

جامعة ابو بكر بلقايد – تلمسان
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق
دروس موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس
بعنوان:

محاضرات في مقياس الالتزامات
(مصادر الإلتزام)

من اعداد :

د.بن صالح (م) قرطبي سهيلة

استاذة محاضرة (أ)

السنة الجامعية: 2020-2021

مقدمة:

لا ريب أنّ موضوع نظرية الالتزام من الموضوعات ذات الأهمية البالغة، فهي تعتبر أهمّ جزء في القانون المدني ومن ثمّ فهي مرجع عام يجب الرجوع إليه سواء في القانون المدني أو في القانون التجاري إذا لم يوجد نصّ خاص في هذه القوانين.

ولقد تناول القانون المدني أحكام هذه النظرية في الكتاب الثاني منه، فتناول في الباب الأول مصادر الالتزام، ثمّ تناول في الباب الثاني آثار الالتزام، وفي الباب الثالث الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام، وفي الباب الرابع انتقال الالتزام، وفي الباب الخامس انقضاء الالتزام، وفي الباب السادس إثبات الالتزام.

ونلاحظ في هذا الشأن، بأنّ النصوص المتعلقة بنظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري بلغت في مجموعها 298 مادة، أي من المادة 53 إلى المادة 350 وهو ما يقارب ثلث القانون المدني، ويضاف إليها المواد المكررة المضافة بموجب تعديلات عام 2005 والتي وصلت إلى 18 مادة جديدة، وهذا دون إغفال ما جاء به قانون الأسرة الجزائري الذي كمل ما كان ينقص في القانون المدني لأحكام تتصل بنظرية الالتزام.

ويرجع أصل هذه النظرية إلى القانون الروماني، فهو أول قانون نظّم هذه النظرية من ناحية الصياغة القانونية، ثمّ جاء بعده فقهاء القانون الفرنسي القديم كملوا صياغة هذه النظرية وبلوروها طبقاً لتطور الزمن، وأكبر الفقهاء الذين كان لهم الفضل هما دوما Domat وبوتيه Pothier، ثمّ جاء واضعو قانون نابليون 1804 واستلهموا أحكام نظرية الالتزام من هذين الفقهاء، وجاءت بعدها القوانين العربية بما فيها القانون المدني الجزائري التي استمدّت أحكام هذه النظرية من القانون المدني الفرنسي، ولكنها كملتها بما أخذته عن الشريعة الإسلامية من أحكام كثيرة.

ولكي نفهم معنى الالتزام ينبغي أن نرجع إلى تقسيم الحقوق المدنية:

فالحقوق المدنية تنقسم إلى حقوق مالية Les droits patrimoniaux وحقوق غير مالية les droits extrapatrimoniaux وهي حقوق الأسرة وحقوق الشخصية.

يقصد بالحقوق المالية تلك الحقوق التي تحول لصاحبها الاستتار بقيمة مالية معينة، وتنقسم هذه الحقوق إلى حقوق عينية *les droits réels* وحقوق شخصية *les droits personnels* وأخرى ذهنية أو فكرية *les droits intellectuels* هذه الأخيرة تخضع لنصوص قانونية خاصة بها.

فالحق العيني مثل حق الملكية هو سلطة محدودة يخولها القانون لشخص معين على شيء معين، وهو بذلك يتكون من عنصرين أساسيين: هما صاحب الحق (*le sujet*) وموضوع الحق (*l'objet*) ولصاحب الحق بمقتضى هذه السلطة المباشرة، أنه يستعمل الشيء موضوع الحق وأن ينتفع به، وأن يتصرف فيه دون حاجة إلى وساطة شخص آخر.

أما الحق الشخصي، فهو رابطة قانونية بين شخصين يطالب بمقتضاها أحدهما الدائن *le sujet actif* الآخر المدين *le sujet passif* بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء، كالرابطة بين البائع والمشتري. والعلاقة تبين المؤجر و مستأجر.

ولهذه الرابطة جانبين اثنين: فإذا نظر إليها من جانب الدائن فإنها تسمى حقا شخصيا، أما إذا نظر إليها من جانب المدين فإنها تسمى التزاما *obligation*، فتعبير الالتزام يؤدي ذات المعنى المقصود من تعبير الحق الشخصي.

وقد ذهب فقهاء القانون في تعريفهم للالتزام إلى الانقسام بين اتجاهين أو مذهبين: مذهب يغلب الناحية الشخصية في الالتزام باعتباره رابطة بين شخصين، وهذا هو المذهب الشخصي الذي يستند إلى فكرة السلطة التي يخولها الحق لصاحبه، وهذه السلطة قد ترد على شيء كما في الحق العيني، وقد ترد على شخص كما في الحق الشخصي.

أما المذهب الثاني فيغلب الناحية المادية في الالتزام باعتباره رابطة بين ذمتين، أي باعتباره يمثل حقا في ذمة الدائن، ويمثل دينا في ذمة المدين. و التعريف السليم المأخوذ به هو الذي يعرف الالتزام بأنه رابطة قانونية بين طرفين محلها إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل له قيمة مالية يقتضيه أحدهما ويسمى الدائن من الآخر ويسمى المدين.

أما القانون المدني الجزائري، فإنه وإن ظل على اعتناقه للمذهب الشخصي، إلا أنه تأثر إلى حد كبير في الكثير من أحكامه بالمذهب المادي من ذلك أنه اعتمد على الإرادة المنفردة

كمصدر استثنائي للالتزام (م 123 مكرر ق.م.ج) وجواز الاشتراط لمصلحة الغير (م 116 ق م ج) وحوالتي الحق والدين (251/239 ق.م.ج).

وعموما تنقسم النظرية العامة للالتزام إلى قسمين: قسم يتعلق بمصادر الالتزام، وقسم يتعلق بأحكام الالتزام، وهما يندرجان ضمن مقياس القانون المدني لطلبة السنة الثانية ليسانس، إلا أنّ هذه المطبوعة ستقتصر على دراسة مصادر الالتزام والتي هي مقرر السداسي الثالث من هذا المقياس.

مصادر الالتزام:

يقصد بمصدر الالتزام أي الواقعة القانونية التي أنشأت الالتزام، والواقعة القانونية أمر يحدث فيترب عليه أثر قانوني سواء كان مرده الطبيعة أو فعل الإنسان.

وقد حددها القانون المدني الجزائري في خمس مصادر، تتمثل في العقد والإرادة المنفردة (المصادر الإرادية)، المسؤولية التقصيرية، الإثراء بلا سبب والقانون (المصادر اللاإرادية)، وعليه نقسم الدراسة إلى قسمين:

القسم الأول: المصادر الإرادية للالتزام (التصرفات القانونية)

القسم الثاني: المصادر اللاإرادية للالتزام (الوقائع القانونية)

القسم الأول: المصادر الإرادية للالتزام:

نتناول في هذا القسم العقد و الإرادة المنفردة

الباب الأول: العقد le contrat

العقد هو المصدر الأول للالتزام والأهم بين مصادره، حيث يشكل الجزء الأكبر من القواعد العامة للالتزام.

ولبيان نظرية العقد نقسم الدراسة في هذا الباب إلى ثلاثة فصول نتناول في فصل أول أحكام العقد، ثم نعرض في فصل ثاني لبحث آثار العقد، ونتولى في فصل ثالث دراسة زوال العقد.

الفصل الأول: أحكام العقد

يتعين بادئ ذي بدء تحديد مفهوم العقد، ثم البحث في تكوينه، وتناول ذلك في مبحثين.

المبحث الأول: مفهوم العقد

إن تحديد مفهوم العقد يتطلب أولاً البحث في تعريفه، ثم دراسة تطور فكرة العقد من خلال البحث في مبدأ سلطان الإرادة، ثم التطرق إلى تقسيمات العقود.

المطلب الأول: تعريف العقد

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

يتضح من هذا التعريف ما يلي:

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

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

3- يذهب بعض الفقهاء القانون المدني إلى ضرورة التمييز بين الاتفاق convention والعقد contrat، ذلك أن الاتفاق يعبر عن اتحاد إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنجائه.

أما العقد فإنه يعبر عن اتحاد إرادتين على "إنشاء التزام أو نقله"، فيكون مصطلح الاتفاق أكثر عمومية وشمولاً من مصطلح العقد، إذ أن كل عقد يعتبر اتفاقاً، بيد أن العكس ليس صحيحاً.

ويضيف هذا الفقه بأن مصطلح العقد لا يستعمل إلا بمناسبة الاتفاقات المهمة التي

يختص المشرع بتنظيم أحكامها كالبيع والإيجار والتأمين:

أما كلمة الاتفاق فإنها تنصرف إلى غير ذلك من الاتفاقات التي لا تنطوي تحت صنف

معين أو تنظيم معين.

ويلاحظ بأن هذه التفرقة لا تحقق أي فائدة عملية، وليس هناك ما يمنع من استعمال عبارتي "العقد والاتفاق" كلفظين مترادفين، خاصة وأن المشرع الفرنسي قد خلط بينهما واستعملهما على هذا النحو.

وقد عرّف القانون المدني الجزائري العقد في المادة 54، حيث جاء فيها "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما".

يلاحظ على هذا التعريف أنه يتشابه في المضمون مع تعريف الالتزام.

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

إن تطور مفهوم العقد يرتبط بمبدأ سلطان الإرادة لذلك ينبغي دراسة هذا المبدأ من حيث تعريفه وتطوره التاريخي، ثم القيود الواردة عليه.

الفرع الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة وتطوره التاريخي

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من نتائج تقديس المذهب الفردي، الذي يعتبر الفرد وتلبية حاجاته هو غاية اهتمامه، أي أن الإرادة وحدها تكون كافية وفقا لهذا المبدأ لإنشاء العقد وتحديد آثاره دون أي قيود تذكر على حرية الإرادة في هذا الشأن.

فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين فالأفراد أحرار في اتفقاتهم، فهم الذين يحددون في عقد البيع مثلا الشيء المبيع وثمان المبيع وغير ذلك.

هذه هي قاعدة الرضائية التي عرفتها التشريعات المعاصرة بعد تطور وتحت تأثير عوامل مختلفة، أو بالرغم من ذلك فإن حرية الإرادة في تحديد مضمون الالتزامات لم تعد كما كانت في الماضي، فنتيجة لتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي أدت إلى ازدهار مبدأ سلطان الإرادة و اتجاه التشريعات نحو الاشتراكية التي ترعى مصلحة الجماعة وحتى لو كان ذلك على حساب الأفراد.

تطلب ذلك أن يتدخل المشرع للأخذ بيد الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية عن طريق فرض العديد من القيود على مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة:

يتضح مما تقدم أن مبدأ سلطان الإرادة وكفايته أصبح الآن ضيق النطاق تحيط به الكثير من القيود ولعل أبرز تلك القيود ما يلي:

1- الشكلية: هناك بعض العقود التي لا يكفي لانعقادها مجرد اتحاد الإرادتين، بل لابدّ فوق ذلك من إتباع شكلية خاصة يتطلبها القانون، كالتصرفات المتعلقة بالعقارات، ويمثل ذلك في الواقع قيوداً جوهرياً على مبدأ سلطان الإرادة طالما أنّ الإرادة لوحدها غير كافية لإنشاء العقد وترتيب آثاره.

2- تعتبر فكرة النظام العام والأداب العامة أخطر قيد على مبدأ سلطان الإرادة، إذ لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على أي أمر يتعارض مع أحكام النظام العام والأداب العامة.

3- إنهاء العقد وتعديله: كأصل عام لا يجوز إنهاء العقد وتعديله إلاّ باتفاق الأطراف، غير أنّ المشرع منح للقاضي سلطة تعديل العقد في حالات محددة تتمثل في الظروف الطارئة (المادة 3/107 ق.م.ج)، الشرط الجزائي (المادة 2/184 و 187.185 ق، م، ج)، الاستغلال (المادة 1/90 ق، م، ج)، عقد الإذعان (المادة 110 ق.م.ج).

المطلب الثالث: تقسيمات العقود

تقسيم العقود هو عمل فقهي يختص به أساساً شراح القانون كوسيلة للتأصيل واستخلاص المبادئ العامة التي تحكم كل قسم من العقود ومع ذلك فإنّ بعض التشريعات قد تضمنت قوانينها المدنية تقسيمات العقود كالمشرع الجزائري في المواد 55 إلى 58 مدني. فقسم العقود إلى عقود تبادلية وعقود ملزمة لجانب واحد، وعقود محددة، وعقود احتمالية، وعقود معاوضة وعقود تبرع، و قد اقتصر المشرع على أهم ما رآه مناسباً من عقود، أما التقسيمات الفقهية للعقود يمكن أن تتعدد وذلك بحسب الزاوية التي ينظر منها إلى العقد فيمكن تقسيم العقود بالنظر إلى القواعد المطبقة عليها، إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، وإذا نظر إليها من حيث التكوين إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية ويمكن تقسيم العقود بالنظر إلى آثارها إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد وعقود معارضة وعقود تبرع، وعقود محددة و عقود احتمالية، وعقود فورية وعقود زمنية.

الفرع الأول: التقسيم التشريعي للعقود:

أولاً: العقد التبادلي والعقد الملزم لجانب واحد:

Contrat Bilatéral, contrat unilatéral

العقد التبادلي أو الملزم لجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، فيصبح كل من طرفيه دائئاً للطرف الآخر ومدنياً له، والمثال على ذلك عقد البيع، فالبائع دائئ للمشتري بالثمن، مدين له بالمبيع، والمشتري مدين بالثمن، دائئاً بالمبيع، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 55 من ق.م.ج بقولها "يكون العقد ملزماً للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضاً".

