

جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 01  
كلية الحقوق

محاضرات حول:

مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري  
" العقد " الإرادة المنفردة " الفعل المستحق للتعويض "

مخصصة لطلبة السنة الثانية حقوق. ل م و LMD

( المجموعة: أ )

إعداد الدكتور: بوكـرزازة أحمد

أسناذ محاضر فسم أ

البريد الإلكتروني: boukerzazaahmed53@gmail.com

السنة الجامعية 2022/2021

## 1- موضوع نظرية الالتزام:

موضوعها هو الحق الشخصي ويطلق عليه اسم الحق إذا نظرا إليه من ناحية الدائن، أي باعتبار وجهه الإيجابي، ويطلق عليه اسم الالتزام إذا نظر إليه من ناحية المدين أي باعتبار وجهه السلبي.

وقد تواضع رجال الفقه على دراسته بوصفه التزاما لا بوصفه حقا، فيقال نظرية الالتزام لا نظرية الحق الشخصي ، والعلة في ذلك أن الناحية الغالبة فيه هي الناحية السلبية أي الالتزام ، ولا أدل على ذلك من إمكان وجود الالتزام دون وجود دائن يعين وقت نشوئه كالوعد بجائزة أو جود الالتزام مع امتناع المطالبة بتنفيذه مثل الالتزام الطبيعي<sup>1</sup>.

وتعتبر النظرية العامة للالتزام أهم جزء في القانون المدني، كما انها تعتبر الأصل العام والقاعدة العامة التي يجب الرجوع إليها سواء تعلق الأمر بالقانون المدني أو القانون التجاري وحتى باقي القوانين.

وفي نطاق القانون المدني تطبق أحكام النظرية على كل محاور القانون المدني ولاسيما على العقود بمختلف أنواعها، ما لم يوجد نص قانوني خاص يقضي بغير ذلك، وقد تناول المشرع الجزائري نظرية الالتزام من خلال مصادرها، وأثارها، وأوصافها، ثم انتقال الالتزام، فانقضائه، وإثباته، وقد بلغت مجموع نصوص القانون اللالتزم 298 نصا قانونيا من المادة 53 إلى 350 يضاف إليها نصوص قانون الأسرة الجزائري الصادرة بتاريخ 1984/6/9 رقم 11/84.

ويرجع أصل نظرية الالتزام إلى القانون الروماني حيث يعتبر اول قانون نظم هذه النظرية من ناحية الصياغة الفنية القانونية، ثم انتقلت إلى فقهاء القانون الفرنسي القديم.

حيث بلورواها طبقا لتطور الزمن والمجتمعات، ومن أكبر الفقهاء الفرنسيين دوما Domat ثم بوتيه ponthier، ثم جاء قانون نابليون ونص عليها أخذنا عن الفقهاء السابقين، ثم استمدت قوانيننا المدنية العربية أحكام النظرية من القانون المدني الفرنسي الجديد ودعمتها بمبادئ الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>.

## 2) التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني:

يتحدد موضوع نظرية الالتزام على أساس التفرقة بين الحقين الشخص والحق العيني وتقوم التفرقة بين الحقين وفق نظرية تقليدية على أساس أن:

<sup>1</sup> - د/ أنور سلطان: مصادر الالتزام ص5.

<sup>2</sup> - د/ علي علي سليمان: مصادر الالتزام ص5.

الحق العيني / هو سلطة معينة يخولها القانون لشخص معين على شيء معين كحق الملكية، ولذا فهو يتكون من عنصرين صاحب الحق وموضوع الحق، ولصاحب الحق بمقتضى سلطته المباشرة أن يستعمل الشيء وينتفع به ويستغله ويتصرف فيه دون حاجة إلى وساطة شخص آخر .

الحق الشخصي / أو الالتزام فهو رابطة قانونية بين شخصين أو أكثر، يسمى أحدهما الدائن والآخر المدين يكون بمقتضاها للدائن مطالبة المدين بأداء معين سواء معين سواء بإعطاء شيء، أو القيام بعمل "بفعل" أو الامتناع عن العمل "عدم الفعل" وعلى ذلك يتكون الحق الشخصي من ثلاثة عناصر الدائن، المدين، ومحل الحق كحق المستأجر في الحصول على منفعة عين مؤجرة يمتلكها المؤجر .

ويتميز الحق الشخصي عن الحق العيني من خلال أوجه كثيرة أهمها:

1/ أن الحقوق العينية بنوعها الأصلية والتبعية جاءت على سبيل الحصر في القانون بخلاف الحقوق الشخصية فهي غير محصورة قانونا.

2/ أن محل الحقوق العينية بنوعها دائما شيء من الأشياء معين بالذات، بخلاف الحقوق الشخصية فمحلها دائما عمل من الاعمال "فعل" إما فعل شيء أو عدم فعل شيء أو أداء شيء من المدين إلى الدائن.

3/ أن الحقوق العينية من حيث مضمونها خصوصا الحقوق العينية التبعية، فهي تخول لصاحبها ميزة التتبع *droit de suite* ، وميزة التقدم<sup>1</sup> *droit de préférence*، بخلاف الحقوق الشخصية فهي ترد على فعل فلا يتصور فيها التتبع و التقدم، ثم أنها مضمونة الوفاء عن طريق المدين.

- بينما تقوم التفرقة بين الحقين وفق نظرية حديثة على أساس :

التقريب بين الحقين، من خلال انتفاء النظرية التقليدية، السابقة لأنها تستند في نظرهم إلى تصوير خاطئ للحق العيني، اذ هي تصوره على أنه رابطة بين الشخص والشيء في حين أن الروابط القانونية لا يمكن أن توجد إلا بين الأشخاص، ولذا يجب اعتبار الحق العيني رابطة بين اشخاص، وأنه يتكون بدوره من عناصر ثلاثة صاحب الحق "كالمالك ويمثل الدائن، والناس كافة الذين عليهم التزام باحترام حق المالك في ملكيته، ويمثلون المدين وأخيرا الشيء موضوع الحق، وأن الذي أدى إلى اختفاء عنصر المدين في الحق العيني هو طبيعة الالتزام المفروض عليه، فهو التزام سلمي مؤداه عدم التعرض لصاحب الحق العيني في حيازته للشيء على أن اختفاء هذا العنصر لا يمنع من وجوده لان به يفترق المالك عن السارق ، فالجميع مطالب باحترام حيازة المالك، ولا أحد يطالب باحترام حيازة السارق.

ومن أهم العيوب الموجهة الى النظرية الحديثة في مجال التفرقة بين الحقين هي:

1/ من المغالطات الزعم بأن النظرية التقليدية تنظر إلى الحق العيني على أساس أنه رابطة بين الشخص و الشيء، لان النظرية لم تقل بهذا بل اعتبرت الحق العيني سلطة شخص على شيء له أن يباشرها دون حاجة إلى وساطة شخص آخر.

<sup>1</sup> - د/ بلحاج العربي: التصرف القانوني : العقد والإرادة المنفردة ص 17/16.

2/ من المغالطات الزعم بانفراد الحق العيني بعنصر الواجب السلبي العام المفروض على كافة الناس بعدم التعرض لصاحب الحق، لأن الحق الشخصي كذلك يجب على كافة الناس احترامه، ومن الخطأ الكبير التركيز على العنصر السلبي العام للترقية بين الحقين، لأن الحق الشخصي سيظل دائما متميزا عن الحق العيني بوجود مدين معين يستوفي الدائن حقه بواسطته<sup>1</sup>.

### التعريف بالالتزام وخصائصه/

يتنازع تعريف الالتزام مذهبان في الفقه، المذهب الشخصي والمذهب المادي.

المذهب الشخصي: ومن أشهر فقهاء المذهب الشخصي، سافيني وبلانيول.

- فيعرف سافيني الالتزام بأنه مجرد رابطة شخصية تخضع المدين للدائن، وتشتهب سلطة الدائن على المدين ما يخوله الحق العيني لصاحبه فيستطيع الدائن للحصول على حقه من المدين في حالة امتناع الأخير عن تنفيذه، أن ينفذ على جسم المدين باسترقاقه أو إعدامه أو حتى حبسه.

-بينما يعرف بلانيول الالتزام باقل لطفه بتركيزه على الرابطة الشخصية بين الدائن والمدين فيعرفه بأنه علاقة قانونية بين شخصي، بمقتضاها يكون لأحدهما "الدائن" الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو "المدين".

المذهب المادي: من فقهاء المذهب "جويرك" ويقوم المذهب على مبدأ أن الالتزام لا يعتني بوجود الرابطة الشخصية بين الدائن والمدين، بقدر ما يعتني بمحل الالتزام الذي يعتبر العنصر الأساسي في الالتزام- ومن ثم يتجرد الالتزام عن الرابطة الشخصية ويصبح عنصرا ماليا أكثر منه رابطة شخصيته، فينفصل الالتزام عن شخص المدين ويختلط بمحله فيصبح شيئا ماديا العبرة فيه بقيمته المادية<sup>2</sup>.

ولا يمكن ترجيح مذهب على آخر، لأن لكل منهما مبادئه ومزاياه وحتى عيوبه، فالمذهب المادي مثلا يتوافق مع مقتضيات الحياة العصرية من سرعة في تداول الاموال والاشياء وتبسيط سبل المعاملات، بينما المذهب الشخصي لا يمكن إغفال الجانب الشخصي في الالتزام بوجود وجوب وجود المدين إلى جانب الدائن .

ومن بين التعريفات الجامعة لمزايا المذهبين السابقين ، ما ذهب إليه البعض بالقول " أن الالتزام واجب قانوني خاص يتحمل به شخص معين يسمى المدين يتضمن قيامه " بأدائه- عمل- امتناع عن عمل، أداء شيء - ذي قيمة مالية لصالح شخص آخر يسمى الدائن، يكون له سلطة إجباره على أدائه".

وباعتبار الالتزام يعتبر واجبا قانونيا يتحملة المدين لان مهمة الدائن والمطالبة بحقه فقط، لذلك جرت العادة على النظر للحق الشخصي من زاوية المدين أكثر منه من زاوية الدائن، لذلك غلبت تسمية الالتزام على مصطلح الحق الشخصي.

### ومن أهم خصائص الالتزام :

1/ أن الالتزام له طرفان إيجابي "الدائن" وسلبي "المدين" لا يشترط وجودهما معا أصلا إلا عند تنفيذ الالتزام.

<sup>1</sup> - د/ أنور سلطان: المرجع السابق، ص 7/6.

<sup>2</sup> د/ خليل أحمد حسن فدادنة: مصادر الالتزام ، ص 07



2/ محل التزام المدين دائما عمل " أداء مالي معين "المصلحة الدائن "عمل امتناع عن عمل أو أداء شيء"  
3/ الالتزام يجب أن يقوم ماليا، أي تقويمه بالنقود، وإلا لن تكون بصدد الالتزام بالمعنى الفني الدقيق، فقد يكون واجب قانوني كأداء الخدمة العسكرية مثلا.

4/ الالتزام واجب قانوني، يكون بدايته بالتنفيذ الاختياري للمدين، وإذا امتنع عن التنفيذ نلجأ إلى التنفيذ الجبري بواسطة القضاء ويعبر عن ذلك بأن التزام يتكون من عنصرين عنصر المديونية وعنصر المسؤولية .

5/ الالتزام باعتباره أداء مالي، فهو ينتقل بين الأشخاص حال الحياة وبعد الوفاة، فهو ينتقل عن طريق الحوالة "حوالة حق وحوالة دين" كما ينتقل بعد الوفاة إلى الورثة<sup>1</sup> فلا تركة إلا بعد سداد الديون .

**4/ مصادر الالتزام:** يعرف مصدر الالتزام بأنه السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام، أو هو الواقعة التي يترتب على حدوثها نشوء الالتزام، لأن الالتزام أمر عرضي في حياة الإنسان، فلا بد من سبب ينشئه في ذمته، فالتزام المستأجر يدفع الأجرة للمؤجر مصدره عقد الإيجار، والتزام مرتكب الفعل الضار بتعويض المضرور مصدره الفعل الضار غير المشروع بعمد أو بغير عمد.

