

جامعة أبو بكر بلقايد — تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

محاضرات في مقياس الالتزامات

— مصادر الالتزام —

موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس المجموعة الرابعة

إعداد الأستاذة:

د/ بوترفاس حفيظة

أستاذة محاضرة "أ"

السنة الجامعية 2024/2023

مقدمة:

إن تنظيم القانون للحياة الاجتماعية نتج عنه الاعتراف للأشخاص بمجموعة من الحقوق وهي تشمل الحقوق غير المالية، الحقوق المالية وحقوق الملكية الفكرية.

الحقوق غير المالية أهمها الحقوق السياسية وحقوق الأسرة أو الحقوق العائلية، أما الحقوق المالية فهي الحقوق التي يمكن تقويمها بالمال، وهي بدورها نوعين حقوق شخصية وحقوق عينية. وأما حقوق الملكية الفكرية أو الذهنية أو المعنوية فهي الحقوق التي يتمتع بها الشخص على إبداعاته الفكرية أو الذهنية، وتنقسم بدورها إلى حقوق الملكية الصناعية وحقوق المؤلف والحقوق المجاورة له. وما يهمنا في هذه الدراسة الحقوق المالية التي نظمها القانون المدني، وبالأخص الحقوق الشخصية أو الالتزامات، وقد تطرق المشرع الجزائري لتنظيمها ضمن الكتاب الثاني من القانون المدني المعنون: "الالتزامات والعقود" وذلك بموجب المواد من 53 إلى 673 ق.م.ج؛ أما الحقوق العينية فنظمها بموجب الكتابين الثالث والرابع بموجب المواد من 674 إلى 1003 ق.م.ج وهي تتضمن قسمين، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية.

تهتم نظرية الالتزام بعلاقات الأفراد فيما بينهم وبالضبط العلاقات المالية أو بعبارة أخرى علاقة الفرد بغيره من حيث المال، حيث تدخل في دائرتها كل علاقات التبادل الاقتصادية القائمة بين أفراد المجتمع تلبية لحاتهم اليومية من شراء وأكل وملبس وتأجير وتشغيل وإعارة وتأمين وتمليك... إلخ. تكمن أهمية نظرية الالتزام في القانون المدني في أنها تشمل القواعد العامة أو المبادئ الكلية التي تنظم علاقات ونشاطات الأفراد ذات الطابع المالي داخل المجتمع، لذلك يعتبرها بعض الفقهاء العمود الفقري للقانون المدني. ويتسع نطاق هذه النظرية لتشمل كل التصرفات والأفعال التي من شأنها أن تؤثر على الذمة المالية للفرد. وتجدر الإشارة، أن هذه النظرية كانت وراء وضع جل المبادئ العامة للقانون الخاص، ما يفسر الصلة الموجودة بين القانون المدني وغيره من القوانين الأخرى كالقانون التجاري وقانون العمل وغيرها من القوانين الأخرى.

ولأجل دراسة نظرية الالتزام سوف يتم التطرق إلى:

الفصل الأول: مدخل إلى نظرية الالتزام

الفصل الثاني: المصادر الإرادية للالتزام

الفصل الأول: مدخل لنظرية الالتزام

الحق الشخصي يسمى حق الدائنية (Droit de créance) إذا نظرنا إليه من جانب الدائن، ويسمى إلتزاما (Obligation) أو حق المديونية إذا نظرنا إليه من جهة المدين، وسيتم التطرق إلى تعريف للالتزام (أولا) ثم لتقسيماته (ثانيا).

المبحث الأول: تعريف الالتزام

هناك مذهبان يتنازعان تعريف الالتزام، وهما المذهب الشخصي والمذهب المادي.

المطلب الأول: المذهب الشخصي

الفرع الأول: الالتزام من وجهة المذهب الشخصي

يعود المذهب الشخصي لفقهاء المدرسة الفرنسية، وقد عرف الالتزام بأنه: "علاقة قانونية تربط بين شخصين، بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدين."

حسب هذا المذهب، العبرة بنشوء ووجود التزام هي العلاقة الشخصية التي تربط شخصين "الدائن والمدين".

الفرع الثاني: نتائج الأخذ بالمذهب الشخصي

أهم النتائج المترتبة على الأخذ به أنه:

- لا بد من وجود طرفين الدائن والمدين لنشوء الالتزام.
- عدم جواز انتقال الالتزام أو الحق إلى الغير، وعدم الاشتراط لمصلحة الغير.
- لا تعتبر الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام لأن الشخص المدين غير موجود اثناء نشوء هذا الأخير.

المطلب الثاني: المذهب الموضوعي أو المادي

الفرع الأول: الالتزام من وجهة المذهب المادي

يعود هذا المذهب لفقهاء المدرسة الجرمانية، والعنصر الأساسي في رأيهم هو العنصر المالي أو موضوع الالتزام الذي هو المحل لأجل وجود الالتزام، لذلك عرفه بأنه: "علاقة مالية أو علاقة بين ذمتين ماليتين."

الفرع الثاني: نتائج الأخذ بالمذهب المادي

وتجد الإشارة أن النتائج المترتبة على هذا المذهب هي عكس نتائج المذهب الشخصي، وأهمها:

- إمكانية نشوء الالتزام دون وجود الدائن، إذ يكفي وجوده وقت التنفيذ.
 - جواز انتقال الالتزام والحق أي حوالة الدين والحق، وأيضا الاشتراط لمصلحة الغير.
 - الإرادة المنفردة مصدر مستقل من مصادر الالتزام.
- وقد حاول بعض الفقهاء الجمع بين المذهبين لإعطاء تعريف للالتزام، فعرفه السنهاوري بأنه: "حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عنه."

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري الالتزام ولو فعل لسهّل معرفة موقفه من المذهبين، ولكن يذهب أغلب الفقهاء خلال نصوص القانون المدني، أن المشرع منحاز للمذهب الشخصي مع الأخذ أيضا بالنظرية الموضوعية.

وقد أشار إلى الالتزام بمناسبة تعريفه للعقد، إذ نصت عليه المادة 54 من القانون المدني: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء."

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع ينظر إلى الالتزام على أنه رابطة بين أشخاص وليس بين ذمتين ماديتين.

تأثر القانون المدني الجزائري بالقانون المدني المصري الذي تأثر بدوره بالقانون الفرنسي، أي انتماءه للمجموعة اللاتينية التي تعتنق المذهب الشخصي.

من الأحكام التي تتماشى مع النظرية الشخصية، أن العقد هو عمل إرادي ويعتبر شريعة المتعاقدين في حدود القانون، يبين مدى انجياز المشرع لهذه النظرية بالرغم من أن دور الإرادة قد تراجع أمام تدخل المشرع في تنظيم العلاقات العقدية.

أما بشأن الأحكام المسايمة للنظرية الموضوعية، فقد أجاز المشرع حوالة الحق (المادة 239 ق.م) وحوالة الدين (المادة 251 ق.م)، كذلك إمكان قيام الالتزام قبل أن يوجد الدائن طالما أنه سيوجد عند تنفيذه، كاشتراط لمصلحة الغير (المادة 118 ق.م) والوعد بجائزة (المادة 123 مكرر ق.م).

اعترف المشرع بالإرادة المنفردة كمصدر مستقل للالتزام وخصص لها الفصل الثاني مكرر المعنون "الالتزام بالإرادة المنفردة" والذي تضمن المادتين 123 مكرر و123 مكرر 1.

المبحث الثاني: خصائص الالتزام

انطلاقاً من التعريفات التي أعطيت للالتزام، هناك ثلاثة خصائص يتميز بها هذا الأخير.

المطلب الأول: الالتزام رابطة أو علاقة قانونية إجبارية

يقصد بذلك أن المدين مجبر على تنفيذ التزامه لأنه دخل العلاقة بإرادته، وإذا امتنع عن ذلك كان للدائن اللجوء إلى القضاء لجبره على التنفيذ.

وبعبارة أخرى أن الالتزام واجب بكفل القانون احترامه، وهو يشكل قوة الالتزام التعاقدي، والوسيلة إلى ذلك هي الدعوى التي يمنحها القانون لصاحب الحق بأن يقتضي حقه من مدينه.

هناك من الفقه من يرى بأن الالتزام يتكون من عنصرين، المديونية والمسؤولية.

يتوافر كل التزام على عنصري المسؤولية والمديونية معاً، ورغم ذلك يمكن أن توجد مديونية دون مسؤولية تدعمه كما هو الحال في الالتزام الطبيعي، حيث يمكن للدائن إجبار المدين على الوفاء به لتخلف المسؤولية. وفي حالة إذا قام المدين بالوفاء بالالتزام الطبيعي باختياره مع علمه بذلك كان وفاءه صحيحاً ولا يعتبر متبرعاً، ومن ثم لا يمكنه استرداد ما أداه للدائن، وهو ما نص عليه المادة 162 ق.م.

كما يمكن أن تقوم المسؤولية دون مديونية -مديونية غير ذاتية-، وذلك في حالة أن يكون الشخص مسؤولاً عن دين شخص آخر ويجبر على الوفاء به. مثلاً الكفيل الشخصي أو العيني حيث يضمن هذا الأخير الوفاء بدين في ذمة شخص آخر هو المدين المكفول، فإذا لم يوف هذا الأخير بالدين الذي في ذمته جاز للدائن مطالبة الكفيل به.

المطلب الثاني: الالتزام أداء مالي

المقصود من ذلك، أن محل الالتزام أو موضوعه، الذي يتمثل في قيام المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عنه يمكن تقويمه بالنقود.

وبما أن الالتزام أداء مالي، فإنه يكون قابل للانتقال من شخص لآخر أثناء الحياة وبعد الموت، فينتقل بجانبه الإيجابي والسلبي عن طريق حوالة الحق أو الدين بين الأحياء، كما ينتقل إلى الورثة بعد وفاة الدائن باعتباره حقاً، حيث أن الديون تسدد من التركة قبل توزيعها على الورثة، طبقاً للمادة 180 من قانون الأسرة التي تنص: "لا تركة إلا بعد سداد الديون."

الالتزام واجب قانوني خاص يقع على المدين اتجاه الدائن، لكنه ليس كالواجبات القانونية الأخرى، إذ أنه واجب قانوني مالي، بمعنى أن المدين يلتزم اتجاه الدائن بأداء ذي قيمة مالية أي بأداء يقوم نقداً، ومن ثم يندرج ضمن العناصر السلبية في الذمة المالية للمدين، وضمن العناصر الإيجابية للدائن.

المطلب الثالث: الالتزام رابطة شخصية

المقصود من ذلك أن الالتزام رابطة بين طرفين هما الدائن والمدين، وإذا يكفي لقيامه قانوناً وجود المدين معين وقت نشوء الالتزام -التصرف بإرادة منفردة- فإنه يشترط وجود الطرفين عند تنفيذه. وهنا يظهر الفرق الأساسي بين الحق العيني والحق الشخصي من حيث التكوين، فالأول علاقة بين الشخص والشيء وهي علاقة تسلط، أما الحق الشخصي فهو يقوم على علاقة مطالبة بين الدائن والمدين.