أما العقد الملزم لجانب واحد فإنه ذلك العقد الذي يولد التزاماً على أحد الطرفين دون الآخر، فأحد الطرفين دائئ غير مدين وثانيهما مدين غير دائئ ومن أمثلة هذا النوع من العقود الهبة، الوديعة بدون أجر.

وقد عرفته المادة 56 مدني بقولها "يكون العقد ملزماً لشخص واحد أو لعدة أشخاص إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الآخرين".

أهمية التقسيم:

تظهر أهمية التقسيم في المجالات التالية:

❖ من حيث الفسخ:

لما كان العقد الملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة بين الطرفين: لذلك فإنه إذا لم يقيم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة فسخ العقد وحل الرابطة العقدية.

ولا يتصور الفسخ في العقد الملزم لجانب واحد لأن هذا العقد لا يرتب التزاماً إلا على أحد المتعاقدين فقط، فإذا لم يقيم هذا المتعاقد بتنفيذ التزامه فإن الطرف الآخر يطالب بتنفيذ لا بالفسخ.

❖ من حيث الدفع بعدم التنفيذ:

القاعدة في العقد الملزمة للجانبين، أنه إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقيم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به وهذا

هو الدفع بعدم التنفيذ، وهذا الدفع يقوم على فكرة التقابل في الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين والغرض من هذا الدفع هو حمل المتعاقد المتقاعس على القيام بتنفيذ ما التزم به ولذلك فإنه لا محل للدفع بعدم التنفيذ في العقد الملزم لجانب واحد، حيث لا ينشئ هذا العقد إلا التزامات في جانب أحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر.

❖ من حيث تبعه الهلاك:

في العقود الملزمة للجانبين تقع تبعه الهلاك على المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه لهلاكه بسبب أجنبي، إما في العقود الملزمة لجانب واحد فإنّ تحمل تبعه الهلاك تكون على الدائن لا المدين.

فلو هلك الشيء المبيع لسبب أجنبي قبل تسليمه للمشتري فإنّ البائع يتحمل تبعه الهلاك وهو المدين لها لا على المشتري، وهو الدائن بها، أما إذا هلك الشيء المودع بسبب أجنبي لا دخل للمودع لديه فيه كما هو الحال في الوديعة بدون اجر انقضى التزامه وتحمل المودع (الدائن) تبعه هذا الهلاك.

ثانيا: العقد المحدد والعقد الاحتمالي أو عقد الغرر:

Contrat commutatif, contrat aléatoire

العقد المحدد هو العقد الذي تتحدد فيه التزامات الطرفين وحقوقهما مباشرة عند إبرامهم، العقد فيستطيع كل من الطرفين تقدير ما له وما عليه. كالبيع والإيجار.

أما العقد الاحتمالي فهو ذلك الذي يكون الأداء الذي التزم به أحد الطرفين فيه متوقفا في مقداره أو في وجود ذاته على أمر غير محقق الوقوع.

فالمتعاقدين لا يستطيع عند التعاقد أن يعرف تماما مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ، مثال ذلك في عقد التأمين، والبيع الواردة على الأموال المستقبلية مثل بيع ثمار قبل نضجها بثمن جزافي، والبيع مقابل إيراد مرتب مدى الحياة.

أهمية التقسيم:

يحق التقسيم المتقدم أهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية أما من الناحية القانونية فإن أهميته تنحصر في إمكانية الطعن بالغبن في العقد المحدد، بينما لا يجوز مثل هذا الطعن في العقد الاحتمالي، لأن هذا العقد يقوم أساساً على احتمال عدم التعادل بين التزامات الطرفين.

ثالثاً: عقد المعاوضة وعقد التبرع:

عقد المعاوضة *contrat à titre onéreux* هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما يعطيه، ومثال ذلك عقد البيع حيث يحصل البائع على الثمن من المشتري مقابل الشيء المبيع، ويحصل المشتري على البيع مقابل الثمن. أما عقد التبرع *contrat à titre gratuit* فهو العقد لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلاً لما يعطيه ومثاله عقد الهبة، فالواهب لا يأخذ مقابلاً للمال الذي يعطيه للموهوب له.

أهمية التقسيم:

تظهر أهمية التقسيم المتقدم في المجالات التالية:

❖ من حيث الغلط في الشخص:

تخفى شخصية المتعاقد بأهمية كبيرة في عقود التبرع لذلك فإن الغلط في شخص المتعاقد في هذه العقود يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً نسبياً، أما في عقود المعاوضة فلا عبرة بشخص المتعاقد من حيث الأصل إلا إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار.

❖ من حيث المسؤولية:

لما كان المتبرع لا يحصل على مقابل الشيء أو العمل الذي يقدمه لذا فإن مسؤوليته تكون عادة أخف من مسؤولية الملتزم بتعويض.

ففي عقد الهبة مثلاً لا يضمن الواهب استحقاق العين الموهوبة، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق، على خلاف عقد البيع الذي يلزم البائع بضمان الاستحقاق في جميع الأحوال.

❖ من حيث الطعن في تصرفات المدين:

لما كان التبرع يضعف الذمة المالية للمتبرع فإنه يلحق ضرراً في دائنيه، بحيث يحق لهم في كثير من القوانين إقامة دعوى الطعن "بعدم نفاذ"

تصرف مدينهم بالتبرع (الدعوى البولصية) لأن الغش مفترض في عقود التبرع فهو المتمثل بنية الإضرار بالغير (الدائنين).

في حين أنه في عقود المعاوضة يحق لكل طرف أن يأخذ مقابل ما يعطي، وعليه فإن ذمة طرفي العقد لا تتأثر كثيرا بمثل هذه العقود لذلك لا يحق للدائنين رفع دعوى نفاذ التصرف إلا إذا قصد المدين من تصرفه الإضرار بدائنيه، وعلى الدائنين إثبات سوء نية مدينهم.

❖ من حيث الأهلية:

يشترط القانون في المتبرع درجة من الأهلية أعلى من الدرجة التي يشترطها في من يبرم عقدا من عقود المعاوضة، إذ يلزم أن يكون المتبرع كامل الأهلية دون أن يشترط ذلك في عقد المعاوضة. والعلة في ذلك أن عقد التبرع من شأنه أن يلحق ضررا بالمتبرع لهذا فإن عقد الهبة الذي يبرمه الصبي المميز يكون باطلا ولا يرتب أية آثار قانونية، بينما يكون عقد المعاوضة الذي يبرمه ذات الصبي قابلا للإبطال، بمعنى أن يرتب آثاره كاملة إلى أن يتقرر إبطاله.

الفرع الثاني: تقسيمات الفقه للعقود:

أولا: العقود من حيث تكوينها

العقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية:

Contrat consensuel, contrat solennel, contrat réel

العقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده توافق إرادتي المتعاقدين على إبرامه دون الحاجة إلى أي إجراء آخر، أي أن الرضا هو الركن الأساسي في هذا العقد، والأصل في القوانين الحديثة رضائية العقود إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

أما العقد الشكلي فهو العقد الذي لا يكفي التراضي وحده لانعقاده وإنما يتطلب إفراغ هذه الإرادة في قالب رسمي يعتد به القانون، وغالبا ما يكون الشكل هو الكتابة الرسمية لدى الجهات المختصة قانونا.

ومن أمثلة ذلك التصرفات التي ترد على العقارات وبعض المنقولات ذات الطبيعة الخاصة.

ولمعرفة ما إذا كان العقد من العقود الشكلية أم لا، فإننا ننظر إلى الآثار المتخلفة عن الشكل، فإذا كانت الآثار الناتجة عن تخلف الشكل تؤدي إلى البطلان فهو من العقود الشكلية، وإلا فهو ممن العقود الرضائية.

ولابدّ من التنويه إلى ضرورة التمييز بين الشكلية بوصفها ركنا لتكوين العقد وبين كونها مجرد وسيلة لإثباته، فقد لا تكون الكتابة ركنا لانعقاد العقد بل مجرد أداة لإثباته، والمثل على ذلك عقد الكفالة فهو عقد رضائي لكن القانون اشترط لإثباته الكتابة. ولهذا فإن تخلفها لا يؤثر في قيام العقد، إذ يظل هذا العقد عقدا رضائيا ينعقد بمجرد اتفاق الإرادتين.

أما العقد العيني فهو العقد الذي يتطلب لانعقاده القبض أو التسليم كما هو الحال في عقد الهبة حيث نصت المادة 206 من قانون الأسرة أن هبة المنقول عقد عيني " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة.. "

ويقصد بالحيازة هنا هو تسليم المنقول إلى الموهوب له وتمكينه من حيازته، وإذا كان نقل حيازة المنقول يستلزم بعض الإجراءات كنقل حيازة سيارة وجب استيفاء هذه الإجراءات. ويحقق هذا التقسيم أهمية كبيرة، إذ يمكن من خلاله معرفة ما إذا كان العقد منعقدا أم غير منعقد.

ثانيا: تقسيم العقود من حيث تنفيذها:

العقد الفوري والعقد الزمني أو المستمر:

العقد الفوري هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، بعبارة أخرى هو العقد الذي لا يكون الزمن مقياسا لتقدير الالتزامات الحقوق الناشئة عنه، فيمكن تنفيذه فورا بمجرد انعقاده ويعتبر تنفيذه فوريا حتى ولو تراضى إلى أجل متتابعة.

ومثاله عقد البيع الذي ينقل فيه البائع ملكية الشيء المبيع ويدفع المشتري فورا، فيعتبر فوريا أيضا حتى ولو كان الثمن مؤجلا أو مقسطا، لأن الزمن في هذه الحالة لا أثر له في تحديد مقدار الثمن لأن الزمن كان عنصرا عارضا.

أما العقد الزمني Le contrat de durée أو العقد ذو التنفيذ المتتابع contrat à exécution successive فهو العقد الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا في تنفيذه، ويتبين من ذلك أن عقد المدة إما أن يكون مستمرا في تنفيذه أو دوري التنفيذ، ومن أمثلة عقود المدة مستمر التنفيذ عقد الإيجار، حيث يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة معينة مقابل أجره معينة يلتزم بها المستأجر، ومن أمثلة عقود المدة دورية التنفيذ عقد التوريد حيث يلتزم المورد مثلا بتوريد بضاعة معينة، خلال مدة معينة على فترات دورية منتظمة، ومن هذه العقود أيضا عقد الإيراد المرتب مدى الحياة.

أهمية التقسيم:

تظهر أهمية التقسيم المتقدم في المجالات التالية:

❖ من حيث الفسخ:

في العقود الفورية يكون الفسخ العقد كجزء لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته بأثر رجعي، فإنه يعتبر كأنه لم يكن وتزول كافة الآثار التي رتبها منذ إبرامه.

أما في عقود المدة فلا يكون للفسخ أثر رجعي، أي لا ينسحب أثره على الماضي، وإنما يقتصر أثر هذا الجزاء على المستقبل، فإذا فسخ عقد الإيجار مثلا فإن أثر الفسخ يقتصر على المستقبل فقط، إذ لا يمكن استرداد الأجرة عن المدة السابقة للفسخ لأنها تقابل انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة عن تلك المدة.

❖ من حيث مراجعة شروط العقد:

إن المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هو العقد الزمني حيث يستمر تنفيذ هذا العقد فترة من الزمن يمكن أن تتغير خلالها الظروف عما كانت عليه وقت إبرام العقد، مما يتطلب تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة المادة 107 فقرة 3 من ق.م.ج

❖ من حيث تقابل الالتزامات:

في العقود الفورية لا تتقابل الالتزامات تقابلا تاما من حيث كميتها بل يجوز الوفاء بكمية من التزام واستبقاء ما يقابله من التزام المقابل، مثل ذلك عقد البيع يجوز أن يكون الثمن فيه مقسما على آجال فلا يدفع المشتري عند التعاقد إلا قسطا منه، ولكنه، يستوفي الشيء المبيع

كله عند التعاقد، كما أنه يجوز أن يدفع المشتري الثمن كله على أنه يستوفي الشيء المبيع أجراء ولا محل هنا لتمسك البائع أو المشتري بأخذ كمية الالتزام المقابلة لما قام به من تنفيذ التزامه. أما في العقد الزمني فالالتزامات تتقابل تقابلا تاما سواء في وجودها أو في كميتها فكلما انتفع المستأجر بالعين المؤجرة مدة معينة وجب عليه أن يدفع للمؤجر ما يقابلها من أجرة. ❖ من حيث توقعات الالتزامات:

في العقد الفوري لا يؤثر وقف التنفيذ على مقدار الأداء التي يلتزم بها كل الطرفين، لأن هذه الالتزامات لم تجدد في مقدارها بمقياس زمني، أما في العقد الزمني الذي يتأثر بوقف التنفيذ فإذا توقف العامل عن القيام بعمله ليوم أو يومين فلا يستحق أجرا عن ذلك وليس لرب العمل مطالبته بتعويض ذلك اليوم لأنه مضى، بل أن وقف التنفيذ قد يؤدي إلى إبطال العقد.

ثالثا: تقسيم العقود من حيث القواعد المطبقة عليها:

عقود مسماة وعقود غير مسماة

Contrat nommés et contrat innomés

العقد المسمى هو الذي تولى القانون المدني تنظيم أحكامه تحت اسم خاص، كعقد البيع وعقد الإيجار وعقد الوديعة، أما العقد غير المسمى فهو الذي لم يتناول القانون المدني تنظيمه ضمن تسمية معينة، مع ذلك فهو يخضع للقواعد العامة لنظرية العقد ذلك أن تطور المعاملات وكثرتها بين الناس قد أدى إلى ظهور عقود جديدة ومن أمثلة هذه العقود عقد النشر، عقد الفندق، عقد البيع الإيجاري.

