد الغیر للدائن بأن یفی بالالتزام (سابق) اذ لم یوف به المدين الاصلي.
- التعهد عن الغیر تعهد المدين بان یفی بالالتزام (م114) اذ لم یف به الغیر (المتعهد عنه).

ثانيا/ أحكام التعهد عن الغير :

الغير مخير بين قبول التعهد أو رفضه .

* في حالة قبول المتعهد عنه (الغير) الالتزام يكون المتعهد قد أدى التزامه فينسحب من العلاقة ويبرم عقد جديد بين المتعهد له والمتعهد عنه ويكون محل التزامه القيام بعمل أو الامتناع عنه أو إعطاء شيء (في التعهد كان القيام بعمل الحصول على موافقة الغير)، كما يلتزم المتعهد عنه من تاريخ القبول وقد يلتزم بأثر الرجعي من تاريخ التعهد إذا وجد عقد صريح أو ضمني يدل على ذلك .

* وفي الحالة الثانية وهي حالة رفض المتعهد عنه (الغير) للالتزام فتقوم مسؤولية المتعهد عن الإخلال بالتزامه بنيل قبول المتعهد عنه والتي يستطيع التخلص منها إذا ما نفذ بنفسه الالتزام الذي رفضه المتعهد عنه تنفيذا عينيا شرط أن لا يكون شخص المتعهد عنه محل اعتبار ، و إلا فعلى المتعهد الالتزام بتعويض المتعهد له عن الضرر الذي لحق به بسبب ذلك .

الفرع الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير

يقضي الشق الايجابي لقاعدة نسبية آثار العقد بأن لا يستفيد الغير من عقد لم يشترك فيه. و يستثنى من هذه القاعدة ما يعرف بالاشتراط لمصلحة الغير الذي تعزز بانتشار التأمين وقد نصت م 116 ق م على هذا الاشتراط .

وتتطلب هذه العلاقة وجود ثلاثة أطراف: متعاقدين هما المشتراط الذي يشترط على المتعهد في عقد مبرم بينهما أن يلتزم اتجاه شخص ثالث أجنبي يسمى المنتفع .

فالمتعهد بتنفيذ الاشتراط يتحمل التزاما مباشرا اتجاه الغير المنتفع الذي يكتسب في مقابل ذلك حقا مباشرا.

أولا: شروط انعقاد الاشتراط لمصلحة الغير :

طبقا للمادة 116 ق م يجب في الاشتراط :

1/ أن يكون المنتفع أجنبيا عن عقد الاشتراط ، ومعنى ذلك أن يتعاقد المشتراط باسمه لا باسم المنتفع وهو ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة في التعاقد (حيث يتعاقد الوكيل عن الأصيل) فالمشترط ليس نائبا عن المنتفع وان كان الاول يشترط لمصلحة الثاني .

2/ أن يشترط المتعهد للمنتفع حقا مباشرا ناشئا عن عقد الاشتراط صراحة أو ضمنا.

• فاشتراط الحق لمصلحة أحد المتعاقدين ولو تم تحويله بعد ذلك الى الغير لا يعتبر اشتراطا لمصلحة الغير حيث نكون أمام عقدين لا عقد واحد (عقد بين المتعاقدين- وعقد حوالة حق الى المنتفع) .

وفوارة شخص أمن على حياته تعطي الحق لورثته في مبلغ التأمين على أساس أنهم خلف عام او ورثته وليس لأنهم منتفعين من عقد التأمين .

• وكون عقد الاشتراط يرتب عقدا مباشرا للمنتفع يجعله يختلف عن التعهد عن الغير الذي لا يتحمل التزاما إلا بابرامه عقدا جديدا مع المتعهد له بعد عقد التعهد المبرم بين المتعهد والمتعهد له ، وعليه يحق للمنتفع أن يطالب المتعهد مباشرة بما يثبت له من حق اشترط لمصلحته .

3/ارتباط مصلحة المشتري بعقد الاشتراط : لا بد من وجود مصلحة شخصية للمشتري بعقد الاشتراط تدفعه الى ابرام عقد الاشتراط لمصلحة الغير م 116. فلا يمكن أن يشترط شخص حق لأخر دون ان تكون له مصلحة في ذلك مادية كانت كالبائع الذي يشترط على المشتري الوفاء بالثمن للغير لقضاء دين عليه ، أو مصلحة معنوية كالمؤمن الذي يشترط التأمين لمصلحة أبنائه. و المصلحة هي التي تعبر عن كون المشتري متعاقدا يتمتع بحق الفسخ و الدفع بعدم التنفيذ و ملتزما بعقد الاشتراط.

ثانيا: آثار الاشتراط لمصلحة الغير:

إذا كان الاشتراط لمصلحة الغير ثنائي الانعقاد فهو ثلاثي العلاقات :

1 - علاقة المشتري بالمتعهد (المتعاقدين) : باعتبارهما طرفين في عقد الاشتراط لمصلحة الغير فيكون لكل منهما طلب تنفيذ العقد أو فسخه . فللمشتري أن يطالب بذلك كمتعاقدا بدعوى مبنية على أساس المصلحة الشخصية في تنفيذ المتعهد التزامه اتجاه المنتفع م 116 / 1 . ويجوز للمنتفع أيضا ان يرفع دعوى بذلك على أساس حقه المباشر ، كما يجوز للمشتري والمنتفع أن يرفعا هذه الدعوى معا ضد المتعهد ، ولكن عقد الاشتراط قد يعطي الحق في رفعها للمنتفع وحده (3/116).

2 - علاقة المشتري بالمنتفع : إما أن يكون حق المنتفع في عقد الاشتراط بمقتضى تبرع أو معاوضة. فان كان حق المنتفع ناشئا عن قصد المشتري التبرع له دون أن يكون هذا الأخير ملتزما من قبل اتجاه المنتفع مثل عقد التأمين على الحياة فنكون أمام هبة غير مباشرة، مما يفرض على المشتري التمتع بالأهلية الكاملة دون أن تخضع لأي شكل رسمي لأنها غير مباشرة ، فان تزامنت الهبة مع مرض الموت تعتبر وصية (م 776 ق م) فلا يكون نافذا ما اشترط لصالح المستفيد في حق الورثة إلا في حدود الثلث و ما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة. و يمكن لدائني المشتري المتبرع أن يرفعوا دعوى عدم نفاذ تصرفه دون حاجة لاثبات غشه أو سوء نيته.

أما اذا كان حق المنتفع بعوض أي حينما لا تكون الفائدة العائدة على المنتفع إلا تنفيذا للالتزام سابق يتحملة المشتري اتجاه المنتفع كأن يشترط البائع على المشتري ان يدفع الثمن لأحد دائنيه، فلا بد أن

يكون المشترط مميزا على الأقل لأن تصرفه يدور بين النفع والضرر . ولا تبرأ ذمة المشترط إلا باستيفاء المنتفع لدينه من المتعهد ، ولا يمكن لدائني المشترط استعمال الدعوى البولصية الا بإثبات غشه وغش المتعهد أيضا. ويمكن أن تتجه نية المشترط إلى إقراض المنتفع المبلغ الذي اشترط لمصلحته، فتخضع العلاقة بينهما لقواعد عقد القرض .

3 - **علاقة المتعهد بالمنتفع:** يتقرر للمنتفع حق شخصي مباشر من عقد الاشتراط اتجاه المتعهد مما يخول للأول دعوى مباشرة ليرفعها باسمه اتجاه الثاني دون استعمال اسم المشترط ، ويترتب على كون حق المنتفع مباشر شخصي ما يلي :

➤ ليس لدائني المشترط أي حق على ما تلقاه المنتفع لأنه لا يدخل في الضمان العام لمدينهم المشترط فليس لهم حق التنفيذ عليه لا في حياته ولا بعد مماته لأنه لا يدخل ضمن تركته.

➤ كون المنتفع دائنا للمتعهد يتزاحم معه بقية دائني المتعهد في التنفيذ على أمواله، فإذا ما أفلست شركة التأمين اقتسم أموالها دائنوها المنتفعون مع دائنيها الآخرين .

➤ ينشأ حق المستفيد من وقت انعقاد عقد الاشتراط لا من وقت قبول المستفيد للحق المشترط لصالحه. فلا يتأثر حق المنتفع بوفاة أو فقدان أهلية المتعهد بعد عقد الاشتراط

➤ عقد الاشتراط هو الذي يبين حق المستفيد و أوصافه وكيفية استعماله.

➤ للمتعهد أن يتمسك اتجاه المنتفع بالدفع المقررة له بمقتضى عقد الاشتراط اتجاه المشترط من بطلان و فسخ ... ولكن لا يجوز للمنتفع ان يطلب فسخ عقد الاشتراط لأنه ليس طرفا فيه.

➤ يمكن لدائني المتعهد استعمال الدعوى البولصية بسبب تعهده نحو المنتفع لكونه تصرف مفقر لزمته.

لا يلزم وجود المنتفع عند الاشتراط، فالمنتفع الدائن بالحق المترتب على الاشتراط يمكن ان يكون موجودا عند عقد الاشتراط كالزوجة المشترط لها في عقد التأمين على حياة الزوج. و يمكن كذلك ان يوجد في المستقبل سواء كان شخص طبيعيا أو معنويا. وبالتالي يمكن أن يلتزم المتعهد دون وجود منتفع دائن وهو ما يؤيد المفهوم المادي للالتزام.

* موقف المنتفع من عقد الاشتراط و نقض المشتراط له:

- نقض الاشتراط :

يمكن للمشتراط وحده دون ورثته او دائنيه ان يتراجع عن الاشتراط لمصلحة الغير و لكن قبل أن يعلن هذا الأخير رغبته أو قبوله إلى المتعهد أو المشتراط ، لأن إعلان هذه الرغبة يسقط حق المشتراط في نقض الاشتراط ما ليكن ذلك مخالف لما يقضي به العقد م117ق.م ، مثال : بائع العقار المرهون الذي يشترط على المشتري سداد قيمة الرهن للدائن المرتهن للبائع فلا يمكن رجوع البائع عن هذا الاشتراط لأن ذلك يناقض طبيعة العقد. و لكن إذا كان تصرف المشتراط تبرعا للمنتفع فيجوز للمشتراط الرجوع عن اشتراطه و لو أعلن المنتفع رغبته في الانتفاع من الهبة إلا في الحالات التي لا يجوز الرجوع فيها عن الهبة فلا يملك المشتراط الرجوع فيها و لو قبل إعلان المنتفع رغبته.

و نقض الاشتراط لا يعني فسخ عقد الاشتراط لأن الفسخ لا يتم بالارادة المنفردة ، و لا يعني أن تبرأ ذمة المتعهد ، بل يترتب على النقض انصراف الحق الناشئ عنها لمصلحة المشتراط نفسه الذي يمكن أن يمنحه لمنتفع آخر.

- موقف المنتفع :

إعلان المنتفع رغبته للاستفادة من عقد الاشتراط ليس قبولا لإيجاب و لا إجازة و لا إقرار بل هو تثبيت لحق المنتفع الذي نشأ منذ عقد الاشتراط. و يحق للمنتفع رفض الاشتراط و باعتبار هذا الرفض تصرفا مفقرا و يجب أن يكون المنتفع كامل الأهلية . و يختلف الفقه بشأن إمكان رفع الدعوى البولصية بالنظر لأن الحق المشتراط يثبت للمنتفع منذ عقد الاشتراط و لكن هذا الحق لا يستقر في ذمته إلا بتنفيذ العقد.

المبحث الثاني:- قوة العقد من حيث الموضوع

نسبية العقد لا تشمل أشخاص العقد فحسب و إنما موضوعه أيضا فلا يلتزم الطرفان إلا بمضمونه ، و هي مسألة تتطلب تفسير العقد و تحديد نطاقه و بيان كيفية تنفيذه .

المطلب الأول :- تفسير العقد

تفسير العقد هو التوصل إلى حقيقة ما تقصده الإرادة المشتركة للمتعاقدين و ذلك بالرجوع إلى العبارات المستعملة في العقد. و تختلف سلطة القاضي طبقا للمادة 111 و 112 ق م في تفسير العقد بحسب درجة وضوح العبارات و مدى غموضها.

الفرع الأول : وضوح عبارات العقد

تقضي المادة 111 ق.م بأنه : " إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين ". فوضوح العبارات التي يستعملها المتعاقدان في التعبير عن الإرادة تجعل القاضي ملزما بها كما وردت فلا يخرج عن معناها إذ يغني الوضح عن التفسير . و مع ذلك يمكن للقاضي أن يتدخل بتفسير عبارات العقد رغم وضوحها و ذلك في حالة ما إذا كانت العبارات متعارضة مع بعضها أو كانت محاطة بملايسات تؤدي إلى تأويلها إلى غير معناها الظاهر ، حيث يمكن للقاضي تفسير العقد بما يعتبره أقرب إلى قصد و إرادة المتعاقدين و لكنه مجبر على بيان أسباب ذلك و إلا كان حكمه عرضة للنقض للقصور في التسبيب .

و تقدير ما إن كانت العبارات واضحة لا تحتاج إلى تفسير أو غامضة تحتاج إلى ذلك يعد مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا و ذلك حتى يتقيد القاضي و لا ينحرف في تفسير العبارات على غير قصد المتعاقدين .

الفرع الثاني : غموض عبارات العقد

طبقا للمادة 2/111 ق.م يلتزم القاضي في حالة مواجهة غموض عبارات العقد بأن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل و ما ينبغي أن يتوافر من ثقة و أمان بين المتعاقدين ووفقا للعرف الجاري للمعاملات . فالتفسير في حالة الغموض يكون إذن بناء على عناصر داخلية و أخرى خارجية .

أولا : العناصر الداخلية

انطلاق من العقد ذاته يمكن للقاضي أن يتوصل إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين متجاوزا المعنى الحرفي للألفاظ، حيث العبرة بالمقاصد و المعاني لا بالألفاظ و المباني، فيبحث عن المعنى الأكثر تجاوبا مع قصد المتعاقدين . و للقاضي أن يستعين ببقية بنود العقد لتفسير البند الغامض ، و له أن يوظف مفهوم المخالفة أو من باب أولى بما يتفق و نية المتعاقدين .

ثانيا : العناصر الخارجية

في حال عدم نجاعة الوسائل الخارجية ، أمكن للقاضي استخدام العناصر الخارجية و المتمثلة في :

- الأمانة و الثقة الواجب توافرها بين المتعاقدين على اعتبار أن العقد نفسه يربط مصلحتيهما .

- العرف الجاري في المعاملات إذ قد يسهو المتعاقدان عن تنظيم جانب من جوانب العقد، فيكون للعرف الجاري دور في تفسير العبارات الغامضة و تحديد المعنى الأقرب إلى الإرادة المشتركة للطرفين .
- كما يمكن للقاضي الاستعانة بطريقة تنفيذ العقد في تفسيره، و للقاضي الاستعانة في سبيل ذلك بأي عنصر خارجي الظروف و الملابس السابقة أو المصاحبة للبرام أو التنفيذ.
و المقصود بالنية المشتركة للمتعاقدين هي الإرادة المشتركة الباطنة التي يكشف عنها بواسطة الإرادة المشتركة الظاهرة أي العبارات المستعملة للتأكد من مدى تطابقهما .

الفرع الثالث : قيام الشك في التعرف على النية المشتركة

إذا لم يوفق القاضي في استنتاج النية المشتركة للمتعاقدين بالرغم من استعمال جميع العناصر السابقة و استعصى عليه تفسير عبارات العقد الغامضة كونها تحتل عدة تأويلات ، كان له أن يتحيز في تفسيرها إلى مصلحة المدين حيث تقضي المادة 112 ق م بوجوب تفسير الشك لمصلحة المدين، فإذا حام شك حول مدى التزام المدين رجعا إلى الأصل و هو براءة ذمة المدين إلى أن يثبت الدائن الالتزام .
أما عقود الإذعان فإن الشك فيها يفسر لمصلحة الطرف المدعى دائئا كان أم مدينا.

المطلب الثاني: تحديد نطاق العقد

تقضي المادة 107 ق م بأن لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة. فقد خول المشرع للقاضي الخروج عما احتواه العقد ليشمل مستلزمات أخرى لم تذكر في العقد، و ذلك اعتمادا على العناصر التالية :

1- **طبيعة الالتزام** التي قد تقتضي أن يستكمل القاضي نطاق العقد بإدخال ملحقات ضرورية للشيء ضمن مضمون العقد و كل ما لا يستغنى عنه في استعمال الشيء ، و لو لم يرد ذكره في العقد كمن يبيع آلة معينة يعني أنه باع جميع لوازمها.