اعتباراً أن الالتزام علاقة قانونية تعاقدية، فإن كلا من الدائن والمدين أشخاص قانونية، يمكن أن تكون طبيعية أو معنوية كالشركات، الجمعيات...، ويمكن أن تنصرف الالتزام التعاقدي إلى أشخاص لم توجد بعد، لكنها سوف توجد في المستقبل.

تجدر الإشارة أن مركز المدين يختلف عن مركز الدائن الذي لا يشترط أن يكون معينا وقت نشوء الالتزام، وإنما يكفي أن يكون قابلا للتعيين في المستقبل، مثلا المادة 118 ق.م الاشتراط لمصلحة الغير.

المبحث الثالث: تصنيفات أو أقسام الالتزام

تختلف تصنيفات الالتزام بحسب الزاوية التي ينظر إليها لهذا الأخير، أهمها تقسيم الالتزام من حيث الأثر، من حيث المحل وأيضا التقسيم المؤسس على مصدر الالتزام.

المطلب الأول: من حيث الأثر

لقد جاء الباب الثاني من القانون المدني تحت عنوان "آثار الالتزام"، وقد نصت المادة 160 المدرجة ضمنه: "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به، غير أنه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبيعيا" ومن تم الالتزام من حيث الأثر إما أن يكون التزاما مدنيا أو التزاما طبعيا.

الفرع الأول: الالتزام المدني

انطلاقا من أن الالتزام هو حق دائنية وأيضا تعريف الحق بأنه مصلحة مشروعة يحميها القانون، فإن الالتزام المدني هو الالتزام الذي يتمتع فيه الدائن بالحماية القانونية الكافية لاستيفاء حقه، فله اجبار المدين على التنفيذ العيني بشتى الطرق القانونية وله الحق في مطالبته أمام المحاكم المختصة.

الفرع الثاني: الالتزام الطبيعي

هو الالتزام الذي يتضمن عنصر المديونية دون المسؤولية، حيث لا يمكن إكراه المدين على تنفيذه، ومن تم لا يتمتع بالحماية القانونية اللازمة لاستيفاء حقه طبقا للمادة 160/ف2 ق.م.

تنفيذ هذا الالتزام يكون باختيار المدين ولا يخضع إلا لضميره، ولكن إذا وفى به اختيارا فلا يعد تبرعا ولا يستطيع أن يسترد ما أداه بقصد تنفيذه.

طبقا للمادة 161 ق.م، يتم تحديد ما إذا كان الالتزام طبعيا أو مدنيا بموجب نص قانوني، فإذا لم يوجد فللقاضي السلطة في تقدير طبيعة الالتزام. أما بشأن مصادر الالتزام الطبيعي أو نشأته، فهم إما أن يتولد عن التزام مدني معيب أي لم يستوف الشروط اللازمة لإنشائه، كأن يكون أحد

الأطراف ناقص الأهلية، أو أن التصرف القانوني لم يستوف الشكل المطلوب في القانون، فيتحل من التزام مدني إلى التزام طبيعي خاصة إذا بلغ هذا الالتزام مرحلة التنفيذ.

وإما ينشأ الالتزام المدني صحيحا ثم يفقد عنصر المسؤولية فيتحول إلى التزام طبيعي، كما في حالة انقضاء الالتزام المدني بالتقادم طبقا للمادة 320 ق.م.

في كلا الحالتين السابقتين، ينشأ الالتزام الطبيعي عن التزام مدني ويشكل بذلك التصور التقليدي لنشأة الالتزام الطبيعي. أما الاتجاه الحديث فيذهب إلى اعتبار الالتزام الطبيعي واجب أخلاقي.

المطلب الثاني: تقسيم الالتزام من حيث المحل

محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم به المدين نحو الدائن، وهناك تقسيمين بشأن المحل، تقسيم تقليدي يعود إلى القانون الروماني وقد اعتمدته المشرع الجزائري، وتقسيم حديث من اقتراح الفقه الفرنسي المعاصر.

الفرع الأول: الالتزام بمنح، بفعل وبعدم فعل شيء ما

أشار إليه المشرع عرضا بموجب المادة 54 ق.م التي عرفت العقد.

أولا-الالتزام بمنح

هو الالتزام بإنشاء حق عيني أو نقله، وموضوعه أداء إيجابي، وهناك من يفضل استعمال مصطلح "الالتزام بإعطاء"، استنادا لنص المادة 58 ق.م، والتي ورد فيه مصطلح إعطاء.

ومن أمثلة ذلك، التزام البائع في عقد البيع بنقل ملكية المبيع، أيضا التزام المشتري بدفع الثمن، التزام مالك العقار بإنشاء حق اتفاق لمصلحة عقار آخر المادة 867 ق.م.

ثانيا-الالتزام بالقيام بعمل:

المقصود منه، أن يلتزم المدين بالقيام بعمل أو بنشاط معين لفائدة الدائن، وقد نظم المشرع الجزائري أحكامه، باعتباره موضوعا للتنفيذ العيني من المواد 168 إلى 172 ق.م، كما أشار في الباب التاسع إلى العقود الواردة على العمل منها عقد المقاول، عقد الوكالة، عقد الوديعة... .

قد يكون العمل الذي تعهد به المدين ماديا، كصنع أو اصلاح شيء ما، نقل سلعة؛ او فكريا كالالتزام الطبيب بالعلاج أو المهندس بإنجاز دراسة معينة؛ وقد يكون تصرفا قانونيا معينا، مثلا التزام الوكيل بابرام تصرف قانوني نيابة عن الأصيل.

ثالثا-الالتزام بالامتناع عن عمل

يعتبر هذا الالتزام سلبيا، ويقصد به امتناع المدين عن القيام بعمل معين كان بإمكانه القيام به، لولا أن القانون الزمه بالامتناع عن القيام به.

قد يكون الامتناع عن العمل ماديا، ما أشارت إليه المادة 691 ق.م التي تمنع مالك العقار من التعسف، وهو ما يدخل في مضار الجوار غير المألوفة. وقد يكون قانونيا، ما قضت به المادة 361 ق.م، حيث تمنع البائع عن كل عمل يعرقل نقل الحق للمشتري.

الفرع الثاني: التقسيم الحديث

اعتمد هذا التقسيم من طرف المشرف الفرنسي في نهاية القرن 19، كما تبناه الاجتهاد القضائي، وبعدها تم إدراجه في القانون المدني الفرنسي.

يقوم هذا التقسيم على أساس مدى مطابقة الأداء الذي التزم به المدين بالغاية التي يهدف الدائن إلى تحقيقها.

كرس المشرع الجزائري هذا التقسيم بصفة غير مباشرة بموجب المادتين 172 و 176 ق.م ومواد أخرى، 576، 607 ق.م.

أولا-الالتزام ببذل عناية

وهو يسمى أيضا الالتزام بوسيلة Obligation de moyen وأيضا الالتزام الغام بالاحذر والعناية، ويقصد به ان يتعهد المدين ببذل الجهد وعناية باستعمال الوسائل الممكنة أو المتاحة للوصول إلى غرض أو هدف أو نتيجة معينة او محددة. وسواء تحققت هذه الأخيرة ام لم تتحقق، فيكفي أن يقوم المدين ببذل عناية الرجل العادي، طبقا للمادة 172 ق.م.

مثاله، التزام الطبيب بالعلاج دون التزامه بتحقيق الشفاء للمريض، التزام المودع لديه في الوديعة بأجر في حفظها عناية الرجل المعتاد طبقا للمادة 592/ف2 ق.م.

ثانيا-الالتزام بتحقيق نتيجة

هو ذلك الالتزام الذي يتعهد المدين بمقتضاه تحقيق نتيجة أو غاية معينة أو محددة. ولا يعتبر التنفيذ العيني محققا في هذا التزام إلا إذا تحققت النتيجة المرجوة للدائن. مثلا، أهم الالتزامات المترتبة عن عقد البيع، التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه إلى المشتري، التزام بالسلامة المترتب عن عقد نقل الأشخاص حيث يقع على الناقل التزام بتحقيق نتيجة وضمن سلامة المسافرين.

تكمن أهمية هذا التقسيم من الاثبات والمسؤولية، يكفي اثبات عدم تحقق النتيجة لكي يثبت خطأ المدين ومن تم مسؤوليته إلا في حالة اثبات السبب الأجنبي طبقا للمادة 176 ق.م. أما الالتزام ببذل عناية يقع علة الدائن اثبات خطأ المدين أي اهماله وعدم بذله الجهد وعناية الرجل العادي لتنفيذ التزامه لأجل اثبات مسؤوليته.

تجدر الإشارة أن نطاق هذا التقسيم يتعلق بالالتزامات التي يكون محلها القيام بعمل.

المطلب الثالث: تقسيم الالتزام من حيث المصدر

مصدر الالتزام هو السبب المنشئ للالتزام، وسيتم تحديد مصادر الالتزام حسب ما جاء في القانون المدني الذي يمثل التقسيم التقليدي، ثم تحديدها حسب الفقه الحديث.

الفرع الأول: مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري

تأثر المشرع الجزائري في تقسيم الالتزامات من حيث مصدرها بالمشرع الفرنسي الذي يجع بدوره إلى القانون الروماني. ويستشف تعداد هذه المصادر من خلال الباب الأول من القانون المدني المعنون "مصادر الالتزام" وهي:

القانون (المادة 53 ق.م)؛ العقد (54-123)، الإرادة المنفردة خصص لها الفصل الثاني مكرر بعد تعديل 2005 (123مكرر - 123مكرر 1)؛ شبه العقود والتي تتضمن: الاثراء بلا سبب (141-142)، الدفع غير المستحق (143-149)، الفضالة (150-159).

وقد وجهت انتقادات لهذا التقسيم من طرف الفقه.

الفرع الثاني: تقسيم الفقه لمصادر الالتزام

اقترح الفقه الحديث تقسيم مصادر الالتزام إلى:

أولاً- مصادر إرادية (التصرفات القانونية) :

وهو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانون معين، حيث يريد الشخص وقوع الفعل وترتيب آثاره وتحمل الالتزام بمحض إرادته، كعقد البيع، حيث تعتبر الإرادة السبب المنشئ للالتزام سواء تم بإرادة منفردة -التصرف القانوني بإرادة منفردة- أو بإرادتين -العقد-

ثانياً-مصادر غير إرادية:

يندرج تحتها العمل غير المشروع، الاثراء بلا سبب والقانون، ويسمى أيضا الوقائع القانونية؛ وهو كل حدث أو عمل مادي يرتب عليه القانون أثرا معينا، يقع إما بفعل الطبيعة أو الانسان.

التصرف القانوني قوامه الإرادة، ولا يقتصر دورها على انشاءه بل يمتد إلى تحديد آثاره، أما الواقعة القانونية فأساسها العمل المادي، والأثر القانوني المترتب عنها يقع بقوة القانون سواء وجدت الإرادة كما في الوقائع الإنسانية بغض النظر عن إرادة صاحبها في العمل والأثر المترتب عنه كما في الاثراء بلا سبب، أو إرادته في الفعل دون أثر مثلا الفعل الضار، أو عدم إرادته في الفعل ولا الأثر المترتب عنه كالإهمال وعدم التبصر. او لا يوجد إرادة أصلا كما في الوقائع الطبيعية.