أهمية التقسيم:

تبدو أهمية التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة من ناحية تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد، فالعقد المسمى تطبق عليه الأحكام الخاصة به التي أوردها القانون بشأنه، دون الأحكام العامة ولا تطبق عليه هذه الأخيرة إلا إذا لم يرد في القانون حكم خاص به، أما العقد غير المسمى فتطبق عليه القواعد العامة.

رابعا: تقسيم العقود من حيث مركز المتعاقدين:

عقود مساومة و عقود إذعان

عقد المساومة le contrat de gré à gré هو العقد الذي تكون شروطه نتيجة المناقشة الحرة بين أطرافه، وهذا هو الأصل في التعاقد، فالعقد يتم عادة بعد تفاوض أطرافه ومناقشتهم لمضمونه وشروطه كعقد البيع مثلا.

أما عقد الإذعان le contrat d'adhésion فهو العقد الذي ينفرد فيه أحد الأطراف بوضع شروط العقد، بحيث يقتصر دور الطرف الآخر على مجرد قبول تلك الشروط دون مناقشتها طبقا للمادة 70 من ق.م.ج.

أهمية التقسيم:

تظهر أهمية التقسيم بين عقد المساومة وعقد الإذعان في أن عقد المساومة يتم برضا المتعاقدين بعد أن يضع كلّ منهما شروطه، ويترتب على ذلك أنها تخضع للقواعد العامة، فلا يجوز للقاضي أن يعدل في شروطها أو أن يعفي أحد المتعاقدين منها المادة (106/ ق.م.ج) كما أنه الشك فيما يؤول لمصلحة المدين المادة (1/112 ق.م.ج).

أما في عقود الإذعان، فللقاضي أن يعدل من شروطها التعسفية، بل وله أن يعفي منها الطرف المدعن (المادة 110 ق.م.ج) سواء كان هو الدائن أو المدين. كما أن الشك في عقود الإذعان يؤول لمصلحة المدعن (2/112 ق.م.ج)

المبحث الثاني: أركان العقد

لكي يقوم العقد صحيحا ينبغي أن تتوفر الأركان الأساسية لذلك وهي التراضي، المحل والسبب والشكل بالنسبة للعقود الشكلية.

المطلب الأول: التراضي le consentement

تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري بقولها "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

فلكي يوجد التراضي وفقا لهذا النص لابدّ وأن توجد إرادتان متطابقتان متجهة إلى إحداث أثر قانوني معين، فتصدر الإرادة من أحد الطرفين أولا يعرض على الطرف الآخر أن

يتعاقد معه، وهذا هو الإيجاب ثم تليها الإرادة الثانية مطابقة لها وهذا هو القبول ووجود الرضا لا يكفي لإنشاء العقد صحيحاً، لا بد أن يصدر عن شخص متمتع بالأهلية، وأن يكون خالياً من العيوب التي تشوبه، وهي الغلط والتدليس، والإكراه والاستغلال.

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة

لا يعتد القانون بالإرادة الكامنة في نفس صاحبها، بل ينبغي أن يتم الإفصاح عن تلك الإرادة للعالم الخارجي، كما ينبغي كذلك أن تنصرف هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، إذ لا يعتد القانون بالإرادة الهازلة والإرادة التي تصدر على سبيل المجاملة.

أولاً: طرق التعبير عن الإرادة

يتم التعبير عن الإرادة بوسائل مختلفة تتمثل عموماً في اللفظ والكتابة والإشارة، وأي موقف آخر يدل على الرضا، ويكرس القانون المدني الجزائري هذه الوسائل في المادة 60 التي تنص على أنه "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".
يفهم من هذا النص أن التعبير عن الإرادة يكون إما صريحاً أو ضمناً.

1- التعبير الصريح:

يقصد بالتعبير الصريح الإفصاح عن الإرادة بكل وضوح مهما كانت طريقة التعبير، فقد يكون بالألفاظ في اللغة التي يفهمها كل من المتعاقدين، وقد يكون بالكتابة سواء كانت الكتابة بخط اليد أو بالآلة الكاتبة وسواء كانت عرفية أو رسمية، وسواء كان موقع عليها ممن كتبها أو لم يكن موقعاً عليها منه ما دام ليس هناك شك في صدورها منه.

كما قد يكون التعبير عن الإرادة بالإشارة المتداولة عرفاً. فالإشارة الشائعة الاستعمال تدل على إرادة الشخص التي صدرت عنه، والمثل على ذلك هز الرأس عمودياً حيث يدل على الموافقة وهز الرأس أفقياً حيث يدل على الرفض.

ويكون التعبير أيضاً صريحاً باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على المقصود منه، مثال ذلك وقوف سيارات الأجرة في الأماكن المخصصة لوقوفها أو عرض البائع

في واجهات المحلات التجارية وعليها ثمنها، فهذه مواقف لا تدع شكاً في أن سائق السيارة يعرضه للركوب وتاجر البضاعة يعرضها للبيع.

2- التعبير الضمني:

لقد نصت المادة 60 من ق.م.ج في فقرتها الثانية على التعبير الضمني، حيث أجازت أن يكون التعبير ضمنياً، والتعبير الضمني هو الذي لا تكون فيه الإرادة مكشوفة وإنما يتم استنتاجها من ظروف الحال، والمثل على ذلك بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار، إذ يدل ذلك دلالة ضمنية على رغبته في تجديد العقد.

لقد أعطى المشرع الجزائري بعض الصور للتعبير الضمني منها ما جاء في المادة 318 ق.م.ج التي تنص "... ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين" يعتبر الموقف الذي اتخذه المدين والمتمثل في ترك ماله تحت يد الدائن هو تعبير ضمني ولقد استقر المشرع على نفس الحل في المادة 965 ق.م.ج التي تقضي بأنه: "... يجوز لأن يحصل التنازل ضمناً بتخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون...".

ثانياً: مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة:

قد يدور التساؤل حول مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة، وهذا الأمر يستلزم منا الوقوف أولاً على طبيعة السكوت لمعرفة مدى صلاحيته في التعبير عن الإرادة، فالسكوت في أصله هو عدم لا يفيد شيئاً، ولذلك فإنّ السكوت لا يصلح، كأصل عام، للتعبير عن الإرادة استناداً إلى القاعدة الفقهية المعروفة (لا ينسب إلى ساكت قول).

غير أن هذه القاعدة العامة ليست مطلقة، وإنما ترد عليها بعض الاستثناءات، استناداً لقاعدة فقهية أخرى مفادها أن السكوت في معرض الحاجة بيان.

ومعنى ذلك أن السكوت إذا صاحبه ظروف وملابسات تدل على الرضا، فهنا يعتبر السكوت عن الرد قبولا، ويسمى هذا السكوت بالسكوت الملابس.

وقد نصت المادة 68 من ق.م.ج على ثلاثة أمثلة يصلح السكوت فيها دليلاً على القبول، وهي واردة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر وهذه هي الأمثلة:

1- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول، والمثال على ذلك تاجر جملة يرسل إلى تاجر تجزئة ما طلبه هذا الأخير من بضائع مرفقة ببيان أسعارها الجديدة، فسكوت تاجر التجزئة على هذه الأسعار يعتبر قبولاً لها.

2- إذا ما وجد تعامل سابق بين المتعاقدين، يعتبر السكوت قبولاً، إذا كان بين المتعاقدين تعامل سابق، واتصل الإيجاب بهذا التعامل السابق ففي هذه الحالة يكون سكوت من وجه إليه الإيجاب قبولاً للعقد. ومثال ذلك إذا انتهى عقد إيجار مبرم لمدة معينة، وعرض المستأجر على المؤجر التجديد، فسكت المؤجر، أمكن تفسير سكوته على أنه قبول للتجديد بنفس الشروط.

3- إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه: وفي هذه الحالة يكون الإيجاب نافعا للطرف الآخر الذي وجه إليه الإيجاب، فسكوت الموهوب له في حالة الهبة يعتبر قبولاً.

وعلى ذلك فكل سكوت تلازمه ملابسات تدل على الرضاء يعتبر قبولاً، كما إذا علم الموكل بمجازة الوكيل حدود الوكالة وسكت فإن سكوته يعتبر إقراراً، وكالمالك الحقيقي في بيع ملك الغير إذا علم بالبيع وسكت دون عذر كان سكوته إقراراً للبيع، في كل هذا لو كان الساكت أراد أن يعترض لتكلم، ولكنه سكت في معرض الحاجة إلى الكلام.

ثالثاً: أثر التعبير عن الإرادة:

إن التعبير عن الإرادة سواء كان صريحاً أو ضمناً لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه، ويعتبر الوصول دليلاً على العلم به، ما لم يتبين عكس ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 61 من ق.م.ج بقولها "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك" والمقصود من ذلك أن القانون حين اشترط الوصول والعلم فإنما بناها على الأحوال الغالبة، إذ المتعارف عليه في هذا المجال أن وصول الخطاب إلى الشخص يمكنه من العلم به، ومن ثم يرتب التعبير أثره.

غير أن هذا الحكم أقيم على قرينة بسيطة (قرينة العلم يجوز لصاحب الشأن أن يقيم الدليل على خلافها بالرغم من وصول الخطاب إليه في الوقت المناسب، ومع ذلك لم يعلم لكونه كان مسافراً مثلاً).

ومن هنا فإنّ التعبير لا ينتج أثر إلا من وقت الإطلاع عليه، بالرغم من أن الوصول كان قبل ذلك التاريخ، إذ العبرة في النهاية هي بالعلم، لأن واقعة العلم تمكن الطرف الآخر من القبول أو الرفض.

رابعاً: أثر الموت أو فقد الأهلية في التعبير عن الإرادة

تنص المادة 62 ق.م.ج على ما يلي: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه هذا ما لم يتبين العكس من التعبير ومن طبيعة التعامل" طبقاً لنص هذه المادة نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: موت أو فقد أهلية من صدر منه التعبير:

✓ إذا مات الموجب أو فقد الأهلية قبل أن يتصل بإيجابه بعلم القابل، فإنّ إيجابه يسقط ولا ينتج أثره.

✓ إذا مات القابل أو فقد أهليته بعد صدور القبول منه واتصل بقبوله بعلم الموجب، فإن العقد ينعقد ما لم تكن شخصية القابل محل اعتبار في العقد فعندئذ لا ينعقد العقد كما لو كان فناناً أو كاتباً لا يستطيع من يمثله القيام بذلك.

الحالة الثانية: وفاة أو فقد أهلية من وجه إليه التعبير:

✓ إذا مات الموجب أو فقد أهليته بعد أن اتصل علمه بالقبول، فإن العقد ينعقد
✓ إذا مات القابل أو فقد أهليته بعد اتصال الإيجاب سلمه وقبل إعلان قبوله، فلا ينعقد العقد.

خامساً: الإرادة الظاهرة و الإرادة الباطنة:

لا يعتد القانون، بالإرادة الخفية الكامنة في النفس بل لا بد من الإعلان عنها وظهورها إلى العامل الخارجي، وإذا كانت الإرادة التي يتم الإعلان عنها تتطابق في الغالب مع الإرادة الباطنة فإن هذه ليست حالة مطلقة، فقد تختلف الإرادة المعلن عنها عن الإرادة الباطنة وهنا يصحّ التساؤل عن الإرادة التي يعقد بها القانون ويفضلها عن الأخرى توجد على صعيد الفقه نظريتان اثنتان هما:

1- نظرية الإرادة الباطنة:

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن الإرادة الحقيقية التي ينبغي الاعتداد بها هي الإرادة الباطنة، أما الإرادة الظاهرة فإنها مجرد وسيلة من شأنها أن تظهر الإرادة إلى العالم الخارجي، أي أنها مجرد أداة للكشف عن الإرادة الحقيقية، لذلك فإنه ينبغي الأخذ بالإرادة الباطنة وليس الإرادة التي تكشف عن تلك الإرادة، ولا بد من التنويه إلى أن معظم الفقه اللاتيني يأخذ بنظرية الإرادة الباطنة.

2- نظرية الإرادة الظاهرة:

يأخذ الفقه والتشريع الألماني بنظرية الإرادة الظاهرة، ومقتضاها أن الإرادة التي يجب أن يعتد بها القانون هي الإرادة الظاهرة، ذلك أن الإرادة هي أمر كامن في النفس ولا يمكن التعرف عليها إلا من خلال التعبير عنها، لهذا يتعين الاعتماد على هذا التعبير إذ هو الشيء الذي يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب عليه أحكامه.

على أن هذه النظرية تؤدي إلى استقرار المعاملات، إذ أن المتعاقد لا يستطيع التعرف على إرادة الطرف الآخر إلا عن طريق الإعلان عنها فلا يجوز أن يحتج عليه بعد ذلك بأنه من تعاقد معه كان يظهر نية أخرى.

لأنه إذا اختلفت هذه المظاهر عن تلك الإرادة الباطنة، فإنه سيترتب على الاعتداد بالإرادة الخفية امتناع العقد وزعزعة المعاملات وتحطيم الثقة بين أفراد المجتمع.

فالقوانين التي اعتمدت نظرية الإرادة الباطنة أحرصت على تكملتها ببعض نتائج الإرادة الظاهرة، وذلك في الحالات التي يكون فيها استقرار المعاملات مهددا لو أخذ بنظرية الإرادة

الباطنة وكذلك الحال في القوانين التي أخذت بنظرية الإرادة الظاهرة لم تحمل الإرادة الباطنة" خاصة إذا أمكن التعرف على تلك الإرادة رغم التعبير عنها تعبيراً غير صادق.

3- موقف المشرع الجزائري:

بالرجوع لأحكام القانون المدني، نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالإرادة الباطنة في تفسير العقد وعيوب الإرادة والسبب الدافع لإبرام العقد غير أنه يحرص في الوقت ذاته على استقرار المعاملات والثقة المتبادلة فيأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة في حالات أخرى، في مرحلة إبرام العقد عند تطابق الإرادتين وفي تفسير العقد.