2- **القواعد المكملة** بما أن هذه الأخيرة تكون واجبة التطبيق في حال عدم اتفاق المتعاقدين على ما يخالف حكمها، فيمكن للقاضي أن يستعين بأحكامها في تحديد نطاق العقد على اعتبار أن سكوت المتعاقدين عن مسألة ما في العقد يفسر على أنه رضا بحكم القاعدة المكملة.

3- **العرف** ، إلى جانب دور العرف المفسر يلعب العرف دورا في تحديد نطاق العقد لاسيما في العقود التجارية كونه يؤدي دورا مساعدا للتشريع ، مثلا الشروط المألوفة التي تضاف إلى العقد دون النص عليها فيه .

4- قواعد العدالة ، كما يستدل القاضي في تحديد نطاق العقد بقواعد العدالة التي يراعى فيها الظروف الخاصة بكلا المتعاقدين على حده ، فالمؤجر لا يلتزم بتسليم العين المؤجرة و إنما يلتزم وفقا لقواعد العدالة بتيسير الانتفاع بالنسبة للمستأجر منها و الامتناع عن كل عمل يحول دون ذلك، كما أن الالتزام بضمان السلامة إنما هو التزام فرضته قواعد العدالة.

المطلب الثالث: كيفية تنفيذ العقد

تقضي المادة 106 بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون ، كما تحمل المادة 2/107 ق م المتعاقدين الالتزام بحسن النية في تنفيذ الالتزامات . و القاضي ملزم أيضا باحترام القانون الذي ارتضاه المتعاقدان.

الفرع الأول: احترام المتعاقدين للعقد

بمفهوم المخالفة للمادة 106 ق.م لا يجوز لأحد المتعاقدين إنهاء العقد بإرادته المنفردة فيما يجوز ذلك بإرادتهما المشتركة، و نفس الحكم بالنسبة للتعديل. ولكن قد يتضمن العقد لاسيما عقد الإذعان شرطا يخول لأحد لمتعاقدين الحق في إنهاء العقد أو تعديله ، و ما هذا إلا تكريس لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. و يعطي القانون حق إنهاء العقد أو تعديله لكلا الطرفين كعقد الوكالة الذي ينتهي بعدول الموكل أو بتنازل الوكيل (586 587 588 ق م).

الفرع الثاني: احترام القاضي للعقد

يلتزم القاضي باحترام قانون العقد فلا يملك تعديله أو إنهائه . و لكن على سبيل الاستثناء يتمتع القاضي بسلطة محددة اتجاه العقد نظرا لاعتبارات العدالة، مثلا حقه في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها ، أو منح المدين حسن النية سيء الحظ أجلا للوفاء ، كما أنه يستطيع رفع الإرهاق عن المدين في حالة الحادث الطارئ.

*** نظرية الظروف الطارئة:**

الحادث الطارئ هو حادث عام يلي تكوين العقد و غير متوقع حصوله و يترتب عنه تفاوت في المنافع المتولدة عن عقد مستمر أو متراخي التنفيذ يؤدي تنفيذه إلى إرهاب أحد المتعاقدين و تهديده بخسارة فادحة، و هو ما يخول للقاضي سلطة تفكيك تبعة هذا الحادث و توزيعها بين الطرفين من خلال رد الالتزام إلى الحد المعقول. و يختلف الحادث الطارئ عن القوة القاهرة من حيث أن هذه الأخيرة لا تؤدي إلى تعديل الالتزام و إنما انقضائه لأنها تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا لا مرهقا. كما يختلف الحادث

الطارئ عن الغبن - و إن كانا يتفقان في تفاوت الالتزامات - إلا أن هذا التفاوت بالنسبة للغبن يكون عند إبرام العقد، أما في الحادث الطارئ فينظر إلى التفاوت عند تنفيذ العقد.

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

أ- مجال تطبيقها لا يكون إلا أمام العقود الزمنية المتراخية التنفيذ كعقد التوريد أو العقود الفورية و لكن المؤجلة التنفيذ.

ب- أن يكون الحادث استثنائيا أي نادر الوقوع و عاما لا يخص المدين وحده كإفلاسه أو سرقة ماله بل يشمل كافة الناس كالإضراب المفاجئ أو تقلب الأسعار.

ت- أن لا يكون في وسع المدين التنبؤ به أو توقع حصوله .

ث- أن يحول الحادث دون تنفيذ العقد بشكل عادي ، أي أن يؤدي إلى إرهاب المدين و يظهر ذلك فيما يهدده من خسارة فادحة إذا ما بقي ملتزما بالعقد كما هو .

*** آثار الحادث الطارئ:**

يترتب عن تحقق الطرف الطارئ وفقا لتقدير القاضي تعديل العقد دون فسخه، حيث توزع تبعه هذا الحادث بين الدائن و المدين عن طريق إنقاص التزامات الأول و الزيادة في التزام الثاني، و ذلك حتى يبقى الالتزام قائما بعد رده إلى الحد المعقول فيتم الوفاء به، أما الفسخ فيؤدي إلى أن يتحمل الدائن وحده تبعه الهلاك. و فضلا عن ذلك ، للقاضي أمام شدة الحادث الطارئ أن يوقف التنفيذ إلى حين زوال الحادث الطارئ، ولا يجوز للمتعاقدين الاشتراط مسبقا على مخالفة الأثر الذي رتبته القانون على الحادث الطارئ(التعديل) و كل اتفاق من هذا القبيل يكون باطلا لتعلق هذا الأثر بالنظام العام .

المبحث الثالث: المسؤولية العقدية - جزاء الإخلال بقوة العقد الملزمة -

الأصل أن يلتزم المدين بتنفيذ التزاماته تنفيذا عينيا فإن هو امتنع عن ذلك أو أخل بالتزامه قامت مسؤوليته العقدية التي تقتضي بإلزامه بتعويض الدائن عما لحقه من ضرر جراء ذلك . و حتى تترتب المسؤولية العقدية لا بد من توافر شروطها: الخطأ،الضرر والعلاقة السببية.

المطلب الأول: الخطأ العقدي

يعتبر المدين مرتكبا لخطأ عقدي حينما يمتنع عن تنفيذ التزام يفرضه العقد أو يتأخر في تنفيذه عمدا أو عن إهمال أو بغير عمد أو إهمال . و يدخل في مفهوم عدم التنفيذ عدم التنفيذ الجزئي. إذا تتمثل صور الخطأ العقدي في: عدم التنفيذ الكلي للالتزام ، عدم التنفيذ الجزئي له و التأخر بتنفيذه.

ويختلف ترتيب الخطأ العقدي بحسب كون الالتزام الذي يتحملة المدين التزام بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية، فإذا كان المدين ملتزماً بتحقيق غاية فلا يكون التنفيذ إلا بتحقيق هذه الغاية كالتزام الناقل بضمان السلامة. أما إذا كان المدين ملتزماً ببذل عناية والمعيار هنا هو معيار موضوعي قائم على عناية الرجل العادي أي المتوسط الحرص ، فيكون التنفيذ ببذل هذه العناية دون أن يكون ملتزماً بتحقيق اي نتيجة كالتزام المحامي و الطبيب... وبالتالي يكون الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق النتيجة هو عدم تحقيق هذه النتيجة في حين يكون الخطأ في الالتزام ببذل عناية هو عدم بذل هذه العناية . وينعكس هذا الاختلاف على عبء الإثبات الذي يكون أثقل على الدائن في الالتزام ببذل عناية منه في الالتزام بتحقيق النتيجة .

وقد تناول الشرع الجزائري الالتزام ببذل عناية ضمن 172 ق م فما تعرض الالتزام بتحقيق نتيجة ضمان م 176 ق م .

المطلب الثاني: الضرر

لا يكفي أن يرتكب المدين خطأ عقدياً بل يجب أن يترتب عن ذلك ضرر يصيب الدائن بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر في تنفيذه . فإن تخلف ركن الضرر انتفت المسؤولية العقدية للمدين و لو صدر منه خطأ، لذلك يتوجب على الدائن إثبات الخطأ في الأصل و إثبات الضرر اللاحق به ، باستثناء حالة التأخر في الوفاء بالنقود حيث افترض المشرع ترتيب الضرر جراء ذلك م 186 ق م.

و الضرر هو الأذى الذي يلحق الشخص بسبب المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له مادية كانت أو معنوية ، لذلك فيكون الضرر إما مادياً أو معنوياً. ويشترط في الضرر أن يكون مباشراً أي أن يكون نتيجة طبيعية للخطأ ، وأن يكون متوقفاً حصوله . لذلك لا يسأل المدين عن خطئه العقدي غير متوقع ولو كان مباشراً إلا في حالتي الغش و الخطأ الجسيم . كما يشترط في الضرر أن يكون محقق الوقوع في الحال أو المستقبل لذلك لا يسأل المدين عن الضرر المستقبل الاحتمالي أو المحتمل الوقوع في الحال، بل يجب أن يصبح محققاً ليحق للدائن طلب التعويض عنه .

وللضرر صورتان: إما أن يكون مادياً أو معنوياً، فالضرر المادي هو ما يصيب الشخص في نفسه أو ماله أو جسمه. أما الضرر الأدبي فهو ما يصيب الشخص في شعوره وعاطفته وإحساسه كالضرر الأدبي الذي يصيب الورثة بسبب الوفاة قريبتهم في حادث. المشرع الجزائري حصر صور الضرر المعنوي في نص 182 واعتبر الضرر الأدبي كل مساس بحرية أو شرف أو سمعة الأفراد.

المطلب الثالث: علاقة السببية

إضافة إلى ركني الخطأ والضرر يجب أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لخطأ المدين أو أن يكون الخطأ هو سبب الضرر. وإن كان على عاتق الدائن إثبات الخطأ و الضرر فإن العلاقة السببية تكون مفترضة وبالتالي متى أثبت الدائن الخطأ والضرر فلا حاجة لإثبات هذه العلاقة بينهما بل يقع على عاتق المدين نفيها بإثبات السبب الأجنبي الذي قد يكون قوة قاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير.

1/ القوة القاهرة: أو الحادث المفاجئ:

حتى تؤدي القوة القاهرة دورها المعفي من الالتزام لا بد أن تكون حادثاً خارجياً لا يمكن توقعه و لا دفعه و من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً. و يكون هذا الحادث إما مادياً كهلاك الشيء المبيع أو قانونياً كصدور قانون يمنع تداول الشيء . كما يجب أن لا يكون هناك خطأ صادر من جانب المدين لان وجوده يفقد القوة القاهرة أثرها الإعفائي.

2/ خطأ الدائن أي المضرور :

قد يرتكب الدائن خطأ إلى جانب الخطأ المرتكب من قبل المدين ، و حين ذاك نكون أمام ما يعرف بالخطأ المشترك الذي يترتب عنه إما استغراق خطأ الدائن المضرور للمدين المسؤول فيتحلل هذا الأخير من المسؤولية، أو استغراق خطأ المدين لخطأ الدائن إن وجد فتثبت مسؤولية المدين، و في حال عدم إمكان تحديد الخطأ المستغرق يُنقص من قيمة التعويض الذي يلتزم به المدين بقدر إسهام خطأ المضرور في إحداث الضرر .

3/ خطأ الغير:

الغير هو كل شخص خلاف الدائن والمدين . و يشترط في تدخله الذي يثبتته المدين للتحلل من المسؤولية أن يكون مثله مثل القوة القاهرة غير متوقع و لا يمكن دفعه ، و أن لا يشترك معه خطأ المدين في ترتيب الضرر و إلا تحمل هذا الأخير المسؤولية كاملة .

الفصل الثاني: انحلال العقد

نميز في هذا الشأن بين بعض المصطلحات التي لها علاقة بزوال العقد :

- الانقضاء Extinction هو النهاية الطبيعية لأي عقد تكون بتنفيذه أو بانتهاء مدته، فيزول العقد تبعاً لذلك.

- التقايل أو الإقالة Résiliation conventionnelle: اتفاق يضع به المتعاقدان حداً للعقد الأول فيلغيانه وهو لا يسري بأثر رجعي ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك .

- الانحلال: يتعلق بعقد صحيح و لكنه يقع بين الإبرام و التنفيذ بسبب امتناع أحد المتعاقدين عن أداء التزاماته بعد إبرام العقد ، و يدخل في معناه : الفسخ و الانفساخ

المبحث الأول: فسخ العقد و انفساخه

نعالج تباعا فسخ العقد ثم انفساخه :

المطلب الأول : فسخ العقد Résolution

الفسخ هو انحلال العقد الملزم لجانبين بطلب من أحد المتعاقدين حتى يتخلص من التزامه الذي ينعدم سببه أمام تخلف المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه. فأساس الفسخ هو انعدام سبب الالتزام عند التنفيذ و ليس عند الإبرام و إلا تقرر البطلان.

الفرع الأول :شروط الفسخ

- 1- أن يكون العقد ملزما لجانبين حتى يعتبر التزام احد المتعاقدين سببا لالتزام الطرف الآخر .
- 2- أن يخل احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، و يكون للقاضي سلطة تقديرية في تقرير الفسخ الجزئي أو الكلي بحسب طبيعة الالتزام و درجة التنفيذ . أما إذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى قوة قاهرة فالجزء هو الانفساخ لا الفسخ.
- 3- أن يكون المتعاقد الآخر حسن النية أي نفذ التزامه أو مستعدا لتنفيذه أي متمسكا بالتنفيذ أكثر من تمسكه بالفسخ. و مستعدا في الآن نفسه لتحمل الأثر الرجعي للفسخ .

الفرع الثاني: تقرير الفسخ

يتم الفسخ باللجوء إلى القضاء أو بالاتفاق . و القانون يستوجب إعدار المدين سواء تعلق الأمر بالفسخ القضائي طبقا للمادة 119 ق.م ، أو بالفسخ الاتفاقي م120 ق.م .

* الفسخ القضائي :

يستطيع القاضي بالنظر إلى سلطته التقديرية و بناء على طلب الدائن إما ان يحكم بالفسخ إذا كان الجزء الممتنع عن تنفيذه ذا أهمية ، أو يرفض الحكم بذلك إذا كان الجزء المنفذ كبيرا. وللقاضي أيضا أن يمنح المدين حسن النية أجلا للوفاء بالالتزام فإن لم ينفذ هذا الالتزام اعتبر العقد مفسوخا المادة 2/119 . و يمكن للدائن الذي طالب بفسخ العقد أن يستبدل هذا الطلب بطلب التنفيذ العيني متى كان ذلك ممكنا أو أن يطلب التعويض. كما يمكن للمدين أن يتمسك بالتنفيذ العيني تفاديا للفسخ و هو ما يدل على حسن نيته.

و تسقط دعوى الفسخ طبقا للقواعد العامة بمضي 15 سنة من يوم الإعدار.

* الفسخ الإتفاقي :

انطلاقاً من المادة 20 ق م يمكن للمتعاقدين إدراج بند ضمن العقد عند إبرامه يقضي باعتبار العقد مفسوخاً بحكم القانون في حالة عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته . و في هذه الحالة يفسخ العقد من تلقاء نفسه دون أن يكون الدائن مضطراً لرفع دعوى الفسخ و مع ذلك يجب علته إعدار مدينه . و الاتفاق هنا يكون مقررراً للفسخ عكس الحكم القضائي الذي يكون منشأ له . و البند الفاسخ يتمسك به الدائن الذي يستطيع المطالبة بالتنفيذ العيني عوضاً عن الفسخ و لا يتمسك به المدين الذي لو أمكنه ذلك لكان تنفيذ العقد معلقاً على مشيئته . و تختلف الصيغ الدالة التي يستعملها المتعاقدان و الدالة على فسخ العقد فمنها ما يتطلب تدخل القاضي مع الإعدار و منها ما لا يتطلب أي إجراء .

الفرع الثالث : أثر الفسخ

يترتب عن الفسخ زوال العقد بأثر رجعي و كأنه لم يبرم سواء فيما بين المتعاقدين حيث يعودان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد و عند الاستحالة يحكم بالتعويض لطالب الفسخ (المادة 122 ق م) كما هو الحال في عقود المدة . و في حال وفاء طالب الفسخ بالتزاماته يكون من حقه طلب استرداد ما و فاه ما لم يستهلك أو يتصرف فيه بحسن نية .