تكمن أهمية التفرقة بينهما من حيث تحديد القواعد المنظمة والمطبقة على كل منهما وأيضا طرق الاثبات.

الفصل الثاني: المصادر الارادية للالتزام

تتضمن المصادر الارادية، العقد الذي يعتبر تصرفا قانونيا من جانبين، والإرادة المنفردة وهي ترف قانوني من جانب واحد.

المبحث الأول: العقد

جل التبادلات الاقتصادية في حياتنا اليومية تتم عن طريق العقود، كما أنها تعتبر من أهم المصادر الارادية للالتزام، لذلك سوف يتم دراسة الأحكام المتعلقة بالعقد باعتبارها تسري على كافة التصرفات القانونية.

المطلب الأول: تعريف العقد

عرف المشرع الجزائري العقد بموجب المادة 54 ق.م: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما." عبر المشرع عن العقد بالاتفاق ومن تم جعلهما لفظين مترادفين.

تجدر الإشارة، أن بعض الفقه الفرنسي (بوتيه ودوما) فرق بين العقد والاتفاق، حيث أن هذا الأخير هو: "توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء الحق أو على نقله (كالحوالة) أو تعديله (كالاتفاق على تقسيط الدين أو مد أجل الوفاء) أو على زواله (كالوفاء أو براءة ذمة المدين).".

أما العقد هو: "توافق إرادتين لإنشاء الحق دون نقله أو تعديله أو زواله."

ومن تم الاتفاق أعم وأشمل من العقد، فهذا الأخير هو أخص من الاتفاق، فهو اتفاق بإنشاء التزام معين، وعليه عقد هو اتفاق ولكن ليس كل اتفاق هو عقد.

انتقدت هذه التفرقة من طرف الفقه المعاصر لأنها تفرقة ليس لها قيمة عملية ولا يترتب عليها آثار قانونية.

وبناء على ذلك هناك من يفضل تعريف العقد بأنه: "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني مثل، البيع، الإيجار، الهبة، الوكالة، الشراكة." ، أو "تطابق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، والأثر القانوني يجب أن ينصرف إلى العلاقات المالية للأشخاص دون غيرها والتي يختص بها القانون المدني."

المطلب الثاني: تقسيمات العقد

أشار المشرع في القانون المدني تقسيمات معينة من العقود، كما اقترح الفقه تقسيمات أخرى.

الفرع الأول: تقسيم المشرع للعقود

أشار المشرع لهذه التقسيمات من المادة 55 إلى 58 ق.م.

أولاً-العقد الملزم لجانبين والملزم لجانب واحد

1-العقد الملزم لجانبين

يطلق عليها العقد التبادلي، ويستشف من المادة 55 ق.م بأنه العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة أو مرتبطة ببعضها البعض، بحيث يكون كل متعاقد دائناً ومديناً في نفس الوقت.

هذا يقتضي أن تنشأ هذه الالتزامات في نفس الوقت ومن مصدر واحد، وأن يكون تنفيذ أحدها متصلاً ومقابلاً لتنفيذ للالتزام مقابل لها.

مثلاً، عقد الوديعة بدون أجر طبقاً للمادة 592 ق.م، هو عقد ملزم لجانب واحد، فإذا قام المودع لديه بدفع مصاريف لحفظ الشيء يلتزم المودع برد النفقات، ورغم ذلك لا يصبح عقداً ملزماً لجانبين.

2-العقد الملزم لجانب واحد

لقد عرفته المادة 56 ق.م، هو العقد الذي يترتب التزامات في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر بحيث يكون أحدهما دائناً والآخر مديناً. مثلاً، عقد الهبة، عقد الوديعة بدون أجر المادة 592/ف2 ق.م.

هناك فرق بين العقد الملزم لجانب واحد والتصرف القانوني من جانب واحد، فالأول هو عقد ينشأ بإرادتين ويرتب التزاما في جانب أحد المتعاقدين فقط، أما الثاني فينشأ بإرادة منفردة، كالوصية والوعد بجائزة.

ثانيا- عقود المعاوضة وعقود التبرع

1- عقد المعاوضة

عرفه المشرع في المادة 58 ق.م، وهو العقد الذي يحصل فيه المتعاقد على عوض مقابل الالتزام الذي يتحمله. أو العقد الذي تتقابل فيه المنافع المادية بين المتعاقدين، مثلا عقد البيع، الايجار، الوديعة بأجر، عقد التأمين وغيرها.

2- عقد التبرع

هو العقد الذي يلتزم فيه أحد المتعاقدين دون الحصول على مقابل مالي، كالهبة والوديعة بدون أجر، الكفالة، القرض دون فائدة.

قد تبدو أن التفرقة سهلة بين عقد المعاوضة والتبرع للوهلة الأولى، لكن يصعب ذلك أحيانا، لذلك هناك معيارين يمكن الاعتماد عليهما. الأول معيار اقتصادي، يعتمد على ما يعطيه التبرع وما يحصل عليه، والثاني معيار نفسي والذي يقف على نية المتبرع.

ثالثا- العقد المحدد والعقد الاحتمالي

1- العقد المحدد

أشار إليه المشرع في المادة 57/ف1 ق.م، وهو العقد الذي يعلم فيه كل متعاقد مقدار ما يعطيه وما يأخذه وقت التعاقد مع تعادل المقدارين. ولكن الأصل أنه لا عبرة لتعادل المقدارين حيث يؤدي للخلط بين العقد المحدد والتبادلي. أو الذي تكون فيه التزامات وحقوق المتعاقدين معينة ومحددة وقت إبرامه؛ منها عقد البيع حيث يتوجب تحديد المبيع والثلثن وقت التعاقد، عقد الايجار

2- العقد الاحتمالي

نصت عليه المادة 57/ف2 ق.م، ويسمى أيضا عقد الغرر، وهو العقد الذي لا يعلم فيه كل متعاقد تحديد ما يحصل عليه وقت التعاقد. مثلا عقد الرهان، القمار، عقد التأمين لا يعرف المؤمن له وقت اكتبابه للعقد ما هو المقار الذي سيأخذه كعوض لأن ذلك يتوقف على الخطر المؤمن عليه.

الفرع الثاني: تقسيم الفقه للعقود

اقترح الفقه تقسيمات للعقود بحسب الزاوية التي ينظر إليها لهذه الأخير.

أولا-تقسيم العقود من حيث التكوين

1-العقد الرضائي والشكلي والعيني

-العقد الرضائي

هو الذي ينعقد بمجرد توافق الإرادتين، فالأصل هو مبدأ الرضائية الذي يعتبر تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، إذ يكفي الرضا لتكوين العقد دون حاجة لاتباع شكل معين.

-العقد الشكلي

هو العقد الذي يتطلب ركن الشكلية لانعقاده إضافة لركن التراضي. مثلا، المادة 324 مكرر 1 ق.م بشأن التصرفات الواردة على العقار، المادة 445 ق.ت عقد الشركة.

-العقد العيني

هو العقد الذي يعتبر فيه التسليم ركنا في العقد إضافة لتوافق الإرادتين، مثلا، المادة 948 بشأن عقد الرهن الحيازي، المادة 590 ق.م عقد الوديعة.

2-العقد المسمى وغير المسمى

-العقد المسمى

هو الذي خصه المشرع بتسمية وتنظيم خاص، وقد أشار المشرع في الأبواب من 7 إلى 11 من الكتاب الأول للقانون المدني إلى مجموعة من العقود، مثلا عقد البيع، الايجار، المقايضة، الشركة، الكفالة... .

-العقد غيرالمسمى

هو العقد الذي لم ينظمه المشرع أو يعطيه اسما خاصا، جاءت العقود غير المسماة نتيجة أن الإرادة حرة في انشاء ما تشاء من تصرفات في حدود النظام العام والآداب العامة، وهي موجودة بكثرة في الحياة العملية وتخضع للقواعد العامة في نظرية العقد.

3- عقد المساومة وعقد الإذعان

-عقد المساومة

هو عقد تتحقق فيه المساواة بين المتعاقدين في المساومة والتفاوض، حيث يتمتع كل متعاقد بحرية كاملة في وضع شروط العقد وبنوده.

-عقد الإذعان

أشارت إليه المادة 70 ق.م، وهو العقد الذي يضع فيه أحد المتعاقدين شروط العقد وبنوده، ولا يسمح للمتعاقد الآخر مناقشتها أو المساومة عليها، إما بسبب الاحتكار الفعلي أو الاقتصادي للسلع والخدمات، ولأن الطرف المدعن في مركز قوي، مثلا عقود الاحتكار، عقود الاشتراك في الماء والكهرباء، الغاز.

وانطلاقا من عدم المساواة بين أطراف عقد الإذعان، فقد أقر المشرع حماية للطرف الضعيف فيها، حيث أجاز للقاضي تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية طبقا للمادة 110 ق.م، كما يفسر الشك لمصلحة المدين طبقا للمادة 112/ف2 ق.م.

4-العقد الفوري والعقد المستمر

-العقد الفوري

هو العقد الذي يتم تنفيذه فورا ودفعة واحدة دون اعتبار لعنصر الزمن، مثلا عقد البيع عقد فوري (المادة 351 ق.م)، ولو تم سداد الثمن بالتقسيط.

-العقد المستمر أو الممتد أو الزمني

هو العقد الممتد والذي يعتبر فيه الزمن عنصرا جوهريا، حيث تنفذ فيه الالتزامات بأداءات مستمرة أو على دفعات، ولا يرجع فيه الزمن إلى إرادة المتعاقدين بل تفرضه طبيعة الأداء. مثلا، عقد الايجار يتم الانتفاع بالعين المؤجرة يستمر طوال المدة المتفق عليها، عقد التوريد، عقد العمل.

6-العقد الفردي والعقد الجماعي

-العقد الفردي

هو الذي يتم بين شخصين أو أكثر، وتنصرف آثاره إلى أطرافه فقط.

-العقد الجماعي

هناك من يرى أن الصيغة الجماعية تتعلق بمرحلة تكوين العقد، وهناك من يرى أنها تتعلق بانصراف آثاره. لذلك هو العقد الذي يتم بين أشخاص لهم مصالح مشتركة، كعقد الشركة.

أو العقد الذي بين أطراف لها مصالح متناقضة، كالاتفاقيات الجماعية التي تتم بين النقابات وأرباب العمل وتنصرف آثارها إلى كل العمال وأرباب العمل وحتى الذين لم يرضوا بمضمونها.

7-العقد البسيط والعقد المختلط

-العقد البسيط

هو الذي يتضمن نوعا واحدا من العقود، وبعبارة أخرى يرد على محل واحد، مثلا، عقد البيع، عقد الايجار، الكفالة... .