ويرجع إلى القانون نشأة جميع الالتزامات، فلا يقوم أي التزام إلا إذا أقره القانون أو أقره به، مثله في ذلك مثل سائر الحقوق والالتزامات المالية وغير المالية.

والقانون عندما ينشئ بعض الالتزامات فقد يكون بطريق غير مباشر كتعليقه ذلك على حدوث بعض الوقائع" مثل واقعة الميلاد والوفاة والفعل الضار" وهذه الوقائع هي المصدر المباشر لنشوء الالتزام، أما القانون فهو أيضا مصدرا لهذا الالتزام، ولكن مصدرا غير مباشر، والمصدر القريب المباشر يطلق عليه مصطلح مصادر الالتزام<sup>2</sup>

#### مصادر الالتزام وفقا لنظرية التقليدية:

ظهر في الفقه الفرنسي القديم مذهب ساد في القرن 19 ن ولا يزال يتمسك به البعض من الفقهاء، يقسم مصادر الالتزام إلى خمسة مصادر :

**العقد contrat:** وهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو أكثر في ذمة أحدهما أو في ذمة كليهما، كالبيع والإيجار والمقاول.

**شبه العقد quasi contrat:** وهو عمل مشروع يقوم به صاحبه ويعود النفع على غيره، مثل قيام شخص ببيع بضاعة يملكها غيره كانت على وشك التلف، دون أن يطلب منه صاحبها بيعها ويعرف حاليا باسم الفضالة.

**الجريمة délit:** وهي عبارة عن ارتكاب الشخص لفعل غير مشروع يؤدي ذلك إلى ضرر غيره عن قصد صاحبه.

**شبه الجريمة quasi délit:** وهي عبارة عن ارتكاب الشخص لفعل غير مشروع يؤدي ذلك إلى ضرر غيره ولكن

عن قصد من محدث الفعل الضار.

<sup>1</sup> د/ صبري السعدي: نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري، ص 16/15.

<sup>2</sup> د/ بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 37.

– القانون loi: فهو عبارة عن التزامات قانونية ولكنها تنشأ عن وقائع أخرى، كالاتزام بالنفقة من الغني على قريب فقير، والالتزامات الجوار .

وقيل في تأصيل هذا القسم التقليدي لمصادر الالتزام أنه يرجع إلى الفقيه الفرنسي بوتيه Pothier؛ في القانون المدني الفرنسي القديم، كما قيل أن أصله القانون الروماني عن طريق تحوير بعض نصوص هذا القانون وقد أنتقد حديثا هذا التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام، بل وهجره أغلب الفقهاء ليعيوب هذا التقسيم، فاستبدل مثلا الفقه الحديث مصادر قديمة بمصادر حديثة مصدر الفعل الضار غير المشروع محل الجريمة وشبه الجريمة<sup>1</sup>

### مصادر الالتزام ووفقا للنظرية الحديثة :

تفرق النظرية الحديثة بين نوعين من المصادر، هما المصادر الإرادية والمصادر غير الإرادية.

–المصادر الإرادية: sources volontaires: وأساس الالتزام فيها هو إرادة المدين؛ وهذه الأخيرة قد تكفي بمفردها إنشاء الالتزام، ويقال لهذا الالتزام بالإرادة المنفردة، وقد تشترك مع إرادة المدين إرادة الدائن في إنشاء الالتزام، ويقال لهذا الأخير أن مصدره العقد.

المصادر غير الإرادية sources min volontaires : فلا دخل لإرادة المدين في إنشاء الالتزام، وهذه المصادر هي القانون والجريمة ثم شبه الجريمة، ويطلق عليها الآن الفعل غير المشروع، ثم شبه العقد ويطلق عليه اسم الاثراء بلا سبب . كما يطلق الفقه الحديث حاليا على المصادر الإرادية بمصطلح "التصرف القانوني"؛ وعلى المصادر غير الارادية بمصطلح " الواقعة القانونية "

كما أنه لا يعد مصدر الالتزام على هذا النحو إلا أن تكون حدثا أو أمرا يرتب عليه القانون نشوء الالتزام في ذمة المدين، و يسمى هذا الحدث "الواقعة قانونية" لأن القانون يرتب عليه أثر قانونيا هو قيام الالتزام، والواقعة القانونية قد تكون ظاهرة طبيعية بحته كدوران الأرض حيث تنشأ للعامل حقا في إجازة سنوية، وقد تكون الواقعة اختيارية إدارية كإصلاح جدار آيل للسقوط على الأرض "أرض الغير" فيرتب القانون حقا للقائم بهذا العمل، أو الاعتماد على الغير فيكون المعتدي ملزم بتعويض المعتدى عليه .

وقد يكون مصدر الالتزام عمل إداري بحث باتجاه الارادة إلى أحداث أثر قانوني، فيسمى حينئذ عملا قانونيا "تصرفا قانونيا" تمييزا له عن الواقعة القانونية.

والعمل القانوني قد يكون نتيجة تطابق إرادتين معا فيسمى عقد كالبيع والإيجار، وقد يكون العمل القانوني تكفي فيه إرادة شخص واحد كالوصية والوقف ويسمى عملا قانونيا من جانب واحد.<sup>2</sup>

وقد نص المشرع الجزائري على مصادر الالتزام في الكتاب الثاني تحت عنوان الالتزامات والعقود، فتناول من الفصل الأول الباب الأول القانون م53 ، وفي الفصل الثاني العقد م 54 إلى م 123، و في الفصل الثاني مكرر الإرادة المنفردة م 123 مكرر والمادة 123 مكرر 1 من القانون المعدل رقم 10/05 المؤرخ في 20/6/2005 ، وفي الفصل الثالث الفعل المستحق

<sup>1</sup>د/صبري السعدي: المرجع السابق ص 27/28/29

<sup>2</sup> - د/ جمال الدين زكي: مصادر الالتزام ص 15/16

للتعويض م 124 إلى م 140. بمراعاة أن بعض النصوص القانونية معدلة وأخرى مضاف إليها بنص مكرر، وفي الفصل الرابع شبه لعقود م 141 إلى م 159 ق م ج، حيث تناول فيها الإثراء بلا سبب والدفع غير المستحق والفضالة.<sup>1</sup>

## الفصل الأول

### المصادر الإرادية

#### 1- التصرف القانوني l'acte juridique

باعتبار أن التصرف القانوني هو كل إرادة تتجه إلى أحداث أثر قانوني، فهو قد يتم بإرادتين وهذا هو العقد *Contrat*، وقد يتم بإرادة واحدة وهذه هي الإرادة المنفردة *l'acte unilatéral*.

### المبحث الأول

#### العقد

من المقرر لدى علماء الاجتماع أن الإنسان اجتماعي بطبعه، يميل إلى العيش في جماعة، وتلبية حاجاته تقتضي التعامل مع الآخرين لسد تلك الحاجات، ومن ثم ظهر التبادل الفوري في المعاملات، وفي مرحلة أكثر تقدماً وتطوراً تشعبت حاجات الإنسان، فظهرت النقود في مرحلة تاريخية فحلت النقود كوسيلة رئيسية في تبادل الحاجات والسلع والخدمات. ولكن لا يعرف على وجه التحديد كيف نشأت فكرة الدية التي حلت محل الأخذ بالثأر، وكانت الدية تجمع بين صفتي العقوبة والتعويض، بينما يرجعه البعض الآخر إلى اتفاق الخصمين على التحكيم بينهما وأن الأديان السماوية لها أعظم الأثر في ظهور فكرة التعاون واحترام العهود والوفاء بها.<sup>2</sup> فما هي الأحكام الرئيسية لنظرية العقد من خلال "تعريفه، تمييزه عن غيره انعقاده أثاره، تنفيذه، انقضائه".

أولاً. تعريف العقد وتمييزه عن غيره: يجب بداية تعريف العقد لغة واصطلاحاً، لنصل إلى تمييزه عن غيره مثل التصرف، والالتزام وغيرها من المصطلحات.

#### 1. تعريف العقد: لا يختلف كثيراً التعريف اللغوي عن التعريف الاصطلاحي:

تعريف العقد لغة: العقد في اللغة له معاني كثيرة منها الربط والشد والتوثيق والأحكام والقوة والجمع بين شيئين، مما يجمعه ويتضمنه في الواقع معنى الربط.

يقال عقد الحبل إذا شددت طرفيه وربطت بينهما، وعقدت اليمين أو النية على فعل شيء أو تركه إذا أكدتها وقويتها. وعلى هذا المعنى جاء قوله تعالى "لا يؤاخذكم الله باللغو في إيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان"<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - د/ بلحاج العربي: المرجع السابق ص 39/38

<sup>2</sup> - د/ عبد الحميد محمود البعلي: ضوابط العقود دراسة مقارنة في العقد الإسلامي والقانون الوضعي وفقهه ص 14/13.

<sup>3</sup> - الآية 89 من سورة المائدة

وعلى ذلك يكون عقدا في اللغة كل ما يفيد الالتزام بشيء عملا أو تركا من جانب واحد أو من جانبي، بما في ذلك من معنى الرابط والتوثيق".

### تعريف العقد اصطلاحا: يطلق على العقد اصطلاحا معنيين:

أحدهما خاص: وهو الالتزام الصادر من طرفين متقابلين، أو ما يتم به الالتزام من كلام وغيره مما يقوم مقامه من إشارة أو كتابة أو نحوهما، صادرا عن شخصيين على وجه يترتب عليه أثره القانوني.

أما الالتزامات التي تصدر من طرف واحد كالطلاق المجرد عن المال والوقف والإبراء فلا يسمى عقدا بل تصرفا أو التزاما ثانيهما عام: حيث يشمل العقد ما كان الالتزام فيه من جانبين كالبيع والإجارة، أو ما يتم الالتزام فيه بإرادة واحدة من غير توقف على شيء آخر كالطلاق المجرد عن المال والعزل من التوكيل واليمين والوقف.

أما العقد في عرف القانونين فهو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه . ويتمثل الاتفاق على إنشاء الالتزام كالبيع، وعلى نقله كالحوالة وعلى تعديله بتأجيله بإرادة الدائن، وعلى إنهائه باتفاق المتعاقدين على ذلك قبل موعده<sup>1</sup>.

وقد عرف المشرع الجزائري العقد في نص م 54 م ج المعدل بالقانون 10/05 الصادر في 2005/6/20 "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما " واضح من هذا التعريف القانوني أنه يتضمن العقد والالتزام معا، ذلك أنه إذا كان موضوع العقد هو إنشاء الالتزام فموضوع الالتزام هو عمل إيجابي أو سلبى<sup>2</sup>.

**2- تمييز العقد عن غيره من المصطلحات:** كثيرة هي المصطلحات التي لها علاقة بالعقد، وقد تختلط به مما يجب التمييز بينهما. - العقد والاتفاق: تنص المادة 165 ق م ع لبناني على أن: "الاتفاق هو كل التمام بين مشيئة وأخرى لإنتاج مفاعيل قانونية، وإذا كان يرمي إلى إنشاء علاقات إلزامية "سمي عقدا".

بينما عرفت المادة 1101 ق م ف العقد بأنه: "العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل شيء".

لقد فرق بعض الفقهاء الفرنسيين انطلاقا من المادة 1101 ق م ف؛ بين العقد le contrat والاتفاق la convention ؛ على أساس أن الاتفاق أعم وأشمل من العقد، وأن العقد أخص من الاتفاق، إذ هو ينشئ التزاما، بمعنى آخر أن العقد نوع especé والاتفاق جنس genre.

ولكن هذه التفرقة انتقدت كثيرا، لان المشرع الفرنسي ومثله الجزائري أعتبر العقد اتفاق ومن ثم لا تفرقة بينهما، ولا أهمية للتفرقة بينهما، بل ان الرأي الذي ذهب إلى التفرقة بينهما له أهمية من حيث الأهلية، إذ تختلف الأهلية المطلوبة في العقد عنها

<sup>1</sup>د عبد الحميد محمود مطلوب: النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المال والملك والعقد ص 80/79.