كما يترتب الفسخ أثره الرجعي حتى بالنسبة للغير ماعدا بعض الحالات هي نفسها المستثناة من الأثر الرجعي للبطلان .

المطلب الثاني: انفساخ العقد (استحالة التنفيذ لسبب أجنبي).

ينقضي الالتزام إذا استحال تنفيذه لسبب أجنبي ، وانقضاء الالتزام في هذه الحالة يكون عن طريق انفساخ العقد الذي أنشأ الالتزام المستحيل حيث تنص المادة 121 ق م على أنه في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له و يفسخ العقد بحكم القانون . فإذا كان العقد ملزماً لكلا المتعاقدين واستحال على المدين الوفاء بالتزامه انقضى هذا الالتزام وانقضى بالنتيجة الالتزام المقابل له ، مما يؤدي إلى انفساخ العقد أمام عدم وجود التزامات .

و يشترط في استحالة التنفيذ كشرط لانفساخ العقد أن تكون حاصلة بعد تكوين العقد وإلا كان العقد باطلا لانعدام المحل ، وأن تكون مطلقة غير نسبية وأن يكون مرد الاستحالة لسبب أجنبي كالقوة القاهرة أما إذا كانت الاستحالة بسبب خطأ المدين فإن هذا الأخير هو من يتحمل مسؤولية ذلك .

ويترتب على الانفساخ أن يتحمل المدين بالالتزام تبعة الهلاك في العقود الملزمة لجانبين كهلاك المبيع مثلا ، في حين يتحمل هذه النتيجة الدائن بالالتزام في العقود الملزمة لجانب واحد كالهبة . كما يترتب على الانفساخ نفس الأثر الرجعي للفسخ إلا أنه لا يحق للدائن طلب التعويض لأن عدم التنفيذ لا يرجع إلى خطأ المدين بل إلى سبب أجنبي عنه.

المبحث الثاني: الدفع بعدم التنفيذ.

يقصد به تمسك أحد المتعاقدين بعدم تنفيذ التزامه أمام امتناع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه ، وذلك بغرض دفع هذا الأخير إلى التنفيذ وقد تناولته المادة 123 ق مدني.

المطلب الأول: شروطه.

طبقا للمادة 123 ق م تتمثل هذه الشروط في:

1- أن يكون العقد محل العقد بعدم التنفيذ ملزما لجانبين لأن الأساس هذا الدفع هو السبب الذي يتزامن فيه غالبا تنفيذ كلا الالتزامات المتقابلة.

2- أن يمتنع أحد المتعاقدين على تنفيذ التزامه الذي يجب أن يكون والالتزام المتعاقد الآخر مستحقي الوفاء غير مؤجلين و واجبي التنفيذ حالا ، أما إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين مؤجلة التنفيذ بالاتفاق أو تم الاتفاق على أن ينفذ أحد المتعاقدين التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا مجال للتمسك بهذا الدفع. أما الأجل القضائي فلا يمنع من التمسك بهذا الدفع فيستطيع البائع الدفع بعدم نقل الملكية أمام المشتري المستفيد من أجل قضائي (الميسرة). و قد يؤدي امتناع كلا المتعاقدين عن التنفيذ إلى فسخ العقد في حال عدم التوصل إلى إجبارهما على التنفيذ .

3- أن لا يتعسف الدائن في استعمال حق الدفع بعدم التنفيذ وذلك تطبيقا لمبدأ "حسن النية في التنفيذ" خاصة إذا كان المدين قد نفذ الشق الأكبر من التزاماته.

ووقف التنفيذ أو الدفع بعدم التنفيذ هو تصرف قانوني من جانب واحد يتم بناء على إرادة أحد المتعاقدين دون رضا الطرف الآخر وهو يحتاج إلى إعدار دون الحاجة إلى حكم يكشف عنه.

المطلب الثاني: آثار الدفع بعدم التنفيذ.

يترتب على ممارسة حق الدفع بعدم التنفيذ وقف تنفيذ التزامات كلا المتعاقدين المتمسك بدفع بعدم التنفيذ والممتنع عن التنفيذ ، فمثلا في عقد البيع يتعطل الوفاء بالثمن والتزام بنقل الملكية وكذلك الشأن بالنسبة لعقود المدة إلا أن وقف تنفيذها يؤدي إلى الانتقاص من مقدار الالتزام كعقد الإيجار مثلا .

ويرمي المتعاقد المتمسك بهذا الدفع إلى إرغام المتعاقد الممتنع على التنفيذ الجبري عن طريق القضاء أو التنفيذ بمقابل (تعويض) على أساس الخطأ العقدي وإلا فله فسخ العقد. ويسري الدفع بعدم التنفيذ في حق الغير متى تم التمسك بهذا الدفع قبل أن يتقرر حق الغير، كدفع البائع في وجه المشتري الثاني من المشتري الأول لأن هذا الأخير لم يدفع الثمن ويظل البائع حابسا للمبيع.

الباب الثاني: الإرادة المنفردة.

سبق أن بينا أن المذهب المادي يعرف الالتزام على أساس وجود علاقة ذات طابع مالي وليس شخصي، ومن ثم تعتبر الإرادة المنفردة في نظر هذا المذهب مصدرا من مصادر الالتزام إلى جانب العقد ذلك أن المذهب المادي لا يشترط وجود الدائن وقت نسوء الالتزام بل يكفي بوجود المدين حين ذاك، على أن يظهر الدائن وقت تنفيذ الالتزام .

ولقد اعتبر المشرع الجزائري في البداية الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام لكن لم يفرد له فصلا مستقلا على غرار العقد لأنه كان يراه مجرد مصدر استثنائي متأثرا في ذلك بالمشرع المصري، غير أنه بمقتضى تعديل 2005 خص الإرادة المنفردة بفصل مستقل هو الفصل 02 مكرر مما يدل على اعتباره مصدرا عاما للالتزام مثله مثل العقد .

وينطبق على الإرادة المنفردة ما ينطبق على العقد من حيث أحكام الأهلية وعيوب الرضا والمحل والسبب ، وذلك طبقا للمادة 123 مكرر/02 "يسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من أحكام باستثناء أحكام القبول" . وبالنسبة لأشكال التعبير عن الإرادة فيشترط في الإرادة المنفردة الصراحة دون التعبير الضمني، كما يشترط أن يتضمن هذا التعبير طبيعة التصرف المراد إجراؤه والمسائل الجوهرية التي لا يتم إلا بها.

كما يجب أن يكون المتصرف بإرادته المنفردة متوفرا على الأهلية القانونية التي يتطلبها القانون لإجراء التصرف، وأن تكون إرادته خالية من العيوب كمن يكون واقعا في غلط أو مكرها أو مدلسا عليه. كما يشترط أن يكون المحل موجودا أو قابل للوجود معينا ومشروعا وأن يكون السبب كذلك.

وقد نصت المادة 123 مكرر 1 على أن "يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير". ومعنى ذلك أن التصرف القانوني من جانب واحد إنما يتم بالإرادة المنفردة للمتصرف ولا ينشأ إلا التزاما واحدا يقع على عاتق هذا المتصرف، ولا يجوز أن يحمل غيره أي التزام فيكون هو وحده المدين بالالتزام في حين لا يكون الغير إلا دائنا ، فإن التزم الغير تحول التصرف إلى عقد لأن المادة 123 مكرر/02 استثنت سريان أحكام القبول على التصرف بالإرادة المنفردة.

*** تطبيقات التصرف بالإرادة المنفردة (التصرف القانوني من جانب واحد).**

بإدراج المادة الجديدة 123 مكرر لم يعد التصرف القانوني بالإرادة المنفردة قاصرا على الوعد بجائزة وإنما أصبح يتعدى ذلك إلى كل التزام ينشأ بالإرادة المنفردة لصاحبها. ومن أهم تطبيقات التصرف بالإرادة المنفردة الإيجاب الملزم طبقا للمادة 63 ق م و كذلك الإجازة في العقد القابل للإبطال طبقا للمادة 100 ، كذلك الإقرار الصادر عن الغير المتعهد عنه في التعهد عن الغير، وكذلك إقرار المالك في بيع ملك الغير (01/398) ، و إقرار الولي أو الوصي في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر المادة 83 قانون الأسرة ، وإقرار الأصيل في عقد الوكالة، إلى جانب تطهير الحائز للعقار من الرهن المثقل به م 915 وما يليها ق م ، وكذلك الوصية 184 قانون الأسرة ، والوقف 217 قانون الأسرة.

*** أهم تطبيقات الإرادة المنفردة : الوعد بجائزة للجمهور**

تحدثت عن هذا الوعد المادة 123 مكرر ويشترط في هذا التصرف ما يلي:

- 1- أن تتجه إرادة الواعد إلى الالتزام بشكل بات وجدي.
- 2- أن تكون الإرادة خالية من العيوب.
- 3- أو يوجه الوعد إلى الجمهور أي إلى أشخاص غير محددين وإلا اعتبر هذا الوعد إيجابا قابلا للاقتران بقبول وبالتالي يمكن أن يتكون عقد بالنتيجة، وقد استبعد المشرع حتى القبول الضمني بالقول "و لو قام الغير بالعمل دون علم بالجائزة".
- 4- أن ينشر هذا الوعد حتى يتم إعلام الجمهور به بأية طريقة تفيد ذلك كالصحف مثلا.
- 5- أن يكون هذا الوعد متضمنا جائزة مادية أو أدبية - وهي محل الالتزام - نتيجة قيام الغير بعمل محدد، كالبحث على شيء أو ابتكار شيء جديد أو الفوز في مسابقة وهو سبب الالتزام.

*** أحكام الوعد بجائزة:**

نميز هنا بين حالتين

الحالة الأولى: تحديد الوعد بأجل محدد وهنا يلتزم الواعد بالإبقاء على وعده طول الأجل المحدد ولا يحق له الرجوع عنه قبل انقضائه ، فتطبق عليه أحكام الإيجاب الملزم، فان انقضى الأجل انقضى معه التزام الواعد . ويستحق الجائزة من قام بالعمل سواء قبل إعلان الوعد أو قبل انقضاء الأجل المحدد أي بغض النظر عن علم أو قصد القائم بالعمل.

الحالة الثانية : عدم تحديد الوعد بأجل.

يجوز في هذه الحالة للواعد الرجوع عن وعده لأنه لم يحدد للغير مدة للقيام بالعمل المطلوب ، فإن لم يتم الغير بهذا العمل كان للواعد أن يرجع عن الوعد بنفس الطريقة التي تم بها أي عن طريق الإعلان. وإذا كان هناك من قام بالعمل قبل حصول العدول فإنه يستحق الجائزة ولا يكون لهذا العدول اللاحق على العمل أي أثر طبقا للمادة 123 مكرر/02 . وفي حالة عدم تلقيه للجائزة أمكنه رفع دعوى أمام القضاء خلال 06 أشهر من تاريخ إعلان العدول و هي مدة سقوط لا تخضع للوقف أو الانقطاع (التقادم)، أما إذا كان هناك عدول من الواعد قبل إتمام العمل ويعد الشروع فيه ، فإن القائم بالعمل يستحق التعويض على أساس الإثراء بلا سبب. في حين يتقادم التزام الواعد طبقا للقواعد العامة بمضي 15 سنة (308 قانون مدني) وذلك من تاريخ الإعلام بالوعد.

القسم الثاني: المصادر غير الإرادية للالتزام.

إلى جانب التصرف القانوني (المصادر الإرادية) هناك ما يعرف بالواقعة القانونية (المصادر غير الإرادية) التي تنقسم إلى واقعة طبيعية (كتعاقب الأيام والميلاد والوفاة) ويرتب عليها القانون أثرا ، وواقعة مادية يتدخل فيها الإنسان بفعله بغض النظر عن قصده سواء كان هذا الفعل ضارا وهو ما يعرف بالمسؤولية التقصيرية أو العمل غير مشروع أو العمل المستحق التعويض أو كان نافعا وهو ما يعرف بالإثراء بلا سبب أو شبه العقود، وزيادة على ذلك هناك القانون الذي يعد مصدرا مباشرا للالتزام فضلا عن كونه مصدرا غير مباشر له كما سبق بيانه.

الباب الأول: المسؤولية التقصيرية.

تنقسم المسؤولية عموما إلى مسؤولية أدبية (دينية، أخلاقية، اجتماعية) ويكون الشخص مسؤولا فيها تجاه ضميره أو المجتمع ، وإلى مسؤولية قانونية تقتضي محاسبة الشخص عن كل خطأ أو ضرر يلحقه بالغير، فإذا كان هذا الغير المضرور شخصا أو أشخاص محددين كانت المسؤولية مدنية وإذا كان المجتمع ككل كانت المسؤولية جزائية.

*** تقسيمات المسؤولية بوجه عام و تطورها :**

أولا : المسؤولية المدنية و المسؤولية الجزائية

نميز بين هاتين المسؤوليتين في النقاط التالية:

- تترتب المسؤولية الجزائية عن أفعال محددة بنص القانون، في حين أن المسؤولية المدنية تترتب عن كل فعل ضار دون حصر.

- المسؤولية الجزائية يترتب عنها تسليط العقوبة على الفاعل والغرض هو زجره و ردع غيره، أما المسؤولية المدنية فيترتب عنها التعويض الذي يفيد إصلاح الضرر .
- الدعوى العمومية يباشرها ممثل الحق العام وهي غير قابلة للتنازل، أم الدعوى المدنية فيرفعها المضرور أو خلفه يل يجوز له أن يتنازل عنها أو يتصالح مع المسؤول.
- مجال المسؤولية المدنية مستقل عن مجال المسؤولية الجزائية ، فهناك أفعال من شأنها إثارة المسؤولية الجزائية دون المدنية كالشروع في بعض الجنح ، وهناك أفعال يترتب عنها المسؤولية المدنية دون الجزائية كإتلاف مال الغير دون قصد ولكن هناك مجال مشترك بين المسؤوليتين.

*المجال المشترك بين المسؤولية المدنية والجزائية:

إذا اتخذ الفعل الواحد وصف الخطأ الجزائي والخطأ المدني في الوقت نفسه فإن المسؤولية الجزائية تؤثر في المسؤولية المدنية كون المصلحة العامة أولى من المصلحة الخاصة .

فمن حيث التقادم الأصل أن تقادم الدعوى المدنية لا يتم إلا بتقادم الدعوى العمومية غير أن دعوى التعويض في القانون المدني الجزائري غير مقيدة بهذا الأصل إذ تتقادم بمضي 15 سنة (133 قانون مدني) من يوم وقوع الفعل الضار ولا تتقادم إطلاقا الدعوى المدنية التي يترتب عن جرائم الإرهاب والجريمة العابرة للحدود والرشوة والاختلاس .

ومن حيث الاختصاص يمكن رفع دعوى التعويض عن الفعل الضار أمام القسم الجزائي الذي ينظر في الدعوى العمومية طبقا للمادة 03 قانون إجراءات مدنية ما لم تنقض هذه الأخيرة أو يتم الحكم بحفظ الحقوق

ومن حيث سير الدعوى المدنية حيث يوقف النظر في هذه الدعوى إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية طبقا لقاعدة الجنائي يوقف المدني .

ومن حيث سلطة القاضي المدني الذي يتقيد بما يثبتته نظيره الجزائي من وقائع دون التقيد بالتكييف القانوني لهذه الوقائع ، فإسناد الفعل إلى المتهم من عدمه يكون محل نظر من القاضي المدني حتى لا تتعارض الأحكام المدنية مع الجزائية . و لكن هذا التقيد لا يتعلق بالتكييف إذ قد لا يرقى الخطأ المرتكب إلى درجة الجريمة فيحكم القاضي الجزائي ببراءة المتهم ولكنه يأخذ وصف الخطأ الموجب للتعويض فيلزمه القاضي رغم براءته بذلك كإتلاف مال الغير دون قصد. وتنقضي الدعوى العمومية بوفاة المتهم أو بالتقادم... ولكن هذا لا يحول دون رفع دعوى التعويض.