-العقد المختلط أو العقد المركب

هو العقد الذي يجمع عدة عقود مختلفة ومتعاصرة اجتمعت مع بعضها وأصبحت عقدا واحدا، كعقد الفندق، فهو يجمع عدة عقود منها عقد الايجار، عقد البيع بشأن الطعام والشراب، عقد العمل محله الخدمة المقدمة من الفندق، عقد الوديعة بالنسبة للأمتعة وغيرها.

8-العقد التقليدي والعقد الإلكتروني

-العقد التقليدي

هو عقد يتبادل فيه المتعاقدان الايجاب والقبول في مجلس واحد بحيث ان زمان ومكان انعقاد العقد واحد حقيقة أو حمكا.

-العقد الإلكتروني

يسمى أيضا عقد المعلوماتية، وقد أشار المشرع الجزائري في المادة 2/6 من قانون التجارة الالكترونية 05-18، بأنه العقد بمفهوم القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، يتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه اللجوء إلى تقنية الاتصال الإلكترونية.

يطبق على العقد الالكتروني القواعد العامة مع مراعاة الخصوصية الذي يتميز بها هذا التعاقد، فهو يتم بين غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزمان، طبقا (المادتين 64 و 67 ق.م) يأخذ حكم مجلس العقد الحكمي الافتراضي، حيث يتبادل المتعاقدين الإيجاب والقبول بالتحدث ورؤية بعضهما البعض عبر وسائل الاتصال في وقت واحد وتتحقق وحدة المكان افتراضيا.

المطلب الثالث: انعقاد العقد

هناك أركان ثلاثة لقيام العقد وهي؛ الرضا، المحل والسبب.

لكن قد يشترط المشرع إضافة لهذه الأركان ركن الشكلية-اتباع إجراءات معينة كتابة العقد في شكل رسمي-، وأيضا التسليم -ضرورة تسليم العين محل العقد- في العقود العينية.

الفرع الأول: الرضا أو التراضي

يقوم العقد على مبدأ أساسي وهو مبدأ الرضائية أي توافق إرادتين، ولا يكفي لإنشاء العقد وجود التراضي، وإنما يجب أيضا أن يكون هذا الأخير صحيحا خاليا من العيوب. لذلك سيتم دراسة:

أولا- وجود الرضا

يتطلب وجود التراضي:

-وجود الإرادة والتعبير عنها

- تطابق إرادتين

- وهناك صور خاصة من التراضي

1-وجود الإرادة والتعبير عنها

يقصد بوجود الإرادة سواء كان إيجابا أو قبولا، صدورها من شخص لديه إرادة ذاتية حرة يعتد بها القانون بقصد احداث أثر قانوني مثلا إبرام عقد البيع.

قد تكون الإرادة موجودة ولا تنتج أثرها، في حالة عدم جديتها، كإرادة الشخص الهازل والمجال فلا ينعقد العقد إذ لا يكون ملتزما من الناحية القانونية. كذلك في حالة انعدام الإرادة بشأن الشخص السكران وفاقد التمييز كالطفل والمجنون.

وبشأن ذلك سيتم، بيان طرق التعبير ووقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره.

أ- طرق التعبير عن الإرادة

تنص المادة 60 ق.م على حرية التعبير أي أن القانون لا يستلزم أن يكون التعبير بطريقة معينة تطبيقا لمبدأ الرضائية في العقود باستثناء الحالات التي فرض فيها شكلا معيناً (المادة 883 عقد الرهن الرسمي مثلاً).

ويستشف من هذه المادة أن التعبير قد يكون صريحا أو ضمنيا.

-التعبير الصريح: هو التعبير الذي يدل بذاته وبطريقة مباشرة عن إرادة صاحبه بكل وضوح مهما كانت طريقة التعبير، إما باللفظ، الكتابة، الإشارة، أو اتخاذ موقف معين لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته، كوقوف سيارات الأجرة في موقف السيارات، عرض التاجر بضاعته في واجهة المحلات مع بيان الثمن.

-التعبير الضمني: هو تعبير يدل بطريقة غير مباشرة عن إرادة صاحبه، ويتم الكشف عنه من أفعال صاحبه، مثلاً تخلي الدائن المرتهن باختياره عن الشيء المرهون، يعتبر ذلك تنازلاً ضمناً عن الرهن (المادة 965 ق.م)؛ تصرف المشتري في المبيع بعد استلامه، قبل أن يعبر عن إرادته الشراء من مالكة.

=هل لمهما نفس القيمة القانونية أي يرتبان نفس الأثر بحيث ينبرم بهما العقد؟

طبقاً للمادة 60 ق.م يستوي أن يكون التعبير صريحا أو ضمنيا أي لهما نفس القيمة القانونية، إلا في الحالات التي ينص فيها القانون التعبير الصريح مثلاً المادة 574 تشترط الوكالة خاصة أي الصريحة والمكتوبة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة؛ أو في حالة اتفاق المتعاقدان على أن يكون التعبير صريحا (60/ف2 ق.م).

-مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة: الأصل أن السكوت هو موقف سلبي أو عدم ومن ثم لا يصلح كقاعدة عامة طريقا للتعبير عن الإرادة طبقا لقاعدة " لا ينسب للسكوت قول".
الايجاب هو عرض يتقدم به أحد الطرفان للآخر ومن ثم لا يتصور أن يكون السكوت تعبيرا عن الايجاب.

أما بشأن القبول فتطبق أيضا قاعدة أن السكوت لا يصلح للتعبير عن الإرادة، إلا أنه يرد استثناءات بشأن ذلك، حيث يعتبر السكوت قبولا ايجابيا في حالتين:

=إقرار القانون: سواء كان مصدره التشريع أو العرف، مثلا المادة 355 ق.م بشأن البيع بالتجربة.

=السكوت الملابس: هو السكوت الذي يقترن بظروف وملابس ترجح أنه قبول للإيجاب، وقد أشار اليه القانون المدني الجزائري في المادة 68 ق.م، والتي نصت على حالات جاءت على سبيل المثال:

-إذا كانت طبيعة المعاملة تقضي باعتبار السكوت متضمنا للقبول، وفقا للظروف والملابس المحيطة بالسكوت. مثلا إذا أرسل تاجر بضاعة لمن طلبها، ووضع في الفاتورة شروطا جديدة ولم يبادر المرسل إليه برفضها، فسكوت هذا الخير يعتبر قبولا.

-إذا كان العرف التجاري يقضي بأن سكوت الطرف الآخر دليل على رضائه إذا لم يرد في الوقت المناسب.

-إذا وجد تعامل سابق بين المتعاقدين، يعتبر السكوت قبولا بالنسبة لمن وجه إليه.

- إذا كان الايجاب لمصلحة من وجه إليه أي يحقق له منفعة مادية أو معنوية، مثلا عرض هبة على الموهوب له وسكت، فذلك يعتبر قبولا للهبة (206ق.أ).

ب-العلاقة بين الإرادة والتعبير عنها

إذا اتفق التعبير عن الإرادة مع ما أراده المتعاقد حقيقة، فلا إشكال، لكن قد تنور الاشكال في حالة إذا اختلفت الإرادة الباطنة عن الظاهرة. فهل يستمد العقد قوته الملزمة من الإرادة الباطنة (الحقيقية) أم الظاهرة وهي التعبير الخارجي؟ أو بأي الارادتين يعتد الإرادة الظاهرة أم الباطنة؟

هرت نظريتان، نظرية الإرادة الباطنة أم الظاهرة؟

=نظرية الإرادة الباطنة أو الحقيقية: مستمدة من مبدأ سلطان الإرادة من وضع المدرسة

الفرنسية، فإذا اختلف التعبير عن الإرادة الباطنة، وجب استبعاد التعبير ولا ينعقد العقد إلا بالإرادة الحقيقية، وعليه التعبير قرينة بسيطة يمكن اثبات عكسها.

أهم النتائج المترتبة عليها:

-عبارات العقد لا تلزم القاضي وعليه البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين.

-يعتد بالغلط كعيب من عيوب الإرادة ومن يبطل العقد.

-إذا فقد المتعاقد إرادته أو توفي فلا ينعقد العقد

-السبب في التصرف القانوني هو الدافع للتعاقد.

=نظرية الإرادة الظاهرة أو المعلنة:

ترجع إلى المدرسة الألمانية، واعتبروا أن الإرادة هي التي تلك المعبر عنها حتى لو كانت ير

مطابقة للإرادة الباطنة، انطلاقا من أن القانون يأخذ بالمظاهر الاجتماعية لا النفسية.

يترتب على الأخذ بها:

-لا يعتد بالغلط كعيب من عيوب الإرادة

-لا أثر للوفاة على صلاحية تعبير المتعاقد عن إرادته قبل وفاته، حيث يترتب أثره وقت اتصاله بعلم من وجه إليه.

-يلتزم القاضي بالعبارات الواضحة للعقد دون البحث في النية المشتركة.

أما موقف المشرع الجزائري، فيتضح من استقراء نصوص القانون المدني، أنه يأخذ بالإرادة

الباطنة أساسا -المواد 59 جاء مصطلح التعبير وليس تعبيرين أي ليست العبرة بالتعبير، لأخذ بالغلط

عيبا من عيوب الإرادة، 97 اشترط مشروعية السبب ما يقتضي البحث عن الدافع للتعاقد، 111/2ف

يلتزم القاضي بالبحث عن النية المشتركة عند تأويله للعبارات الغامضة للعقد).

كما أشارت المواد 59، 60، 61 إلى التعبير عن الإرادة الذي يقصد به صراحة الإرادة الظاهرة التي أخذ بها استقرارا للمعاملات، أيضا المادة 62 ترتب آثارا للتعبير عن الإرادة الصادرة من شخص فقد أهليته أو توفي متى وصل التعبير إلى علم من وجه إليه، المادة 111/ف1 تلزم القاضي بعبارات العقد الواضحة.

ج-الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره:

يتضح من المادة 61 ق.م، أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ونظرا أن العلم أمر صعب الإثبات، فقد جعل الشرع وصول التعبير إلى من وجه إليه قرينة على العلم به، إلا أنه قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس.

كما يشترط ان تكون نية صاحب التعبير توجيه إرادته إلى الطرف الآخر، فلا يكفي وصول التعبير إليه والعلم به. مثلا، إذا حرر شخصا رسالة ثم لم يرسلها، وقام شخص آخر بإرسالها فلا يعتد بهذا التعبير في حالة العلم به من الطرف المعني بالأمر.

للتعبير عن الإرادة وجود فعلي يتحقق بمجرد صدور التعبير ووجود قانوني يتحقق عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه. إذا كان الطرفان في مجلس واحد أو باتصال عن طريق الهاتف فهنا يتزامن الوجود الفعلي والقانوني؛ أما إذا تم التعبير بواسطة رسالة أو برقية فلا يتزامنان، حيث يكون وقت وصول الرسالة إلى من وجهت إليه.

2-تطابق الإرادتين

طبقا للمادة 59 ق.م توافق الارادتين أو التراضي هو اقتران الايجاب بقبول مطابق له.