<sup>2</sup> - د/ بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 41

في الاتفاق، هو رأي أيضا منتقد لان الأهلية المطلوبة تتوقف على طبيعة التصرف ومدى أهميته، بصرف النظر عما إذا كان منشئا للالتزام او ناقلا له او غير ذلك ، فالأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها، فهي مثلا في عقود التبرع غيرها في عقود المعاوضات ومع ذلك لم يقل أحدا أن هناك فرقا بين عقود الهبة، والبيع والإجارة، من حيث أن أهلية الهبة هي أهلية التبرع، وأهلية البيع هي أهلية التصرف، وأهلية الاجازة هي أهلية الإرادة<sup>1</sup>

–العقد والتصرف: يعتبر العقد أهم صورة للتصرف القانون في الحياة الاجتماعية، لأن الإرادة المنفردة ليست سوى مصدرا استثنائيا للالتزام، لا تنشئه إلا في حالات محددة يعترف لها القانون بالقدرة على إنشاء الروابط القانونية، كما أن العقد قانونا هو اتفاق يلتزم به شخص أو أكثر نحو آخر بمنح او فعل أو عدم فعل شيء .

أما التصرف فيعرفه رجال القانون على أنه اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين يرتبه القانون، أو أنه إرادة محضة تنجحه إلى إحداث أثر قانوني معين لا يحضره القانون ، وهو إما أن يقوم على اتفاق إرادتين فيكون عقدا كالبيع والايجار، او يقوم على إرادة منفردة كالوصية والتزول عن حق الارتفاق أو الرهن.

وتقوم نظرية التصرف قانونا" على مبدأين "الأول مبدأ سلطان الإرادة، ويتمثل فيما نص عليه القانون من أن العقد شريعة المتعاقدين م 106 ق م ج.

الثاني: نسبة الأثر الذي يترتب على التصرف، لان التصرف بذاته هو كل ما يستقل به الشخص لوجوده لكونه ملكه وحده جعل له الحق في أن ينفرد بإنشائه ولم يجعل لغيره الحق في منعه، ومهما كانت النتائج المترتبة على التصرف في صالح ذلك الشخص أو لا.<sup>2</sup>

كذلك فإن آثار التصرف قد تكون إرادة إنشاء حق من الحقوق كالبيع الهبة والوقف أم لا يتضمن ذلك الإخبار بدعوى أو الإقرار بحق سابق أو الإنكار له.<sup>3</sup>

–العقد والالتزام: بخلاف العقد الذي هو عبارة عن اتفاق إرادتين أو أكثر، فإن الالتزام فهو إيجاب إنسان على نفسه إما باختياره وإرادته، وإما بإلزام القانون له، وبمعنى آخر هو التصرف الذي يتضمن إنشاء حق من الحقوق أو نقله أو تعديله أو إتهامه، أو إسقاطه سواء كان صادرا عن شخص واحد كالوقف، أو عن شخصين كالبيع ونحوه.

وبالموازاة بين هذه المصطلحات العقد والتصرف والالتزام، فإن العلاقة بينهم يمكن حصرها في الفروقات الآتية:

–التصرف أعم من الالتزام والعقد لأنه قد يكون غير متضمن إنشاء حق من الحقوق، وهذا بعيدا عن العقد والالتزام، وعلى ذلك فكل التزام أو عقد يعد تصرفا، وليس العكس

– العقد بمعناه العام مرادف للالتزام ومساوله.

– العقد بمعناه الخاص أخص من للالتزام، لان العقد بمعناه الخاص يشترط فيه اجتماع ارادتين، والالتزام أعم من ذلك فقد ينشأ من اجتماع إدارتين كما يشمل الالتزام الصادر من طرف واحد ، وعلى ذلك فكل عقد التزام وليس العكس.

1- د/ عبد الحميد محمود البلي: المرجع السابق، ص73/72.

2- الفقه الاسلامي في المعاملات إعداد لجنة ممن اسانذة كلية الشريعة والقانون، جامعة الازهر ص 110.

3د/ عبد المجيد محمود مطلوب: المرجع السابق، ص 81/80.

**العقد والوعد:** الوعد بالتعاقد *promesse de contrat* هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كلاهما بأن يعقد عقدا موعود به متى أظهر الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها، فهو حينئذ عقد كامل يتم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له، ولكنه يمهد للعقد يراد إبرامه فيما بعد.

وعلى ذلك فإن أهم أوجه التفرقة بين العقد والوعد:

**من حيث المعنى:** أن الوعد يتضمن إنشاء التزام في المستقبل، بخلاف العقد فيتضمن إنشاء التزام في الحال .

**من حيث الحكم:** أن العقد يجب الوفاء به دينا وقضاء باتفاق الفقهاء والمشرعين، وأن من يمتنع عن الوفاء به يجبر قضاء، وأما الوعد فقد اتفق الفقهاء على وجوب الوفاء به دينا فقط ، لأن الوفاء بالوعد يعد من مكارم الاخلاق، ومن أدلة الصدق والإيمان، أما الوفاء بالوعد قضاء فكان محل اختلاف الفقهاء، حتى مع اتجاه بعض الفقهاء إلى أن الوعد يجب الوفاء به قضاء إلا إذا وجد مانع يمنع الوفاء به، كموت الواعد أو إفلاسه، وهذا يتماشى مع احكام الشريعة الإسلامية التي تأمر بالوفاء بالعقود والعهود.

قال الله تعالى " يا أيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود"

" ووفوا بعهد الله إذا عاهدتم"

"وأوفوا بالعهد أن العهد كان مسؤولا"

وقد نص المشروع الجزائري على أحكام الوعد بالتعاقد م 71، 72 ق م ج، واعتبره ملزما لصاحبه بإتمام العقد، حتى إذا نكل عن وعده، جاز للموعود له أن يستصدر من القاضي حكما بتنفيذ الوعد، ويقوم حكم القاضي مقام العقد الموعود به، بإبرامه، بشرط أن يعين في الوعد جميع المسائل الجوهرية في العقد، ولا يتبقى إلا رغبة الموعود له في التعاقد بإعلانها خلال مدة معينة.<sup>1</sup>

**ثانيا/ انعقاد العقد:** الركيزة الأساسية في تكوين العقد هي الإرادة "الرضاء" أي تراضي المتعاقدين، وتحليل التراضي

*le consentement* يوضح لنا عن ضرورة توفير عنصرين أساسيين فيه وهما *l'objet*، والسبب *la cause* فللرضاء موضوع أو محل يرد عليه، كما له سببا يدفع إليه أو غاية معنية يراد تحقيقها بإبرام العقد وإنشاء الالتزامات الناتجة عنه.

وقد أصطلح علماء الحنفية على جعل أركان كل عقد امران، الإيجاب والقبول، لأن وجودهما يستلزم وجود غيرهما، مما لا يتحقق العقد إلا بهما، وماعدا ذلك من العاقدين والمعقود عليه فهي مجرد لوازم.

أما غير الحنفية من الفقهاء فيرون أن أركان العقد ثلاثة، الصيغة، العاقدان، المحل بينما جرى الفقه القانوني التقليدي على القول أن أركان العقد ثلاثة الرضا المحل السبب، وعليه لا ينعقد العقد إلا بتوفر جميع أركانه، وإلا كان العقد باطلا إذا تخلف ركن من الأركان .

وقد يتطلب المشرع إلى جانب هذه الأركان، وضعا معينا لانعقاد العقد شكلا كان كالورقة الرسمية بالنسبة لبعض العقود، أو تسليما كما في العقود العينية ويتمثل في هبة المنقول إذا لم تفرع في ورقة رسمية.

<sup>1</sup> - د/ عبد المجيد محمود مطلوب: المرجع السابق، ص 84/83.

**1- أركان العقد "شروطه":** الركن في اللغة هو جانب الشيء الاقوى، وعند الاصوليين هو ما يكون به قوام الشيء أو أنه جزؤه الذي يتركب منه ويتحقق به وجوده، بحيث إذا انتفى لم يكن له وجود .

أما أركان العقد في القانون فهي شروطه، ورغم أن الاجماع الفقهي يحددها في الرضاء والمحل والسبب إلا أنه طالما أن العقد يقوم على الإرادة فإنها تكون ركن العقد ومن هنا جاء تعريف العقد قانوناً بأنه توافق إرادتين "التراضي" ويجب أن تتجه الإرادة إلى غاية مشروعة وهذا هو السبب.

وقد اختلف الفقهاء في ركني المحل والسبب، البعض أهما ركنان في الالتزام دون العقد، البعض الاخر من الفقهاء يعتبرهما ضمن عناصر الارادة .

وفي الواقع أنه بالتحليل الدقيق سنرى أن للالتزام محلاً وللعقد محل آخر كما أن للالتزام سبباً وللعقد سبب آخر ولكن الإجماع الفقهي يرى أن المحل والسبب يعتبران من عناصر الارادة، سواء باعتبارها ركنان في الالتزام أو العقد، فالإرادة التي يعتد بها القانون هي التي تكون على بينه بالمحل ومدركه السبب عند ما تتجه إلى التعاقد، فإذا كانت الارادة غير واعية فإن القانون لا يعتد بها، وعلى ذلك يكون ركن العقد الاساسي هو الارادة<sup>1</sup>

### ركن الرضاء le consentement

#### "التراضي"

باعتبار أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، وتوافق الإرادتين هو ما يعبر عنه بالتراضي أو الرضاء وهو أساس العقد، فلا وجود له إذا لم يتوافر الرضاء به ووجود الرضاء لا يكفي لإنشاء العقد صحيحاً، إذ لا بد أن يجيء الرضاء سليماً من العيوب وإلا اعترى الفساد العقد بالرغم من قيامه، ويكون مهدداً بالزوال.

لذا فإن دراسة ركن الرضاء تكون من خلال عنصرين الأول وجود الرضاء "التراضي" الثاني صحة الرضاء "سلامة الإرادة من العيوب"

أ- وجود الرضاء "التراضي": تراضي المتعاقدين يعني تطابق إرادتهما على إحداث أثر قانوني الذي يقصدانه، ويكون عادة هو إنشاء الالتزام، فقوامه رضاء الطرفين.

ويتعين لتوافر الرضاء وجود الإرادة، فإذا انعدمت الإرادة انعدم الرضاء واستحال توافر التراضي نتيجة لانعدامه، فلا يتوفرا لرضاء إذا اصدر عن غير مميز كالجنون وصغير السن، وفاقد الوعي بسبب عارض مرض أو سكر أو تخدير أو تنويم، فهؤلاء عديموا الارادة.

كما يتعين لتوافر الرضاء أن تتجه الارادة إلى إحداث أثر قانوني، فلا إرادة لها زلة أو صورية أو كانت معلقة على مشيئة. وتطابق الإرادتين معناه اتجاههما إلى أمر واحد هو الأثر الذي يترتب على العقد إنشاء التزام أو نقله أو زواله.

<sup>1</sup> - د/ صبري السعدي: المرجع السابق ص 77/76

وطالما أن الإرادة حقيقة نفسية كامنة في أعماق صاحبها، فيتعين الإفصاح عنها أو التعبير عنها لتصبح ظاهرة اجتماعية يعتد بها القانون، إذا تطابقت مع إرادة أخرى، فالتعبير عن الإرادة هو مظهرها الخارجي الذي تتجسم فيه وتنفذ منه بعد خروجها من أعماق النفس إلى دائرة القانون، لذلك يكون التراضي في العقد هو التعبير عن إرادتين متطابقتين ومن ثم يتم العقد<sup>1</sup> فإن دراسة التراضي يقتضى أن يكون من خلال:

- وجود الإرادة والتعبير عنها
- تطابق الإرادتين
- بعض صور خاصة للتراضي

#### - وجود الإرادة والتعبير عنها:

إن البحث في وجود الإرادة والتعبير عنها يقتضى تناوله من خلال:

وجود الإرادة، والتعبير عنها، وان تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني.

**وجود الرضاء:** باعتبار أن الإرادة أساسها الإدراك، فإنه حتى يتحقق الرضاء في العقد، يجب أن يتوفر الرضاء " الإرادة " في كل من طرفي العقد، ويقصد بالإرادة أن يكون الشخص مدركا لما هو مقدم عليه من التزامات، لذلك ربط المشرع المدني بين الإرادة والإدراك والتمييز فالشخص عدم الإرادة والإدراك فاقدا للتمييز، وعدم الإرادة لا تصدر منه إرادة ولا تعبير يعتد به القانون كالصغير غير المميز والمجنون والمعتوه.

**اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني:** فيجب للاعتداد بالإرادة أن تتجه إلى إحداث أثر قانوني، وبالتالي فلا عبرة:

- بالإرادة في دائرة المحاملات الاجتماعية، كدعوة صديق إلى وليمة، أو التعهد لآخر لتقديم خدمة مجانية، وكل الاتفاقات التي تقوم داخل الأسرة دون أن تنطوي على نية الالتزام .
- ولا بالإرادة الهازلة أو المقترنة بتحفظ ذهني يعلمه الشخص الآخر، ولا بالإرادة المعلقة على المشيئة ولا الإرادة الصورية، فليست هناك في هذه الصور إرادة جدية بل إنما غير موجودة أصلا، فهي لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين.

**التعبير عن الإرادة:** التعبير عن الإرادة معناه الإفصاح عنها، وبه تنتقل من أعماق النفس إلى الخارج، وتصبح ظاهرة اجتماعية قادرة على إنشاء آثار قانونية.

على أنه رغم ضرورة التعبير عن الإرادة لوجود الرضاء وقيام العقد، إلا أن القانون لا يستلزم أصلا في التعبير شكلا معينا، لان للمتعاقدين الحرية الكاملة للتعبير عن الإرادة، ولا يستثنى من ذلك إلا الحالات التي نص عليها القانون، أو تم الاتفاق عليها، كما هو الحال في العقد الرسمي بنص القانون على شكل معين للتعبير.

#### أ - طرق التعبير عن الإرادة

مع حرية المتعاقد في التعبير عن إرادته، فإنه قد يكون التعبير صريحا وقد يكون ضمنيا.

<sup>1</sup> - د جمال الدين زكي: نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ص 28/27.



**التعبير عن الإرادة صراحة:** يكون التعبير صريحا إذا قصد به صاحبه إحاطة الغير علما بإرادته أيا كان المظهر الذي يتخذه؛ شفاهة، كتابة؛ وأيا كانت عباراتها أو صورتها "بصفة شخصية" كخطاب أو برقية، أو بصفة غير شخصية كإعلان أو نشرة، أو بالإشارة التي لها دلالة بين الناس.

وقد يكون التعبير صريحا أيضا حتى باتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالة على مقصود صاحبه، كعرض تاجر سلع للبيع مع بيان أثمانها.

**التعبير عن الإرادة ضمنيا:** يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا كان المظهر الذي اتخذه الشخص لم يقصد به إحاطة الغير علما بها، ولكنه مع ذلك كشف عنها ويدل قطعاً على وجودها كبيع تاجر لشيء عرض عليه شرائه، فهو تعبير ضمني عن قبول شرائه.

فيجوز حينئذ أن تكون التعبير عن الإرادة ضمنيا م 60 ق م ج، إلا إذا استلزم الشارع في أن يكون صريحا أو أتفق الطرفان على ذلك باتخاذ شكلا معنيا<sup>1</sup>.

### السكوت والتعبير عن الإرادة: هل يمكن أن يكون السكوت وسيلة للتعبير عن الإرادة؟

السكوت هو موقف سلبي بحث لا يمكن التعبير به عن الإيجاب، لأن الإيجاب هو العرض الذي يتقدم به أحد العاقدين لآخر تاركا له أمر قبوله أو رفضه؛ وهو أول مرحلة من مراحل العقد، فالعرض يتضمن بيانا واضحا "الطبيعة الصفقة وشروطها" والسكوت لا يمكن أن يكون وسيلة لهذا البيان.

ولكن هل يعتبر سكوت من وجه إليه "الإيجاب" العرض" حيث لم يرد لا بالقول ولا بالكتابة أو بالإشارة، بل أنه لم يتخذ أي موقف يدل على قبوله أو رفضه، بل "سكت" فهل يفسر السكوت قبولا أو رفضا؟

فالسكوت لا يعتبر تعبيراً ضمنيا عن الإرادة لأن الإرادة الضمنية تتخذ موقفاً، ومن ثم فإن السكوت فهو عدم، لا يصلح تعبيراً عن الإرادة، والشرع الإسلامي يذهب إلى أنه لا ينسب لساكت قول وبالتالي فعرض الإيجاب واقتران ذلك بسكوت من وجه إليه، لن ينعقد العقد لعدم اقتران الإيجاب بالقبول .

### ومن المسائل والفرضيات العلمية التطبيقية لعدم اعتبار السكوت قبولا:

-إرسال تاجر عينة من بضاعته لشخص آخر مع إخطاره بان عدم رد العينة خلال مدة يعتبر قبولا، فلا يعتبر سكوته عن الرد قبولا.

-سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع يريد ترخيص له بصناعة آلة ميكانيكية، فلا يعتبر سكوتها قبولا أو ترخيصاً بالسماح بصنع الآلة.

<sup>1</sup>- د جمال الدين زكي: المرجع السابق، ص28/29.

-سكوت مؤجر عن المطالبة بإخلاء المستأجر عن العين المؤجرة بسبب استعمال الأخير للمكان بطريقة تخالف شروط التعاقد، وكان لا يستلزم أن يكون التنازل عن الحق بالإخلاء صريحاً بل ضمناً، فعلم المؤجر بالمخالفة وعدم اعتراضه لا يعتبر بذاته تنازلاً ضمناً عن الحق في طلب الإخلاء، لانتفاء التلازم بين الموقف السلبي "السكوت" وبين التعبير الإيجابي عن الإرادة.<sup>1</sup>

### بعض حالات السكوت التي تعتبر قبولا.

إذا كان الأصل في السكوت أنه لا يعتبر قبولا، إلا أن، هناك حالات يمكن أن يعتبر السكوت في ظلها قبولا، سواء بإقرار القانون، أو ضمن السكوت الملابس.

-إقرار القانون: يشمل لفظ القانون الصادر عن السلطة التشريعية، أو ضمن القانون غير المكتوب "العرف"

- ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 355/2 ق م ج والمتعلقة بالبيع بالتجربة فإذا انقضت مدة التجربة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا.

-وما يقضي به العرف التجاري من التعامل بين بنك واحد والعملاء بإرسال البنك كشف حساب جاري لأحد العملاء، وسكت الأخير ولم يعترض اعتبر سكوته قبولا الحساب.<sup>2</sup>

السكوت الملابس: السكوت الملابس هو الذي يقترن فيه السكوت بظروف وملابس تترجع على أنه قبولا للإيجاب، وقاضي الموضوع يستخلص ذلك من الظروف والملابس التي سبقت صدور الإيجاب والتي عاصرتة، ومن طبيعته العقد.

وقد نصت المادة 68 ق م ج على بعض أمثلة للسكوت الملابس أهمها:

-طبيعة المعاملة تقتضي اعتبار السكوت متضمنا القبول "كإرسال بضاعة لمن طلبها متضمنة شروطا غير عادية، لم يبادر المرسل إليه على رفضها في الوقت المناسب.

-إذا كان العرف التجاري يقضي اعتبار السكوت دليلا على الرضاء "القبول" ومثال ذلك أن يؤدي الوكيل للموكل حسابا، ولا يعترض الموكل بل ويسكت عن الرد فهذا دليل على قبوله الحساب.

- إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين بإرسال بضاعة دون انتظار الرد فسكوت العميل يعد قبولا.

- إذا كان الإيجاب في مصلحة من وجه إليه، كسكوت الموهوب له والذي يعتبر قبولا م 206 ق أ ج.<sup>3</sup>

ب) الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها.

### "الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة"

طالما أن القانون يتطلب التعبير عن الإرادة وبأي شكل من الأشكال، حتى تتحول الإرادة من ظاهرة نفسية إلى ظاهرة اجتماعية يعتد بها القانون .

إلا أنه قد تختلف الإرادات الكامنة الباطنة عن الإرادة المعلن عنها لأي سبب من الأسباب كأن يكون هناك غموضا في التعبير، أو خطأ فيه، فهل تؤسس العقد على الإرادة الظاهرة أم الباطنة؟

<sup>1</sup>د/ صبري السعدي: مرجع السابق، ص 88/87.

<sup>2</sup>د/ صبري السعدي: مرجع السابق، ص 89/88.

<sup>3</sup>د/ بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 60/61.

اختلف الفقهاء في ذلك بين نظرتين الأولى نظرية الإرادة الباطنة *volonté interne* وترعمتها المدرسة الفرنسية، الثانية نظرية الإرادة الظاهرة *volonté externe* وترعمتها المدرسة الألمانية :

نظرية الإرادة الباطنة: وتعد هذه النظرية بالإرادة الباطنة كظاهرة سيكولوجية، لان الالتزام يستند إلى إرادة الملتزم، والعبارة بإرادته الحقيقية لا المعبر عنها عند اختلافها عن الإرادة الظاهرة، حتى وإن كان التعبير الخارجي ضروري لإنشاء الالتزام.

نظرية الإرادة الظاهرة: وتعد النظرية بما يعتد له القانون، وهو الظواهر الاجتماعية دون النفسية؛ والاعتداء بالإرادة الظاهرة بالإعلان عنها خارجيا يضمن لنا سلامة المعاملات واستقرارها، ولا يتطلب في الإعلان عن الإرادة شكلا معيناً فقد يكون صريحا أو ضمنيا، ومتى تطابقت الإرادتان المعلن عنها والباطنة فلا يقبل الطعن في العقد ولا حتى إلا دعاء بمخالفة الإرادتين عن بعضهما البعض.<sup>1</sup>

### ج) الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانوني

لا ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني إلا من وقت وصوله إلى علم من وجه إليه م 61 ق م ج ، فيجوز لمن اصدر التعبير أن يعدل في تعبيره أو حتى العدول عنه طالما لم يعلن من وجه إليه بالقبول ويقصد بالعلم بالتعبير هو العلم الحكمي الذي يعتبر كافيا للقبول، وهو العلم الحقيقي، كما أن وصول التعبير لمن وجه إليه قرينة على علمه به ما لم يقم دليل على عكس ذلك.<sup>2</sup>

### د) أثر الموت أو فقد الأهلية في التعبير عن الإرادة

- سابقا كان في ظل القوانين القديمة المسلم به أن موت من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقدته الأهلية قبل أن ينتج التعبير أثره

يؤدي ذلك إلى سقوط التعبير، فالتعبير باعتباره مظهرا للإرادة يسقط بسقوطها، ومن ثم يستحيل معها تطابق الإرادتين، وهذا الموقف هو تغليب للإرادة الباطنة التي تنتهي بموت صاحبها، أو ألما تزول بفقدانه لأهليته.

- ولكن حاليا وفي ظل القوانين الحديثة فإن موت من صدر منه التعبير أو فقدته لأهليته لا يمنع ذلك من ترتيب الأثر القانوني عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، ما لم تبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل.

ولكن الأشكال القانوني هو هل تنطبق هذه الأحكام على من وجه إليه التعبير بموت الأخير أو فقد لأهليته؟ وذلك قبل وصول التعبير إليه، فيؤدي ذلك إلى سقوط التعبير الأول "الإيجاب" لعدم إمكان وصول التعبير إلى من وجه إليه "القابل" لموته أو فقدته لأهلية.<sup>3</sup>

### تطابق الإرادتين " تطابق التعبير عنهما"

نصت م 59 ق م ج أنه:

" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"

<sup>1</sup>- د/ جما الدين زكي: المرجع السابق، ص 31.

<sup>2</sup>- د/ بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 65.

<sup>3</sup>- د/ جمال الدين زكي: المرجع السابق ص 33/32.

وفقا لهذا النص القانوني يجب أن تتحقق الشروط الآتية لإتمام العقد:

- أن يحدث تعبير عن الإرادة سواء باللفظ والكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ أي موقف يدل على التعبير عن الإرادة م 1/60 ق م ج.