ثانيا : المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية

تختلف المسؤولية العقدية عن نظيرتها التقصيرية من حيث الأساس الذي تقوم عليه كل منهما ومن حيث تنظيمهما وآثارهما ، إلا أن جانبا من الفقه نادى بوحدة المسؤولية . غير أن المسؤولية العقدية يلتزم فيها المدين بالتعويض احتياطيا عند عدم تنفيذ الالتزام الأصلي الناشئ عن العقد، عكس المسؤولية التقصيرية التي يعد الالتزام بالتعويض فيها التزاما أصليا (هناك فقه يعارض لأن في المسؤولية هناك التزام عام واحد و هو عدم إلحاق الأذى بالغير). كما أن المسؤولية العقدية تنجم عن الإخلال بالتزام محدد تنظمه إدارة طرفي العقد، في حين أن المسؤولية التقصيرية هي جزاء الإخلال بواجب قانوني عام هو التبصر وعدم الإضرار بالغير .

ومع ذلك هناك تشابه بين المسؤوليتين خاصة أنهما قائمتين كأصل عام على أساس الخطأ الذي يقدر وفق معيار الرجل العادي ، إلا أن هناك فروقا بين المسؤوليتين أهمها :

- من حيث الإعدار: إذ الأصل أن التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية لا يتم إلا بعد اعدار المدين 119 ق م على خلاف المسؤولية التقصيرية الذي يعفى الدائن بالتعويض فيها من الاعذار 181 ق م .

- من حيث الأهلية : لا تقدم المسؤولية العقدية إلا بتوافر أهلية التعاقد التي تختلف من عقد لآخر ، أما المسؤولية التقصيرية فالتمييز يكفي لقيامها .

- من حيث مدى التعويض : يسأل المدين في المسؤولية التقصيرية عن الضرر سواء كان متوقعا أو غير متوقع، أما في المسؤولية العقدية فلا يسأل المدين إلا عن الضرر المتوقع وقت التعاقد كأصل عام (الإرادة محل الاعتبار) إلا إذا كان المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما فيسأل عن الضرر متوقعا كان أو غير متوقع 02/182 ق م .

- من حيث الإعفاء من المسؤولية: طبقا للمادة 178 يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذ التزامه العقدي إلا إذا كان هذا الإخلال ناجما عن غشه أو خطئه الجسيم ، كما يجوز أن يشترط إعفاءه من الغش والخطأ الجسيم الصادر عمّن يستخدمهم في تنفيذ التزامه. أما المسؤولية التقصيرية فكل شرط يرمي إلى الإعفاء منها باطلا .

- من حيث التضامن: طبقا للمادة 217 ق م التضامن بين المدينين في الالتزام الناشئ عن العقد لا يكون إلا باتفاق طرفيه أو بنص القانون ، أما التضامن في المسؤولية التقصيرية فهو مفترض بنص القانون المادة 126 ق م .

- من حيث التّقديم: المسؤولية العقدية تتّقدم بمضي 15 سنة طبقا للمادة 308 ق مدني وكذلك المسؤولية التقصيرية تتّقدم بنفس المدة طبقا للمادة 133 ق مدني ، فضلا عن ذلك فإن المسؤولية العقدية يتطلب تفريرها وجود عقد بين المسؤول والمضروب فلا مسؤولية عقدية قبل إبرام العقد ولا بعد انحلاله، ولا بد أن يكون هذا العقد صحيحا وإلا كانت المسؤولية تقصيرية بالنسبة للعقد الباطل . كما أنه يشترط لقيامها أن يترتب ضرر عن الإخلال بالعقد (بعد تفسير القاضي لمضمون العقد أي الالتزامات إن كانت ناجمة عن العقد وحتى القانون) فنكون أمام مسؤولية عقدية ، مثلا مسؤولية الناقل كانت تعتبر تقصيرية تم أقم القضاء الفرنسي الالتزام بضمان السلامة في عقد النقل ليتم تقنينه فيما بعد. ولا بد أن يكون المخل بالعقد طرفا فيه أو خلفه و المضروب كذلك و فيما عدا ذلك نكون أمام مسؤولية تقصيرية.

* جمع المسؤوليتين والخبرة بينهما :

قد يؤدي الفعل الواحد إلى قيام كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية ، ومن المتفق عليه أنه لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين سواء كان هذا الجمع بغرض الحصول على تعويضين عن ضرر واحد أو أن يجمع المضروب بين مزايَا كل من المسؤوليتين. أما بالنسبة للخبرة بين المسؤوليتين فهناك رأيان:الرأي أول: يحق للدائن أن يختار وفقا لما يتماشى ومصالحته بين المسؤوليتين إذا توافرت شروطهما على أساس أن المسؤولية التقصيرية دائما قائمة إلى جانب المسؤولية العقدية كونها من النظام العام. و رأي ثان: يرى جواز الخبرة متى صدر من المدين المتعاقد غش أو ارتكب جريمة كسرقة الناقل للأمتعة. و رأي ثالث راجح يستبعد الخبرة باعتبار أن المسؤولية العقدية تحجب المسؤولية التقصيرية كون الشخص لا يمكنه أن يكون متعاقدا و غيرا في الآن نفسه .

ثالثا : تطور المسؤولية التقصيرية

كان المضروب في المجتمعات القديمة هو من يوقع الجزاء على المسؤول عن طريق الثأر حيث لم يكن هناك فصل بين المسؤولية الجنائية والمدنية ، ثم ظهر نظام الدية كتعويض للمضروب من الجاني . ثم بدا أن هناك جرائم تمس المجتمع ككل ، لذلك تم إيجاد عقوبة أخرى إلى جانب الدية التي ظهرت كتعويض فبدأت المسؤولية المدنية تتفصل عن الجزائية . ثم في القانون الروماني لم يكن هناك مبدأ عام للمسؤولية عن الفعل الخاطئ المرتب للضرر ، وظلت المسؤولية الجزائية مختلطة بالمسؤولية المدنية فلم يكن تعويض إلا عقوبة خاصة مالية.

أما في عهد القانون الفرنسي القديم تم الفصل بين المسؤوليتين والمدنية و الجزائية و كذا بين المسؤولية العقدية والتقصيرية على يد الفقيه دوما Domat الذي صاغ نظرية عامة لهذه المسؤولية على

أساس الخطأ وأصبح التعويض جزءاً مدنياً خالصاً. ثم جاء قانون نابليون 1804 الذي أقر ما توصل إليه دوماً من مبدأ عام للمسؤولية التقصيرية مع إضافة صور خاصة للمسؤولية عن فعل الغير و عن الأشياء وعن تهدم البناء لأن المسؤولية القائمة على الخطأ .

لكن هذه المسؤولية لم تعد تتحمل في نهاية القرن 19 تطور المجتمع ومخاطره الجديدة و الجسيمة عقب الثورة الصناعية وما صاحبها من ظهور آلات وحوادث ضارة أصبح الفرد يعجز عن إثبات خطأ صاحبها ، فغاب التوازن بين المضرورين الذين يتحملون المخاطر والمالكين لها الذين يغنمون منها الأمر الذي أدى إلى ظهور النزعة الاجتماعية أو الاشتراكية المنادية بحماية العمال المضرورين والوقوف مع الطرف الضعيف في جمع العلاقات القانونية .

ومع ذلك ظلت فكرة الخطأ أساساً عاماً للمسؤولية التقصيرية حتى نهاية القرن 19 إلى أن ظهرت نظرية جديدة تقيم المسؤولية على أساس الضرر وهي المسؤولية الموضوعية=أو المادية=أو الشئئية التي شيدها الفقيه LABBE تحت عنوان "تحمل التبعة" .

لذلك هناك نظريتان للمسؤولية : شخصية لا تقيم المسؤولية إلا على أساس الخطأ فهي تبحث في سلوك الشخص ، وقد انتقدت هذه النظرية التي لا تزال قائمة من حيث أن الخطأ إنما هو أساس المسؤولية الجنائية التي انفصلت على المسؤولية المدنية والتي يجب أن تقوم على أساس الضرر حيث يكون التعويض على قدره ، و من حيث أن عبء إثبات الخطأ يتحمله المضرور الطرف الضعيف ، خاصة وأن القضاء أصبح يتوسع في تفسير النصوص أكثر مما تحتمل فتوسع في فكرة الخطأ وافترضه و زاد من الواجبات القانونية وألقى التزامات إضافية (استحدثها القضاء) على عاتق مزاول النشاط، لتسهيل الإثبات على المضرور وتيسر السبيل أمامه للحصول على التعويض.

أما النظرية الثانية و هي النظرية الموضوعية التي تقيم المسؤولية على أساس الضرر وفي ظلها لا يمكن أن يظل المضرور بدون تعويض، سواء كان مزاول النشاط قد أخطأ أو لم يخطأ وسواء أثبت سبب الأجنبي أو لم يثبت، ولها 03 صور: صورة مطلقة (تحمل التبعة) يسأل فيها الشخص عن جميع أفعاله الضارة سليمة كانت أم خاطئة. وصورتين مقيدتين: نظرية الخطر المستحدث يكون فيها الشخص مسؤولاً عن الضرر الذي يترتب عن نشاطه المستحدث للخطر، ونظرية الغرم بالغنم التي تقضي بأن يلتزم مزاول النشاط المربح بتعويض المضرور الذي يضرار من ذلك النشاط .

ويستدل الفقه باستجابة وتأثر القضاء بهذه النظرية وتوظيفه لعبارات تدل على ذلك كعبارة المسؤولية المفترضة والمسؤولية بقوة القانون. وما يعاب على هذه النظرية أنه من شأنها كسر روح الابتكار والاستثمار لدى الأشخاص ، لكن نظام التأمين قد أزال هذه المخاوف.

وبالنسبة للقانون الجزائري فهو يعتنق المسؤولية القائمة على أساس الخطأ الذي اعتبره واجب الاثبات تارة (124) ومفترضا افتراضا بسيطا تارة أخرى ومفترضا قطعاً تارة ثالثة. كما أنه يأخذ بالنظرية الموضوعية كما هو الشأن في حوادث المرور و حوادث العمل.

والمسؤولية التقصيرية بصفة عامة قد تكون:

- إما عن العمل الشخصي.

- أو عن فعل الغير.

- أو عن فعل الأشياء (الحية و غير الحية).

الفصل الأول: المسؤولية عن الأفعال الشخصية:

تقضي المادة 124 ق مدني "بأن كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض". وبالتالي فأركان المسؤولية الشخصية التي لا تقوم من دونها هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

المبحث الأول: الخطأ

الخطأ كأصل عام هو أساس المسؤولية المدنية فقد يكون عمدياً أو عن إهمال ، وقد يأخذ صورة فعل إيجابي أو مجرد امتناع . وقد يكون الخطأ أيضاً تجاوزاً لحدود حق معين كالتعسف في استعمال الحق .

والخطأ بوجه عام هو انحراف الشخص عن سلوك الرجل المعتاد مع إدراكه لهذا الانحراف، أو هو إخلال بالتزام قانوني مقتضاه التبصر والحيطه وعدم الإضرار بالغير وهو التزام ببذل عناية وللخطأ ركنان هما : الانحراف أو التعدي وركن معنوي هو الإدراك أو التمييز.

المطلب الأول: عنصراً الخطأ (ركناه).

من خلال التعريف السابق يظهر أنه لا خطأ إلا بتوافر ركنين :

الفرع الأول: الركن المادي (الانحراف أو التعدي).

أولاً: مفهوم التعدي أو الانحراف

لم يتبن المشرع معياراً محدداً للخطأ ولكنه أرجعه لمبدأ عام هو الإخلال بالتزام قانوني يتحقق بالانحراف عن سلوك الرجل العادي. ولكن ما هو ضابط تحديد الانحراف؟ (تم تقسيم الخطأ إلى عدة أقسام في العهد الروماني منها الخطأ الجسيم).

ولو أخذنا بالمعيار الشخصي الذي يراعي تبصر وحيلة المسؤول نفسه فإن تحديد ذلك أمر صعب، وإن تحقق هذا المعيار فإنه يؤدي إلى نتائج غير عادلة حيث يحاسب الشخص الحريص على أتفه الأخطاء فيما يحاسب الشخص المهمل على الأخطاء الجسيمة، مما يؤدي إلى إهدار مصلحة المضرور لذلك لا بد من الأخذ بمعيار موضوعي مجرد لقياس الانحراف وهو سلوك الرجل المعتاد أي أوسط الناس مع الأخذ بعين الاعتبار بالظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول كالزمان والمكان مثل قيادة سيارة في الليل أو في مكان مزدحم أو طبيب في نفس المرتبة و نفس الظروف المحيطة بالمسؤول، وليس الظروف الداخلية التي قد تحوّل المعيار الموضوعي إلى شخصي.

ومع ذلك قد يؤخذ بالمعيار الشخصي عندما يتعلق الأمر بالخطأ الموصوف وهو الخطأ العمد والخطأ الجسيم لأنه لا يُبحث عن سوء نية المسؤول إلا في شخصه أو ذاته .

ثانياً: حالات تخلف التعدي

قد يتحول العمل غير المشروع إلى عمل مشروع لا يترتب أية مسؤولية تقصيرية إذا صاحبه ملابسات معينة، وهي حالات منصوص عليها في قانون العقوبات بالنسبة للمسؤولية الجزائية.

1 - حالة الدفاع الشرعي (128 ق مدني):

يعتبر الدفاع الشرعي سبباً للإعفاء من المسؤولية الجزائية وكذلك من المسؤولية المدنية، ولذلك لا بد من توافر أركان الدفاع الشرعي في كلا المسؤوليتين . وبالتالي فلا يكون الخطأ المرتكب عملاً غير مشروع إلا إذا تجاوز فعل الدفاع القدر الضروري فيلتزم المدافع شرعياً بتعويض يقدره القاضي الذي يراعي من جهة حالة الدفاع ومن جهة ثانية الضرر اللاحق بالضرور طبقاً 128 ق مدني. فالتعويض يكون جزئي.

2 - حالة تنفيذ الأمر الصادر من الرئيس:

إذا قام الموظف أو الأعوان العموميون بتنفيذ أوامر رؤسائهم فإنهم لا يكونون مسؤولين عما يترتب جاء ذلك من ضرر شرط أن تكون طاعة تلك الأوامر واجبة عليهم وأنهم كانوا يعتقدون أن ما

ينفذونه يعد عملا مشروعاً غير مخالف للقانون، و ذلك بعد القيام بواجب التيقن والتبصر . وتشير المادة 129 ق مدني إلى إعفاء الموظف من المسؤولية الشخصية، ولكن الدولة قد تتحمل المسؤولية مدنية تجاه الشخص المضرور، فلا يوجد تعويض على عاتق المرؤوس هنا و إن كان يمكن للدولة ممارسة دعوى الرجوع عليه .

3 - حالة الضرورة: طبقاً للمادة 130 ق م : من سبب ضرراً للغير ليتجنب ضراراً أكبر محدقاً به أو بغيره لا يكون ملتزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً . وتختلف حالة الضرورة عن الدفاع الشرعي من حيث أن المضرور في الدفاع الشرعي هو المتسبب في وقوع الحادث عكس حالة الضرورة، كما أن حالة الضرورة في القانون المدني الخطر فيها يستوي أن يكون مهدداً للنفس أو المال على خلاف حالة الضرورة في قانون العقوبات التي يقتصر الخطر فيها على النفس فقط. ويجب أن يكون الخطر حالاً وغير منسوب للمسؤول أي أجنبي عن المسؤول، وأن يكون الضرر المراد تفاديه أكبر من الضرر الحاصل وإلا تحقق الخطأ. ويقدر القاضي التعويض عن الضرر الحاصل بشكل مخفف مراعيًا في ذلك عذر المسؤول.

الفرع الثاني: الركن المعنوي (الإدراك).

سن التمييز الذي يسأل ببلوغها الشخص المرتكب للخطأ هو 13 سنة و إلا فلا مجال للمسؤولية المدنية . ويشترط أن لا يلحقه عرض من العوارض التمييز ، و يقصد بالتمييز تمييز الخطأ من الصواب والنافع من الضار . وكون العمل الغير مشروع واقعة مادية فالتمييز المقصود ليس بمعنى الأهلية التي تشترط في التصرفات القانونية بل هو عنصر يدخل في تكوين الخطأ إذا انتفى هذا العنصر انتفى الخطأ تبعاً لذلك . أما إذا كان الشخص عديم التمييز فلا مسؤولية عليه لأن المسؤولية تقع على من يتولى رقابته سواء لصغر في السن أو لعارض من العوارض، أما إن كان مرد عدم التمييز خطأ المسؤول فلا مجال للإعفاء من المسؤولية كجنون أو فقدان العقل بسبب الإدمان . ولا يشترط التمييز لقيام مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه أو حارس شيء لأن الخطأ فيهما مفترض من البداية قطعاً.