أ-الايجاب

طبقا للمادتين 54 و59 ق.م، هو العرض الصادر من شخص يعبر بوجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد.

أو هو دعوة موجهة إلى الجمهور، كالإعلان عن البضائع بأسعارها في واجهة المحلات، وأيضا الوسائل الالكترونية.

هناك فرق بين الايجاب والدعوة للتعاقد الذي هو مرحلة سابقة على الايجاب وتمهيدا للتعاقد ودعوة للتفاوض، حيث لا يتم فيها التعبير عن الإرادة على وجه جازم ونهائي كما لا يتضمن المسائل الجوهرية للعقد.

=شروط الايجاب

هناك شروط واجب توافرها:

- أن يكون جازما (باتا ونهائيا)، أي أن تكون نية الموجب قاطعة في ابرام العقد إذا ما اقترن بها قبول.
- أن يكون كاملا، أي يتوافر على العناصر الرئيسية للعقد المراد ابرامه، مثلا عقد البيع لا يعتبر العرض إيجابا إلا إذا عين فيه على الأقل الشيء المبيع والثلث تعينا كافيا.

=الايجاب الملزم

الأصل أن الموجب لا يلتزم بالبقاء على ايجابه وله أن يعدل عنه في الوقت المناسب طالما لم يقترن به القبول، استثناء يكون الايجاب ملزما:

- إذا جمع المتعاقدان مجلسا واحدا، يظل الايجاب ملزما إلى أن ينفض مجلس العقد.
- إذا اقترن الايجاب بمدة محددة صراحة أو ضميا يكون قد ألزم نفسه بإرادته المنفردة، ويبقى ملتزما قانونا إلى انقضاء المدة (المادة 63 ق.م).
- إذا اقترن به القبول قبل الرجوع عن ايجابه.
- إذا علق الايجاب على شرط وتحقق الشرط. (واقف)

=سقوط الايجاب:

- إذا رجع الموجب عن ايجابه قبل أن يقترن به القبول.
- إذا رفضه القبول، أو صدر القبول معدلا للإيجاب يتحول إلى ايجاب جديد (المادة 66 ق.م).
- إذا انفض مجلس العقد قبل اعلان القبول.
- إذا انقضت المدة المحددة سقط الايجاب.

ب-القبول

هو التعبير البات والنهائي عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، فهو الإرادة الثانية في العقد. طبقا لمبدأ حرية التعاقد، للقبول الحرية في قبول الإيجاب أو رفضه، فإذا صادف الإيجاب قبولاً مطابقاً انعقد العقد ويلتزم الطرفان، أما إذا رفضه حال ذلك دون إبرام العقد.

=شروط القبول:

-أن يكون تعبيراً باتاً وجازماً.

-أن يكون مطابقاً للقبول، أي صدور القبول بالموافقة على كل المسائل التي يتضمنها القبول سواء كانت جوهرية أو ثانوية. الأصل أنه يكفي تطابق الإيجاب والقبول حول المسائل الجوهرية للعقد، ما لم يشترط أن لا ينعقد إلا بالاتفاق على المسائل الثانوية، وفي حالة الخلاف للقاضي الموضوع سلطة تقديرية للفصل بين المسائل الرئيسية والثانوية وله الاستعانة بالمعايير الواردة في المادة 65 ق.م.

إذا عدّل القبول من الإيجاب بالزيادة أو النقصان تحول إلى إيجاب جديد يحتاج لقبول الموجب الأول لانعقاد العقد (66ق.م).

-أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب.

ج-التعاقد بين الحاضرين والغائبين

=التعاقد بين الحاضرين

يكون التعاقد كذلك إذا جمع المتعاقدان مجلساً واحداً، أي يجمعهما مكان وزمان واحد.

وطبقاً للمادة 64/ف1 يأخذ التعاقد عن طريق الهاتف أو بأي طريق مماثل كوسائل الاتصال الإلكترونية حكم التعاقد بين الحاضرين ويسمى التعاقد بين الحاضرين حكماً لا حقيقة، حيث يوجد المتعاقدان في مكانين مختلفين في حين يتبدلان التعبير عن إرادة في زمان واحد.

الأصل أن يصدر القبول فور صدور الإيجاب مالم يحدد الموجب أجلاً للقبول وإلا كان للموجب العدول عن إيجابه والتعديل منه (المادة 64/ف2).

إذا بقي الموجب على ايجابه وصدر القبول قبل أن ينفذ مجلس العقد، فإن العقد يتم قانونا. وينفذ المجلس إما برجع الموجب عن ايجابه أو برفض القبول أو بالحديث في موضوع آخر.

=التعاقد بين الغائبين

يعد تعاقدًا بين الغائبين إذا كان المتعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد حقيقة أو حكما، فلا يكون بين المتعاقدان اتصالا مباشرا ولا يجمعهما مكان ولا زمان واحد، إذ تمر فترة بين صدور التعبير عن الإرادة والعلم بها سواء كان إيجابا أو قبولا.

ما يطرح مشكلة تحديد مكان وزمان انعقاد العقد، وقد ظهرت نظريات عديدة بشأن ذلك، أما المشرع الجزائري وطبقا للمادة 67 ق.م فيعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في الزمان والمكان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد نص في القانون أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

3- صور خاصة للتراضي (النيابة في التعاقد)

الأصل أن يبرم المتعاقد العقد بنفسه ولحسابه، ولكن هناك اشخاص لا يستطيعون مباشرة التصرفات القانونية بأنفسهم، مثلا، الأشخاص الاعتبارية، فاقد الأهلية، او اشخاص ليس لديهم الخبرة أو ظروف خاصة تمنعهم من مباشرة التصرفات بأنفسهم، لذلك ينوب عنهم شخص آخر في ابرامها.

أ-تعريف النيابة في التعاقد

طبقا للمادة 73 ق.م، النيابة هي ابرام شخص يسمى النائب Le représentant عملا قانونيا باسم ولحساب شخص آخر وباسمه يسمى الأصيل Le représenté، حيث تنصرف آثار التصرف القانوني مباشرة إلى ذمة الأصيل ومن تم إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل في ابرامه.

ب-أنواع النيابة

تنقسم بحسب مصدرها إلى:

-**النيابة القانونية:** مصدرها النصوص القانونية، حيث يستمد النائب سلطته في التعاقد من القانون مباشرة، مثل، الولي، الوصي، القيم.

-**النيابة القضائية:** مصدرها حكم القاضي، حيث يعهد القانون للقاضي تعيين النائب كما في حالة الوصي، القيم، الحرس القضائي، وكيل الغائب والمفقود.

-**النيابة الاتفاقية:** ومردّها الاتفاق الذي يكون بين النائب والأصيل، حيث يستمد النائب سلطته في ابرام التصرف القانوني من إرادة الأصيل، مثلاً، عقد الوكالة (571-589 ق.م).

ج-شروط النيابة

-**حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل:** يعبر النائب عن إرادته هو عند التعاقد لا عن إرادة الأصيل، هذا ما يميز النائب عن الرسول الذي يقتصر دوره في النقل المادي للتعبير عن إرادة أحد المتعاقدين للآخر.

بما أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل، تكون العبرة بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل من حيث عيوب الإرادة وأثر العلم أو الجهل ببعض الظروف المتصلة بالعقد. (1/73 ق.م)، مثلاً إذا وقع النائب في غلط فيكون العقد قابلاً للإبطال دون أن يشترط وقع الأصيل في ذلك. لكن يجب النظر على إرادة الأصيل في الحدود التي تشترك فيها مع إرادة النائب في ابرام التصرف بالنسبة لعيوب الإرادة والجهل والجهل في حالة النيابة الاتفاقية (2/73 ق.م).

-**أن يكون التعاقد باسم الأصيل ولحسابه:** الأصل أن تنصرف آثار التصرف القانوني الذي يبرمه النائب إلى ذمة الأصيل مباشرة لا إلى ذمة النائب، لذلك لا بد على النائب إعلام المتعاقد معه بأنه يتعاقد بالنيابة، وإذا لم يفعل واعتقد هذا الأخير أنه أصيل عن نفسه لا نائباً فلا ينعقد العقد لعدم توافق الإرادتين.

واستثناء من ذلك تنصرف آثار العقد إلى ذمة الأصيل بالرغم من عدم الاعلام طبق للمادة 75 ق.م في حالتين:

=إذا كانت ظروف الحال تفترض حتماً علم المتعاقد الآخر بوجود النيابة. مثلاً، المشتري لسلعة من المحلات الكبرى يفترض علمه بأنه يتعامل مع صاحب المحل أي الأصيل لا مع المستخدم.
= إذا كان يستوي عند المتعاقد معه التعامل مع الأصيل أو النائب.

ج-عدم تجاوز النائب حدود النيابة

يجب أن يلتزم النائب حدود النيابة، فإذا تجاوزها لا تنصرف آثار التصرف إلى ذمة الأصيل، ولا يكون أما المتعاقد معه إلا الرجوع على النائب بالتعويض في حالة الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

وهناك حالات استثنائية:

-اعتقاد الغير وبحسن نية بسبب خطأ الأصيل وإهماله أن تصرف النائب كان في حدود النيابة.

-إذا كان النائب والمتعاقد معه يجهلان وقت التصرف انقضاء النيابة المادة 76 ق.م.

-الاجازة أو الموافقة اللاحقة من الأصيل لتصرف النائب المادة 77 ق.م.

-إذا تعذر على النائب اخطار الأصيل بأنه تجاوز حدود النيابة ويغلب الظن بأن الأصيل ما كان

ليرفض التصرف الذي يعود بالنفع المؤكد عليه، بشرط أن يخبر الأصيل حالا بتجاوز حدود النيابة (المادة 575 ق.م).

د-آثار النيابة

-بالنسبة للأصيل: تنصرف آثار التعاقد المبرم من حقوق والتزامات للأصيل مباشرة دون المرور

إلى ذمة النائب إذا تصرف هذا الأخير في حدود النيابة طبقا للمادة 74 ق.م؛ ومن ثم يكون الأصيل هو طرف العقد لا النائب.

-بالنسبة للمتعاقد معه: تنشأ علاقة مباشرة بين الأصيل والمتعاقد معه بعد إبرام التصرف من

طرف النائب، حيث يترتب حقوق والتزامات في ذمة كل منهما.

وتجدر الإشارة أن المتعاقد معه لا يملك الرجوع على النائب عند عدم تنفيذ الأصيل لالتزاماته

إلا إذا كان النائب قد كفل الأصيل فيرجع عليه بصفته كفيلا.

-بالنسبة للنائب: ويعتبر النائب بشأن آثار التصرف من الغير، فلا يكسب حقا ولا يتحمل

التزاما.

ه-تعاقد الشخص مع نفسه: يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتين، الحالة الأولى أن يبرم

التصرف بصفته أصيلا عن نفسه ونائبا عن غيره كمن يشتري لنفسه ما وكل لبيعه؛ أما الثانية أن يبرم

الشخص تصرفا باعتباره نائبا عن المتعاقدين كأن يشتري بيتا لمن وكله لبيعه لشخص آخر وكله لشرائه.