- أن يتبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتهما "إيجاب وقبول"

- يجب أن يحدث تطابق بين الإرادتين "الاقتران" حول الالتزام "العقد"

**معنى تطابق الإرادتين:** هو توافقهما واقترانهما على جميع جزئيات الإيجاب حقيقة لا وهما لان انعدام التوافق حينئذ ينعدم

التطابق فينعدم التراضي ولا العقد، وبالتالي فإن تطابق الإرادتين قانونا هو اقتران الإيجاب بقبول له.<sup>1</sup>

وقد ميز المشرع بشأن تطابق الإرادتين بين فرصتين الأولى بين حاضرين والثانية بين غائبين .

**تطابق الإرادتين بين حاضرين "مجلس العقد":** سواء كان حضور المتعاقدين ماديا أو حكيميا، وقد سمى المشرع الجزائري هذا

الطريق في م 64 ق م ج مجلس العقد، فيجب أن يقترن القبول بالإيجاب فورا قبل زوال وحل المجلس، ومن أمثلة ذلك التعاقد

بطريق، الهاتف، فالأصل أن يصدر قبولا فورا بعد صدور الإيجاب، مادام الموجب لم يحدد أجلا للقبول حينئذ طالما لم يصدر

قبولا فإن للموجب الحق في التراجع عن إيجابه، ولكن يستثنى من ذلك قانونا فإنه يجوز تأخير صدور القبول طالما أن المجلس

منعقد والموجب مازال باقيا على إيجابه لأتأخر عن منسغلين بالتعاقد .

**تطابق الإرادتين بين غائبين:** طالما أن مجلس العقد غير منعقد والاتصال بالهاتف منقطع وغير متحقق فيكون التعاقد بينهما غائبا

يعرف بالمراسلة "بالبريد" البرقية، أن عن طريق رسول.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد متى ينتج التعبير عن الإرادة أثر القانوني، البعض تمسك بفكرة إعلان القابل لقبوله، لبعض الآخر

تمسك بفكرة من وقت تصدير القابل لقبوله، آخرون تمسكوا بفكرة من وقت تسليم القبول للموجب، بينما أخذ آخرون

بفكرة العلم بالقبول من الموجب.

### المذهب الأول إعلان القابل بالقبول:

وفقا لهذا المذهب فإن العقد يكون تاما ومنعقد بمجرد إعلان القابل لقبوله للإيجاب، لأنه تتحقق معه تطابق الإدارتين "الإيجاب

والقبول".

من عيوب هذا المذهب أنه يمكن أن لا يعلم الموجب بالقبول الصادر من القابل، بل وقد يعدل الموجب عن إيجابه قبل علمه

بالقبول، كما قد يعدل القابل عن قبوله قبل علم الموجب بالقبول، وذلك بإرساله رسالة العدول للموجب.

### المذهب الثاني/ تصدير القابل لقبوله:

يتم العقد وفق هذا المذهب من وقت صدور القابل رسالة القبول، لأنه بمجرد تصدير رسالة القبول يستحيل معه الرجوع عن

قبوله.

<sup>1</sup> - د/عبد الحميد محمود البعلي: المرجع السابق 120/199.

من عيوب هذا المذهب قد لا تصل الرسالة إلى الموجب، وبالتالي لا يعلم بالقبول، وله حينئذ للموجب إن لم يحدد أجلا لإيجابه أن يعدل عن إيجابه، ومن ثم فجوهر تطابق الإرادتين هو علم الموجب بالقبول، كما أنه من حق القابل أن يسترد رسالة القبول مادام لم يستلمها الموجب لأنها ملكا للقابل.

### المذهب الثالث/ تسليم القبول للموجب:

يتم العقد وفق هذا المذهب من الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب حتى وإن لم يعلم به الاخير كوضع رسالة القبول في صندوق بريد الموجب"

من عيوب هذا المذهب أن تسليم القبول للموجب لا يعني ذلك علمه به، لأن الأهم هو بالعلم بالقبول لا تسلم القبول.

### المذهب الرابع/ علم الموجب بالقبول:

وفقا لهذا المذهب ان العقد يكون تاما ومنعقدا في الزمان "الوقت" والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، كما أن وصول القبول للموجب هو قرينة على علمه بالقبول ما لم يثبت العكس .

وقد أخذ المشروع الجزائري بهذا الاتجاه في نص المادتين 67/61 ق م ج.

م 61 ق م ج " ينتج التعبير عن الارادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه يعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التغيير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

م 67 ق م ج " يعتبر التعاقد مابين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق او نص قانوني يقضي بغير ذلك "

-ومن نتائج لأخذ بهذا المذهب « مذهب العلم بالقبول

1/ يجوز للموجب إن لم يحدد مدة لإيجابه أن يعدل عن إيجابه طالما لم يصله قبولا.

2/ في عقد بيع المنقولات يعتبر العقد تاما من وقت وصول التعبير إلى الموجب "وعلمه به" وتكون ثمار المبيع ملكا للمشتري.

3/ من هذا الوقت تحسب آجال التقادم، وينظر إلى أهلية المتعاقدين.

4/ ومن حيث تحديد القانون الذي يتم العقد وفقا له، فيكون القانون هو قانون المكان الذي يصل فيه القبول للموجب.<sup>1</sup>

### بعض صور التراضي:

يقصد بصور التراضي هي بعض التطبيقات الخاصة لتطابق الإرادتين، وهي كثيرة جدا اهمها:

### النيابة في التعاقد م 73 إلى 77 ق م ج

تعريفها: هي عبارة عن إبرام شخص يسمى النائب عملا قانونيا لحساب شخص آخر وباسمه يسمى الاصيل حيث ينتج هذا العمل القانوني جميع آثاره مباشرة في ذمة الاصيل.<sup>2</sup>

أهمية النيابة: للنيابة أهمية بالغة في الحياة القانونية، تحقق فوائد عملية كثيرة منها:

<sup>1</sup>د/ علي علي سليمان : نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري، ص 34/33.

<sup>2</sup>د/ بلحاج العربي : المرجع السابق، ص 84/83.

-تسمح لراعي التعاقد والذين تمنعهم ظروفهم الخاصة من ابرامها بأنفسهم إبرامها عن طريق النيابة "النائب" كالمريض أو المسافرين، أو عن ذوي عدم الخبرة.

- قد يكون نظام النيابة القانونية مفروضا على الشخص في لنقص أهلية أو انعدامها كجنون أو عته أو اصغر السن.<sup>1</sup>

**أقسام النيابة:** تنقسم النيابة من حيث مصدرها إلى نيابة اتفاقية، ونيابة قضائية قانونية من أمثلة النيابة القضائية "نيابة الوصي، القيم الحارس القضائي على الشيء" ومن أمثلة النيابة القانونية نيابة الولي على الأبناء القصر.

### شروط النيابة: أهم الشروط

- أن تحل إرادة النائب محل إرادة الاصيل م 73 ق م ج .
- أن يتعاقد النائب باسم الاصيل وحسابه.
- أن يتعاقد النائب في حدود السلطة المخولة له.
- أن تنصرف جميع آثار النيابة لحساب الاصيل في جانبها "الحقوق والالتزامات"

### الوعد بالتعاقد م 72/71 ق م ج

**تعريفه:** يعرف الوعد بالتعاقد طبقا للمادة 71/ل ق م ج بأنه اتفاق يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، أو أنه اتفاق يلتزم أحد طرفيه نهائيا بمقتضاه إزاء الطرف الآخر بأن يبرم معه عقدا معنيا، حددا معا عناصره الأساسية، إذا فصح هذا الأخير خلال مدة معينة هم عن إرادته في إبرامه.<sup>2</sup>

ويطلق على الوعد بالتعاقد اسم العقد إبرامه مستقبلا، كأن يقول وعد بالبيع، وبالشراء بالإيجار، كما أن الوعد بالتعاقد قد يكون ملزم لجانبين لجانب واحد، رغم أن الأصل والغالب أن الوعد بالعقد هو عقد ملزم لجانب واحد هو الواعد الذي يلتزم بإبرام عقد إذا أعلن الموعد له على قبوله خلال مدة معينة "رغم ما قيل حول أنه ملزم لجانبين فهذا في حقيقة هو عقد عادي أرجى تنفيذه فقط للمستقبل".

**شروط الوعد بالعقد:** لا يعتبر الوعد بالتعاقد مجرد إيجاب ولو كان ملزما، لكنه عقد يجب لقيامه توفر مجموعة من الشروط:

-تطابق إرادة الواعد والموعد له.

-أن يعين في الوعد بالتعاقد جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه مستقبلا كالمبيع والثمن في عقد البيع، والعين المؤجرة والمدة وبدل الايجار في عقد الايجار .

-أن تعين المدة التي يجب إبرامه خلالها.

1- د/ صبري السعدى: المرجع السابق ص 144.  
2- د/ جمال الدين زكي: المرجع السابق ص 52/51.

- وإذا الشرط القانون شكلا معيناً للعقد المراد إبرامه، يجب مراعاة ذلك في الوعد بالتعاقد كالوعد ببيع عقار، أو رهن رسمي وإلا كان الوعد باطلاً.

- يجب أن يكون الواعد بالغاً للأهلية القانونية للعقد المراد إبرامه بخلاف الموعود له فيكفي فيه وقت الوعد أن يكون مميزاً، وأهلاً لذلك العقد عند إبرامه مستقبلاً.

إثار الوعد بالعقد: يترتب على الوعد بالعقد التزاماً في ذمة الواعد بإبرام العقد إذا تحققت جميع شروطه، ولكن حقاً شخصياً للموعد له .

ولا يحتاج من الموعود له بعد قبوله بإبرام العقد أن يصدر رضاً جديداً من الواعد، فهو ملزم بتنفيذ الوعد "إبرام العقد" وإذا رفض تنفيذه قام الحكم محل العقد، متى حار الحكم قوة الشيء المقضي به م 72 ق م ج.

### التعاقد بالمزايدة م 69 ق م ج.

وفقاً لنص المادة 69 ق م ج فإن العقد لا يتم في عقود المزايدات إلا برسو المزداد، بل وبسقط المزداد بمزاد أعلى منه ولو كان باطلاً.

من أمثلة هذه العقود، البيوع الجبرية عن طريق القضاء، أو الإدارة، والبيوع الاختيارية علنية أو سرية "وفقاً لمطابق مغلقة" ويعتبر ما يصدر عن المكلف بالمزايدة مجرد دعوة إلى التعاقد، وليس إيجاباً، لأن الإيجاب يكون عن طريق التقديم بالعطاء، والذي يسقط بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً أو قابلاً للأبطال.

أما القبول الذي ينعقد به العقد هو الذي يتقدم به أحد المزايدين بأعلى عطاء، فيكون حينئذ إيجاباً بالمزايدة لأنه يتضمن كافة العناصر الجوهرية للعقد.

كما أن رسو المزداد أو المناقصة على عطاء معين، فيمثل القبول، ومن ثم ينعقد العقد بعلم مقدم العطاء برسو المزداد عليه. وقد نص عن ذلك المشرع الجزائري في نص م 69 ق م ج .

" لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزداد، ويسقط المزداد بمزاد أعلى ولو كان باطلاً"

- فيكون باطلاً مثلاً إذا صدر العطاء من شخص يقوم لديه مانع قانوني من التعاقد في الصفقة المعروضة في المزداد كقاضي يتقدم بعطاء في مزاد لبيع حقوق متنازع عليها، ويدخل النزاع في اختصاص المحكمة التي يعمل بها م 402 ق م ج .

- كما يكون قابلاً للأبطال إذا تقدم بالعطاء ناقص أهلية بسبب السن قاصر مميز.

ويكون سبب البطلان أو القابلية للأبطال والتي لا تؤثر على سقوط العطاء السابق عليه، أن هذا الأخير هو انقضاء المدة التي يظل من قدم العطاء السابق ملزماً خلالها بالإبقاء على إيجابه<sup>1</sup>

### التعاقد بالعريون م 72 مكرر ق 10/05 ق م ج

الأصل في العقد أنه بات ونهائي وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين م 106 ق م ج، وأن العقد اتفاق م 54، فلا يجوز لأي طرف في العقد الرجوع فيه من تلقاء نفسه.

<sup>1</sup> - د/ صبري السعدي المرجع السابق ص 129/128.