*** المسؤولية المدنية للشخص الاعتباري:**

الشخص المعنوي باعتباره شخصاً متمتعاً بالشخصية القانونية، يتحمل المسؤولية المدنية (العقدية منها والتقصيرية) ، وممثل الشخص المعنوي هو من يتحمل هذه المسؤولية في الحقيقة لأنه هو من يرتكب الخطأ الذي ينسب بعد ذلك للشخص المعنوي الذي تكون مسؤوليته مباشرة. وهناك من يرى أن الأشخاص المكونين للشخص المعنوي هم أعضاء له وليس لهم وجود مستقل عنه، ويرى فقه آخر أن

الشخص المعنوي متبوع مسؤول عن فعل تابعيه ومستخدميه . ولكن يمكن اعتبار الشخص المعنوي مسؤول مسؤولية شخصية طبقا للمادة 124 ق مدني لأن منبع إرادة الشخص المعنوي هي إرادة ممثلة نفسها.

المطلب الثاني: أوصاف الخطأ والتعسف في استعمال الحق

الفرع الأول: أوصاف الخطأ

- 1 - الخطأ العمدي : وهو القيام بالتعدي فعلا كان أو امتناعا بقصد الإضرار بالغير .
- 2 - الخطأ غير المغتفر (مهده هو حوادث العمل و مصدره القضاء وقنن بعد ذلك وهو خطأ جاء محل الخطأ الجسيم) : وهو كل فعل أو امتناع مصحوب برعونة و وعي وإدراك باحتمال نشوب الضرر ، وهو أقل من الغش لأنه ليس فيه القصد بالإضرار ، وأعلى من الخطأ الجسيم لأنه يتطلب العنصر الإرادي أي العلم والإدراك لنشوء الضرر .
- 3 - الخطأ الجسيم : كل إهمال جسيم في اتخاذ العناية الواجبة دون أن تصحبه نية الإضرار بالغير و لكن مع عدم الاكتراث و اللامبالاة باحتمال حدوث الضرر .
- 4 - الخطأ الواجب الإثبات والخطأ المفترض : الأصل أن الخطأ واجب الإثبات على من يدعي وقوعه وتضرره حتى يحصل على التعويض ، ولكن القانون يفترض الخطأ فبعض المضرورين معفون من عبء الإثبات وذلك باعتبار المشرع واقعة ما قرينة على وقوع الخطأ . ويمكن للمسؤول نفي هذه القرينة بإثبات العكس عندما تكون مفترضة افتراضا بسيطا، أما إذا كانت قاطعة فلا سبيل لنفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي (القوة القاهرة، خطأ الغير، خطأ المضرور). وعبرة المسؤولية المفترضة تعني افتراض رابطة سببية وليس مجرد الخطأ ولا تنتفي إلا بإثبات السبب الأجنبي ، وافتراض الخطأ قطعاً يقترب من المسؤولية الموضوعية لتعاضيهما عن الخطأ لكن المسؤولية الموضوعية أكثر شدة حيث تنحصر سبل الإعفاء في ظلها في خطأ المضرور فقط.

الفرع الثاني: تطبيقات الخطأ.

لم تكن المسؤولية المدنية مؤسسة على استعمال الحق في نظر المذهب الفردي الذي يطلق الحقوق ولا يقيد بها ، في حين يرى المذهب الاجتماعي أن الحقوق لها وظيفة اجتماعية هي تحقيق مصلحة الجماعة وإلا كان استعمالها تعسفا ضد هذه الجماعة . لذلك تبنت مختلف التشريعات بما في ذلك القانون الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن المادة 124 مكرر ، ومعيار هذا التعسف

هو نفسه معيار الرجل العادي . و يعتبر الشخص متعسفا متى كان استعمال الحق يرمي إلى تحقيق هدف شخصي يتعارض مع الهدف الاجتماعي.

و وعيا من المشرع الجزائري وإقرارا منه على اعتبار التعسف في استعمال الحق صورة للخطأ التقصيري حول النص المتعلق بالتعسف في استعمال الحق من المادة 41 إلى 124 ق م ، و بالتالي أدخله في إطار المسؤولية التقصيرية . والتعسف في استعمال الحق يتعلق بالحقوق المقيدة دون المطلقة مثل حق المشتراط لمصلحة الغير في نقض الاشتراط، وحق الموصي له في رفض الوصية. ولقد نصت المادة 124 مكرر ق مدني على صور التعسف في استعمال الحق التي تشكل خطأ تقصيريا وهي:

صورة1: استعمال الحق إضراراً بالغير ، يقاس الخطأ هنا وفق معيارين: معيار ذاتي (شخصي) لأن قصد الإضرار مسألة نفسية ، ومعيار موضوعي لقياس انحراف الشخص عن سلوك الرجل المعتاد في استعمال حقه . ولعل انعدام المصلحة أو تهايتها دليل على قصد الإضرار بالغير: كبناء جدار يحجب النور عن الجار.

صورة2: قلة الفائدة المراد الحصول عليها مقارنة بالضرر اللاحق بالغير، أي رجحان الضرر الذي يصيب الغير على الفائدة التي ينالها صاحب الحق. ومعيار الخطأ هنا موضوعي قائم على التفاوت بين بين الضرر والفائدة المذكورين ، فيكون بذلك قد انحرف عن سلوك الرجل المعتاد في استعمال حقه.

صورة3: عدم مشروعية الفائدة أي إذا كانت الفائدة التي يحصل عليها الشخص من خلال استعمال حقه غير مشروعة أي مخالفة للنظام العام والآداب العامة فإن مستعمل الحق يكون متعسفا لأنه منحرف عن سلوك الرجل العادي.

و من أمثلة التعسف في استعمال الحق : م 881 المتعلقة بالارتفاق ذي غير جدوى ، المادة 110 المتعلقة بالشروط التعسفية، أو التعسف في حق الملكية، التعسف في استعمال حق رفع الدعوى ، التعسف في استعمال الحق في فسخ الخطبة أو طلب الطلاق أو الإنهاء التعسفي لعقد العمل.

المبحث الثاني: الضرر

غاية المسؤولية هي إصلاح الضرر ، لذلك لا مسؤولية من دون ضرر ولا دعوى من دون مصلحة. والضرر هو ما يصيب الشخص بسبب المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة. بمعنى أنه حتى يتحقق الضرر لا يشترط الاعتداء على حق من الحقوق وإنما يكفي فقط المساس بمصلحة مشروعة، مثل قتل المنفق دون أن يكون ملزما بالإتفاق على قريب يشكل مساسا بمصلحة مشروعة . والضرر إما أن يكون ماديا أو معنويا.

المطلب الأول: الضرر المادي

الضرر المادي هو ما يلحق الشخص في جسمه أو ماله أي ما يمس بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية. لذلك يشترط في الضرر أن يكون هناك إخلال بحق أو مصلحة مالية ، وأن يكون الضرر المادي محققا.

أولا : أن يقع الإخلال بحق أو مصلحة مالية

يجب أن يترتب عن الإخلال بحق أو مصلحة وقوع خسارة مالية سواء كان الحق ماليا كالاغتداء على حق الملكية أو على حق الدائن ، أو كان حق غير مالي كالاغتداء على حقوق الشخصية كالحق في سلامة جسمه الذي ينجم عنه عجز عن العمل أو نفقات للعلاج. ويكفي أن يكون الضرر إخلالا بمصلحة مالية (مثال النفقة المذكورة أعلاه لأن الإنفاق على من لا تجب عليه النفقة ليس حقا قانونيا و لكنه مصلحة مشروعة له).

ثانيا : أن يكون الضرر محققا:

يقصد بالضرر المحقق أن يحصل الضرر بالفعل أو أن يكون مؤكدا الوقوع في المستقبل، ومثال الضرر المحقق إصابة شخص في جسمه بسبب حادث أو في ماله بسبب إتلافه، و مثال الضرر المؤكد الوقوع في المستقبل ، أي الذي تتراخى كل أو بعض آثاره إلى المستقبل ، الضرر الذي يترتب عنه عجز دائم (ديمومة العجز تشمل المستقبل)، وإذا ساءت حالة المضرور أمكن إعادة النظر في التعويض وكذلك أن تحسنت حالته ،ولكن شرط أن يكون في صورة مرتب مدى الحياة مع تحفظ الحلم الأول بشأن ذلك وإلا اعتبر الحكم حائز على حجية الشيء المقضي فيه.

أما الضرر الاحتمالي فلا يجوز التعويض عنه لأنه غير مؤكد الوقوع مستقبلا مع إمكان تحوله إلى ضرر مؤكد الوقوع مستقبلا. فتقويت الفرصة يعتبر ضررا محققا و إن كانت الفرصة ذاتها أمرا محتملا غير محقق كتقويت فرصة عقد صفقة بسبب التأخير في النقل مثلا ، أو قتل الخاطب يترتب عنه تقويت فرصة الزواج.

المبحث الثاني: الضرر المعنوي

هو ما يلحق الشخص في شعوره وعاطفته وشرفه فيسبب له حزنا وأسا وألما . فهو لا يمس الشخص في حق مالي أو مصلحة مالية. والضرر يكون أدبيا محضا كذلك الناجم عن وفاة قريب أو عزيز لدى المضرور ، أو ذلك الذي ينجم عن الاعتداء على الحرية أو السمعة طبقا للمادة 182 . كما

قد يكون الضرر الأدبي مصاحبا للضرر المادي كالآم المصاحبة للجروح والإصابات ، أو حزن الزوجة على زوجها المتوفي الذي كان ينفق عليها.

والضرر الأدبي يخول صاحبه الحق في التعويض ، إلا أن المشرع الجزائري قد حدد صورته في المساس بالسمعة والشرف والحرية دون أن يبين لنا إمكان انتقاله إلى الورثة ، و لا الورثة الذين يحق للغير التعويض عن الضرر الأدبي الذي يلحقهم شخصيا. كما أشار المشرع الجزائري إلى الضرر الأدبي في المادة 04/03 من قانون الإجراءات الجزائية : "تقبل دعوى المسؤولية عن كل أوجه الضرر مادية كانت أو جسمانية أو أدبية"، كذلك أشار المشرع في قانون العمل الذي يضمن الحق في التعويض عن الضرر المعنوي الذي يصيب العامل، إلى جانب قانون الأسرة الذي تعرض إلى الحق في التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة.

المبحث الثالث: العلاقة السببية

إلى جانب الخطأ و الضرر يوجد ركن ثالث في المسؤولية التقصيرية و هو علاقة السببية. ويقصد بها أن يكون الضرر نتيجة مباشرة للخطأ إذ لولاه لما وقع الضرر ، ولفظ "يسبب" في المادة 124 قانون مدني يعبر عن علاقة السببية . وعلاقة السببية يثبتها المضرور ، ولكن قد يثور الإشكال في حالة تعدد الأسباب ، أو في حالة كون الضرر الحاصل غير مباشر . وتتقي علاقة السببية بنفي المدعي عليه العلاقة بين خطئه والضرر من خلال إثبات السبب الأجنبي.

المطلب الأول: نظرية تعدد الأسباب وتعاقب الأضرار.

الفرع الأول: نظرية تعدد الأسباب

هناك نظريتان تفسران رابطة السببية في الحالة تعدد أسباب وقوع الضرر :

أولا : نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب

يكون في هذه الحالة الضرر ناشئا عن عدة أسباب ومن بينها خطأ المدعى عليه، لذلك كل سبب يكون قد ساهم في ترتيب الضرر يعتبر سببا ضروريا لحدوثه لأن تخلف أي سبب يؤدي إلى عدم وقوع الضرر . بمعنى أن اجتماع الأسباب هو سبب حدوث الضرر . و قد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية ضمن المادة 126 ق م المتعلقة بتعدد المسؤولين عن الضرر و المتضامنين في التزامهم بالتعويض.

ثانيا : السبب الفعال (المنتج)

إذا تعددت الأسباب المؤدية لحدوث الضرر فلا يؤخذ في الحسبان إلا الأسباب التي تؤدي عادة إلى وقوع الضرر أي الأسباب المنتجة للضرر فقط ، أو الأسباب التي تؤدي إلى حدوث الضرر حسب

المجرى الطبيعي والعادي للأمر . فيكون السبب المنتج هو المرتب للضرر في جميع الأحوال أو بعضها ، أما إذا كان هذا السبب لا يؤدي إلى حدوث الضرر اطلاقاً فليس بالسبب المنتج . وقد أشار إلى هذا المعنى المشرع الجزائري في المادة 182 مكرر "...بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو تأخر الوفاء به".

ونشير إلى أن وجود خطأ المسؤول إلى جانب خطأ المضرور قد يؤدي إلى إعفاء الأول جزئياً من المسؤولية و ذلك بقدر إسهام الثاني في وقوع الضرر .

الفرع الثاني: تعاقب الأضرار

لا تعويض في الأصل إلا عن الأضرار المباشرة ، ومثال الأضرار المتعاقبة إصابة شخص في حادث عمل ترتب عنه عجز كلي عن العمل وكان ابنه مريضاً فمات لعدم توفير الدواء له وتم حجز منزله بسبب ديونه ، فهل يسأل صاحب السيارة عن كل هذه الأضرار أم فقط عن ضرر العجز؟ مثال 2: ارسال آلة فتتعطل أثناء نقلها مما يؤدي إلى عدول المشتري عن شرائها وعدول بقية المصانع كذلك ، فهل يسأل الناقل عن كافة الأضرار اللاحقة بمنتج الآلة أم يسأل عن الضرر اللاحق بالآلة التي تم نقلها فقط؟ في هذه الأمثلة و غيرها الأصل أن المدين (المسؤول) لا يسأل إلا عن الأضرار المباشرة أي الأضرار التي تكون نتيجة طبيعية للخطأ وذلك حينما لا يكون في استطاعة الدائن أن يتفاداه ببذل جهد معقول ، وسواء كان الضرر متوقعا أم غير متوقع لا يسأل المدين إلا عن الأضرار المباشرة ولا يسأل إطلاقاً عن الأضرار غير المباشرة طبقاً للمادة 182 ق م .

المطلب الثاني: نفي علاقة السببية (قطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر).

تختفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر طبقاً للمادة 127 باثبات أن هناك سبباً أجنبياً عن المدعي عليه أدى إلى حدوث الضرر ، ويكون إما قوة القاهرة، خطأ من المضرور أو بفعل الغير .

الفرع الأول: القوة القاهرة (الحادث المفاجئ)

القوة القاهرة هي حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه وتؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية. ولكن يشترط أن تؤدي لوحدها إلى حدوث الضرر أما إذا وجد إلى جانبها خطأ من المدعي عليه فإنه يتحمل المسؤولية بكاملها، دون إنقاص في التعويض مثال كسائق السيارة يسير بسرعة في ضباب كثيف. ولا بد أن تكون استحالة الدفع استحالة مطلقة لا نسبية ولكن وفق لمعيار "الشخص اليقظ" أو الحريص . وقد تأخذ القوة القاهرة صورة الحريق أو الفيضانات أو حرب أو إضراب وما ينجم عنها من آثار كانقطاع المواصلات . كما قد تأخذ صورته أمر اداري أو قانوني كنظرية "فعل الأمير".

الفرع الثاني: خطأ المضرور

لا يكفي أن يتدخل المضرور بفعله بل يجب أن يكون فعله خاطئاً دون ما اعتبار لتمتعه بسن التمييز . وتقضي المادة 177 ق م بأنه "يمكن للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم به إذا كان الدائن المضرور بخطئه قد شارك في أحداث الضرر أو زاد فيه".

ففي حالة تواجد خطأ المضرور إلى جانب خطأ المدعي عليه فإما أن يستغرق أحدهما الآخر وذلك حينما يفوق أحدهما الآخر جسامة ويكون ذلك خاصة في حالة الخطأ العمد مثل دهس سائق السيارة لآخر عمداً في غير الطريق المخصص للمشاة ، أو حينما يكون أحد الخطأين نتيجة للآخر فلا يعتد هنا إلا بالخطأ الثاني: فسائق السيارة الذي يقود بسرعة هائلة فيرتبك أحد الركاب فيقفز منها . وفي كلتا الحالتين صاحب الخطأ المستغرق هو من يتحمل كل أو جل المسؤولية، وفي حالة عدم الاستغراق بل الاشتراك بأن يكون للضرر سببان مباشرين خطأ المضرور وخطأ المدعي عليه بحيث لولا تحقق أحدهما لما وقع الضرر مثال شخص يدهس بسرعة شخصاً ثملاً فهنا توزع المسؤولية على قدر جسامة كل خطأ وعند التعذر توزع المسؤولية بالتساوي طبقاً 126 ق مدني .