الفرع الثاني: تطابق الإرادتين

القاعدة أنه يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد، وعلى ضوء هذه القاعدة يجب أن يتم التعبير عن إرادتين متطابقتين، وهاتان الإرادتان، هما الإيجاب والقبول، ولذلك يجب أن نعرض لكل منهما.

أولاً: الإيجاب

الإيجاب هو العرض الصادر من شخصين يعبر به على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد.

1- شروط الإيجاب:

- أن يتضمن إرادة باتة ونهائية في التعاقد بحيث ينعقد به العقد إذا ما صادف الإيجاب قبول مطابق، أي أن يكون الموجب عازماً ومصمماً على إبرام العقد.
- أن يتضمن العرض المسائل الجوهرية في التعاقد حتى يرقى إلى مرتبة الإيجاب فإنه يجب أن يتضمن طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الجوهرية، بحيث لا يبقى لانعقاد العقد سوى صدور قبول مطابق.
- أن يصل إلى علم من وجه إليه، فإذا لم يحصل الإيجاب إلى علم الطرف الآخر، فلا ينتج أثره وهو صلاحيته لأن يقترن به قبول لكي ينعقد العقد.

2- القوة الملزمة للإيجاب:

الأصل في الإيجاب أنه غير ملزم، فيجوز الرجوع فيه في وقت ما دام القبول لم يقترن به. ويكون الإيجاب ملزماً إذا صدر مقترناً بميعاد، فإذا عين الموجب مدة محددة يلتزم خلالها بالبقاء على إيجابه، وقد يتمّ تحديد هذا الميعاد من قبل الموجب بشكل صريح، وقد تستشف ضمناً من ظروف الحال أو طبيعة العقد التي تستلزم مدة معقولة للتفكير بحسب الظروف حسب المادة 63 من ق.م.ج.

3- سقوط الإيجاب:

يسقط الإيجاب بأحد الأسباب التالية:

- ✓ إذا رفضه من وجه إليه.
- ✓ إذا انفض مجلس العقد دون التوصل إلى نتيجة معينة.
- ✓ إذا انتهت المدة المحددة للقبول، فبانتهاؤ الموعد المحدد يستطيع الموجب العدول عن إيجابه ما لم يقترن به قبول قبل انتهاء المدة المحددة.
- ✓ إذا عدل عنه الموجب في مجلس العقد قبل أن يقترن به قبول ممن وجه إليه.

ثانياً: القبول

القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الثاني، فهو الإرادة الثانية في العقد، إذ لا ينعقد إلا باتفاق إرادتين وتطابقهما، ويشترط في القبول الذي ينعقد به العقد شرطان أساسيان:

1- أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب:

يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب بكل عناصره وشروطه حتى ينعقد العقد وإذا جاء القبول مشروطاً أو مقيداً أو مخالفاً للإيجاب كان بمثابة رفض له.

ويبقى العقد منعقداً حتى وإن احتفظ المتعاقدان ببعض المسائل التفصيلية يتفقان عليها لاحقاً، شريطة أن لا يؤثر ذلك على صحة العقد.

وإذا اختلفا في هذه التفاصيل في المرحلة اللاحقة، فإن القاضي يفصل في النزاع وفقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة طبقاً للمادة 65 من ق.م.ج.

2- أنه يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب:

إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا ينعقد العقد، وإنما يعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول من الموجب الأول.

وإذا كان الإيجاب قد صدر في مجلس العقد ولم تحدد له مدة معينة، فيجب أن يصدر القبول قبل انقضاء مجلس العقد.

ثالثاً: اقتران الإيجاب بالقبول:

لكي ينعقد العقد يجب أن يتطابق الإيجاب والقبول، أي أن يعلم كل من العاقدين بالإيجاب والقبول، سواء تمّ هذا التعاقد بين حاضرين أو غائبين.

1- التعاقد بين حاضرين:

التعاقد بين حاضرين هو التعاقد الذي يكون فيه التعبير الذي يصدر من أحد الطرفين يعلم به الآخر في ذات الوقت الذي يصدر فيه، فالتعاقد بين حاضرين يفترض أن يكون الطرفان على اتصال مباشر، بحيث يسمع كل منهما كلام الآخر في الوقت نفسه، وعلى ذلك فلا يشترط الحضور المادي، ومواجهة أحدهما الآخر، بل يعتبر التعاقد بين حاضرين، تمّ مثلاً بطريق الهاتف أو بأي وسيلة أخرى بحيث يكون الاتصال بينهما مباشر لا تفصله فترة من الزمن.

وقد ورد النص عليه في المادة 64 من ق.م.ج بقولها "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول 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 يتمّ، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد".

طبقاً لأحكام هذه المادة فإذا كان التعاقد بين حاضرين حقيقة أو حكماً، كما في التعاقد بطريق الهاتف، فالأصل أن يصدر القبول فوراً بعد الإيجاب مادام الموجب لم يحدد ألا للقبول، فإذا لم يصدر القبول فوراً فإن للموجب أن يرجع في إيجابه، ولكن استثناءً من هذا الأصل أجاز القانون أن يتراخى القبول ما دام المتعاقدان مازالا في مجلس العقد، وما دام الموجب باقياً على إيجابه.

2- التعاقد بين غائبين:

يعتبر العقد قد تم بين غائبين إذا كانت هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به، ومن ذلك أن يتم التعاقد عن طريق المراسلة أو البرقيات أو أية وسيلة مشابهة. مثل هذا التعاقد يؤدي بالضرورة إلى التساؤل عن زمان ومكان إبرامه وقد تعددت النظريات بصدد تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في هذه الصورة من صور التعاقد، وتتمثل هذه النظريات في أربع وهي:

أ- نظرية إعلان القبول:

يذهب بعض الفقه إلى أن العقد الذي يتم بين غائبين ينعقد بمجرد إعلان القبول، والعلة في ذلك أن العقد هو اتحاد إرادتين على إحداث أثر قانوني، ويتم هذا التوافق بين الإرادتين من وقت إعلان القبول فينعقد العقد.

ب- نظرية تصدير القبول:

تتأخر لحظة انعقاد العقد وفق هذه النظرية إلى الوقت الذي يقوم فيه القابل بتصدير قبوله أي بإرساله إلى الموجب بحيث لا يملك أن يسترده، كأن يتم وضعه في صندوق البريد، أو تبليغه إلى رسول ينطلق به إلى الموجب.

ج- نظرية تسلم القبول:

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد لا يتم إلا إذا تسلم الموجب قبول الطرف الآخر، إذ يصبح القبول عندئذ نهائياً لا يجوز الرجوع فيه، وبالتالي فإن العقد ينعقد من وقت تسلم الموجب للقبول، غير أن تسلم القبول لا يؤدي إلى تحقق العلم الحقيقي به في جميع الأحوال، فقد يتسلم الموجب حقيقة أو حكماً دون أن يتسنى له العلم بمضمونه.

ع- نظرية العلم بالقبول:

يرى أنصار هذه النظرية أن انعقاد العقد يتأخر إلى اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول، ففي هذا الوقت يتحقق اقتران القبول بالإيجاب وينعقد العقد.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري، حيث حسم الخلاف النظري السابق بيانه وتناول مسألة التعاقد بين غائبين في المادة 67 ق.م.ج موضحا موقفه على نحو صحيح بشأن زمان ومكان انعقاد العقد في هذه الحالة، حيث نصت المادة المذكورة أعلاه على أنه " يعتبر التعاقد ما بن الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أن نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول.

الفرع الثالث: الصور الخاصة بتطابق الإرادتين

نتناول بعض الصور الخاصة للتراضي، لما قد يعترئها من لبس في تبين حكمها أو لما تختص به من حكم مميز، أو لما تتسم به من أهمية في العمل أهمها التعاقد بطريق المزايدة، التعاقد بالإذعان، الوعد بالتعاقد، النيابة في التعاقد، التعاقد الشخص مع نفسه، وأخيرا التعاقد بالعربون.

أولا: التعاقد عن طريق المزايدة:

تنص المادة 69 ق.م.ج أنه "لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزداد، ويسقط المزداد بمزاد أعلى ولو كان باطلا"، فإذا أقيم مزاد، فلا يعتبر عرض البضاعة في المزداد إيجابا، وإنما الإيجاب هو أن يتقدم شخص بسعر يظهر استعداده لأخذ البضاعة المعروضة به، ولا يتم القبول إلا برسو المزداد على آخر عطاء، وكلما تقدم عطاء يزيد عما سبقه فإنه يسقط ما قبله ولو كان باطلا. ويكون العطاء باطلا، إذا صدر من شخص يقوم لديه مانع قانوني من التعاقد في الصفقة المعروضة في المزداد كالقاضي الذي يتقدم بعطاء في مزاد لشراء شيئا متنازعا عليه إذا كان النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يعمل بها (المادة 402 ق.م.ج).

ثانيا: التعاقد بالإذعان:

يتمتع المتعاقدان، وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، بحرية واسعة في مناقشة شروط العقد وصياغة أحكامه، غير أن هناك نمطا من العقود لا تخول أحد الطرفين العقد في مناقشة شروط العقد، إذ لا يملك هذا الطرف إلا التسليم بالشروط التي وضعها الطرف الآخر دون تعديل، ويطلق على هذه العقود اصطلاح "عقود الإذعان".

وأمثلة عقود الإذعان كثيرة منها عقود الاشتراط في الكهرباء والغاز والمياه وعقود النقل و التأمين، وعقود الاشتراك في الهاتف.

وقد نصت المادة 70 ق.م.ج على أن "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

مع ذلك فإن التقنيات ومنها التقنين المدني الجزائري قررت في بعض نصوصها حماية الطرف المدعن الضعيف في هذه العلاقة ونصت المادة 110 ق.م.ج على جواز تعديل القاضي لهذه الشروط بما يؤدي إلى مصلحة الطرف المدعن، أو يعفيه كلية.

كما أن تفسير عقد الإذعان يكون لمصلحة الطرف المدعن وهذا ما قضت به المادة 112 من ق.م.ج في فقرتها الثانية.

والخلاصة هي أن قبول المدعن صحيح في عقود الإذعان بمجرد تسليمه بالشروط المقررة في العقد على أن يكون له الحق في التظلم منها.

ثالثاً: الوعد بالتعاقد:

يحدث كثيراً في الحياة العملية أن يتفق شخص مع آخر على إبرام عقد معين إذا ما أبدى أحدهما (الموعد) للآخر (الواعد) رغبته في ذلك خلال مدة معينة، مثل هذا الاتفاق يسمى بالوعد بالتعاقد.

فالوعد بالتعاقد هو اتفاق يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل إذا ما أبدى الموعد رغبته في ذلك خلال المدة التي يتفق عليها.

وقد يتخذ الوعد بالتعاقد صورة الوعد الملزم لجانب واحد، كأن يعد مالك شقة مستأجرة بأن يبيعه إياها إذا ما أبدى رغبته في ذلك خلال مدة معينة غير أن الوعد قد يكون ملزماً لجانبين، كأن يعد في المثال المذكور المالك المستأجر بأن يبيعه الشقة إذا ما أبدى رغبته في ذلك خلال مدة معينة، وفي المقابل يعده المستأجر بشراء الشقة إذا أبدى رغبته في ذلك خلال نفس المدة، فيكون الوعد في هذه الحالة وعداً متبادلاً بالبيع والشراء.

وقد نظمت المادة 71 و 72 من ق.م.ج أحكام الوعد بالتعاقد، حيث نصت المادة 71 على شروط الوعد بالتعاقد بقولها "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد

معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

وإذا اشترط القانون إتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

وتضمنت المادة 72 آثار الوعد بالتعاقد بنصها على أن " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

ويقتضي أن نعرض لشروط الوعد بالتعاقد تم لأثاره:

1- شروطه:

ولما كان الواعد يلتزم نهائيا بمجرد الوعد فإنه ينبغي أن ينظر وقت الوعد بالنسبة لأهليته لمباشرة العقد الموعود به وخلق إرادته من عيوب الإرادة، أما بالنسبة للموعود له، فإنه ينظر إلى وقت إبداء رغبته، وهو الوقت الذي صار فيه العقد الموعود به نهائيا، سواء بالنسبة لعيوب الإرادة أو بالنسبة لأهليته في إبرام هذا العقد.

كذلك يجب لكي ينعقد عقد الوعد صحيحا أن يتم الاتفاق بين طرفي الوعد على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، فإذا كان الوعد بالبيع فيجب أن يتضمن تعيين المبيع والتمن الذي يلتزم به الموعود في حالة إظهار رغبته في الشراء.

كما يجب أن يتضمن عقد الوعد تحديد المدة الذي يكون للموعود له أن يبدي رغبته في التعاقد خلالها وإلا سقط الوعد.

أما إذا انصب الوعد بالتعاقد على عقد شكلي فإن انعقاده يتطلب إتباع ذات الشكلية التي يستلزمها القانون في العقد الموعود به.

2- آثار الوعد بالتعاقد:

لتحديد آثار الوعد بالتعاقد، لابد أن نميز بين مرحلتين:

المرحلة الأولى: قبل إبداء الموعود له رغبته في التعاقد:

✓ التزام الواعد بالبقاء على وعده، وعدم قيامه بأي عمل يحول دون استفادة الموعد له من عقد الوعد، فلا يجوز له التصرف خلالها في الشيء محل الوعد، إلى متعاقد آخر غير الموعد له، فإذا تصرف فيه جاز للموعد له مطالبته بالتعويض.

✓ إذا انقضت مدة الوعد دون قبول الموعد له يسقط الوعد بالتعاقد.