طبقا للمادة 77 ق.م لا يجوز تعاقد الشخص أو النائب مع نفسه إلا في حالات استثنائية:

-ترخيص الأصيل بذلك.

- الإجازة اللاحقة من الأصيل.

-إذا وجد نص قانوني صريح يجيز ذلك، مثلا المواد 87-90 ق.أ تجيز تعاقد الأب مع نفسه باسم القاصر سواء لنفسه أو لحساب شخص آخر.

-إذا اقتضت قواعد التجارة ذلك مثلا الوكيل بالعمولة الذي يعد وكيلا عن البائع والمشتري مقابل عمولة معينة.

ثانيا- صحة التراضي

يشترط لصحة التراضي أن يكون صادرا من شخص ذي أهلية قانونية وأن تكون إرادته سليمة من العيوب.

1-الأهلية

تنقسم الأهلية إلى أهلية الوجوب وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق، وأهلية الأداء وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات وهي التي تؤهله لمباشرة التصرفات القانونية.

ترتبط أهلية الأداء بالإرادة، فتكون كاملة لمن بلغ سن الرشد 19 سنة كاملة طبقا للمادة 40 ق.م.

أما إذا انعدمت الإرادة، فتكون الأهلية عديمة ما يسمى عديم التمييز (وهو كل شخص لم يبلغ سن التمييز 13 سنة طبقا للمادة 42 ق.م، ويأخذ حكمه المجنون والمعتوه)، وتكن كل تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا. (المادتين 42 ق.م و82 ق.أ)

وتكون أهلية الأداء ناقصة لمن بلغ سن التمييز ومن بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، وتكون تصرفاته الضارة ضررا محضا باطلة، أم النافعة نفعا محضا صحيحة كقبول الهبة، أما الدائرة بين النفع والضرر أي التي تحتل الربح والخسارة كالبيع، فطبق للمادة 101 ق.م تعتبر تصرفاته قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية بعد بلوغ سن الرشد (أي أنها صحيحة ومرتبنة لآثارها). أما

المادة 83 ق.أ فاعتبرتها موقوفة النفاذ أو السريان أي يتوقف نفاذ آثارها على إقرار الولي أو ناقص الأهلية.

2-عيوب الإرادة

حصر المشرع الجزائري عيوب الإرادة في أربعة، الغلط، التدليس، الاكراه والاستغلال (المواد 81-91 ق.م)، ويجوز لمن مست إرادته أحدها الحق في ابطال العقد.

-الغلط

=تعريفه: هو وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له أمرا على غير حقيقته، إما أن يكون واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها، وإما واقعة غير صحيحة يتوهم صحتها.

=أقسام الغلط: يقسم الفقه التقليدي الغلط إلى ثلاثة أنواع:

✓ غلط غير مؤثر في الرضا، وهو غلط يقع فيه الشخص لكن العقد يبقى صحيحا، مثلا الغلط في صفة غير أساسية في الشيء محل العقد(مثلا نوع ورق الكتاب (المشتري)؛ الغلط في شخصية المتعاقد أو في صفة من صفاته إذا لم تكن محل اعتبار في العقد.

✓ الغلط المانع: هو الغلط الذي يحول دون انعقاد العقد، فهو يعدم الإرادة لأنه يؤدي إلى فقدان ركن من أركان العقد، مثلا الغلط في الطبيعة القانونية للتصرف، مثلا تسليم مبلغ من المال على أنه وديعة ويأخذه الآخر على أنه قرض.

✓ الغلط المؤثر في صحة الرضا: أو الغلط المعيب، فهو الذي يعيب الإرادة ويؤدي إلى قابلية العقد للإبطال ويترتب عليه البطلان النسبي.

لم يعتد المشرع بهذا التقسيم، واكتفى في المواد 81-85 بمعالجة الغلط الجوهري المعيب للإرادة.

=شروط التمسك بالغلط:

✓ أن يكون الغلط جوهريا، طبقا للمادة 82 ق.م يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجساماة (وهو الذي يبلغ درجة من الخطورة والأهمية تستدعي تدخل القانون لحماية الضحية)، ويكون هو السبب الرئيسي الدافع للتعاقد.

وقد اكتفى المشرع بإعطاء أمثلة لحالات الغلط الجوهري:

الغلط في صفة الشيء الجوهرية، شراء قطعة أرض لبناء مصنع ثم يتبين أن السلطات الإدارية تمنع إقامة المصانع في هذه المنطقة.

الغلط في الشخص المتعاقد أو صفة من صفاته: تكون غالبا في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، مثلا العقود المبرمة مع أصحاب المهن الحرة والفنانين وعقد الوكالة حيث تكون شخصية هؤلاء محل اعتبار.

✓ أن يكون دافعا للتعاقد: وهو التوهم الذي يدفع المتعاقد لقبول التعاقد فلولاها لما تم التعاقد.

✓ اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر:

لم يرد هذا الشرط صراحة في القانون المدني لكن يمكن استخلاصه من المادة 82 ق.م، حيث لا يجوز ابطال العقد لغلط جوهري إلا إذا اتصل بالمتعاقد الآخر أو على الأقل كان عالما به، ويفترض هنا حالتين:

- حالة الغلط المشترك حيث أن كل من المتعاقدين وقع في غلط، ويكون المتعاقد الآخر إما حسن النية (بينت حكمها المادة 85 ق.م، حيث لا يجوز للمتعاقد الواقع في غلط التمسك بطلب الابطال إذا أبدى الطرف الآخر استعدادا للتنفيذ بما يزيل الغلط)، وإما سيء النية ويكون الابطال جزاء ذلك.

- والحالة الثانية إذا كان الغلط فرديا يعلمه المتعاقد الآخر أو من السهل عليه تبينه فيكون الجزاء الابطال.

-التدليس

=تعريفه

هو استخدام وسائل احتيالية من شأنها أن تدفع الطرف الآخر للتعاقد، مثلاً تغيير عداد السيارة لتغليط المشتري أنها لم تقطع إلا مسافة قليلة. ويقترب التدليس من الغلط فهذا الخير وهم تلقائي، والتدليس وهم بفعل الشخص المتعاقد ويسمي التغليط.

وتجب الإشارة، أن اثبات التدليس أسهل من الغلط، كما أن جزاء هذا الأخير الإبطال أما التدليس فجزاءه الإبطال والتعويض.

= شروط التدليس

طبقاً للمادة 86 ق.م فإن شروط التدليس هي:

✓ توافر عناصر التدليس: هناك عنصران

العنصر المادي: ويتمثل في استعمال الطرق الاحتيالية، ومن أهمها التغير لإخفاء حقيقة ما، الغش والخداع.

والسكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة يعتبر من الوسائل المادية الاحتيالية إذا كانت مؤثرة حيث أن عدم تبصير وتنوير إرادة المتعاقد الآخر أثناء تكوين العقد يعتبر تدليساً خاصة إذا لم يكن بإمكانه العلم بهذه الواقعة من الغير.

العنصر المعنوي: ويقصد بها نية التضليل، فلا بد من وجود هذه الأخيرة لدى المدلس لأن التدليس خطأ عمدي.

إذا انتفى قصد التضليل فلا يعد تدليساً، مثلاً قيام التجار بعرض سلعهم بأحسن صورة والمبالغة في ذلك فالقصد هنا هو الترويج وجذب المستهلك.

✓ أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد

والمقصود من ذلك أن المتعاقد ما كان ليرتضي إبرام العقد لولا تضليله باستعمال الأساليب الاحتيالية. طبقاً للمادة 86/ ف1 ق.م لا بد أن تبلغ الطرق الاحتيالية حداً من الجسامية بحيث تضليل المتعاقد وتدفعه إلى التعاقد، ويتم تقدير جسامتها حسب المعيار الشخصي، إذ أن هناك أشخاصاً يصعب خداعهم في حين يسهل ذلك بشأن بعضهم.

✓ اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر

لابد أن تصدر الطرق الاحتيالية من المتعاقد أو نائبه للتمسك بإبطال العقد، أما إذا صدرت من الغير فلا بد أن يكون على علم بها أو من المفروض أن يعلم بها طبقا للمادة 87 ق.م. إذا توافرت شروط التدليس فيجوز للمدلس عليه التمسك بإبطال العقد والمطالبة بالتعويض باعتبار التدليس عملا غير مشروع.

-الاكراه

=تعريف الاكراه

هو ضغط أو رهبة تتأثر بها إرادة المتعاقد فتدفعه إلى التعاقد بوجه غير مشروع. هناك الإكراه المعنوي وهو الذي يعيب الإرادة أو يفسدها دون أن يعدمها، والإكراه المادي وهو الذي تستخدم فيه القوة من طرف المكره فتعدم إرادة الشخص وتجريده من كامل رضاه، ما يترتب عليه بطلان التصرف بطلانا مطلقا. مثلا أن يمسك المكره بيد شخص آخر ويطلب بصمته على عقد أو سند دين.

=شروط الاكراه

يتضح من المادتين 88 و 89 ق.م، أن شروط الاكراه:

✓ التعاقد تحت سلطان الرهبة:

طبقا للمادة 88 ق.م، أساس الاكراه هو استخدام وسائل تبعث رهبة في نفس المتعاقد تدفعه للتعاقد.

والمقصود بالرهبة البيئة الخشية من الأذى أو الخطر الذي يشترط أن يكون جسيما أي له تأثير على نفسية المتعاقد المكره يهدده هو أو أحد أقربائه في النفس أو الشرف أو المال، كما يشترط أن يكون محدقا ومعنى ذلك أن يكون الخطر حال وشيك الوقوع لأن الخطر المستقبلي يمكن تفاديه. يراعى في تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف والملابسات الأخرى التي تؤثر في جسامه الاكراه، طبقا للمادة 88/ف3 ق.م.

✓ أن يكون الاكراه هو الدافع للتعاقد

طبقا للمادة 88/ف1 لا بد أن تأثر وسيلة الاكراه في المتعاقد بحيث تبعث في نفسه الرهبة والخوف ما يدفعه للتعاقد، بحيث أن الرهبة والضغط المتولد عن الوسائل غير المشروعة للإكراه لا يترك للمكره أي اختيار بإجباره على التعاقد توكيا للضرر الذي قد يلحقه.

✓ اتصال الاكراه بالمتعاقد الآخر

يتوافر ذلك إذا صدر الاكراه من المتعاقد نفسه ومن نائبه، أما إذا وقع من الغير فيكفي إثبات أن المتعاقد كان عالما به ومن المفروض أن يعلم به طبقا للمادة 89 ق.م.

✓ أن يكون الاكراه غير مشروع

يؤخذ بعين الاعتبار مدى مشروعية الوسائل المستعملة والغاية أو الهدف الذي يرمي إليه التعاقد.