ورضا المضرور المسبق بالضرر وليس مجرد العلم به لا يؤثر في مسؤولية المخطأ (المسؤولية قائمة في المسؤولية التقصيرية على خلاف المسؤولية العقدية) ومع ذلك يمكن اعتبار هذا الرضا المسبق خطأً مشتركاً مخفف لمسؤولية المدعي عليه 178 مثال كاللاعب الذي يقبل مخاطر لعبة رياضية ويتعرض لإصابة خارجة عن قواعد اللعبة يعتبر رضاه خطأً مشتركاً مخفف لمسؤولية المتسبب في الضرر .

الفرع الثالث: خطأ الغير

الغير هو كل أجنبي عن المدعي عليه فلا يكون تابعا له (مسؤولية المتبوع عن تابعه) أو خاضعا لرقابته ، وتزول مسؤولية المدعي عليه في حالة كون خطأ الغير هو السبب الوحيد للضرر أو إذا استغرق خطؤه خطأ المدعي عليه . وفي حالة عدم الاستغراق أي في حالة الاشتراك يكون الغير والمدعي عليه مسؤولين بالتضامن وفقا للمادة 126 ق مدني ، أما إذا استغرق خطأ المدعي عليه خطأ الغير انفرد الأول بالمسؤولية تجاه المضرور .

ويقع عبء إثبات رابطة السببية على عاتق المدعي للضرر ويخفف هذا العبء في حالة افتراض الخطأ حيث القرينة قانونية، كما يعفى المضرور من الإثبات في حالة كون المسؤولية موضوعية. وفي حالة إثبات المدعي للخطأ والضرر فلا يكون أمام المدعي عليه إلا إثبات السبب الأجنبي .

وفي حالة توافر أركان المسؤولية ينشأ للمضرور حق الحصول على التعويض لإصلاح الضرر اللاحق به ، ولذلك لا يكون الحكم بالتعويض إلا كاشفا لهذا الحق. ويكون التعويض في الأصل مبلغا من النقود يدفع دفعة واحدة أو مقسطا أو مرتبا لمدة الحياة (131، 182 ق مدني). وقد يكون التعويض عينيا إذا ما أمكن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر ، كما أنه في حالة الضرر الأدبي تمكن الحكم بمبلغ من المال نقدا على إلى جانب أحكام أخرى تصدر على سبيل التعويض تقضي مثلا بنشر الحكم في الصحف أو رد اعتبار أو تعويض رمزي .

و التعويض يكون على قدر الضرر وبحسب حالة المضرور الصحية و المالية و العائلية كما يكون جابرا لما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب طبقا للمادة 182 ق مدني وتقدير القاضي للتعويض يكون حسب حالة المضرور وقت صدور الحكم بالتعويض وليس يوم وقوع الضرر، أخذا بعين الاعتبار زيادة الضرر أو نقصانه ، انخفاض قيمة النقود وارتفاعها.

الفصل الثاني: المسؤولية عن الفعل الغير .

أساس المسؤولية عن فعل الغير هو الخطأ المفترض وهي مسؤولية تضمن للمضرور الحصول على تعويض ، ويدخل فيها مسؤولية المكلف بالرقابة عن عمل الخاضع للرقابة، ومسؤولية المتبوع عن فعل تابعه

المبحث الأول : مسؤولية المكلف بالرقابة

تقضي المادة 134 ق مدني أن كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار .

الفرع الأول: شروط المسؤولية المكلف بالرقابة.

يشترط فيها وجود رقابة من شخص على آخر يرتكب عملا غير مشروع.

أولا: وجود الرقابة

حتى تقوم مسؤولية المكلف بالرقابة لابد أن يتولى شخص الرقابة على آخر . فمن حيث مصدر هذه الرقابة فهو إما القانون كالولاية على النفس وإما الاتفاق أي العقد ، فلا يعتد بالرقابة الفعلية . أما من حيث سبب هذه الرقابة فهو إما القصر أي صغر السن أو الحالة العقلية أو الجسمية ، أي أن دواعي الرقابة تتمثل في نقص أو انعدام التمييز لدى الشخص محل الرقابة.

1 - الرقابة على القاصر :

يتولى رقابة القاصر الأب أو الأم أو من يمارس الولاية على نفس القاصر ، كما قد يتولى الرقابة شخص عن طريق الاتفاق أو بحكم من القانون كالمعلم في المدرسة. وبالنسبة للولاية على النفس فإنها تثبت للأب والأم ، ويسأل الأب طوال حياته وتسأل الأم بعد وفاته أو فقدان أهليته، وفي حال الطلاق تكون المسؤولية على ممارس الحضانة وكذلك في حالة ترك الأب للأسرة يبقى مسؤولاً عن من هو تحت رقبته القانونية وإن كانت غير فعلية، لكن بعض الفقه يشترط الاشتراك في المسكن (المساكنة) . والخطأ الذي يرتكبه القاصر حتى تقوم مسؤولية والديه يكفي فيه ركن التعدي دون التمييز (الركن المعنوي) فيسأل الوالدان عن أخطاء عديمي التمييز . أما بالنسبة لرقابة رب الحرفة فإن مجالها يتحدد بفترة تواجد القاصر تحت رقبته، فإن عاد منها عادت الرقابة إلى الأبوين . كما نجد أن رب الحرفة مسؤول عن عمل صبيان الحرفة فهي رقابة اتفاقية (عقد بين الحرفي والصبي) قائمة على أساس افتراض خطأ رب الحرفة لاسيما وإن كان يأوي الصبي ، فالأمر يتعلق بعقد تمرين القصر الذي تناوله قانون العمل 90-11 ، أما العمال القصر الذين يربطهم برب العمل عقد عمل فيسأل عنهم هذا الأخير وفق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه حيث يختلف التمرين المهني عن علاقة العمل .

كما نجد أن المدرس مسؤول عن أفعال تلامذته أثناء تواجدهم تحت رقبته وهي كذلك مسؤولية قائمة على قرينة الخطأ (افتراض الخطأ افتراضاً بسيطاً) . إلا أنه قد تكون الدولة مسؤولة عن أفعال المدرسين الضارة بالتلاميذ مع حقها في الرجوع عليهم (دعوى الرجوع).

2- الرقابة عن الحالة الجسمية أو العقلية:

قد تعود الرقابة إلى حالة الجنون أو العته أو مرض وإعاقة أو شلل أو عاهة ، ويتولى هذه الرقابة غالباً من يمارس ولاية النفس أو قد تنتقل هذه الرقابة بالاتفاق كالمستشفى.

ثانياً: ارتكاب الخاضع للرقابة للخطأ.

حتى يفترض خطأ المكلف بالرقابة لا بد أن يثبت الضرور بداية خطأ الخاضع للرقابة ، بمعنى أن إثبات هذا الخطأ الأخير يمثل قرينة على خطأ المكلف بالرقابة أو تقصيره في أداء واجب الرقابة ، ويكفي بالنسبة لفاقد التمييز أن يكون خطؤه محتويًا على الركن المادي لأن العبرة هنا بمسؤولية المكلف برقبته.

الفرع الثاني : دفع مسؤولية المكلف بالرقابة:

مادام أن مسؤولية المكلف بالرقابة قائمة على أساس الخطأ المفترض الذي يقل إثبات العكس فإنها مسؤولية تُدفع بنفي الخطأ ، أي بإثبات المكلف بالرقابة أداءه واجب الرقابة وفقا لمعيار الرجل العادي ، أو بنفي رابطة السببية بإثبات أن الضرر كان لا بد أن يقع ولو قام بواجب الرقابة بما ينبغي من عناية . ونشير أن المكلف بالرقابة والخاضع للرقابة يكونان مسؤولين بالتضامن إذا كان هذا الأخير (أي الخاضع للرقابة) مميزا إذ يمكن مقاضاتهما معا أو مقاضاة أحدهما مع حقه في الرجوع على الطرف الآخر، أما إذا كان غير مميز فتقوم مسؤولية المكلف بالرقابة بصفة أصيلة.

المبحث الثاني : مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه

إن كانت مسؤولية المكلف بالرقابة قائمة على سوء الرقابة وهو خطأ شخصي أكثر منه خطأ عن فعل الغير ، فإن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه هي مسؤولية عن فعل الغير بالمعنى الدقيق .

المطلب الأول: شروط المسؤولية المتبوع عن تابعيه. (تقترب من المسؤولية الموضوعية)

تقضي المادة 136 ق م بأن المتبوع مسؤول عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفة أو سببها أو بمناسبةها . وبالتالي هناك شرطان: وجود علاقة تبعية ، وخطأ التابع أثناء تأدية الوظيفة أو سببها أو بمناسبةها.

الفرع الأول : علاقة التبعية

هي خضوع من جانب التابع لسلطة المتبوع بما يخول له الحق في إعطاء تعليمات وأوامر لتابعه تتعلق بكيفية ما كلف به من عمل أو وظيفة. ولا يشترط في علاقة التبعية أن تكون قانونية (كعقد عمل) ويكفي أن تكون فعلية أو أدبية (معنوية) المهم في ذلك هو توافر عنصر أول يتمثل في الرقابة والتوجيه (الأوامر والتعليمات) والعنصر الثاني السلطة الفعلية التي لا يشترط بدورها أن تكون شرعية أو قانونية فالمتبوع مسؤول رغم تجاوز تابعه لسلطته أو اعتبار عقد العمل باطلاً، والعنصر الثالث هو أن يعمل التابع لحساب المتبوع (الفقرة 2 ق 136 ق مدني) فتقوم رابطة التبعية حتى ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه . إذن المهم أن يكون هذا الأخير خاضعا لرقابة وتوجيه وسلطة المتبوع وعامل لحسابه.

والرقابة والتوجيه يكفي أن تكونا غير مباشرين كالرئيس الذي يخضع له مرؤوسه الذي يراقب العمال ، ويجب أن تتعلق الرقابة والتوجيه بعمل معين فلا يكفي أن تكون الرقابة مطلقة عكس مسؤولية المكلف بالرقابة. وعلاقة صبي الحرفة برب الحرفة هي علاقة الخضوع لرقابة المكلف بالرقابة وليست علاقة التابع تجاه متبوعه لأن العمل الذي يقوم به ليس لرب العمل وإنما بغرض التعلم على خلاف القاصر العامل الذي يخضع في علاقته مع رب العمل لأحكام مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه. و قد

يكون المتبوع مكلفا بالرقابة في الآن نفسه فيكون الأب متبوعا عن أعمال ابنه الذي كلفه بالقيام بها لحسابه (الأب) ، فضلا عن أنه مكلف برقابة ابنه. وإذا كان التابع تابعا لعدة متبوعين كأن يقوم بعمل لمصلحتهم جميعا كانوا مسؤولين بالتضامن عن خطئه متى توافرت فيهم عناصر علاقة التبعية ، وإذا انتقلت التبعية من شخص لآخر انتقلت لهذا الأخير المسؤولية عن أفعال التابع إلا إذا احتفظ بها المتبوع الأول فيظل مسؤولا عنه مثال: إيجار الطائرة بالطاقم .

الفرع الثاني : النطاق الموضوعي والزمني لمسؤولية المتبوع

حتى تقوم مسؤولية المتبوع لا بد أن يثبت ارتكاب التابع لخطأ أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها ، فلا تتحقق مسؤولية المتبوع إلا إذا تحققت مسؤولية التابع (مسؤولية أصلية واجبة الإثبات و ليست مفترضة أي المسؤولية الشخصية للتابع) بإثبات أركانها الثلاث. وإذا لم تثبت هذه المسؤولية أو انتفت فتنتفي مسؤولية المتبوع تباعا .كما لا بد أن يثبت أيضا أن خطأ التابع قد وقع في النطاق الزمني التالي:

- حال أداء الوظيفة : أي أن يكون الخطأ الصادر من التابع قد وقع وهو يقوم بعمل داخل في وظيفته بعلم أو بموافقة المتبوع أو بغير علمه أو موافقته مثل: إطلاق شرطي النار على متهم فار هو مكلف بالقبض عليه ، أو دهس السائق بسيارة المتبوع شخص آخر أثناء إيصال المتبوع، أو وقوع مزهية على أحد المارة أثناء التنظيف.

- الخطأ بسبب الوظيفة : هو خطأ لا يدخل في أعمال الوظيفة ولكنه لولا الوظيفة لما ارتكب الخطأ ، بمعنى أنه توجد علاقة سببية بين الوظيفة والخطأ وتتحقق هذه العلاقة إذا كان التابع لم يرتكب أو لم يفكر في ارتكابه للخطأ لولا الوظيفة .كما يعتبر الخطأ بسبب الوظيفة تجاوز التابع لأعمال وظيفته تجاوزا ماديا (مخالفة أوامر المتبوع) أو تجاوزا معنويا (إساءة استعمال التابع لوظيفته) ، مثلا : مرافقة رجال الشرطة لمصرفي ويقتلانه للحصول على المال أو أن شرطيا كان ينظف مسدسه أثناء مهمة ما فأصاب شخصا آخر . لكن علم المضرور يتجاوز التابع لحدود وظيفته قد يحرمه من الرجوع على المتبوع كالتابع الذي يوصل شخصا يعلم أن السيارة مملوكة لغير التابع.

- خطأ بمناسبة الوظيفة :

يكون الخطأ واقعا بمناسبة الوظيفة إذا اقتصر دور الوظيفة على تسهيل ارتكاب الخطأ أو المساهمة في وقوعه أو تهيئة الفرصة لوقوعه ، كأن يستغل سائق سيارة المتبوع فرصة عبور خصمه

للطريق ليصدمه أو الشرطي يصيب شخصا آخر خارج أوقات العمل . وتقرير مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع بمناسبة الوظيفة إنما تقرر لحماية للمضرور .

ولا يسأل المتبوع عن الخطأ الأجنبي عن الوظيفة و لو كان صادرا عن تابعه

المطلب الثاني: أساس المسؤولية ودفعها

إذا ما تحققت الشروط السابقة قامت مسؤولية المتبوع وهي مسؤولية قائمة على قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، فلا تنتفي إلا بنفي مسؤولية تابعه وذلك بإثبات السبب الأجنبي الذي يقطع رابطة السببية بين خطأ التابع والضرر اللاحق بالمضرور. إذن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ المفترض في جانب المتبوع غير أن الخطأ إنما هو خطأ التابع وهو واجب الإثبات فتنتفي مسؤولية المتبوع بنفي علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الحاصل اعتمادا على السبب الأجنبي . وهناك من يرى أن أساس هذه مسؤولية المتبوع هو القانون وفقا لاعتبارات العدالة حيث يعتبر المتبوع أكثر يسارا من التابع . إذن ليس للمتبوع - على خلاف المكلف بالرقابة - أن ينفي الخطأ عنه بإثبات أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان سيقع ولو قام بهذا الواجب .

أما فيما يتعلق بالمسؤولية التضامنية بين التابع والمتبوع فيمكن للمضرور أن يرجع عليهما معا أو أن يرجع على التابع لأنه المسؤول الأصلي أو له الرجوع على المتبوع المسؤول الاحتياطي، ولهذا الأخير أن يرجع على التابع ولكن فقط في حالة ارتكاب التابع لخطأ جسيم (دعوى الرجوع).

الفصل الثالث: المسؤولية عن الأشياء

يدخل ضمن هذه المسؤولية مسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية، والمسؤولية عن الأشياء الحية ، والمسؤولية عن تهمد البناء ، و المسؤولية عن الحريق.

المبحث الأول: مسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية و الأشياء الحية

تختلف أحكام المسؤولية في حراسة الأشياء غير الحية عن أحكام المسؤولية في حراسة الأشياء

الحية على النحو التالي:

المطلب الأول: مسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية

تنص المادة 138 ق م على أن : "كل من يتولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير

والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يسببه ذلك الشيء ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا

أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو

القوة القاهرة.

الفرع الأول: شروط المسؤولية الشيئية

تتمثل شروط المسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية في :

أولاً: أن يكون لحارس الشيء سلطة الاستعمال والرقابة والتسيير.