وقد يدفع أحد المتعاقدين وقت التعاقد عربونا غالبا نقودا للمتعاقد الآخر، ويكون هدف العربون إما تقرير حق العدول لكليهما، أو لتأكيد قيام العقد عن طريق تعجيل دفع جزء من الثمن الذي يلزم به أحدهما. وقد اختلف القوانين في مسألة العربون بناء على الدالتين السابقين، فالقوانين اللاتينية تأخذ بالدلالة الأولى "حق العدول" بينما القوانين الجرمانية فهي تنتهج الدلالة الثانية" تأكيد العقد". وقد نص المشرع الجزائري على احكام العربون في نص المادة 72 مكرر ق101/05 الصادر في 2005/6/20 بقولها "يمنح فع العربون وقت إبرام العقد لكل كمن 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 على العدول إي ضرر".

### التعاقد بالإدغان" عقود الإذعان" م 110/70 ق م ج .

رغم أن الأصل في التعاقد حرية كل متعاقد في المناقشة والمساومة ، لكن هناك نوعا من العقود يفتقد فيها هذا المبدأ والاصل، بحيث يضع أحد أطراف العقد شروطا مسبقة للعقد، وللمتعاقد الآخر . أما القبول أو الرفض بكليهما، فيكون العقد أقرب إلى التسليم والاذعان منه إلى الرضاء السليم. من أمثلة ذلك عقود الاشتراك في الكهرباء والغاز، والماء، والهاتف، النقل، التأمين. وتتميز عقود الإذعان بصفات أساسية أهمها:

- أن العقد يتعلق بسلعة أو خدمة أساسية لا يمكن الاستغناء عنها  
- يكون أحد أطراف العقد محتكرا للسلعة احتكارا فعليا أو قانونيا.  
- يقوم الطرف المدعن بغرض سلعته مسبقا وفق شروط محددة سلفا لا يقبل مناقشتها وتكون الشروط في مصلحة المدعن "الموجب".

ورغم اختلاف الفقهاء في تحديد طبيعة هذه العقود بين من ينكر عنها العقد، وبين من يؤيد هذه الصفة العقدية، وأنه عقد حقيقي يخضع على مسألة تطابق الإرادتين، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 70 ق م ج . " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها" إلا أن المشرع الجزائري حمى الطرف المدعن من تعسف الطرف المدعن، حيث نص في المادة 110 ق م ج "... جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المدعن منها، وذلك وفق ما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"

### ب صحة التراضي

تبين لنا مما سبق أنه يجب أن يتحقق وجود الرضاء باعتباره الأساس الأول لوجود العقد، ولكن يجب أن يتحقق في الرضاء بعد وجوده صحته، بأن يتمتع صاحبه بالأهلية اللازمة، وتكون إرادته خالية من جميع العيوب، وإلا اعترى الفساد العقد برغم قيامه.

### الأهلية la capacité



**تعريفها:** يقصد بها صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له مجموعة من الحقوق والالتزامات، أو أنها صلاحية الشخص للإلزام والالتزام.

**أنواعها:** تنقسم الأهلية إلى نوعين أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

**أهلية الوجوب:** هي عبارة عن صلاحية الشخص لان تثبت الحقوق المشروعة له أو عليه، ومعيارها هو الذمة المالية، فتكون محلا للحقوق والالتزامات، والذمة المالية هي صفة شرعية كما يرى علماء الشرع الإسلامي، أو أنها أمر تقديري اعتباري يفرض موجودا ليكون محلا للحقوق والالتزامات، وتثبت أهلية الوجوب للشخص بمجرد ولادته حيا. وهناك أهلية الوجوب الكاملة وهي تثبت للشخص في سائر الحقوق والالتزامات، أما أهلية الوجوب الناقصة فهي تثبت للجنين قبل ولادته، حيث له فقط الحقوق دون الالتزامات<sup>1</sup>.

**أهلية الأداء:** فهي عبارة عن صلاحية الشخص لان يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا وأن تحمله التزاما على وجه يعتد به قانونا<sup>2</sup>، أو أنها أهلية المعاملة بين الناس وصلاحية أقواله لان تكون أسبابا منشئة للحقوق له وعليه فالعبارة التي تنشأ بها التصرفات القانونية هي تلك التي يفهم قائلها معناها ومقصدتها، والآثار المترتبة عليها .

وباعتبار ان احكام الأهلية من النظام العام، باعتبارها تؤثر في حياة الشخص القانونية والاجتماعية، لذلك نصت المادة 45 ق م ج على:

" ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها"

**تدرج اهلية الاداء :** باعتبار أن معيار أهلية الأداء هو التمييز، فإن كان الشخص فاقدا للتمييز فتكون أهلية أدائه معدومة، وأن كان ناقصا للتمييز فتكون أهلية أدائه ناقصة، ولا يكون الشخص كاملا للأهلية إلا إذ استكمل جميع عناصر التمييز والإدراك.

ويتوقف بلوغ التمييز أملا على عامل السن، لذلك تختلف أهلية أدائه تبعا لتدرج سنة، وأهم هذه الادوار.:

**الدور الاول:** الجنين وإن كان يمتلك أهلية وجوب ناقصة "للحقوق فقط" في انتظار الولادة حيا، إلا أنه عديم أهلية الأداء.

**الدور الثاني/ الصبي غير المميز/** يبدأ هذا الدور بمجرد الولادة إلى حين بلوغ الصبي سن 13 سنة كاملة، وهي سن التمييز المحدد قانونا في نص المادة 2/42 ق.م.ح فيفترض المشرع الجزائري في هذا الدور أن الشخص فاقدا للتمييز ولأهلية لأداء في جميع التصرفات النافعة والضارة والدائرة بين النفع الضرر م 83 ق أ ج وتكون جميع تصرفاته باطلة، ويتولى عنه التصرفات من يمثله قانونا مثل الولي أو الوصي أو القيم 81 ق.ا. ج .

**الدور الثالث الصبي المميز:** يبدأ هذا الدور بمجرد بلوغ الصبي سن 13 سنة كاملة الى حين بلوغ 19 سنة كاملة، وهي سن الرشد القانوني، وتثبت له في هذا الدور أهلية أداء ناقصة، فله أهلية الاعتناء كاملة والتي تعود بالنفع عليه دون حاجة إلى تدخل

<sup>1</sup>د/ عبد الحميد البعلبي: المرجع السابق، ص 160/159.

<sup>2</sup>د/ صبري السعدي: المرجع السابق، ص 157.

وليه أو وصيه، فيقوم بهذه التصرفات بنفسه كقبول الهبة، أما الأهلية الافتقار فهي معدومة عنده كأن يتبرع أو يوصى لغيره فهي باطلة مطلقا، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر الصادرة منه فتقع قابلة للإبطال وقابلة للإجازة لمصلحته وأهلية أدائه ناقصة م 83 ق أ ج مثل البيع والمقايضة.

**الدور الرابع/ البالغ الرشيد:** تبدأ بلوغ الشخص 19 سنة كاملة غير محجوز عليه لعارض من عوارض الاهلية م 40 ق م ج، بمعنى يجب أن يكون متمتعا بجميع قواه العقلية، فيعتبر كاملا لأهلية الأداء وجميع تصرفاته صحيحة. وخارج هذه الأدوار خرج المشرع الجزائري بنص خاص يتعلق بالصبي المميز المأذون بالتصرف "الرشيد المسبق" والتي نظم المشرع الجزائري أحكامه بالتفصيل من حيث شروط الادن ونطاقه ومدى جوار الرجوع فيه في قانون الاسرة الجزائري م 84 ق أ ج.

**عوارض أهلية الأداء:** هي عبارة عن أمور تدرك البالغ الرشيد، تؤدي إلى انعدام أهلية الأداء أو نقصائها، وبعض العوارض تصيب عقل الإنسان وإدراكه وتمييزه فتعدهم "الجنون العته" وأخرى تلحق الإنسان وتصيب تدبيره فتتقص أهلية أدائه "السفه والغفلة".

### **العوارض التي تصيب العقل**

**1 الجنون:** هو اضطراب يلحق عقل الإنسان، فيعدم عند صاحبه الإدراك والتمييز ومن ثم تكون جميع تصرفاته باطلة م 42/1 ق م ج، م 85 ق أ ج.

وبالطبع إذا قامت حالة الجنون عند الشخص قبل بلوغه سن الرشد، حكمت عليه المحكمة باستمرار الولاية والوصاية، واما إذ طرأت عليه بعد البلوغ فيحجر عليه وتقيم عليه المحكمة قيما لإدارة أمواله.

**2 العته:** فهو كالجنون عبارة عن خلل يصيب العقل ولكنه يختلف عنه في أنه لا يكون مصحوبا بهياج، ولكن صاحبه يكون كالجنون فاقتدا لأهلية الأداء وجميع تصرفاته باطلة، حتى وأن كان بعض فقهاء الشرع الإسلامي يعطون للمعتوه حكيمين الاوّل أنه عدم أهلية الأداء و الثاني أنه ناقصها وما ينطبق على الجنون من احكام قبل وبعد بلوغ سن الرشد تنطبق على المعتوه م 1/42 ق م ج، م 85 ق أ ج .

### **العوارض التي تصيب الإنسان في تدبيره**

**1 السفه:** هو بتدبير للمال على غير مقتضى العقل، سواء كان ذلك في وجوه الخير أو الشر، ومن ثم فهو يصيب التدبير، والسفيه كامل العقل ولا تنعدم أهليته بل تعتر في حكم القاصر المميز، فهو إذن ناقض الأهلية وتكون تصرفاته قابلة للإبطال والإجازة "التصرفات الدائرة بين النفع والضرر" وصحيحة في التصرفات النافعة، وباطلة في التصرفات الضارة ضرار محضا 43 ق م 82 ق أ ج.

**2- الغفلة:** وهي ضعف في الإدراك يجعل صاحبها لا يهتدي إلى التصرفات الراجحة، وينخدع بسهولة في المعاملات، والفرق بينه وبين السفه أن ذا الغفلة ضعيف الإدراك يصدر تصرفاته عن حسن نيته، بينما السفه فهو كامل الإدراك لكنه ضعيف الإدارة، ويصدر تصرفاته، المتعلقة بالأموال عن مكابرة وعتاد واندفاع.

وقد وحد المشرع الجزائري بين أحكام السفه والغفلة حيث جعلهما م 43 ق 10/05 ق م ج ناقصي الاهلية قانونا وتخضع تصرفاتها الى حكم تصرفات المميز 82 ق أ ج

**موانع الأهلية:** تعرف بأنها عبارة عن ظروف طارئة على الشخص - رغم انه كامل أهلية الأداء - تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بمفرده، ولهذا يقيم المشرع عليه من يتولى مباشرة تصرفاته أو حتى مساعدته على مباشرتها ومن ثم فهذه لا تؤثر في أهلية الشخص إذ هو كاملها رغم وجود الموانع، وإنما وجودها تحيل بينه وبين مباشرة التصرفات القانونية، أو تجعل عليه عدرا "يتعذر" في الانفراد في مباشرتها.

### 1 المانع الطبيعي: العاهة المزوجة أو الضعف الجسماني الشديد

في ظل هذا المانع يصاب الشخص بعاهتين مزدوجتين م 80 ق 10/05 ق م ج من ثلاث عاهات أصم، أبكم، أعمى، فيتعذر عليه بسبب العاهتين من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية فيجوز للحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يساعده في ابرام التصرفات القانونية .

وبالتالي فصاحب العاهتين ليس ناقصا لأهلية الأداء ولا عديمها، لان إرادته مازالت سليمة، ولكن يتعذر عليه بسبب هذا المانع التعبير عن إراداته تعبيرا صحيحا، او انه يخشى الانفراد بالتصرف.

كما أن تقرير المساعدة القضائية لصاحب العاهتين ليس نوعا من أنواع الحجر عليه، بل هو نوعا من انواع المساعدة على التعبير عن الإرادة.

كما أن المساعد القضائي ليس نائبا عن تقرر مساعدته، بل أن التصرف ينعقد باسم وإرادته صاحب العاهتين، ويقتصر دون المساعد على ترجمة إرادة صاحب العاهتين.

وإذا صدر تصرف ممن تقرر مساعدته قضائيا وبدون حضور المساعد، ولكن بعد تسجيل قرار المساعدة يكون تصرف صاحب العاهتين قابلا للإبطال لمصلحة م 80/2 ف م ج.