=الاكراه والنفوذ الأدبي

هناك صور كثيرة للنفوذ الأدبي أو الشوكة مثل نفوذ الأب على ابنه، الزوجة على زوجها المسن، الرئيس على مرؤوسه وغيرها. الأصل أن النفوذ الأدبي لا يعتبر إكراها إلا إذا كان هدفه غير مشروع. إذا توافرت الشروط القانونية للإكراه وتم اثباته (323 ق.م)، يكون للمتعاقد المكره التمسك بإبطال العقد وأيضا المطالبة بالتعويض إذا اثبت الضرر لأن الاكراه عمل غير مشروع.

-الاستغلال والغبن

= تعريف الغبن والاستغلال

الغبن هو عدم التعادل بين ما يأخذه أحد المتعاقدين وما يعطيه أو هو الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين ولا يكون إلا في عقود المعاوضة.

أما الاستغلال فهو أمر نفسي، وهو انتهاز أحد المتعاقدين لحالة الضعف لدى المتعاقد الآخر لإبرام تصرف فيه تفاوت كبير غير مألوف في المنفعة أو غبن فاحش.

تطور الغبن من نظرية مادية إلى نظرية نفسية للاستغلال، وهناك اختلاف بينهما، يقع هذا الأخير في جميع التصرفات وإلى جانب عدم التعادل المادي لا بد من توافر عنصر نفسي وهو استغلال ضعف في نفس المتعاقد الآخر، أما الغبن فلا يكون إلا في عقود المعاوضة والمعيار هنا مادي.

وطبقا للمادة 90 ق.م أخذ المشرع الجزائري بالاستغلال عيبا من عيوب الإرادة كما نص على عدم الاخلال بالأحكام الخاصة للغبن في بعض العقود مثلا الغبن في بيع العقار (المادتين 358-359 ق.م) حيث يكون للمتعاقد المغبون رفع دعوى تكملة الثمن لا المطالبة بإبطال العقد، والقسمة بغبن بما يزيد عن الخمس (732 ق.م).

=عناصر الاستغلال

طبقا للمادة 90 ق.م يشترط لقيام الاستغلال عنصرين:

✓ العنصر المادي:

وهو عدم التعادل أو عدم التكافؤ بين الالتزامات المتقابلة في العقد، وبعبارة أخرى أن تكون التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة، أي اختلال شديد بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه. لم يحدد المشرع نسبة التفاوت أو الغبن الفادح، وبذلك ترك تقديرها لقاضي الموضوع وفقا للظروف الحال، بشرط أن يكون الفارق فادحا جسيما وأن يعتد بقيمة الشيء وقت التعاقد، دون الخضوع لرقابة المحكمة العليا.

✓ العنصر المعنوي أو النفسي:

هو أن يقع المتعاقد ضحية استغلال لطيش بين أو هوى جامع. أما الطيش البين فهم عدم الخبرة بالأمر أو الخفة الزائدة أو التسرع والتهور بسبب عدم التبصر والنزوة العاجلة العابرة ولا بد أن يكون الطيش واضحا وظاهرا. أما الهوى الجامع فهو الولع والرغبة الشديدة والشهوة الجامحة تتملك الشخص ولا يستطيع كبحها مما يدفعه إلى التصرف عاطفيا دون إرادة حكيمة على تصرف معين. مثلا أن تستغل زوجة في مقتبل العمر دلالها على زوجها الشيخ ما يؤدي إلى أن يهبها أموالا.

=جزاء الاستغلال

إذا توافرت عناصر الاستغلال فإن للمتعاقد المغبون الخيار بين التمسك بإبطال العقد أو دعوى إنقاص الالتزامات إذا عرض القاضي ما يراه كافيا لرفع الغبن عنه بشأن عقود المعاوضة.

وقد أورد المشرع مصطلح الغبن في المادة 90 ق.م لذلك هناك من يفضل استعمال مصطلح الغبن الاستغلالي.

الفرع الثاني: المحل

هو ركن في العقد كما أنه ركن في الالتزام، وهو الأداء الذي يلتزم به المدين اتجاه الدائن وهو إما إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل (المادة 54 ق.م)

أولا- شروط المحل

1- أن يكون المحل موجودا وممكنا

لابد أن يكون محل الالتزام موجودا قبل نشوء الالتزام أو أثناءه لانعقاد العقد، ويرجع عدم وجوده إلى انعدامه- الشيء محل الالتزام غير موجود أصلا ولن يوجد في المستقبل- أو هلاكه -إذا هلك الشيء قبل انعقاد العقد أو أثناءه يكون المحل غير موجود؛ أما إذا هلك بعد انعقاده فينشأ العقد صحيحا وهنا يسقط العقد ولا يكون باطلا-.

وقد أجاز المشرع طبقا للمادة 92 ق.م أن يكون المحل شيئا مستقبلا بشرط أن يكون محققا مثلا، بيع العقار بناء على التصاميم.

القاعدة العامة أنه يجوز التعامل في الأشياء المستقبلية طبقا لقانون المدني، لكن أورد استثناءات بشأن بعض التصرفات كالتعامل في تركة لسان على قيد الحياة طبقا للمادة 92/ف2 ق.م واعتبره تصرفا باطلا ولو برضاه.

ولابد أن يكون المحل ممكنا أي غير مستحيل وإلا كان العقد باطلا طبقا للمادة 93 ق.م، ولا تمنع الاستحالة النسبية من انعقاد العقد (سبب الاستحالة اعتبارات شخصية كمرض المدين أو نقص في خبرته أو مهاراته)، أما الاستحالة المطلقة فتمنع قيام العقد (مادية، طبيعية، قانونية).

2- أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعين

إن تعيين المحل أمر ضروري وطبيعي لوجود الالتزام، وإذا كان تعيينه أمر لا بد منه تحت طائلة البطلان إلا أنه يكفي أن يكون قابلا للتعين بالنسبة للأشياء المستقبلية.

إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء أن نقل ملكيته، فنميز بين الأشياء القيمة التي يجب تعيينها بذاتها كالأشياء الأثرية، أما الأشياء المثلثة وهي ما يمكن أن يقوم بعضها مكان بعض فوجب تعيينها بجنسها ونوعها ومقدارها مثلا القمح هناك القمح اللين والصلب؛ وطبقا للمادة 94/ف2 يعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا في حالة عدم تعيين نوع ومقدار الأشياء المثلثة.

يكفي تعيين المحل بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يمكن من تعيين أو تحديد مقداره فيما بعد، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته، فيمكن تحديدها بناء على العرف وظروف التعامل، وإذا تعذر ذلك التزام المدين بتسليم شيء من صنف متوسط.

وطبقا للمادة 95 ق.م إذا كان الشيء محل الالتزام نقودا، يلتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد بغض النظر عن ارتفاع قيمتها أو انخفاضها وقت الوفاء.

أما إذا كان المحل القيام بعمل أو الامتناع عنه يجب تعيين طبيعته ومداه أو أن يكون قابلا للتعيين.

3- أن يكون المحل مشروعا وقابلا للتعامل فيه

طبقا للمادة 96 ق.م يجب أن يكون المحل مشروعا أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة إلا اعتبر العقد باطلا؛ ويعتبر المحل غير مشروع ويطل العقد إذا انصب على شيء غير قابل للتعامل أو خارج من دائرة التعامل فيه ويمكن أن يعود ذلك إما لطبيعة الشيء في حد ذاته أو لحكم نص قانوني.

الفرع الثالث: السبب

أولا- تعريفه

يعتبر السبب ركنا في العقد كما في الالتزام، وهناك نظريتان تناولت فكرة السبب:

1- النظرية التقليدية:

والمقصود بالسبب حسب هذه النظرية هو الغرض المباشر الذي يسعى المتعاقد لتحقيقه من التزامه، ويسمى السبب القصدي الموجود داخل العقد، مثلا في عقد البيع سبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه هو الحصول على الثمن.

2- النظرية الحديثة:

السبب هو الغرض غير المباشر الدافع للتعاقد يتم الكشف عنه خارج العقد، وهو سبب شخصي يختلف من شخص لآخر ومن عقد لآخر، ويشترط فيه أن يكون مشروعاً وإلا كان العقد باطلاً.

مثلاً، إذا قام شخص بإيجار منزل لآخر بغية ممارسة الدعارة وقام بدفع ثمن الإيجار، فهنا السبب أو الغرض المباشر من تحمل التزامه هو استغلال المنزل مدة الإيجار وهو سبب مشروع حسب النظرية التقليدية؛ وبالمبحث عن الغرض غير المباشر الذي يستهدفه المستأجر هو ممارسة الدعارة وهو غرض غير مشروع ويقع العقد باطلاً.

ثانياً- شروط السبب

1- أن يكون السبب موجوداً:

طبقاً للمادة 98 ق.م لا بد أن يكون السبب موجوداً كركن لصحة العقد ولو لم يذكر فيه، وقد اعتبر المشرع أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل بخلاف ذلك.

2- أن يكون السبب مشروعاً:

طبقاً للمادة 97 ق.م اشترط المشرع في السبب الباعث الدافع للتعاقد، أن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا اعتبر العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

والسبب كركن في العقد إنما هو الباعث الدافع الحقيقي للتعاقد، ويشترط فيه صراحة أن يكون مشروعاً حتى يتم إثبات العكس.

3- إثبات السبب

أقام المشرع قرينة بسيطة لفائدة الدائن حسب المادة 98 ق.م، إذ افترض أن لكل التزام أو عقد سبباً مشروعاً وحقيقياً ولو لم يذكر فيه، وكل من يدعي خلاف ذلك أي صورية السبب عليه الإثبات.

وتتحقق صورية السبب عندما يقوم المتعاقدين بإخفاء السبب الحقيقي أو عند عدم ذكره.

المطلب الرابع: جزاء تخلف أركان العقد

كما أشرنا سابقا، يشترط لقيام العقد أركان، التراضي والمحل والسبب إضافة لركن الشكلية بشأن العقود الشكلية والتسليم بشأن العقود العينية، إضافة لشروط صحة العقد. فإذا تخلف ذلك أو اختل ترتب عن ذلك البطلان.

البطلان هو الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو اختلال شروطه صحته.

الفرع الأول: تمييز البطلان عما يقاربه من نظم أخرى

أولا- البطلان والفسخ

العقد الباطل ينشأ منذ البداية غير صحيح لتخلف ركن من الأركان أو شروط صحته، فالعلة صاحبت إبرام العقد.

أما الفسخ هو حل الرابطة العقدية بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه، فالعقد نشأ صحيحا مستوفيا لكل أركانه وشروطه؛ ولا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للمتعاقدين أين تكون الالتزامات متقابلة مما يجيز لأحد الطرفين التمسك بالفسخ في حالة عدم تنفيذ أحدهما لالتزامه. (المادة 119-123 ق.م)

ثانيا-البطلان والعقد الموقوف أو غير النافذ

العقد الباطل إما يكون باطلا بطلانا مطلقا وهو العقد المعدوم وإما يكون قابلا للإبطال وهو عقد صحيح منتج لجميع آثاره لكنه مهدد بالزوال إذا تمسك من له مصلحة في ذلك بالبطلان.