بداية يقصد بالشيء كل شيء غير حي ما عدا تهدم البناء والشيء الحي سواء كان هذا الشيء منقولاً أو عقاراً سائلاً أو جماداً . والأشياء الأولى بالحراسة هي تلك التي تدعو حالتها أو طبيعتها أو ظروف وجودها إلى عناية خاصة كالآلات الميكانيكية والأسلحة والأسلاك الكهربائية ومثال الأشياء التي تتطلب حالتها أو الظروف التي وجدت فيها حماية خاصة كالحائط حديث الطلاء، أو جذع شجرة مهدد بالسقوط.

و يقصد بالحراسة: أن يكون الحارس مسيطراً فعلياً على الشيء بالاستعمال والتسيير والرقابة لحساب الحارس نفسه . وغالباً ما يكون الحارس مالكا للشيء، والشيء غير المملوك لأحد الأصل فيه أنه لا مسؤولية عنه .

وقد كان الفقه في البداية يشترط أن تكون الحراسة قانونية وليس فعلية فقط أي أن الحارس هو من له حق يحميه القانون والمالك هو حارس حتى ينقل حقه إلى شخص آخر كالمستأجر أو المودع لديه. ولم تكن الحراسة المادية أو الفعلية للشيء تأخذ بعين الاعتبار . ثم ظهرت فكرة الحراسة المادية أي حيازة الشيء التي تمكن الحارس من السيطرة الفعلية على الشيء ولو لم تكن قانونية، فالسارق حارس للشيء المسروق. ثم ظهرت الحراسة المعنوية لتوسيع نطاق المسؤولية عن الحراسة و التي تتحقق بتوافر عناصر : التسيير والاستعمال والرقابة، و لو لم تكن فعلية ، فمسؤولية المتبوع عن الأشياء التي في حراسة التابع والذي له الحراسة الفعلية يمكن أن يترتب عنها حراسة المتبوع المعنوية على تلك الأشياء لأن المتبوع هو من يملك سلطة التسيير والاستعمال والرقابة على الشيء وليس التابع.(و هنا يكون المضرور أمام طريقتين إما مقاضاة المتبوع الذي له سلطة معنوية او التابع الذي له سلطة فعلية) ،مثلا : المتبوع يملك سيارة أعطاها لتابعه فتسبب في وقوع حادث.

و يقصد بالاستعمال استخدام الشيء تحقيقاً لغرض معين، فيما يقصد بالتسيير التوجيه وسلطة إصدار الأمر، أما الرقابة نقصد بها تفحص الشيء وإصلاحه عند العطل .

وتنتقل الحراسة من شخص إلى آخر كالعامل الذي يستخدم آلة وينوب عنه عامل آخر أو المستأجر الذي يستعمل الشيء المملوك للمؤجر. وإن كان الشيء مملوكاً لعدة أشخاص فيكون هؤلاء

مسؤولين عن الضرر الذي سببه الشيء للغير بالتضامن . كما يمكن تجزئة الحراسة فمستأجر السيارة حارس لها من حيث أخطاء القيادة ، أما مؤجرها فهو حارس لها من حيث عيوبها .

ثانيا: تسبب الشيء في وقوع ضرر

معنى ذلك أن يتدخل الشيء ايجابيا في ترتيب الضرر فتقوم علاقة السببية بين هذا التدخل وبين الضرر الحاصل ، والتدخل الايجابي يتمثل في حالة حركية الشيء أو وجوده في وضع غير مألوف كالسيارة المتوقفة بشكل مخالف للقانون.

وتقوم علاقة السببية ولو كان الضرر حاصلًا بشكل غير مباشر وإن كان الأصل أن يكون الضرر مباشرًا ، كأن يصاب شخص إثر اصطدام سيارته بشجرة بعد أن حاول تفادي الاصطدام بسيارة توقفت فجأة.

الفرع الثاني: أساس المسؤولية ودفعها

أساس مسؤولية حارس الأشياء هو الخطأ المفترض افتراضا قطعيا لا يقبل إثبات العكس فلا يمكن للحارس أن ينفي الخطأ عنه، و الخطأ المفترض هو خطأ في الحراسة أي فقدان السيطرة الفعلية على الشيء. وفي المقابل على المضرور أن يثبت أن الضرر كان بفعل تدخل ايجابي للشيء، ولا تدفع مسؤولية الحارس إلا بإثبات السبب الأجنبي.

المطلب الثاني : المسؤولية عن حراسة الأشياء الحية

تنص المادة 139 ق م على أن حارس الحيوان مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر للغير ولو لم يكن مالكا ، ولو تسرب أو ضل مالم يثبت حارس الحيوان السبب الأجنبي .

و يشترط في الحيوان أن يكون حيا وأن يكون تدخله ايجابيا كذلك سواء اتصل اتصالا ماديا بالمضرور أو لم يتصل ، مثال: شخص يركب حصان وأفزح شخص آخر فسقط على رأسه.

و المقصود بالحراسة هنا هو السيطرة الفعلية على الحيوان. ويمكن لمالك الحيوان إثبات أن السيطرة الفعلية كانت لغيره حتى يتحلل من المسؤولية . ويشترط أن تكون السيطرة لحساب الحارس، فالتابع الذي يمارس السيطرة المادية على الحيوان لا يعتبر حارسا لهذا الحيوان لأن الحراسة تنصرف إلى المتبوع أي مالك الحيوان.

وتنتفي مسؤولية حارس الحيوان بإثبات السبب الأجنبي لأن الخطأ في الحراسة مفترض افتراضا قطعيا لا يتقبل إثبات العكس.

المبحث الثاني : المسؤولية عن تدهم البناء وعن الحريق .

المطلب الأول : المسؤولية عن تدهم البناء

يعتبر البناء شيء غير حي لكنه لا يدخل ضمن حكم المادة 138 ق م لأن المشرع خصه بنص المادة 2/140 من نفس القانون : " مالك البناء مسؤول عما يحدثه تدهم البناء من ضرر و لو كان انهداما جزئيا ، ما لم يثبت أن سبب الحادث هو إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه". فإذا تدهم البناء كليا أو جزئيا وسبب هذا التدهم ضرر للغير فيكون مالك البناء مسؤولا عن هذا الضرر ولو لم يكن حارسا له .

والبناء كشرط لهذه المسؤولية يدخل في معناه المنازل و الأعمدة و الجدار، و الأنفاق أما العقارات بالتخصيص كالمصاعد وآلات الحرث والري فلا تعتبر بناء.

وتهدم هذا البناء هو انفضاضه أي سقوطه كليا أو جزئيا ولا بد أن يكون الانهدام تلقائيا لا بفعل مالكة وإلا كنا أمام مسؤولية حراسة الأشياء غير حية ، ولا بفعل المضرور كأن يصطدم به وإلا كنا أمام حالة من حالات الإعفاء الكلي أو الجزئي.

والمالك ليست له بالضرورة السيطرة الفعلية على البناء وكان من الأخرى إلقاء المسؤولية على حارس البناء لأنه هو من يملك تلك السيطرة. وتتفي مسؤولية مالك البناء عن تدهمه بنفي الخطأ المفترض أي إثبات العكس من خلال إقامة الدليل على أن تدهم البناء لم يكن بسبب إهمال في الصيانة أو أن البناء ليس قديم أو أنه ليس بالبناء عيب أدى به إلى الانهيار. فالخطأ المفترض مؤسس على ثلاثة قرائن : الإهمال في الصيانة، قدم البناء أو عيب فيه ، و لمالك البناء أن يثبت عكس ذلك للتخلل من المسؤولية .

المطلب الثاني : المسؤولية عن الحريق

بالنسبة للمسؤولية عن الحريق و طبقا للمادة 1/140 فإن : "حيازة الشخص لعقار أو جزء منه أو منقول و حدث فيها حريق لا يكون مسؤول عما يترتب من ضرر عن هذا الحريق، إلا إذا تبث خطأ حائز العقار أو خطأ من هو مسؤول عنه".

إذن حائز العقار أو جزء منه أو حائز المنقول الذي أصابه حريق لا يكون مسؤول إلا على أساس الخطأ الواجب الإثبات من طرف المضرور، ويستوي في ذلك أن يكون الخطأ صادرا من الحائز نفسه أو عمّن هو مسؤول عنهم أي مستخدم الحائز للعقار.

و الحائز لفظ عام ينصرف إلى المالك أو غير المالك كالمستعير أو المستأجر أو المودع لديه... الخ، غير أنه يمكن القول بالنسبة للمستأجر أنه يخرج من وصف حائز العقار لأنه طبقا للمادة 496 ق مدني "يعتبر المستأجر هو المسؤول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا ثبت أن الحريق نشأ عن سبب ليس من فعله"، فخطأ المستأجر مفترض لا يقبل إثبات العكس على خلاف الخطأ الواجب الإثبات بالنسبة لحارس العقار أو المنقول المحترق .

الباب الثاني: الإثراء بلا سبب (شبه العقد أو الفعل النافع):

إن كانت القاعدة في الفعل الضار هي أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في وقوعه بالتعويض فإن القاعدة المقابلة في الفعل النافع هي أن كل من أثرى بلا سبب نتيجة لافتقار شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض المفترق عن الخسارة اللاحقة به .

ولم يكن الإثراء بلا سبب وتطبيقه بهذا الشكل إلا بضغط من الفقه الفرنسي الذي استند إليه الحكم القضائي الصادر عام 1892 و الذي تدور وقائعه حول تاجر أسمدة باع كمية منها إلى مزارع معسر لم يدفع ثمنها كما لم يدفع مقابل إيجار الأرض الزراعية ، فقام المؤجر بفسخ عقد الإيجار فترك المزارع المستأجر المعسر الزرع القائم مقابل ما عليه من دين تجاه المؤجر . فرجع بائع الأسمدة دعوى ضد مالك الأرض مطالبا إياه بسداد ثمن الأسمدة كونه أثرى بسببها، فدفع المالك بمبدأ نسبية آثار العقد لكن محكمة النقض الفرنسية قضت لصالح التاجر بائع الأسمدة اعتمادا على مبدأ الإثراء بلا سبب.

الفصل الأول : الإثراء بلا سبب و تطبيقاته

تنص المادة 141 عل أن : "كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء". و نتناول على التوالي المبدأ العام للإثراء بلا سبب ثم تطبيقاته.

المبحث الأول : المبدأ العام للإثراء بلا سبب

نبين أركان قيام الإثراء بلا سبب ثم ما يترتب عن ذلك من أحكام .

المطلب الأول : أركان الإثراء بلا سبب:

أساس فكرة الإثراء بلا سبب هو مبدأ العدالة التي تسعى إلى إقامة التوازن الذي اختل بين ذمتين ماليتين جراء اغتناء ذمة على حساب أخرى. و أركان الإثراء بلا سبب هي :

الركن الأول : إثراء المدين

لا يلزم في المدين الذي أثريت ذمته أهلية أو سن تمييز فهو يلتزم بالتعويض ولو كان غير مميز ، والإثراء غالبا ما يكون ماديا في صورة مبلغ من المال أو منفعة تقوّم بالمال ، وقد يكون ايجابيا من خلال إضافة قيمة مالية أو فائدة مالية في ذمة المدين ومثال ذلك المستأجر الذي أضاف بناء أو غرسا إلى العين المؤجرة فأراد المؤجر الاحتفاظ بتلك الإضافة (504 ق م) ، أو بطلان العقد بعد تنفيذ جانب من الالتزامات . وقد يكون الإثراء سلبيا كأن يقوم الدائن المفتر بسداد قيمة دين ثابت في ذمة المدين المثري، أو كأن يقوم المستأجر بالترميمات التي كان على المؤجر القيام بها (480 ق م) . وقد يتم الإثراء مباشرة بين الدائن والمدين كالمثال السابق المتعلق بالمستأجر ، كما قد يتم بشكل غير مباشر كقضية تاجر الأسمدة.

الركن الثاني: افتقار الدائن

لابد أن يترتب افتقار الدائن على اغتناء أو إثراء المدين كارتباط السبب بالنتيجة ، فمن قام بتزيين محيط منزله بشكل زاد في قيمة منزل جاره لا يعد إثراء لأن ذمة الأول لم تفتقر بسبب اغتناء ذمة الثاني ، أي لابد من جود علاقة سببية بين الافتقار و الإثراء).

الركن الثالث : انعدام السبب القانوني للإثراء

يراد بلفظ "بدون سبب" أو ما ورد في المادة 141 ق م "ليس لديها من يبررها" عدم وجود سبب قانوني أدى إلى الاختلال بين ذمتين ماليتين .

فلا يجب أن يكون مصدر الإثراء أو سببه قانونيا كأن يكون عقدا أو عملا غير مشروع، أي يجب أن لا يكون للإثراء مصدر من المصادر الأخرى للالتزام أو سبب آخر كالتقادم ، فلا يرجع الواهب على الموهوب على أساس الإثراء أو المغبون على الطرف الذي استغل طيشه حتى تتفاوت الالتزامات بينهما لأنه يوجد عقد ، و في حالة البطلان أو الفسخ ترفع دعوى على أساس الإثراء لأن السبب القانوني انعدم، فإن وجد سبب قانوني للإثراء انتفت دعوى الإثراء بلا سبب لأنها مبنية على الإثراء الذي ليس له سبب قانوني.

الركن الرابع : حسن نية من أثريت ذمته (المدين):

الإثراء مبني في الأساس معيار موضوعي (افتقار يقابله اغتناء) وليس على معيار شخصي أي بغض النظر عن شخص مثري أو مفتقر، لكن المشرع الجزائري أخذ بهذا المعيار و إلى جانبه معيار آخر باشرطه حسن النية في المدين الذي أثريت ذمته . ولعل معنى ذلك أنه يمكن مساءلة المدين على أساس المسؤولية التقصيرية فيما يتعلق بسوء نيته مع ضرورة توافر أركانها فيكون ملزما بالتعويض فضلا عن رد القيمة المثرى بها المبنية على أساس الإثراء بلا سبب .

المطلب الثاني : أحكام الإثراء بلا سبب:

1- لا يشترط أن يظل الإثراء قائما إلى غاية رفع الدعوى على خلاف ما كان يشترطه الفقه فأصبحت العبرة بتحقق الإثراء وليس باستمراره إلى غاية رفع الدعوى، لأن القول بخلاف ذلك يضيق من تطبيق فكرة الإثراء بلا سبب.

2- يرى الفقه أنه يجب على المثري أن يرد قيمة ما أثرى به وليس قيمة ما افتقر الدائن المفتقر فإذا كانت قيمة الإثراء تزيد عن قيمة الافتقار يمكن في هذه الحالة أن يكون المفتقر قد أثرى على حساب المثري ذمته فنكون أمام إثراء بلا سبب جديد ، لذلك لا بد أن يكون التعويض في حدود إثراء المدين المترتب عن افتقار الدائن ، فليس على الدائن أن يحصل على أكثر مما خسرته وليس للثاني المدين أن يدفع له أكثر مما أثرى به . كما أنه إذا كان المثري قد أثرى بأقل مما خسر المفتقر فإنه لا يلتزم إلا برد ما أثرى به لا بقيمة ما افتقر به الدائن.

3- مدى اعتبار الإثراء بلا سبب دعوى احتياطية: بصدر قرار محكمة النقض الفرنسية في عام 1914 تقيد الإثراء بقيود تتمثل أساسا في أن لا يكون للمدعي أي سبيل آخر لرفع دعواه غير دعوى الإثراء بلا سبب ، ثم جاء الفقه واشترط أن تكون دعوى الإثراء الدعوى الوحيدة التي تخول للمفتقر أن يرجع على المثري وهو ما يتفق مع اشتراط عدم وجود سبب قانوني للإثراء بلا سبب.

4 - تتقادم دعوى الإثراء بلا سبب بانقضاء 10 سنوات من يوم علم الطرف المفتقر بحقه في التعويض، و في جميع الأحوال تسقط هذه الدعوى بمضي 15 سنة من اليوم الذي ينشأ فيه الحق في التعويض أي من يوم الإثراء ولو لم يعلم الطرف المفتقر بهذا الحق طبقا للمادة 142 ق م.

المبحث الثاني : تطبيقات الإثراء بلا سبب

للإثراء بلا سبب تطبيقان رئيسيان هما : دفع غير المستحق و الفضالة .

المطلب الأول : دفع غير المستحق

طبقا للمادة 143 ق م كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحق له وجب عليه رده ، على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء مختارا، أي يعلم أنه غير ملزم بالوفاء إلا أن يكون ناقص الأهلية أو مكرها على هذا الوفاء.