**(2) المانع المادي: الغيبة:** عرفت م 110 ق أ ج الغائب بأنه الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير فإنه يعتبر كالمفقود.

فالغائب اذن هو شخص لا يعرف موطنه ولكن حياته مؤكدة، ويستحيل عليه تولى شؤون نفسه بنفسه، فهو حينئذ كامل الاهلية، ولكن ظروفه تقتضى إقامة نائب يتولى شؤونه، فإذا انقضت سنة أو اكثر على غيابه، وترتب على ذلك أن تعطلت مصالح أقامت المحكمة وكيلا عنه يتولى شؤونه.

**(3) الحكم بعقوبة جنائية:** إن هذا المانع من ممارسة الحقوق المالية، تكون عبارة عن عقوبة تكميلية لعقوبة أصلية في مواد الجنائيات، تحرمه فترة اعتقاله من إدارة أمواله.

ولكن يبقى الشخص متمتعا بكامل الاهلية، فتختار له المحكمة المختصة نائبا عنه "قيما" لإدارة أمواله، ويبقى الأخير خاضعا في جميع تصرفاته في أموال المحكوم عليه إلى رقابة محكمة محل إقامة الجاني:

نصت م 9 مكرر من قانون 23/06 الصادر في 2006/12/20 ق ع ج "في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوبا" بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الاصلية:

## التمييز بين أهلية الاداء وغيرها من المصطلحات

### من أهم المصطلحات التي قد تشتهه بأهلية الاداء:

هناك حالات كثيرة يجد الشخص نفسه ممنوعا من مباشرة بعض التصرفات في ظلها رغم كمال أهلية ادائه.

#### 1- أهلية لأداء وحالات المنع القانونية:

هناك حالات كثيرة يجد الشخص نفسه ممنوعا مباشرة بعض التصرفات في ظلها رغم كمال أدائه

- فهناك الاشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون، كأموال الدولة المخصصة للنفع العام م 682/2 م ج  
المانع الخاص ببعض الطوائف من مباشرة بعض الأعمال القانونية كرجال القضاة والمحامين وكتاب الضبط والموثقين والمدافعين  
القضائيين م 403/402 ق م ج .

فهذا المانع قصد منه تحقيق إما مصلحة عامة، أو خاصة، ولا علاقة للمانع بأهلية أداء الشخص.

#### 2- أهلية الاداء والولاية:

الاهلية هي صلاحية الشخص في القيام ببعض التصرفات التي تسكبه حقا أو تحمله التزاما بينما الولاية فهي صلاحية الشخص "الولي، الوصي" القيام ببعض الأعمال القانونية دون أن يترتب عليها أي اثر في ذمة الولي بل، تنصرف إلى ذمة المولى عليه كالقاصر، فالولاية : أذن تنتج آثارها في حق الغير.

### عيوب الرضاء

#### الفرق بين الارادة غير الموجودة والارادة المعنية

عدم وجود الإرادة يعني أن من باشر التصرف كان فاقدا للإرادة، أو أن إرادته لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني وفي الحالتين يكون التصرف غير منعقد ويقع باطلا كمن باشر التصرف صبي غير مميز أو مجنون أو معتوه.  
أما الإرادة المعنية فهي إرادة موجودة لكنها لم تصدر عن بينة واختيار، ولذلك فهي لا تحول دون إبرام ووجود التصرف إنما إرادة الشخص غير سليمة، وله الحق في إبطال التصرف.<sup>1</sup>

وعلى ذلك تعرف عيوب الارادة على أنها تلحق بإرادة أحد المتعاقدين أو كلاهما، فتفسد الرضاء دون أن تزيله، لأن الرضاء يبقى موجودا غاية الأمر أن الارادة لا تجئ سليمة أما لأنها جاءت نتيجة وهم كاذب، وإما لأنها جاءت وليدة الضغط مثلا .

#### 1 الغلط L'erreur: هو وهم يقع في ذهن المتعاقد، يكون له الدافع على التعاقد كأن يشتري شخص شيئا أثريا ثم يتضح

أنه مقلد.

حينئذ فإرادة الشخص في الشراء تكون معيبة بالوهم الذي وقع فيه، وهو الدافع للتعاقد، فيكون الغلط بالتالي مؤثرا في رضاء المتعاقد يكون للأخير الحق في طلب إبطال العقد أو إجازته.

والغلط المؤثر هو الغلط الجوهرى، ويتحقق هذا الغلط في صورتين:

<sup>1</sup>-د/ عمر السيد أحمد عبد الله: نظرية العقد في قانون المحاملات المدنية الإماراتيين دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص102.

الأولى: اذا وقع الغلط على مادة الشيء أو على صفة جوهرية فيه " شراء ساعة ذهبية وإذا بها نحاسية، أو شراء تحفة أثرية ثم يتضح أنها ليست كذلك بل أنها مقلدة.

الثانية: إذا وقع الغلط في شخصية المتعاقد أو على صفة من صفاته، وكان هذا الأمر محل اعتبار أساسي في التعاقد.

ومن شروط الغلط المؤثر في الإرادة: \* أن يكون الغلط جوهريا

\* أن يصل الغلط بالشخص المتعاقد معه أو في صفة من صفاته.

ومن الآثار المترتبة على توفر الغلط: أنه يجوز للمتعاقد وفقا لنص المادة 81 ق م ح والذي وقع في غلط جوهري المطالبة بإبطال العقد أو إجازته م 81 ق م ج.

2 التديس le dol: هو عبارة عن استعمال أحد المتعاقدين لطرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه، وتدفعه إلى

التعاقد<sup>1</sup> أو أنه يقاع الشخص المدلس عليه في الغلط، يكون هو الدافع له على إبرام العقد .

وبالتالي فإن التديس ليس هو العيب الذي يؤثر على الإرادة سلبيا أو أيجابا، وإنما الغلط الذي يقع فيه الشخص نتيجة إيهامه بغير الحقيقة عن طريق بعض الحيل التي يستخدمها المتعاقد الأخر.

—بعض أوجه الاختلاف بين الغلط والتديس:

1/ أن الوهم الدافع للتعاقد في الغلط يتسم بالتلقائية دائما يقع فيه الشخص نفسه بناء على تقديره، بخلاف وهم التديس فهو ليس تلقائيا، وإنما يرجع إلى شخص آخر، يجعل المتعاقد " المدلس عليه" يعتقد بأن الأمور على غير حقيقتها.

2/ لا يقترن الوهم الدافع للتعاقد في عيب الغلط بوسائل احتيالية، بخلاف وهم التديس فهو مصحوب دائما بتلك الوسائل التديسية.<sup>2</sup>

—عناصر التديس وشروطه فهو يقوم على عنصرين أحدهما مادي والثاني شخصي.

العنصر المادي: وهو استعمال أحد المتعاقدين لحيل تديسه تغليطيه قصد وقوع التعاقد معه في الغلط.

العنصر الشخصي: ان يكون هذه الحيل من الجسمامة بحيث لولاها ما أبرام المتعاقد المدلس عليه العقد، كإبراز أوراق مزورة، أن التظاهر بالغنى، أن كتابة منشورات، إعلانات كاذبة .

وتكفي في تلك الحيل المستعملة أن تكون هي الدافعة للتعاقد إذ لولاها لما أبرام الشخص العقد، كالكذب في رواج البضاعة من حيث جودتها، أو إعطاء المؤمن له بيانات غير صادقة شركة التامين عن السيارة المؤمن عليها، أن السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة حاسمة في العقد لولاها لما إبرام العقد " السكوت عند بيع منزل وكان المنزل مثقلا بحق عيني أصلي أو تبعي أو حتى صدور قرار إداري يترع ملكيته للمنفعة العامة.

—أثر التديس الواقع من غير المتعاقدين: الاصل في التديس أنه \_ يقع من أحد المتعاقدين أو نائبة على التعاقد حتى يمكن المطالبة بإبطال العقد.

1- د/علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 60.

2- د/ خليل أحمد قداد: المرجع السابق، ص 56/55.

أما إذا جاء التدليس من الغير فليس للمدلس عليه الحق في الادعاء بأنه وقع عليه تدليسا دفعه للتعاقد، ما لم يثبت هذا الأخير أن المتعاقد معه كان يعلم أو كان من المفروض أنه يعلم بهذا التدليس كما نصت على ذلك م 87 ق م ج ، فيكون حينئذ هذا الأخير متواطئ مع المدلس أو حتى أنه سيء النية، وإذا فشل المدلس عليه في اثبات ذلك فيجوز له اللجوء الى نظرية الغلط الجوهري والتمسك بإحكامها وأثارها.

وبالتالي فإن أثر وجود تدليس تكون إرادة المدلس عليه معيبه بالتدليس، فيكون للأخير الحق في طلب الأبطال خلال المدة القانونية المحددة في المادة 101 ق م ج " 5 سنوات من اكتشاف التدليس ، و10 سنوات من وقت التعاقد.<sup>1</sup>

**الإكراه la violence** : هو عبارة عن ضغط على أحد المتعاقدين، فيولد في نفسه رهبة بينة محدقة تدفعه للتعاقد، ويسمى هذا بالإكراه المعنوي كالتهديد بخطف ابن، أو بالقتل، أو الاعتداء على العرض والشرف، وأثاره فضيحة، وهو إكراه يفسد الإرادة دون ان يعدمها.

أما إذا كان الإكراه ماديا، فهو يعدم الإرادة بتاتا كمسك يد شخص وتهديده وإلزامه بتوقيع على وثيقة ما، فيكون العقد منعقد لكنه باطلا والإرادة منعدمة.<sup>2</sup>

فإبرام الشخص بعقد تحت الإكراه المعنوي بالأذى والخوف، فتكون الرهبة حالا، وليس الخطر حالا، ومن ثم الإرادة عند التعاقد موجودة لكنها ليست حرة، فهي تختار بين إبرام العقد تحت لتهديد بالإكراه، وبين الإصابة بالخطر، والمتعاقد هنا يختار أهون الضررين.

**عناصر الإكراه وشروطه** : يقوم الإكراه على عنصرين أحدهما مادي والثاني شخصي.

**العنصر المادي** : وهو استعمال وسائل ضغط على المتعاقد المكره، سواء كانت الوسائل مادية كالضرب والعنف، أو نفسية كالتهديد بإلحاق الذي بالمتعاقد، والرهبة البينة هي التي تصور للمكره أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو أحد أقاربه في نفسه أو جسمه أو ماله أو شرفه .

**العنصر الشخصي** : هو أن يبعث التهديد خوفا في نفس المتعاقد، ويراعى في تقدير هذا العنصر جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، وظروف المكان والزمان.<sup>3</sup>

**أما من حيث شروط الإكراه، فيجب يتوفر الشروط التالية.**

- 1/ استعمال وسائل إكراه تهدد بخطر جسيم محقق.
- 2/ أن تكون الرهبة والخوف هو الدافع للتعاقد.
- 3/ اتصال الإكراه بالمتعاقد معه "وحتى نائبه"

1-د/ صبري السعدي: المرجع السابق، ص 191/192، وأيضا د/ خليل أحمد حسن قداددة المرجع السابق ص 59.

2-د/ صبري لسعدي: المرجع السابق ص 191/192.

3-د/ علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 65/66.

أثر الإكراه ومن يتحمل عبء إثباته: فمن حيث أثره فإنه يجعل الإرادة معيبه، غير حرة في إبرام العقد، حينئذ يكون لها الحق في المطالبة بإبطال العقد تأسيساً على أحكام الإكراه .

ومن حيث عبء إثبات الإكراه فيقع على الطرف المكره الذي يدعى بالإكراه بإثباته أنه وقع تحت سلطان رهبة بينة دفعته للتعاقد.

ومن حيث مدة المطالبة بالأبطال فهي محددة في نص المادة 101 ق م ج بمرور 5 سنوات من يوم انقطاع الإكراه أو 10 سنوات من وقت التعاقد، وبذلك يوحد المشرع مدة المطالبة بالإبطال في كل من الغلط والتدليس "من وقت اكتشافها" والإكراه" من وقت انقطاعه.