✓ تكون الآثار المترتبة على العقد النهائي مؤجلة التنفيذ إلى وقت إبرامه.

المرحلة الثانية: بعد إبداء الموعد له رغبته في التعاقد:

✓ إذا أظهر الموعد له رغبته في إبرام العقد الموعد له خلال مدة الوعد، فإن العقد النهائي يكون مبرما من هذا الوقت دون حاجة إلى رضا جديد، كما يلتزم المتعاقدان بتنفيذ التزاماتهما بموجب العقد النهائي.

✓ إذا نكل الواعد عن إبرام العقد النهائي وكانت الشروط اللازمة لإتمام العقد متوفرة، جاز للموعد له مقاضاته، ويقوم الحكم الصادر في هذا الشأن مقام العقد النهائي طبقا للمادة 72 ق.م.ج.

رابعاً: التعاقد بالعربون:

لم يتعرض القانون المدني الجزائري في السابق لتنظيم أحكام العربون إلى أن جاء القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005. حيث نص في المادة 72 مكرر على أنه "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك، فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر".

العربون هو مبلغ يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت إبرام العقد وقد اختلفت نظرة القوانين إلى دلالة العربون وانقسمت في هذا الشأن إلى اتجاهين اثنين، فالقوانين اللاتينية وخاصة منها القانون الفرنسي وأغلب القوانين العربية ومنها مصر والجزائر اعتبرت العربون دليلاً على جواز العدول عن العقد.

أما القوانين الجرمانية فتتظر إلى أن دفع العربون يدل على أن العقد قد صار باتاً لا يجوز العدول عنه.

فالعربون هو رخصة للعاقدين في العدول عن العقد في خلال مدة محددة، فإذا انقضت هذه المدة دون أن يعدل أحدهما تأكد العقد واعتبر العربون تنفيذاً جزئياً له، أما إذا وقع عدول خلال المدة المتفق عليها يصبح العربون مستحقاً في ذمة من عدل لمجرد عدوله وبغض النظر عن حصول ضرر للطرف الآخر أو عدم حصوله، فإذا عدل من دفع العربون فقده، أما إذا عدل من قبضة وجب عليه رده مضعفاً.

خامساً: النيابة في التعاقد:

الأصل أن يعبر الإنسان عن إرادته أصالة عن نفسه، ومع ذلك فقد يعبر عن إرادته نيابة عن غيره، ويقصد بالنيابة عموماً أن يقوم شخص يسمى النائب بإبرام التصرفات القانونية باسم ولحساب شخص آخر يسمى الأصيل، بمعنى أن يقوم النائب بالتعاقد باسم الأصيل ولحسابه. ويتربط على ذلك أن آثار العقد الذي أبرمه النائب لا تنصرف إليه وإنما تنصرف إلى الأصيل الذي تم التعاقد باسمه ولحسابه، وتلعب النيابة دوراً كبيراً في الحياة العملية، فقد يكون الأصيل غير قادر على القيام بالتصرفات القانونية بنفسه، لصغر سنه أو لجنون أو عته، فيكون من اللازم تعيين نائب عنه يحلّ محله في التعبير عن الإرادة. وأياً كان الأمر فإن دراسة النيابة تقتضي البحث في أنواعها وشروطها وآثارها.

1-أنواع النيابة:

تنقسم النيابة من حيث مصدرها إلى ثلاثة أنواع رئيسية: النيابة الاتفاقية: يمكن أن تنشأ بمقتضى عقد بين الطرفين كما هو الحال في عقد الوكالة. النيابة القانونية: قد تنشأ النيابة بمقتضى نص قانوني كالولاية والوصاية والقوامة على القصر أو المحجور عليهم.

النيابة القضائية: قد تنشأ النيابة بموجب حكم قضائي وللقاضي سلطة تعيين النائب كما هو الحال بالنسبة للقوامة.

2- شروط النيابة:

يشترط في النيابة توافر الشروط التالية:

أ- حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل:

يجب لقيام النيابة أن يعبر النائب عن إرادته هو لا عن إرادة الأصل، وهذا ما يميز النائب عن الرسول، فالرسول يقتصر دوره على نقل إرادة المتعاقد الذي يتعاقد بنفسه، أما في النيابة فتحل إرادة النائب محل إرادة الأصل فتعاقد بإرادته هو لا بإرادة الأصل، وعليه يكون شخص النائب هو محل الاعتبار في تحديد ما إذا كانت الإرادة سليمة أو لحقها عيب من عيوب الإرادة، فإذا شاب إرادة النائب عيب من عيوب الإرادة كان العقد قابلاً للإبطال ولو كانت إرادة الأصيل سليمة. كما يعتد بحسن النية أو سوءها لدى النائب لا لدى الأصيل.

وفي ذلك نصت المادة 73 ق.م.ج "إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب شخص الأصل هو محل الاعتبار عن النظر في عيوب الرضاء، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها أصلاً..."

ويستثنى من القاعدة السابقة، أي وجوب النظر إلى الشخص النائب لا شخص الأصيل، الحالة التي يتصرف فيها النائب وفقاً لتعليمات الأصيل، ففي هذه الحالة يعتد بإرادة الأصيل لا لإرادة النائب، وهذا ما تقرره المادة 2/73 ق.م.ج بنصها على أنه "غير أنه إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صادرة من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يحكمها هو، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها".

أما من جانب الأهلية اللازمة لإبرام العقد، يشترط في النيابة الاتفاقية توافر الأهلية الكاملة في الأصيل وليس في النائب أما في النيابة القانونية والقضائية، فيشترط في النائب الأهلية الكاملة لا في الأصيل.

ب- أن يلتزم النائب حدود النيابة:

يجب على النائب أن يتعاقد في الحدود التي رسمها له الأصيل ووفقاً للشروط المحددة لذلك، وإذا تجاوز حدود هذه النيابة فقد صفة ولا ينتج العقد آثاره بالنسبة للأصيل طبقاً لنص المادة 74 من ق.م.ج التي تنص على أنه "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإنّ ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق، والتزامات يضاف إلى الأصيل".

وقد أتى القانون باستثناء لهذا الشرط في حالة ما إذا كانت نيابة النائب قد انقضت دون علمه ودون علم من تعاقد معه ومع ذلك أبرم النائب عقدا باسم الأصيل، ونظرا لحسن نية النائب، وحسن نية من تعاقد معه، فإن آثار العقد في هذه الحالة تنصرف إلى الأصيل طبقا للمادة 76 ق.م.ج التي تنص "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه"، وكذلك الحال فيما لو عزل الموكل الوكيل دون أن يعلم فتعاقد مع الغير، تنصرف كذلك آثار العقد إلى الأصيل، وكذلك في حالة موت الموكل دون علم الوكيل، فإن آثار العقد تنصرف إلى خلف الموكل.

ومن الحالات الأخرى فيما لو تعذر عليه إخطار الوكيل الموكل مسبقا عن تجاوزه حدود الوكالة ودلت الظروف على أن الموكل ما كان إلا ليجيز هذا التجاوز لو أخطر به ولكن لا بد من إعلامه بذلك لاحقا.

ج- أن يتعاقد النائب باسم ولحساب الأصيل:

يجب على النائب أن يتعاقد باسم الأصيل ولحسابه وذلك لتنصرف آثار العقد إلى هذا الأخير ولأنه وفقا للمادة 75 من ق.م.ج أن يعلم المتعاقد معه أنه يتعاقد مع النائب الذي يتصرف باسم الأصيل وهذا العلم قد يكون بتصريح من النائب أو قد يستفاد من ظروف الحال، كما هو الحال في الشراء في المحلات التجارية، فصاحب المحل يستوي لديه أن يتعامل مع الأصيل أو النائب، ولذلك آثار البيع تضاف مباشرة إلى الأصيل، حتى ولو كان صاحب المحل يجهل النيابة.

3- آثار التعاقد بالنيابة

- العلاقة بين النائب والغير: هذه العلاقة تنتهي بمجرد إبرام العقد، ولا تترتب أي التزامات أو حقوق بينهما.
- العلاقة بين النائب والأصيل: فيحدها إما العقد إذا كانت وكالة اتفاقية وإما القانون إذا كانت النيابة قانونية.

▪ العلاقة بين الأصيل ومن تعاقد معه النائب، فبمجرد إتمام العقد تقوم علاقة مباشرة بين الأصيل ومن تعاقد معه.

سادسا: تعاقد الشخص مع نفسه:

يتحقق تعاقد النائب مع نفسه بإحدى صورتين، فقد يكون نائبا عن غيره وأصيلا عن نفسه، وذلك كأن يشتري لنفسه المال الذي وكل في بيعه، وقد يكون نائبا عن شخصين في آن واحد، وكأن يبيع مال أحدهما للآخر، فيكون وكيلا عن البائع في البيع، ووكيلا عن المشتري في الشراء.

وقد حرمت بعض القوانين تعاقد الشخص مع نفسه، كالقانون الألماني، والإيطالي أجازته بعضها مع بعض القيود، كالقانون الفرنسي والسويسري.

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد تناول مسألة تعاقد النائب مع نفسه، عند تنظيمه لأحكام النيابة وذلك في نص المادة 77 ق.م.ج بقولها: "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أن يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة".

واضح من هذا النص أن المشرع قد منع على النائب أن يتعاقد مع نفسه في صورته. كأصل عام وقد أورد بعض الحالات التي أجاز فيها التعاقد مع النفس وهي:

- إذا وجد في القانون نص يجيز ذلك، كما في حالة الولاية على المال حيث يمكن للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر، سواء كان لحسابه هو أم لحساب شخص آخر.
- إذا رخص الأصيل أو من يقوم مقامه في ذلك.
- إذا قضت التجارة بغير ذلك، كما هو الحال بالنسبة للوكيل بالعمولة.

المطلب الثاني: صحة التراضي

لا يكفي لتوافر الرضا مجرد اتحاد القبول بالإيجاب وإنما يشترط في هذا الرضا أن يكون صحيحا، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كانت كل من الإرادتين قد صدرت ممن هو أهل للتعاقد وأن تكون إرادته خالية من العيوب.

الفرع الأول: الأهلية

الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية.

وتنقسم الأهلية إلى أهلية الوجوب وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وتثبت هذه الأهلية لكل إنسان يولد حيا، حتى الجنين الذي تكون له أهلية وجوب ناقصة يكتسب الحقوق ولا يتحمل الالتزامات، وأهلية أداء وهي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا أو أن تحمله التزامات على وجه يعتد به قانونا.

والتمييز بدوره يرتبط بالسن من جهة وبما يمكن أن يعترضه من جهة أخرى.

أولا : السن:

مناط أهلية الأداء هي التمييز لذلك فهي تتأثر بالسن، وكل إنسان لا بد وأن يمر من ولادته إلى وفاته بأربع مراحل تدرج خلالها أهليته وهي:

1/ مرحلة الجنين:

فهو أهلية وجوب ناقصة، ولكن ليس له أهلية أداء.

2/مرحل الصبي غير المميز:

سن التمييز، هي 13 سنة كاملة، فكل من لم يبلغها يعتبر عديم التمييز، ومن ثم يكون عديم الأهلية، وتكون جميع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا، سواء كانت نافعة له نفعاً محضاً أو ضارة به ضرراً محضاً أو دائرة بين النفع والضرر، وهذا ما نصت عليه المادة 42 ق.م.ج "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

كما نصت على ذلك المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري بقولها "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

ويتولى إبرام التصرفات القانونية نائبه القانوني وهو الولي أو الوصي وقد نصت على ذلك المادة 81 من ق.أ.ج بقولها "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون".

3- مرحلة الصبي المميز:

وهو من أتم سن الثالثة عشر من عمره حتى يبلغ سن الرشد وهي تسعة عشر سنة (المادة 40 ق.م.ج) وفيها يكون الصغير المميز ناقص الأهلية، أي تثبت له أهلية أداء ناقصة، أما التصرفات القانونية التي يمكن أن يباشرها الصغير المميز فهي نافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية، إذ تكون هذه التصرفات صحيحة ونافذة.

أما التصرفات الضارة به ضرراً محضاً كالهبة، فإنها تكون باطلة بطلاناً مطلقاً. أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، كالبيع والإيجار، فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحة الصبي المميز.

ويزول حقه التمسك بالإبطال إذا صدرت الإجازة من وليه أو من الوصي قبل بلوغ الصبي سن الرشد طبقاً للمادة 83 ق.م.ج أو إذا أجازها القاصر بعد بلوغه سن الرشد طبقاً للمادة 101 من ق.م.ج.

4- مرحلة البالغ الرشيد:

إذا بلغ الشخص التاسعة عشر كاملة أصبح كامل الأهلية، ويستطيع عندئذ أن يباشر جميع أنواع التصرفات القانونية، سواء كانت نافعة له أو ضارة به ضرراً محضاً أو دائرة بين النفع والضرر. ولا بد من الإشارة إلى أن اكتمال الأهلية يقتضي أن يكون الإنسان قد بلغ سنة 19 سنة دون أن يعتريه عارض من عوارض الأهلية التي يكون من شأنها أن تعدم التمييز أو تنقص منه.

ثانياً: عوارض الأهلية:

عوارض الأهلية أربعة هي: الجنون والعتة، السفه والغفلة.

الجنون:

هو مرض يصيب العقل فيجعل الشخص فاقدا للتمييز وبالتالي فاقدا للأهلية.

العتة:

هو مرض عقلي يضعف القوى العقلية للشخص فيجعله يتصرف بخلاف ما يقتضيه العقل، ويعد في حكم عديم التمييز.

الشفه:

الشفه هو الذي يبذر أمواله فيما لا مصلحة له فيه وعلى غير مقتضى العقل والشرع، ويعد في حكم الصبي المميز (ناقص الأهلية).