أما العقد الموقوف هو عقد صحيح ولكن لا يسري أثره في حق الغير إلا إذا تم إقراره، مثلا بيع ملك الغير، لا ينفذ في حق المالك الحقيقي إلا إذ أقره. (397، 398 ق.م)

العقد القابل للإبطال تصححه الاجازة الصريحة أو الضمنية (100ق.م) أما العقد الموقوف فيصبح مرتبا لآثاره بإقرار الغير.

الفرع الثاني: معيار التفرقة بين البطلان المطلق والنسبي

يقسم المشرع الجزائري البطلان إلى نوعين بطلان مطلق ونسبي، فما معيار التفرقة بينهما؟

هناك معيارين:

معيار تقليدي، حيث تعتمد التفرقة على طبيعة ما تم مخالفته فيما إذا كان ركنا في العقد (بطلان مطلق) أو شرطا لصحته مثلا شروط صحة الرضا أو أن المتعاقدين ناقص الأهلية (بطلان نسبي).

معيار حديث: يرى الفقه الحديث أن أساس التفرقة بين البطلان المطلق والنسبي هو المصلحة المراد حمايتها، فإذا كانت المصلحة عامة كان الجزاء البطلان المطلق، أما إذا كان المصلحة خاصة فالجزاء هو البطلان النسبي.

الفرع لثالث: التمييز بين البطلان المطلقة والنسبي

انطلاقا من أن البطلان المطلق هو جزاء انعدام ركن من أركان العقد أو اختلاله (الرضا، المحل، السبب، الشكلية، انعدام الأهلية)، أما البطلان النسبي هو جزاء تخلف أحد شروط صحته (كنقص الأهلية، عيب من العيوب يشوب الرضا)؛ فإن هناك فوارق بينهما ويتضح ذلك من خلال:

أولا-العقد الباطل هم عقد معدوم ولا يحتاج إلى حكم قضائي لتقريره، أما العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح إلى أن يتمسك صاحب المصلحة بإبطاله، لذلك لا بد من صدور حكم من القضاء يقضي بإبطال العقد.

ثانيا-صاحب الحق في التمسك بالبطلان، يحق لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان المطلق طبقا للمادة 102 ق.م ويكون ذلك في صورة دعوى أو دفع أمام القضاء، كما يجوز للقاضي اثارته من تلقاء نفسه. أما حق التمسك بالإبطال فيكون للمتعاقد الذي تقرر لمصلحته بموجب القانون طبقا للمادة 99 ق.م.

ثالثا-إذا كان مناط حق التمسك بالبطلان المطلق **المصلحة العامة** ما يجعله يترتب بقوة القانون، فإن البطلان النسبي يتعلق **بالمصلحة الخاصة**، ولا يترتب إلا إذا تمسك به صاحب المصلحة.

رابعا-العقد الباطل بطلان مطلق لا تصححه الإجازة ولا التقادم، اما العقد القابل للإبطال فيسقط الحق في ابطاله بالإجازة والتقادم.

الفرع الرابع: الإجازة والتقادم

أولا-الإجازة

أشار إليها المشرع الجزائري في المادة 100 ق.م، وهي تصرف قانوني تتم بإرادة منفردة، تصدر ممن تقرر البطلان النسبي لمصلحته.

تتميز الإجازة عن الإقرار الذي هو أيضا تصرف قانوني يترتب نفاذ العقد في حق المقر، ولكنه يصدر من شخص خارج عن العقد وبه يضيف آثار العقد إليه.

مثلا بيع ملك الغير لا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقي إلا بإقراره (المادة 98 ق.م).

كما تختلف الإجازة عن الإقرار، فالأولى ترد على عقد قابل للإبطال وتصدر من أحد المتعاقدين أما الإقرار فيقع في عقد صحيح من طرف خارج العقد.

1-شروطها

تكون الإجازة إما صريحة أو ضمنية، ويشترط فيها:

-الإجازة تصرف قانوني بإرادة منفردة، لذلك لا بد أن يتمتع صاحبها بالأهلية ومشروعية محلها.

-ترد الإجازة على العقد القابل للإبطال وليس الباطل بطلانا مطلقا.

-لا بد ان يكون المجيز على علم بالعيب مما يؤكد التنازل عن حقه في التمسك بالإبطال.

-زوال العيب لصحة الاجازة.

2-آثارها

طبقا للمادة 100 ق.م يسقط حق المتعاقد في التمسك بالإبطال، وبذلك يسقر العقد ويصبح

غير مهدد بالزوال.

ثانيا- التقادم

التقادم هو مرور فترة زمنية محددة قانونا ما يترتب عنه اكتساب حق أو سقوطه.

طبقا للمادة 102 ق.م تسقط دعوى بطلان العقد الباطل بطلانا مطلقا، بمضي 15 سنة من

ابرام العقد، لكن الدفع ببطلان العقد لا يسقط.

أما العقد الباطل بطلانا نسبيا، فلا يجوز لمن تقرر الابطال لمصلحته رفع الدعوى بعد مضي

المدة المقررة في المادة 101 ق.م.

بشأن ناقص الأهلية تسقط الدعوى بعد مضي 5 سنوات من بلوغ سن الرشد.

أما عيوب الإرادة الأخرى فيسقط الحق في طلب الإبطال بالتقادم بشأنها، بانقضاء 5 سنوات من الكشف عن الغلط أو التدليس أو من يوم انقطاع الإكراه، وفي كل الأحوال لا يجوز التمسك بهذا الحق بمضي 10 سنوات من وقت إبرام العقد.

الفرع الخامس: آثار البطلان

هناك آثار أصلية وأخرى عرضية

أولاً-الآثار الأصلية للبطلان (زوال العقد)

رغم اختلاف العقد الباطل عن العقد القابل للبطلان، غلا أنه يترتب عليهما زوال العقد بأثر رجعي من يوم إبرامه أي يعتبر كأن لم يكن بالنسبة للمتعاقدين والغير.

1-بالنسبة للمتعاقدين

طبقاً للمادة 103 ق.م يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد سواء كان البطلان مطلقاً أو نسبياً لأي يترتب رجوع المتعاقدين للحالة السابقة على إبرام العقد.

-إذا كان العقد لم يصل لمرحلة التنفيذ، فإن المتعاقدان لن يشرعا فيه.

-أما إذا نفذ العقد كله أو جزء منه، فلا بد من إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها، وذلك برد المتعاقد لما تسلمه أو ما حصل عليه مقتضى العقد، مثلاً عقد البيع يلتزم البائع برد البائع برد الثمن والمشتري برد المبيع.

- إذا استحال ذلك بسبب هلاك الشيء مثلاً، فإذا كان شيئاً مثلياً فيكفي أن يقدم شيئاً مماثلاً له؛ أما إذا كان شيئاً قيمياً حكم القاضي برد قيمته (طبقاً للمسؤولية التقصيرية).

-قد يستحيل إعمال الأثر الرجعي بشأن العقود الزمنية مثلاً عقد الإيجار، العارية (استحالة رد المنفعة)، فهنا يحكم القاضي بتعويض عادل (103 ق.م).

-وحسب المادة 103 ق.م لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته إلا إذا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، مثلاً إذا اشترى القاصر بيتاً مما أعطاه المتعاقد الآخر وأنفق

الباقى فى اللهو، فلا يلزك إلا برد ثمن البيت والأشياء النافعة التى قام بشرائها ولا ىرد ما أنفقه فىما لا ىنفع.

-إذا كان البطلان مترتبا على عدم المشروعة فلا ىجوز للشخص سىء النية (ىعلم بسبب البطلان) من استرداد ما أداه، طبقا لقاعدة رومانية (لىس الغاش أن ىستفید من غشه). مثلا، لا ىجوز من أعطى شخصا مالا لارتكاب جريمة أن ىسترده.

2- بالنسبة للغير

ىقصد بالغير كل شخص لم ىكن طرفا فى العقد ولدىه حقوق تتأثر بصحة العقد وبطلانه (خلف خاص هو من ىخلف التعاقدان فى عین معينة أو حق عینى)، قد تثار هذه الأخيرة خاصة إذا انقضت مدة طويلة بین تاریخ العقد وتاریخ بطلانه، فبدأ العقد فى السریان وانصرفت آثاره إلى الغير.

ىطرح التساؤل عن مدى ثبوت حقوق الغير التى اكتسبها بموجب العقد؟

الأصل تطبق قاعدة البطلان بأثر رجعى، ومن تم إذا ابرم هذا الغير عقودا مع أحد طرفى العقد الباطل من المفروض أن تكون هذه العقود باطلة أيضا، ولكن لأجل استقرار المعاملات وحماية للغير حسن النية، تدخل المشرع بشأن بعض التصرفات منها:

-المادة 198 ق.م بشأن العقد الصورى -عقد غیر حقیق بین المتعاقدين ىخفى عقدا آخر- حیث أجاز المشرع للدائنین والخلف الخاص التمسك بالعقد الصورى حماية لهم.

-تقرر المادة 885 ق.م بقاء الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته لمصلحة الدائن المرتهن حسن النية.

-المادة 835 ق.م تحمى حائز المنقول حسن النية-استنادا إلى الحیازة فى المنقول سند الملكية.

ثانیا- الآثار العرضية

تعتبر هذه الآثار عرضية لأن مصدرها القانون ولىس إرادة المتعاقدين.

1-البطلان الجزئى (إنقاص العقد)

طبقا للمدة 104 ق.م، يقصد به ألا يكون العقد باطلا بأكمله أو مجمله وإنما باطلا أو قابلا للإبطال في جزء أو شرط من شروطه أي الجزء المخالف لقواعد القانون وذلك استقرار الروابط العقدية.

وتسمى أيضا نظرية إنقاص العقد أي إنقاص شقه الباطل وإبقاء العقد صحيحا بشقه الآخر.

أ-شروطها:

-أن يكون العقد باطلا في شق منه فقط.

-أن يكون العقد قابلا للانقسام.

-أن يكون الشق الباطل غير مؤثر أي ليس جزءا أو شرطا جوهريا.

ب-آثار الإنقاص

إذا تضمن العقد جزءا باطلا اقتصر البطلان عليه وحده، فإذا تم إنقاص العقد يكون الشق الباطل منعما كأنه لم يكن ولا يترتب أي أثر، أما الشق الصحيح فإنه يترتب كل آثاره القانونية.

6-تحول العقد

نص المشرع الجزائري عليها بموجب المادة 105 ق.م، ج، وحسب هذه الأخيرة إذا تضمن العقد الباطل أو القابل للإبطال، رغم بطلانه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا إذا توافرت فيه أركان عقد آخر وانصرفت نية المتعاقدين إلى هذا الأخير.

ولتحول العقد يشترط توافر جملة من شروط:

-أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال، وهذا الأخير يجب الحكم بإبطاله ليصبح باطلا.

- أن يتضمن أو يتوافر العقد الأصلي أركان عقد آخر.

- أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى العقد الآخر، مثلا، عقد البيع إذا كان باطلا لتفاهة الثمن، يمكن أن يتحول إلى عقد هبة إذا ثبت في ورقة رسمية وتوافرت نية التبرع لدى البائع.