ويستفاد من هذا النص أن الوفاء بغير المستحق قد يحصل في الحالات التالية: أن يوفي الشخص خطأً بدين ليس مدينا به من الأساس ، أو أن يكون مدينا فعلا ويوفي بهذا الدين لشخص آخر غير دائنه. ولكن لا مجال لأن يطالب الدافع باسترداد ما دفعه متى كان دفعه طوعية وعن اختيار أي متى كان يعلم أنه ليس مدينا وهو ما يتفق مع المادة 162 ق مدني التي تنص على أنه "لا يسترد المدين ما أداه باختياره بقصد تنفيذ التزام طبيعي".

وقد ورد عن هذا الاستثناء (عدم جواز استرداد ما دفع طوعية) استثنائيين: المحجور عليه والمكره اللذان يمكنهما رد ما دفعاه رغم علمهما بأنهما غير مدينين وذلك حماية لهما ، لاسيما وأن تصرفات التبرع الصادرة عن ناقص الأهلية ضارة به ضررا محضا ومن تم فهي باطلة بطلانا مطلقا . أما إذا كان القاصر مدينا حقيقيا وقام بدفع الدين فتصرفه هذا يتوقف على إجازة الولي أو الوصي باعتبار هذا الوفاء يدور بين النفع والضرر.

الفرع الأول : صور الدفع غير المستحق

نصت المادة 144 ق م على أنه يصح استرداد غير المستحق ، و ميزت بين حالتين:

أ- الوفاء بغير المستحق تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه: أي لم يوجد سببه أصلا بمعنى أن الدين لم ينشأ إطلاقا كمن يدفع دينا ظنا منه أنه مدين وهو ليس كذلك ، أو المدين الذي يدفع دينا حقيقيا لغير دائنه ، ووفاء شخص بدين معلق على شرط واقف لم يتحقق بعد.

ب- الوفاء بغير المستحق تنفيذا لالتزام وجد سببه لكنه زال: كفسخ عقد بيع أو إبطاله بعد دفع المشتري للثمن فالتزام المشتري هنا قد زال سببه بعد أن كان قائما قبل الفسخ أو البطلان ، وبالتالي حق له أن يسترد ما أداه للبائع. أما تقادم الدين فيترتب عليه انقضاء الالتزام ولكنه يخلف في ذمة المدين التزاما طبيعيا طبقا للمادة 920 ق مدني بمعنى أن التقادم لا يؤدي إلى زوال سبب الالتزام.

* الوفاء بدين قبل حلول أجل الاستحقاق: طبقا للمادة 145 إذا قام المدين الحقيقي بأداء دين مؤجل فليس له أن يسترد ما دفعه قبل حلول أجل الأداء ولو كان يجهل ذلك الآجل. فللمدين في حال ما إذا لحقه ضرر بسبب وفائه المعجل أن يطالب برد مبلغ الإثراء الذي حصل عليه الدائن بسبب ذلك الوفاء

المعجل، فالوفاء المعجل لا يضر المدين وإن تضرر من ذلك حق له الحصول على تعويض يتمثل في استرداد ما أثرى به الدائن بسبب ذلك الوفاء المعجل.

* ولا مجال لاسترداد غير المستحق طبقا 146 ق م إذا حصل الوفاء من غير المدين الحقيقي وكان الدائن حسن النية قد تخلص من سند الدين أو مما حصل عليه من تأمينات أو ترك دعواه تسقط بالتقادم تجاه المدين الحقيقي. في هذه الحالة يلتزم هذا الأخير (المدين الحقيقي) بتعويض الموفي (المدين غير الحقيقي) ، ومعنى ذلك أن شخصا يظن أنه مدين لشخص آخر ويقوم بالوفاء له ليقوم هذا الأخير تبعا لذلك وعن حسن نية (اعتقادا منه أنه تلقى دينه الحقيقي) بالتخلص من سند دينه الحقيقي بإتلافه أو التنازل عن التأمينات التي كانت تضمن الدين كالرهن أو الكفالة أو يترك دعواه ضد مدينه تسقط بالتقادم ، ففي هذه الحالات يفقد الدائن حسن النية حقه في استيفاء دينه من مدينه الحقيقي لذلك وفر له القانون حماية تتمثل في الاحتفاظ بما تلقاه من غير مدينه مع حق هذا الأخير في الرجوع على المدين الحقيقي بدعوى إثراء هذا الأخير بسبب سداد غيره لما عليه من دين.

الفرع الثاني : أحكام رد الدفع غير المستحق

* في حالة حسن النية :

بالرجوع إلى المادة 147 ق مدني: إذا كان متلقي غير مستحق حسن النية فإنه لا يلتزم برد إلا ما تلقاه فقط دون ما جناه من ثمار أو أرباح ، و إن كان الموفى له قد تصرف في غير المستحق ففي هذه الحالة نميز بين ما إن كان تصرفه بعوض (بمقابل) فيرد للموفي الثمن أو القيمة، أما إذا التصرف بغير عوض (بغير مقابل) فلا يلتزم برد الشيء لا هو لا المتبرع له ولكنه يمكن للموفي الرجوع على هذا الأخير مباشرة بدعوى الإثراء بلا سبب.

* في حالة سوء النية:

إذا كان الموفى له يعلم بأن ما تسلمه ليس حقا له أو أن من سلمه إياه غير مدين له وجب عليه رد ما تسلمه بعينه أو بعوضه إذا تصرف فيه ، إضافة إلى الأرباح التي جناها فعلا قصر في جنيها . أما إذا هلك ما دفع بغير حق فيلتزم الموفى له برد قيمته وإذا كان الموفى به نقودا كان على الموفى له أن يرجع قيمة النقود مع مراعاة القيمة الشرائية لها. وفي حال عدم معرفة تاريخ الوفاء بغير المستحق أو التاريخ الذي أصبح فيه الموفى له سيء النية يلتزم هذا الأخير برد الثمرات من اليوم الذي ترفع فيه دعوى الاسترداد ، وإن كان الموفى له ناقص الأهلية فطبقا للمادة 148 فلا يلتزم إلا برد ما عاد عليه بالمنفعة سواء كان ناقص الأهلية حسن نية أو سيئها وتقدم دعوى استرداد دفع غير مستحق يخضع لنفس

أحكام دعوى الإثراء، أي 10 سنوات من يوم علم الموفي بحقه في الاسترداد ، أو 15 سنة من يوم نشوء هذا الحق أي من يوم الوفاء.

المطلب الثاني : الفضالة

عرفت المادة 150 ق م الفضالة بالقول : هي أن يتولى شخص عن قصد من تلقاء نفسه و دون أن يكون ملزما بذلك شأننا ضروريا لشخص آخر . مثلا : إطفاء حريق في غياب الجار . و يسمى الشخص الأول فضوليا و الشخص الثاني رب العمل . و الفضالة تشبه الوكالة من حيث الالتزامات المترتبة على عاتق الأطراف ، فلو وجدت إرادة رب العمل لتحولت الفضالة إلى عقد وكالة . فالعقدان يشتركان في أنهما قائمتان على فكرة النيابة ، إلا أن الفضالة ترد على تصرف قانوني أو عمل مادي و مصدر التزامات الفضولي و رب العمل هو القانون (من الفقه من يرى أن التزامات الفضولي مصدرها الإرادة المنفردة فيما يعتبر الإثراء بلا سبب هو مصدر التزامات رب العمل) ، أما الوكالة فلا ترد إلا على تصرف قانوني و مصدر التزامات الأطراف هو العقد .

الفرع الأول : أركان الفضالة

تقوم الفضالة بتوافر العناصر التالية :

1 - أن يكون تدخل الفضولي لشأن ضروري و عاجل، سواء كان التدخل في صورة تصرف قانوني كدفع دين (كهرياء ، نفقة ، ضريبة) أو عمل مادي كإطفاء حريق في منزل الجار أو إقامة جدار له آيل للسقوط . و يشترط في التدخل بوجه عام أن يكون عاجلا و ضروريا أما إذا تخلف عنصر الضرورة و الاستعجال كانت الفضالة ناقصة . و إذا كان التدخل تصرفا قانونيا و جب إثباته بالكتابة إذا تجاوز حد الإثبات بالبينة.

2 - انصراف نية الفضولي للعمل لحساب رب العمل و مصلحته : هذا العنصر الذاتي يميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب، فإصلاح عطب يعتقد المتدخل أنه يملكه لا يعتبر فضالة بل إثراء بلا سبب . و مع ذلك يمكن أن يجمع المتدخل في عمله بين مصلحته و مصلحة الغير في حال ارتباط المصلحتين بشكل لا تتحقق إحداها دون الأخرى و هذا طبقا للمادة 151 ق م.

3 - أن لا يكون الفضولي ملزما بالقيام بعمل : أي أن لا يكون لالتزامه سبب قانوني كالوكالة أو الحراسة... الخ . و الغالب أن يكون رب العمل جاهلا لتدخل الفضولي و إن علم و التزم السكوت و عدم

الاعتراض فحينذاك تتحقق الفضالة ، أما إذا علم بالفضالة و أقرها و كانت تتعلق بتصرف قانوني عقده المتدخل تحولت الفضالة إلى وكالة طبقا لقاعدة الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

و في حال اعتراض أو نهي رب العمل للفضولي عن التدخل و تدخل هذا الأخير كان متعديا و ملزما بالتعويض إن كان هناك ضرر و إن كان تدخله نافعا جاز له الرجوع على رب العمل بقواعد الإثراء بلا سبب . و قد ينهى رب العمل الفضولي عن التدخل و رغم ذلك يكون تدخله جائزا و خاضعا لأحكام الفضالة متى كان الالتزام الذي قام به مفروض قانونا لمصلحة عامة كتجهيز ميت أو أداء نفقة.

الفرع الثاني : آثار الفضالة

يترتب عن اكتمال أركان الفضالة نشوء مجموعة من الالتزامات على عاتق طرفيها الفضولي و رب العمل ، و هي كالتالي :

أولا : التزامات الفضولي

نشير بداية إلى أن أهلية الفضولي المطلوبة تختلف بين كون تدخله عملا ماديا فيكفي أن يكون مميزا و و كذلك الشأن بالنسبة لكون التدخل تصرفا قانونيا عُقد باسم الفضولي (مثل الوكيل بكفي التمييز) و بين كون التدخل تصرفا قانونيا لكن باسم رب العمل حيث لا بد من توافر أهلية التعاقد .
المادة 1/158 .

أما التزامات الفضولي فمصدرها القانون الذي يرتبها على أساس واقعة تدخل الفضولي و أشارت إليها المادة 153 ق م و ما يليها:

- إعلام الفضولي رب العمل بتدخله متى أمكن له ذلك إذ من حق هذا الأخير أن ينهيه أو أن يعترض .
- مواصلة العمل الذي باشره الفضولي إلى أن يستكمله رب العمل بنفسه و إلا استكمله الفضولي عند عجز رب العمل عن ذلك باذلا في ذلك عناية الرجل العادي و يكون مخطئا إن انحرف عن سلوك هذا الرجل . و إخلال الفضولي بالتزاماته يجعله ملتزما بالتعويض وفق قواعد الفضالة أما خطؤه الذي لا يتعلق بالتزاماته فمجله هو المسؤولية التقصيرية (المادة 153 ق م)

- الفضولي مسؤول عن تصرفات نائبه الذي يمكن لرب العمل الرجوع عليه مباشرة ، إذ يعد نائب الفضولي كنائب الوكيل بشأن التصرفات القانونية و كمقاول من الباطن بخصوص الأعمال المادية المادة 2/154 .

- تعدد الفضوليين قياما بعمل واحد يؤدي إلى اعتبارهم مسؤولين بالتضامن و لا محل لذلك إذا تعددوا أمام قيام كل منهم بعمل منفصل 3/154 .

- الفضولي ملزم بتقديم الحساب لرب العمل و إرجاع ما استولى عليه من أشياء أو ما تلقاه من حقوق -
تؤول لرب العمل - لا يجوز له أن يستخدمها لمصلحته الخاصة و إلا تحقق إثراء الفضولي بلا سبب .
- إذا توفي الفضولي بعد التدخل التزم ورثته وفقا للالتزامات ورثة الوكيل الذين يجب عليهم إخطار الموكل
و اتخاذ التدابير الضرورية لصالحه، أما إذا توفي رب العمل ظل التزام الفضولي قائما اتجاه ورثته (المادة 1/156) .

ثانيا : التزامات رب العمل

مادام أن مصدر التزامات رب العمل هو القانون و واقعة الإثراء بلا سبب (واقعة مادية) فلا
حاجة لأهلية التعاقد حتى و إن قام الفضولي بتصرف قانوني لمصلحة رب العمل لأننا بصدد نيابة
قانونية (المادة 2/158) . و تتمثل التامات رب العمل في :
- تنفيذ الالتزامات التي انصرفت إليه بمقتضى التصرفات التي أبرمها الفضولي - و هو نائبه القانوني -
باسمه أو باسم رب العمل دون ما حاجة إلى إقرار هذا الأخير .
- تعويض الفضولي عما قام به من عمل و ذلك بالرجوع إلى الحساب الذي يقدمه لرب العمل كالمبالغ
التي تدفع للقيام بالأعمال المادية و النفقات الضرورية التي صرفت في إطار الفضالة ، فضلا عن
تعويضه عما لحقه من ضرر بسبب تدخله .
- في حال توفي الفضولي يلتزم رب العمل بأداء حق الفضولي لورثته، أما إذا توفي رب العمل أصبح
حق الفضولي دينا في تركة الهالك .

و تتقادم الدعاوى الناشئة عن الفضالة مثلها مثل كل فعل نافع بأقصر الأجلين : 10 سنوات من
يوم العلم أو 15 سنة من يوم نشوء الحق أي من يوم التدخل .

الباب الثالث : القانون

كل المصادر التي رأيناها تعتبر مصادر مباشرة أو مسببة للالتزام سواء كانت إرادية أو غير
إرادية ، أما القانون فهو مصدر غير مباشر أو مصدر مرتب للالتزام لأنه ينظم جميع المصادر الأخرى
و ما يترتب عنها من التزامات، و معنى هذا أن اعتبار القانون مصدرا غير مباشر للالتزام لا يكون إلا
بوجود مصدر مباشر لهذا الالتزام فلا بد من واقعة أو تصرف تنشأ الالتزام ليأتي دور القانون كمصدر
مرتب للالتزام ذاته .

ولكن للقانون دور آخر غير ذلك، فهو مصدر مباشر ومسبب للالتزام مثله مثل المصادر الأخرى
، و في هذا السياق تنص المادة 53 من القانون المدني بأن الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون

وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها ، أي أن مصدر بعض الالتزامات هو القانون وحده ، إذ العبرة هنا بالنص القانوني الذي تدخل من خلاله المشرع وأنشأ هذه الالتزامات وأكد عليها و لو كانت ناجمة عن واقعة مادية أو قانونية لأن واضع النص هو من ارتأى بناء الالتزام القانوني على أساسها ، لذلك فالواقعة التي يتناولها النص و إن بدا أنها مصدر الالتزام إلا أن القانون هو المصدر المباشر له . و القانون لا يشترط الأهلية أو التمييز بشأن الالتزام القانوني على خلاف المصادر الأخرى ، أما عن أركان هذا الالتزام فيبينها القانون الذي أنشأها ، أما عن آثاره فالأصل أن ينفذ عينا متى كان ذلك ممكنا و

و من تطبيقات الالتزام القانوني : التزامات الجوار كالتزامات الناشئة عن الحائط المشترك (المادة 704 ق م) و الالتزامات الناشئة عن حالة الشبوع (المادة 713 ق م) . و هذه الالتزامات و غيرها مشتتة بين مختلف فروع القانون الخاص غير القانون المدني كقانون الأسرة الذي تنظم نصوصه الالتزام بالنفقة و سائر الالتزامات بين أفراد الأسرة ، و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي يحمل خاسر الدعوى مصاريف الدعوى . و يتعدى مجال الالتزام القانوني نطاق القانون الخاص ليشمل القانون العام الذي يعد موطنا له كالتزام بدفع الضرائب للدولة .

و يبدو أن الالتزامات القانونية تتزايد من يوم لآخر بالنظر لاتساع رقعة القواعد الآمرة التي تتعلق بالنظام العام و تقدم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد ، و لعل تحقيق هذه الغاية يتم بإدراج الالتزامات القانونية ضمن قواعد أمرة تضمن تطبيقها من طرف الأفراد .