الغفلة:

هي نقض في الملكات النفسية يحمل الشخص على سوء التقدير، فيقوم بالتصرفات دون أن يهتدي إلى الربح منها أو الخاسر، فيغبن في تصرفاته غبنا فاحشا، ويعد الغافل في حكم الصبي المميز (ناقص الأهلية).

ثالثا: موانع الأهلية:

على الرغم من اكتمال الشخص لأهليته إلا أنه قد يوجد في ظروف تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية، وهذه الموانع هي الغيبة، الحكم بعقوبة جنائية، شهر الإفلاس، وكذلك اجتماع عاهتين في الشخص.

الغيبة:

الغائب هو الشخص الذي غادر مكان إقامته، وليس له موطن معلوم، فإذا صدر حكم بفقده أخذ حكم المفقود وفقا لما نصت عليه المادة 110 ق.أ.ج ولا يصدر الحكم إلا بعد مرور سنة من الغياب، فإذا لم يكن له وكيل عينت المحكمة قيما لتسيير أمواله.

الحكم بعقوبة جنائية:

إذا حكم على شخص بعقوبة سالبة للحرية يعين القاضي للمحكوم عليه قيما ليتولى إدارة أمواله.

الحكم بشهر الإفلاس:

إن الحكم بشهر الإفلاس الناتج عن توقف التاجر عن دفع ديونه وعدم قدرته على ذلك يؤدي إلى التعيين الإجباري لوكيل التفلسة، يتولى هذا الأخير إدارة أموال المفلس.

اجتماع عاهتين:

قد يصاب الشخص بعاهتين من العاهات التالية (الصم، البكم، والعمى) مما يتعذر معه التعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً، حيث يجوز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي يقوم بها تحقيقاً لمصلحته طبقاً للمادة 80 من ق.م.ج ، ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة.

الفرع الثاني: عيوب الرضاء، أو عيوب الإرادة

لا تكون التصرفات التي يجربها الشخص صحيحة إلا إذا كانت إرادته خالية من عيوب الرضاء، وهذه العيوب هي، الغلط، التندليس، الإكراه، والاستغلال، هذه العيوب تؤثر في إرادة الإنسان، فتجعل من تصرفاته قابلة للإبطال لمصلحة من شاب العيب رضاه.

أولاً: الغلط:

يعرف الفقه الغلط بصفة عامة بأنه وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على خلاف الواقع، فالغلط حالة تقوم بنفس المتعاقد تصور له الأمر على غير حقيقته، وذلك بتصوير واقعة على أنها غير صحيحة بينما هي صحيحة.

1- أنواع الغلط: نميز بين ثلاث أنواع من الغلط

أ- الغلط المانع:

هذا الغلط لا يعيب الإرادة فقط وإنما يؤدي إلى انعدامها، وبالتالي لا ينعقد العقد لتخلف ركن التراضي، هذا الغلط قد ينصب على ماهية العقد، أو على ذاتية المحل الذي يرد عليه التعاقد ، وقد يرد على وجود السبب.

ب- الغلط عبر المؤثر:

هو الغلط الذي لا يمنع من وجود التراضي وتلاقي الإرادتين وذلك لكونه غير مؤثر في إرادة من وقع فيه، وهذا هو حال الغلط المادي، كالغلط في الحساب أو الغلط في الكتابة وهذا هو ما يعرف بغلطات العلم.

فإنه لا يؤثر في صحة العقد، ويكتفي باستدراكه وتصحيحه، وقد نصت على ذلك المادة 84 ق.م.ج بقولها " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات العلم، ولكن يجب تصحيح الغلط".

ج- الغلط المؤثر:

يكون الغلط مؤثرا إذا كان من شأنه أن يدفع الشخص الذي وقع فيه إلى إبرام العقد، بحيث يمكن القول بأن ذلك الشخص ما كان ليقدم على التعاقد لو لم يقع في الغلط، ويلاحظ أن هذا الغلط هو الذي يفسد الرضا ويعيب الإرادة طبقا لنص المادة 81 من ق.م.ج بقولها يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله".

2- شروط التمسك بالغلط:

يتضح من نص المادتين 81 و 82 من ق.م.ج أنه يلزم لإبطال العقد بسبب الغلط توافر

الشروط التالية:

الشرط الأول:

أن يكون الغلط جوهريا: أي أن يبلغ الغلط درجة من الجسامة والخطورة بحيث يمتنع معها على المتعاقد إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، والمعيار الذي تقدر به هذه الجسامة هو معيار شخصي يرتكز على رغبة ونفسية المتعاقد الواقع في الغلط الذي دفعته إلى التعاقد، وهذا طبقا لنص المادة 1/82 ق.م.ج.

ويعتبر الغلط جوهريا حسب نص المادة 82 ق.م.ج إذا وقع في :

✓ صفة جوهرية في الشيء محل العقد: وكانت هذه الصفة هي التي دفعت بالمتعاقد إلى إبرام العقد، وتحدد هذه الصفة الجوهرية بالنظر لاعتبار المتعاقدين وفقا لشروط العقد وما يقتضيه التعامل بحسن النية.

✓ شخصية المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت شخصية المتعاقد أو صفته هي الدافع الرئيسي للتعاقد.

الشرط الثاني:

أن يكون الغلط دافعا للتعاقد، أي أن يكون الغلط هو السبب الرئيسي الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد.

الشرط الثالث:

ألا يتمسك المتعاقد الواقع في الغلط على وجه يتعارض مع حسن النية، بحيث يلزم بالعقد إذا أظهر المتعاقد الآخر استعداده لتنفيذ العقد وتصحيح الغلط، وهذا استنادا لنص المادة 85 ق.م.ج.

3- الغلط في القانون:

تنص المادة 83 من ق.م.ج على أنه "يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82، مالم يقض القانون بغير ذلك" ويقصد بالغلط في القانون قيام تصور مخالف لحقيقة قاعدة من قواعد القانون، بحيث لو علم المتعاقد بحقيقتها لما أبرم العقد، ومثاله من يبيع حصة في شركة معتمدا أنها الربع ويتضح أن القانون يفرض له النصف.

فالغلط في القانون يجعل العقد قابلا للإبطال كالغلط في الواقع بشرط أن يكون غلطا جوهريا، أي بلغ حدا من الجسامه بحيث لولاه ما أبرم المتعاقد العقد.

غير أن هناك قاعدة تقول: لا عذر بجهل القانون، فكيف يقبل الجهل بالقانون ويعتبر غلطا يؤدي إلى إبطال العقد؟

هذه القاعدة لا يعمل بها إلا في القوانين المتعلقة بالنظام العام، مثل القوانين الجبائية، ومثل القواعد الآمرة الناهية في القانون المدني.

أما فيما عدا ذلك، فالعذر مقبول، والجهل بما يعتبر غلطا مؤديا لقابلية العقد للإبطال.

ثانيا: التدليس:

تنص المادة 86 من ق.م.ج على العيب الثاني في الإرادة وهو التدليس بقولها "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

التدليس هو استعمال شخص طرقاً احتيالية بقصد إيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، أو هو الالتجاء إلى الحيلة بقصد إيهام المتعاقد بغير الحقيقة والتأثير على رضائه لحمله على التعاقد، فالتدليس على هذا النحو هو غلط يقع فيه المتعاقد نتيجة الحيل التي لجأ إليها المتعاقد الآخر، فهو إذن ليس غلطاً تلقائياً، يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، وإنما غلط مدبر يقع فيه المتعاقد بفعل المتعاقد الآخر، ونتيجة لما لجأ إليه الآخر من وسائل وطرق احتيالية.

1- عناصر التدليس:

للتدليس عنصران: عنصر مادي وعنصر معنوي

أ- العنصر المادي:

هو الحيل التي يلجأ إليها المدلس لإخفاء الحقيقة، بحيث يكون هذا كافياً لتظليل المتعاقد المدلس عله ولحملة على التعاقد والحيل وسائل أو مظاهر خداعة، مثل تقديم وثائق مزورة، انتحال شخصية أو وظيفة ما، أو تغيير عداد سيارة مستعملة قبل بيعها.

وليس من الضروري أن تبلغ الحيل في التدليس ما يشترطه القانون الجنائي في النصب من أن تكون الحيل مادية، وأن تأخذ مظهر خارجياً، بل يكفي أن تكون الحيل شأنها أن تحمل المدلس عليه على التعاقد ولو كانت كذبا، وإذا كان الأصل أن الكذب ليس تدليسا إذا كان من السهل اكتشافه، كمن يروج لبضاعته بالمبالغة في مدحها، ولكن صعوبة اكتشافه تجعله تدليسا.

وكذلك الحال في مجرد الكتمان أو السكوت التي يعتبر فيها تدليسا إذا التزم المتعاقد الصمت على واقعة جوهرية في العقد، مثال ذلك بيع شخص منزلا لآخر ويكتتم أنه قد صدر قرار بنزع ملكية هذا المنزل للمنفعة العامة.

ب- العنصر المعنوي:

يتمثل هذا العنصر في أنه يكون لدى من استعمل الطرق الاحتمالية نية تضليل المتعاقد الآخر، ومؤدى ذلك أن مجرد الإهمال وعدم الدقة فيما يقدم من معلومات للطرف الآخر لا يؤدي إلى قام التدليس، وذلك لانعدام نية التضليل، ولو ترتب على ذلك إيقاع المتعاقد الآخر في غلط يعيب رضاه.

2- التدليس الواقع من غير المتعاقدين

تنص المادة 87 ق.م.ج على أنه "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس".

يشترط طبقاً للمادة المذكورة سابقاً، لاعتداد بالتدليس أن يصدر من المتعاقد الآخر أو من نائب عنه، أما إذا صدر من الغير فإنه لا يؤدي إلى إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر يعلم به أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به، أم إذا كان المتعاقد لا يعلم بالتدليس الصادر من الغير ولم يكن باستطاعته أن يعلم به، فليس للمتعاقد ضحية التدليس طلب إبطال العقد، فيظل العقد صحيحاً رغم التدليس، وذلك حتى لا يفاجأ المتعاقد معه، وهو حسن النية، ولكن يجوز للمتعاقد المدلس عليه في هذه الحالة الرجوع على الغير بالتعويض.

3- آثار التدليس:

متى توافرت شروط التدليس يحق للمتعاقد المدلس عليه طلب إبطال العقد والتعويض لجزر الضرر الذي لحقه جراء ذلك.

ويقع عبء إثبات التدليس على عاتق المتعاقد المدلس عليه، ويكون له ذلك بكافة طرق الإثبات.

ولاشك أن إثبات التدليس أيسر من إثبات الغلط، فإثبات التدليس لا يتوجه مباشرة إلى إثبات الغلط الذي وقع فيه المتعاقد وهو حالة نفسية خالصة وإنما إلى ما قام بتصرفات أدت إلى ذلك، وهي بصفة عامة وقائع مادية يسهل إثباتها.

إلى جانب طلب الإبطال يجوز للمتعاقد المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الوسائل الاحتمالية، ويكون طلب التعويض طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

ثالثاً: الإكراه

الإكراه عيب ثالث في الإرادة يجعل المتعاقد يبرم العقد تحت سلطان خوف حال، أو هو إجبار شخص على إبرام عقد ما دون رضاه، بمعنى أنه الإكراه الذي يعد عيباً من عيوب الإرادة هو الإكراه المعنوي وليس الإكراه المادي، ذلك أن هذا الأخير من شأنه أن يعدم الإرادة بحيث لا ينشأ العقد أساساً ومثاله أن يمسك المكره بإبهام المتعاقد ويضع بصمته على العقد، أما الإكراه المعنوي فإنه لا يعدم الرضا إنما يعتبر عيباً من عيوب الإرادة إذا ما قرر إبرام العقد تحت التهديد والخوف، وتنص المادة 88 من ق.م.ج على أنه "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو، أو أحد أقاربه في النفس، أو الجسم أو الشرف، أو المال. ويراعي في تقديره الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية والصحية، وجميع الظروف الأخرى، التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه".

1- عناصر الإكراه:

من خلال النص المذكور يتبين أن الإكراه يتطلب عنصرين أساسيين الأول عنصر مادي والآخر معنوي.

أ-العنصر المادي:

وهو استعمال وسائل ضاغطة على حرية الإرادة، سواء كانت وسائل مادية كالضرب والعنف، أو وسائل نفسية كالتهديد بالأذى، وهو الذي يعنيه النص حين يتكلم عن الرهبة : "البينة التي تصور للمكره أنه خطراً جسيماً وشيك الوقوع يهدده هو شخصياً أو يهدد أحد أقاربه سواء بإلحاق أذى مادي بجسمه أو بإلحاق ألم بنفسه، أو بما يمس شرفه أو بما يصيب ماله بخسارة ويستوي أن يكون التهديد بإلحاق الأذى حالاً أو في المستقبل، ما دام التهديد يخيف المكره ويجعله يبرم العقد تحت سلطان هذا الخوف.

ب- العنصر الشخصي:

وهو أن يكون من شأن التهديد أن يبعث رهبة وخوف في نفس المتعاقد، ويراعي في تقدير هذا العنصر الذاتي جنس من وقع عليه التهديد، فمن وسائل التهديد بالخطر ما يؤثر على المرأة ولا يؤثر على الرجل، كما تراعي سن من وقع عليه الإكراه، فمن الوسائل ما يؤثر على شيخ مسن ولا يؤثر على شاب فتي، كما تراعي حالة المتعاقد الاجتماعية. فمن وسائل ما يؤثر على الأمي الجاهل ولا يؤثر على المتعلم، كما تراعي حالة المكره الصحية، فمن الوسائل ما يؤثر على إرادة المريض، دون أن يؤثر على إرادة السليم المعافي، كذلك الاعتداء بالظروف والملابس التي أحاطت بأعمال الإكراه كزمان التهديد ومكانه.

2- الإكراه الصادر من غير المتعاقدين:

يشترط لكي يتحقق الإكراه أن يصدر من المتعاقد الآخر ونائبة، أما إذا صدر من الغير فلا يؤدي إلى إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر على علم به أو كان من المفروض حتما أنه يعلم بذلك الإكراه.

فإذا لم يكن المتعاقد الآخر على أي علم بالإكراه للطرف المكره إبطال العقد ولكن له أن يرجع على من ارتكب الإكراه بالتعويض إذا توفرت شروط المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية.

3- آثار الإكراه:

يترتب على الإكراه قابلية العقد للإبطال لمصلحة المتعاقد الذي وقع الإكراه عليه وعلاوة على ذلك فله الحق في التعويض عن الضرر الذي أصابه ممن صدر عن الإكراه لأنه عمل غير مشروع.

رابعا: الاستغلال

تنص المادة 30 من ق.م.ج على الاستغلال بقولها: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

يتضح من نص المادة أن العيب الرابع في الرضاء هو الاستغلال، ويقصد به استفادة أحد المتعاقدين من حالة الضعف التي يوجد بها المتعاقد معه استفادة تؤدي إلى عدم التعادل الفادح بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذ، ويتضح من ذلك أنه في الاستغلال لا يقتصر الأمر على النظر إلى المضمون المادي للالتزامات المتعاقدين وعدم التعادل بينها، وإنما ينظر إلى الحالة لفسية للمتعاقدين، والمتمثلة في حالة الضعف التي وجد بها المتعاقد المغبون، والتي يقابلها من ناحية المتعاقد معه استغلال لهذه الحالة المؤدية إلى النتيجة المتمثلة في الغبن، أي عدم التعادل الفادح بين التزامات الطرفين.

والقاعدة أن الاستغلال عيب في الإرادة أما الغبن فهو عيب في العقد، ولكن الغبن الذي يعيب العقد يقتصر على حالات خاصة قررها المشرع.

وفي غير هذه الحالات لا يجوز الطعن بسبب الغبن لأن من شأن أن يؤدي إلى اضطراب المعاملات وعدم استقرارها وهو أمر يتنافى والمصلحة العامة.

وإذا كان المشرع لم يأخذ بالغبين كعيب في العقد إلا على سبيل الاستثناء، فإنه جعل من الاستغلال، كعيب في الإرادة متى توافرت عناصره.

1- عناصر الاستغلال:

أ-العنصر المادي:

يتحقق هذا العنصر إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة، مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة، بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وهذا معناه أن يكون الاختلال في التعاقد اختلال فادحا أو فاحشا، أي شادا عن العادة المألوفة.

ولم يحدد المشرع نسبة معينة لما يعتبر غبن فادحا، فلقاضي الموضوع التقدير دون أن يخضع لرقابة المحكمة العليا وتقديره يكون وفقا لظروف الحال وما تعارف عليه الناس.

ب-العنصر النفسي:

يتحقق العنصر النفسي إذا استغل أحد الطرفين الطيش البين أو الهوى الجامح لدى الطرف الآخر حتى يحصل على عدم التوازن في قيمة الالتزامات. والطيش البين يتمثل في شخص ورث مالا كثيرا وأخذ ينفذ منه بسفه فيستغله أحدهم ويبيعه شيئا بأضعاف ثمنه، أو يشتري منه شيئا بأقل من ثمنه. أما الهوى الجامح يقصد به رغبة شديدة تقوم في نفس المتعاقد تجعله يفقد سلامة الحكم على أعمال معينة ويكون جامحا حتى لا يكون في الإمكان مقاومته بحيث يؤثر على إرادة المغبون فيعيبها.

مثل إدمان الخمر أو لعب القمار، ويشترط أن يكون هذا الطيش أو هذا الهوى هو الذي دفع الطرف المغبون إلى التعاقد، وهي مسألة واقع تخضع لتقدير القضاء، ويقع عبء إثبات الطيش أو الهوى على عاتق الطرف المغبون.

2- آثار الاستغلال:

لم يرتب على الاستغلال قابلية العقد للإبطال في كل الأحوال، بل أجاز إبقاء العقد مع إنقاص التزامات الطرف المغبون حتى تتعادل ولو لم يكن تعادلا تاما مع التزامات الطرف المستغل، ولا يجوز للقاضي أن يتفادى أثر الاستغلال عن طريق زيادة التزامات الطرف الذي يحصل الغبن لصالحه إذ يقتصر النص على إنقاص التزامات الطرف المغبون.

وإذا طلب الطرف المغبون إبطال العقد، فللقاضي أن ينقص التزاماته فقط لا يقضي بالإبطال، أما إذا طلب الطرف المغبون إنقاص التزاماته فليس للقاضي أن يحكم بالإبطال، إذ يكون قد حكم بأكثر مما طلب الخصوم.

ومن ناحية أخرى يجوز للطرف الذي استفاد من الغبن أن يتوقى إبطال العقد بعرض ما يراه القاضي كافيا برفع الغبن، طبقا لنص المادة 90 ف 3 ق.م.ج ويجب على المتعاقد المغبون في جميع الأحوال أن يرفع دعواه خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة. وهذه المدة هي مدة سقوط، لا مدة تقادم، لا يرد عليها وقف ولا انقطاع.

المطلب الثاني: المحل L'objet

تناول المشرع الجزائري المحل l'objet في المواد 92 إلى 95 ن.ق.م.ج وإذا كان المشرع قد تعرض للمحل ضمن أركان العقد، فالملاحظ أنه قد استخدم مصطلح محل الالتزام، مما أدى إلى اللبس والغموض بشأن المحل المقصود في المواد المشار إليها، وقد دفع ذلك بالفقه إلى التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام.

فمحل العقد l'objet du contrat هو العملية القانونية التي يهدف المتعاقدان إلى تحقيقها من وراء العقد، كالبيع مثلا، حيث يكون محل العقد في هذه الحالة هو هذه العملية القانونية التي تسمى بالبيع، هذه العملية القانونية المقصودة من قبل المتعاقدين لا يتم إنجازها إلا من خلال الالتزامات التي ينشئها العقد، أما محل الالتزام l'objet de l'obligation فهو الأداء الذي ينشأ في ذمة المدين.

وأيا كان الأمر فإن محل العقد يتمثل في الشيء الذي التزم به المدين، أي المعقود عليه الذي يمكن أن يكون عملا أو امتناعا عن العمل أو التزاما بإعطاء. ويشترط في المحل عموما توافر شروط ثلاثة هي :

الفرع الأول: وجود المحل

يمكن أن يكون محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل، كما يمكن أن يكون التزاما بإعطاء، فإذا كان المحل عملا أو امتناعا عن عمل فإن مظهر وجوده هو إمكان القيام به، أما إذا كان المحل هو إعطاء شيء، فإن يشترط في الشيء أن يكون موجودا أو قابل للوجود في المستقبل، عليه فإن دراسة وجود المحل تقتضي منا أن نبحث أولا في المحل الممكن ثم نتقل بعد ذلك إلى بحث المحل الموجود.

أولا: أن يكون المحل ممكنا

تنص المادة 93 من ن.ق.م.ج على هذا الشرط بقولها "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"، ويقصد بالاستحالة التي تحول دون نشأة الالتزام وبالتالي العقد الاستحالة المطلقة وهي عدم استطاعة الناس كافة القيام بمحل الالتزام، وليس فقط بالنسبة للمدين بالذات، والاستحالة نوعان، مطلقة ونسبية.

أ- الاستحالة المطلقة:

يقصد بها أنها لا تقوم بالنسبة إلى المدين وحده، وإنما تقوم بالنسبة للناس كافة، وهذا هو المعنى الذي قصده المشرع الجزائري في المادة 93 ق.م.ج.

والاستحالة المطلقة التي تؤدي إلى جعل العقد باطلا قد تكون طبيعية أو قانونية، ويراد بالاستحالة الطبيعية تلك التي ترجع إلى طبيعة الأشياء كأن يتعهد الطبيب بإعادة الحياة إلى شخص ميت، أما الاستحالة القانونية فإنها ترجع إلى سبب في القانون، كأن يتعهد المحامي مثلا باستئناف حكم بعد مضي المدة المحددة له:

والاستحالة المطلقة التي تحول دون قيام الالتزام، وتجعل العقد باطلا هي التي تتوافر وقت انعقاد العقد، فإذا تحققت الاستحالة بعد انعقاد العقد فإنها لا تمنع قيام الالتزام و انعقاد العقد، ويكون الأمر حينئذ متعلقا باستحالة التنفيذ ويترتب على ذلك انقضاء الالتزام إذا لم يكن للمدين يد فيها، فيفسخ العقد من تلقاء نفسه، أما إذا كان للمدين يد فيه فإن الالتزام لا ينقضي ويجب عليه تعويض الدائن.

ب الاستحالة النسبية:

يقصد بالاستحالة النسبية أن يكون محل الالتزام غير ممكن التنفيذ بالنسبة للمدين وليس بالنسبة للناس كافة مثال ذلك أن يتعهد شخص بالقيام بعمل في دون أن تتوافر فيه المؤهلات اللازمة لذلك فيصبح مستحيلا عليه تنفيذه، بيد أن هذا العمل لا يكون مستحيلا على أصحاب الفن الذين يستطيعون القيام به بكل سهولة. ويلاحظ أن الاستحالة النسبية لا تمنع من انعقاد العقد حيث ينعقد العقد صحيحا، ولكن المدين، وبالنظر لعدم تمكنه من تنفيذ التزامه، يكون ملزما بتعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه.

ثانيا: أن يكون المحل موجودا:

لا بد أن نفرق بين فرضين اثنين أولهما أن ينصرف قصد المتعاقدين إلى التعامل على شيء موجود في الحال، ثانيهما أن ينصرف قصدهما إلى التعامل في شيء إن لم يكن موجودا في الحال فإنه ممكن الوجود في المستقبل.

أ-المحل موجود وقت إبرام العقد:

إذا انصرف قصد المتعاقدين إلى التعامل في شيء موجود وقت إبرام العقد فإنه يشترط أن يكون هذا الشيء موجود عند التعاقد، فإن لم يكن موجودا في هذا الوقت فإن العقد يكون باطلا، حتى ولو كان وجود الشيء في المستقبل أمرا محتملا. وبالتالي إذا باع المزارع محصول أرضه على أنه موجود بالفعل وتبين بعد ذلك أن لا وجود له، فإن البيع يكون باطلا.

ب* الملحق الممكن الوجود في المستقبل:

قد يتجه قصد المتعاقدين إلى التعامل في شيء ممكن الوجود في المستقبل، ويكون العقد هنا صحيحا، إذ ليس هناك ما يحول دون أن يكون الملحق معدوما وقت التعاقد طالما أن وجوده في المستقبل أمرا ممكنا، ويؤكد القانون المدني الجزائري هذا الحكم صراحة حيث تنص المادة 1/92 منه على أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا.."

ويترتب على ذلك أنه إذا باع المزارع محاصيل أرضه قبل زراعتها فإن هذا البيع يكون صحيحا منتجا لآثاره القانونية وإذا تعاقد شخص مع أحد مصانع الإسمنت على شراء كمية معينة منه فإن العقد يكون صحيحا حتى ولو لم يكن الإسمنت موجودا وقت إبرام العقد ما دام سيوجد بعد ذلك.

*التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة:

إذا كان الأصل هو إباحة التعامل في الأشياء المستقبلية، فإن القانون المدني الجزائري، شأنه شأن القوانين المقارنة الأخرى، قد أورد على هذا الأصل استثناءا قرر بمقتضاه تحريم التعامل في التركة المستقبلية إذ تنص المادة 2/92 على أنه "غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون"، ويلاحظ على هذه المادة أنها مقتبسة من المادة 2/1130 من التشريع الفرنسي الذي ورثه بدوره عن القانون الروماني.

وأيا كان الأمر فإن المنع الذي تقرره هذه المادة يشمل جميع أنواع التصرفات سواء نصت على التركة كلها أو على جزء منها، وسواء صدر التصرف من المورث نفسه، أو من وارث محتمل، فلا يجوز للمورث مثلا أن يتصرف حال حياته في تركته المستقبلية، بأن يبيع جميع تركته، كما لا يجوز له أن يتفقد مع إرث محتمل على إعطائه نصيبا من التركة أكبر أو أقل من نصيبه

الشرعي، ولا يجوز له أيضا أن يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيبا من التركة بأخذه بعد موته، فالمورث لا يستطيع أن يفعل هذا إلا عن طريق الوصية.

الفرع الثاني: تعيين المحل

يشترط في المحل أن يكون معنيا أو قابلا للتعيين، وذلك بأن يتضمن العقد الأسس التي يمكن من خلالها القيام بهذا التعيين، وإلا كان العقد باطلا.

هذا وإذا كان محل الالتزام إنشاء عقد عيني على شيء أو نقله، فتعيين هذا المحل يقتضي التفرقة بين ما إذا كان الشيء معينا بالذات *corps certain* أم معينا بالنوع *choses de genre*. فالشيء المعين بالذات يجب تحديد ذاتيته تحديدا نافيا للجهالة عن طريق وصفه بما يميزه عن غيره، فبيع منزل مثلا يقتضي تعيين موقعه وذكر أوصافه الأساسية، وبيع أرض يقتضي تحديد موقعها ومساحتها وحدودها.

أما إذا كان محل الالتزام شيئا مثليا، فيجب أن يعين بجنسه، نوعه ومقداره، كما إذا باع شخص قنطارا من القمح الاسترالي، فالقمح هو الجنس، والاسترالي هو النوع، والمقدار هو القنطار، وقد نصت المادة 94 ق.م.ج على أنه: "إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معنيا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا.

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

وبالرجوع إلى أحكام هذه المادة يكفي أن يكون المحل معنيا بنوعه فقط طالما تضمن العقد من الأسس ما يمكن تعيين المقدار فيما بعد على ضوءها، كذلك قد لا تحدد درجة الجودة ففي مثل هذه الأحوال يترك الأمر للعرف وإذا تعذر استخلاص ذلك من العرف أو ظروف التعاقد يجب تقديم صنف متوسط الجودة أي لا هو جيد جدا ولا هو رديء جدا.

أما إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لتغيير قيمتها في الفترة ما بين نشوء الالتزام والوفاء به أي تأثير، ومفاد هذه القاعدة أن المدين

بمبلغ معين من النقود يكون ملزما برد المبلغ بغض النظر عن قيمة النقود الحقيقية وقت ردها وهذا ما يعرف بمبدأ القيمة الاسمية le principe monétaire.

الفرع الثالث: أن يكون المحل مشروعاً

لا يقوم الالتزام إلا إذا كان محله مشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، ينصب على الأشياء الداخلة في دائرة التعامل المالي المشروع بين الناس، وهو ما نصت عليه المادة 93 من ق.م.ج التي تنص على أنه " إذا كان محل التزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للناظم العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً" والأشياء التي يعتبر التعامل فيها مخالفاً للنظام العام أو الآداب، قد يكون التعامل فيها يتنافى وطبيعتها بحيث لا يستطيع أحد الاستئثار بجيازتها، مثل الهواء، مياه البحر وأشعة الشمس، فهذه أشياء مشتركة ينتفع بها الناس كافة فلا يحول انتفاع أحدهم دون الآخرين.

لكن لا مانع من الاستئثار بجزء من الهواء أو كمية من ماء البحر لغرض خاص أو سواء كانت خارجة عن التعامل بنص القانون كالأموال المخصصة للمصلحة العامة، كذلك قد يقرر المشرع تحريم التعامل في بعض الأشياء، مثل حظر التعامل بالمخدرات الذي يتضمن إخلالاً بالنظام العام، أو التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، ولو برضاه (م 2/92 ق.م.ج).

المطلب الثالث: السبب

لا يتصور أن تتحرك الإرادة دون سبب، إذ لا يقدم الشخص على الالتزام بمحض إرادته إلا إذا كان هناك غرض معين يسعى إلى تحقيقه.

فهناك إذن علاقة وثيقة بين السبب والإرادة، ويمكن القول بأن السبب هو الغرض الذي تنجبه الإرادة إلى تحقيقه، غير أن المتعاقد يقصد من وراء التزامه تحقيق غايتين، إحداها قريبة والأخرى بعيدة، فهل تعتبر الغاية القريبة هي السبب أم أنها تلك الغاية البعيدة؟

لم يتفق الفقه في تحديد مفهوم السبب وانقسم في هذا الشأن إلى اتجاهين أولهما يأخذ بالنظرية التقليدية و ثانيهما يأخذ بالنظرية الحديثة.

الفرع الأول: النظرية التقليدية:

السبب في النظرية التقليدية هو الغرض المباشر، أو الغاية المرجوة التي يريد الملتزم تحقيقها بالتزامه وهو ما يسمى بالسبب القصدي، وطبقا لهذه النظرية في العقود الملزمة لجانبين يكون سبب التزام كل طرف هو ما التزم به الطرف الآخر، وفي عقود التبرع فإن سبب الالتزام هو نية التبرع ذاتها، أي أن الغرض المباشر هو تحقيق فائدة للمتبرع دون مقابل.

الفرع الثاني: النظرية الحديثة:

تعتمد النظرية الحديثة على الباعث الدافع للتعاقد في تحديد مفهوم السبب، ومعنى ذلك أن يكون من الأمور الجوهرية التي أدت بالمتعاقد أن يتحمل بالالتزام، وعلاوة على ذلك يكون المتعاقد الآخر على بينة من هذا الباعث.

الفرع الثالث: نظرية السبب في القانون المدني الجزائري

لقد أخذ المشرع المدني الجزائري بفكرة ازدواج السبب بمعنييه السابقين التقليدي والحديث، لأنه بعد أن أسند السبب إلى العقد في المادة 97 من ق.م.ج التي تنص على "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للناظم العام أو الآداب، كان العقد باطلا" عاد وأسنده إلى الالتزام في المادة 1/98 التي تقول "كل التزام مفترض أنه له سببا مشروعاً، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك"، ولكنه عاد فأسند السبب إلى العقد في الفقرة الثانية من هذه المادة التي تقول "ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا أقام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

وعليه فالسبب في القانون المدني الجزائري هو الباعث الدافع للتعاقد ويشترط فيه شرطا وحيدا هو أن يكون مشروعاً، ويفترض أن السبب مشروع حتى يثبت العكس.

المبحث الثالث: جزاء تخلف أركان العقد وشروط صحته:

تناولنا فيما سبق الأركان اللازمة لقيام العقد والشروط اللازمة لكل منها، و البطلان la nullité هو الجزاء الذي يقرره المشرع على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، هذا الجزاء يستتبع زوال العقد بأثر رجعي، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير.

ولدراسة البطلان كجزء للإخلال بشروط تكوين العقد نعرض لأنواعه ولأحكامه، ثم لآثاره.

المطلب الأول: أنواع البطلان

ينقسم البطلان إلى نوعين

الفرع الأول: البطلان المطلق:

يرجع البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد أو اختلال أحد شروط المحل والسبب، فيجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، كما لا يترتب على العقد الباطل بطلانا مطلقا أي أثر ولا تصححه الإجازة ولا التقادم كما سنرى.

الفرع الثاني: البطلان النسبي

ومعناه أن العقد صحيح، وتترتب عليه آثاره، غير أنه مهدد بالزوال إذا طلب أحد طرفيه الذي قرر القانون له حق الإبطال، إبطال العقد ويقال في هذه الحالة أن العقد قابل للإبطال، فإذا حكم بالبطلان، واعتبر العقد باطلا من يوم إبرامه وزال ما يترتب عليه من آثار، ويكون شأنه شأن العقد الباطل بطلانا مطلقا.

والإجازة تلحق العقد القابل للإبطال، وتكون من صاحب العقد الذي تقرر لمصلحته الإبطال دون الطرف الآخر في العقد.

المطلب الثاني: أحكام البطلان

تسري على البطلان الأحكام التالية:

الفرع الأول: التمسك بالبطلان

يختلف حق التمسك بالبطلان تبعا لنوعية البطلان على النحو التالي:

أولا: في العقد القابل للإبطال

لا يحق التمسك بالبطلان فيه إلا لصاحب العقد وهو المتعاقد الذي شاب العيب رضاه، أو ناقص الأهلية.

وينتقل الحق في طلب الإبطال للورثة، ولغيرهم مما جعل لهم القانون هذا الحق. وقد نصت المادة 99 من ق.م.ج. على أنه : "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في طلب إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

ثانيا : في العقد الباطل بطلانا مطلقا

فمن حق كل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد سواء، أكان أحد المتعاقدين أو ورثته أو من الغير تؤثر صحة العقد في حقوقه، كالدائن بالنسبة للواهب عندما يرفع دعوى عدم نفاذ التصرف بغية إبقاء الأموال ضمن الضمان العام. بل أن القاضي في العقد الباطل يستطيع أن يقضي بالبطلان من تلقاء نفسه، لأن المسألة تتعلق بالنظام العام، وهذا تطبيقا لنص المادة 102 من ق.م.ج.

الفرع الثاني: سقوط الحق في التمسك بالبطلان

إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، فإن هذا العقد لا تلحقه الإجازة ولا التقادم لأنه عقد معدوم من الناحية القانونية.

أولا: الإجازة

الإجازة هي تصرف قانوني صادر بإرادة منفردة، يعلن فيها المتعاقد رغبته في التنازل عن حقه في الإبطال، وتلزم من صدرت عنه دون الحاجة إلى قبول المتعاقد الآخر. طبقا لنص المادة 100 من ق.م.ج. العقد القابل للإبطال تصححه الإجازة الصريحة أو الضمنية للمتعاقد الذي تقرر حق التمسك بالإبطال لمصلحته، وبالتالي يزول عنه خطر الإبطال الذي يهدده بأثر رجعي من يوم إبرام العقد، ويستقر العقد ويصبح صحيحا بصفة نهائية، ولا يجوز إبطاله لا عن طريق دعوى الإبطال أو الدفع به.

ثانيا: التقادم

دعوى البطلان المطلق تسقط بمرور 15 سنة من تاريخ إبرام العقد وهذا حسب نص المادة 2/102 من ق.م.ج، أما الدفع بالبطلان فلا يسقط بالتقادم فالعقد الباطل بطلانا مطلقا لا يصححه التقادم.

أما العقد القابل للإبطال وحسب المادة 101 من ق.م.ج التي نصت على التقادم القصير الذي يسقط حق التمسك بإبطال العقد في حال عدم التمسك به خلال 05 سنوات من تاريخ زوال سببه، ويبدأ سريان هذه المدة وفي حالة نقص الأهلية من يوم بلوغ سن الرشد، وفي حالة الغلط والتدليس من يوم اكتشافه وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه. أما بالنسبة للتقادم الطويل، ففي جميع الأحوال يسقط حق التمسك بإبطال العقد بمرور 10 سنوات.

ويسقط الحق في التمسك بإبطال العقد في الاستغلال خلال سنة واحدة من تاريخ إبرام العقد وإلا كانت غير مقبولة.

الفرع الثالث: آثار البطلان

يترتب على بطلان العقد أو إبطاله انعدام أثره، حيث يزول العقد وتزول كافة الآثار التي رتبها منذ إبرامه لا منذ إبطاله عملاً بفكرة الأثر الرجعي.

أولاً: مبدأ زوال العقد

1- الزوال الكلي للعقد:

إذا تقرر بطلان العقد أو إبطاله فإنه يزول كلياً، حيث ينعدم تماماً، ويصبح كأنه لم يكن ولم يوجد أصلاً، فالواجبات التي رتبها العقد أو كان سيرتبها تزول عن آخرها.

2- زوال العقد بأثر رجعي:

أ- إعادة المتعاقدين إلى حالتهم قبل التعاقد:

طبقاً لنص المادة 1/103 ق.م.ج يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فإذا كان العقد قد نفذ كله أو جزء منه، يجب على كل عاقد أن يرد ما تسلمه أو ما حصل عليه بمقتضاه.

فإذا ما استحال الاسترداد بأن هلك المبيع مثلاً وهو في حيازة المشتري، حكم القاضي بتعويض معادل، فيلزم المشتري بردّ قيمة المبيع وقت هلاكه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، والبائع يلتزم بردّ الثمن على أساس دفع غير المستحق.

وإذا كان العقد زمنيا كالإيجار وقرر بطلانه، فالمنفعة التي حصل عليها المستأجر قبل تقرير البطلان يجب أن يعرض عليها 1/103 ق.م.ح ويستثنى من قاعدة رد المتعاقدين إلى حالتها قبل التعاقد حالة الإبطال لنقص الأهلية، فإنه لا يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (م2/103).

كذلك إذا كان البطلان آتيا من عدم المشروعية، فلا يجوز للشخص الذي كان عدم المشروعية آتيا من ناحيته، أن يسترد ما أداه (المادة 3/103)

ب- سقوط حقوق الغير

لا يقتصر أثر تقرير البطلان أو الإبطال على المتعاقدين فقط بل يرد كذلك في حق الغير، والمقصود بالغير هو كل من تتأثر حقوقه بصحة أو بطلان عقد لم يكن طرفا فيه، فالغير بالنسبة لهذه المسألة ليس الغير الأجنبي على العقد، وإنما هو الخلف الخاص الذي يخلف المتعاقدين في عين معين بالذات، أو في حق عيني.

ثانيا: الآثار العرضية للعقد الباطل:

من أهم الآثار العرضية للعقد الباطل نجد نظريتان، هما نظرية تحول العقد، ونظرية إنقاص العقد وسنعرض لهما فيما يلي:

1- نظرية إنقاص العقد:

نصت المادة 104 من ق.م.ج : "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله"، إن المقصود بنظرية إنقاص العقد هو إنقاص شقه الباطل، وإبقاء العقد صحيحا بشقه الآخر، وتسمى هذه العملية كذلك بالبطلان الجزئي، حيث يبطل جزء من العقد دون الجزء الآخر الذي يبقى صحيحا ومرتبنا لكل آثاره.

ويشترط لتطبيق هذه النظرية الشروط التالية:

- ✓ أن يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال جزئيا.
- ✓ ألا يكون الشق الباطل دافعا للتعاقد بالنسبة لأحد المتعاقدين.
- ✓ أن يكون العقد قابلا للتجزئة، وإلا يبطل كله.

2- نظرية تحول العقد:

تقرر المادة 105 من ق.م.ج بأنه "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإنّ العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

فإذا اشتمل التصرف الباطل على عناصر عقد آخر فإنه يتحول إلى هذا العقد الأخير إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى ذلك العقد الأخير، وهذه هي فكرة تحول العقد".

ويشترط لإعمال فكرة تحول العقد توافر ثلاثة شروط وهي:

- 1- أن يكون العقد الأصلي باطلاً أو قابلاً للإبطال.
- 2- أن يشتمل هذا التصرف الباطل أو القابل للإبطال على عناصر عقد آخر صحيح.
- 3- أن تكون إرادة المتعاقدين المحتملة تتجه إلى هذا العقد الآخر لو أنهما علما ببطلان العقد الأول أو قابليته للإبطال.