الاستغلال l'exploitation: هو عبارة استغلال شخص في آخر طيشاً بيناً أو هوى جامع لكي يبرم معه عقداً، يتضمن غالباً غبناً فاحشاً.

بينما يعرف الغبن هو عدم التعادل أو عدم التساوي بين ما يأخذه الشخص وما يلتزم بإعطائه، أو أنه الخسارة الفاحشة التي تلحق أحد المتعاقدين.

من أمثلة ذلك استغلال البعض طيشاً بيناً في صغير السن "المميزين" الحديثي العهد بالإرث فيعقدون معهم عقوداً تتضمن غبناً فاحشاً بهم.

ويختلف الغبن عن الاستغلال، في أن معيار الغبن دائماً موضوعي مادي وهو أن يقل عن  $\frac{4}{5}$  ثمن المثل في ذلك العقد "بيع عقار مثلاً قيمته الحقيقية 100 مليون سنتيم البيع 75 مليون"، وإذا تحقق هذا التفاوت فمن حق الطرف المغبون "البائع إما تكملة الثمن إلى  $\frac{4}{5}$  على الأقل 80 مليون وإلا كان له الحق في فسخ العقد لإحلال الغابن بتنفيذ التزامه وهو تكمله الثمن.

بينما معيار الاستغلال هو شخصي، فإذا توفرت شروط يحق للمتعاقد المستغل إما المطالبة بإبطال العقد أو إنقاص بعض التزاماته حتى تتعامل مع التزامات المستغل.

وعلى ذلك فإن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة ومحله عقاراً، ولا يمكن الإدعاء بالغبن إلا بعد إنشاء العقد، فينظر في هذا الوقت إلى مدى تعادل الأداءات "الالتزامات".

كما أن كل تغير في أثمان العقارات بعد انعقاد العقد وتغير ظروف السوق، حتى وإن تحقق غبناً في الثمن لأحد المتعاقدين فلا يكون أمام غبن بل أمام ما يعرف بالظروف الطارئة<sup>1</sup>.

شروط الاستغلال وعناصره: فمن حيث شروط الاستغلال، فإنه وفقاً لنص المادة 90 ق.م.ج يجب أن يتوفر شرطان:

<sup>1</sup> د/ صبري السعدي، المرجع السابق، ص 205/204.

**الأول:** هو أن يكون هناك تفاوتاً صارخاً بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه. بمعنى هناك اختلاف في عدد التزامات كل متعاقد.

**الثاني:** أن يكون هذا التفاوت هو نتيجة لاستغلال الطيش البين أو الهوى الجامح في الطرف المغبون

**ومن حيث عناصر الاستغلال** فهي عنصران أحدهما مادي والثاني شخصي.

**العنصر المادي:** وهو عدم تعادل التزامات المتعاقدين مطلقاً، لأنه لا يكفي عدم التعادل الضئيل، فهذا يحدث يوماً في عقود البيع والشراء، بل يجب أن يكون عدم التعادل واضحاً وفاحشاً، سواء وقع عدم التعادل في مقدار الفائدة التي يتحصل عليها كل متعاقد "أو عدم التعادل بين فائدة الطرف المغبون والتزاماته، أو أن التزامات المتعاقدين متفاوتة كثيراً"، ويخضع تقدير ذلك إلى السلطة القضائية.

**العنصر الشخصي "النفسي":** ويتمثل في استغلال طيشنا بينا أو هوى جامح في المتعاقد معه.

والطيش البين هو خفة عقلية تدفعه للتعاقد بسرعة، كان يرث شخص مالا كبيراً واخذ يتفق منه بسفه، فيستغل غيره ذلك ويبيع سلعه بأسعار باهضة، أو يشتري منه أشياء بأثمان زهيدة، أو يقرضه بفائدة ربوية مثلاً.

-والهوى الجامح هو الرغبة الشديدة نحو شخص أو شيء كالإدمان على الخمر ولعب القمار والتمادي في الدعارة على أنه يشترط أن يكون الطيش البين أو الهوى الجامح هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد، ويقع على هذا الأخير أصلاً واجب إثبات أنه كان لديه طيشنا بينا أو هوى جامح.<sup>1</sup>

## **مجال الاستغلال واثراً وجوده/**

**فمن حيث مجال الاستغلال/،** فإنه ينتشر كثيراً في عقود المعارضات، وعقود التبرع، والعقود الاحتمالية فنجد الاستغلال متحققاً في عقود المعاوضات لعقد البيع والشراء والمقايضة.

وفي عقود التبرع حيث يلتزم شخص بآراءه بالإعطاء دون أن يأخذ مقابلاً بذلك.

وفي العقود الاحتمالية كعقود الغرر، والتأمين، والرهان، وفيها قد تتحقق الخسارة لأحد المتعاقدين وهي خسارة محققة الحدوث مستقبلاً، أو كبيع منزل فحماً بثمن هو عبارة عن إيراد مرتب مدى حياة البائع، ويكون الثمن النهائي لا يتناسب مع الثمن الحقيقي للمزمل خصوصاً إذا توفي البائع عاجلاً.

<sup>1</sup> د/ علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 68/67.



ومن حيث أثر وجود استغلال/ فرغم أن المشرع الجزائري نص على إجازة القاضي الحكم بإبطال العقد بناءً على طلب المغبون بسبب الاستغلال إلا أن المشرع نفسه أقر للقاضي الحق في إنقاص بعض التزامات الطرف المغبون إلى الحد الذي يرفع معه الغبن، كما يكون للطرف الغابن الحق في عرض على المغبون ما يراه القاضي كافياً لوضع الغبن م 3/90 ق م ج.

على أنه يجب على الطرف المغبون إذا توفرت شروط الاستغلال "الغبن" أن يرفع دعواه خلال سنة من تاريخ انعقاد العقد وإلا كانت دعواه غير مقبولة م 2/90 ق م ج.

## ركن المحل l'objet

لقد اختلف الفقهاء في مدى اعتبار المحل والسبب ركنان في العقد أم في الالتزام

- منهم من يذهب إلى اعتبار المحل ركناً في الالتزام المترتب على العقد، لا ركناً في العقد.
- منهم من يذهب إلى اعتبار المحل عنصراً من عناصر الإرادة، لأن الإرادة الحرة الواعية والمعتبرة قانوناً هي التي تتجه إلى التعاقد وهي على بينة بالمحل ومدركة بالسبب.
- بينما ذهب فقهاء آخرون أن للعقد محل وللالتزام محل آخر، ومحل العقد هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء التعاقد، وإذا كانت من آثار التعاقد هي إنشاء التزامات، فإن هذه الأخيرة ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد.
- وفي الواقع وباعتبار أن العقد هو أحد مصادر الالتزام الإرادية، فيقتضي ذلك أن يتوفر للعقد أركانه من رضاء ومحل وسبب، وباعتبار أن العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، فإن ذلك يعني أن ركن العقد الرئيسي هو الرضاء، أي الإرادة التي اتجهت إلى إحداث أثر قانوني يقصدانه وهذا الأثر لا يتحقق إلا بإرادة موجودة وواعية وحرّة تدري. بمحل العقد، وبسببه، بمعنى أن الإرادة يكون لها تصور نحو الشيء الذي أقدمت عليه والغاية أو السبب من ذلك، فتكون الإرادة حينئذ هي ركن العقد الرئيسي، بينما المحل والسبب في العقد فيعتبران من عناصر الإرادة<sup>1</sup>

تعريف المحل/ محل العقد هو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها كالبيع والإيجار، أم محل الالتزام فهو ما يتعهد به المدين وقد يكون التعهد نقل حق عيني للدائن، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل م 54 ق م ج.

وهكذا فإن محل الالتزام هو أمراً مادياً محسوساً، أو هو عمل إيجابي أو سلبي يلتزم به المدين من أمثلة التزام بعمل الالتزام مهندس معماري تقديم تصميم هندسي لمستشفى أو عمارة.

<sup>1</sup> د/ خليل أحمد حسن قداد: المرجع السابق ص 72/71.

من أمثلة الالتزام بإعطاء شيء "حق" التزام البائع نحو المشتري بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه ومن أمثلة الالتزام بالامتناع عن عمل التزام تاجر نحو تاجر بعدم المنافسة.<sup>1</sup>

شروط المحل/ حدد المشرع الجزائري شروطا للمحل نصت عليها النصوص القانونية م 92 إلى 95 من القانون المدني:

- فيجب أن يكون محل الالتزام ممكنا أو قابلا للإمكان "غير مستحيل"
- يجب أن يكون محل الالتزام معينا أو قابلا للتعين
- يجب أن يكون محل الالتزام مشروعاً "غير مخالف للنظام العام والآداب."

### الشرط الأول/ يجب أن يكون محل الالتزام ممكنا غير مستحيل

فإذا كان محل الالتزام إعطاء شيء يجب أن يكون هذا الشيء موجودا، وإذا كان محله عملا أو امتناع عن عمل يجب أن يكون ذلك ممكنا، فالوجود في الالتزام بإعطاء شيء يقابل الإمكان في الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل.

فإذا كان محل الالتزام غير موجود ولا ليس ممكنا، يكون مستحيلا ومن ثم يكون الالتزام باطلا، نصت م 93 ق 10/05 م ج، "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته..... كان باطلا بطلا مطلقا"<sup>2</sup>

وعلى ذلك فإن معنى المحل ممكنا أنه غير مستحيل في ذاته بالنسبة لجميع الناس، وحين تكون الاستحالة مطلقة، فلا التزام بمستحيل.

وتختلف الاستحالات المطلقة عن النسبية خصوصا نحو أثرهما على الالتزامات والعقود.

فالاستحالة المطلقة هي التي تكون نحو جميع الناس ولا تقتصر على المدين، ويترتب على ذلك انه يمنع قيام الالتزام ويكون العقد باطلا.

وتتضمن الاستحالة المطلقة نوعين استحالة طبيعية وأخرى قانونية تبعا لمصدرها فالاستحالة الطبيعية فهي التي يرجع سببها على طبيعة المحل نفسه كان يتعهد شخص بتحريك جبل، أو القيام بعمل كان قد قام به سابقا.

أما الاستحالة القانونية فهي التي ترجع سببها إلى قواعد القانون، كأن يتعهد محام باستئناف حكم كان ميعاد الاستئناف قد انقضى.

على أنه يشترط في الاستحالة المطلقة والتي تحول وقيام الالتزام وتجعل العقد باطلا أن يكون وقت الاستحالة هو وقت التعاقد، فإذا جاءت لاحقة لانعقاد العقد، فهي لا تمنع من قيام العقد والالتزام المترتبة عليه، ويصبح الأمر فقط متعلقا باستحالة

<sup>1</sup> د/ صبري السعدي: المرجع السابق، ص 210/209.

<sup>2</sup> د/ بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 140.

تنفيذ، فيؤدي ذلك لانقضاء الالتزام وانفساخ العقد من تلقاء نفسه، إذا لم يكن للمدين يد في الاستحالة وإلا حكم عليه التزام التعويض.

أما الاستحالة النسبية فهي تقوم بالنسبة للمدين فقط دون غيره من الناس، ولا يمنع ذلك من قيام الالتزام والعقد كتعهد مدين برسم لوحة فنية وهو يجهل فنون الرسم، ويستوي في هذه الاستحالة أن تكون وقت التعاقد أو لاحقة له، فيجوز للدائن أن يطلب بالتنفيذ من الغير وعلى نفقة المدين، كما يجوز له طلب التنفيذ عن طريق التعويض إذ كان العقد ملزم لجانبين<sup>1</sup>.

ويضيف بعض الفقهاء إلى شرط الإمكان أن يكون محل الالتزام موجودا أو قابلا للوجود ويعني وجود محل الالتزام، هو وجوده وقت انعقاد العقد، ويترتب على ذلك بطلاق العقد مطلقا إذا هلك المحل قبل التعاقد كهلاك المحل بفعل قوة قاهرة "تهدم بناء بفعل زلزال".

كما يعني قابلية محل الالتزام للوجود أنه في إمكان الشخص "المدين" القيام بهذا الالتزام العقدي فلا يكون مستحيلا<sup>2</sup>.

على انه يلاحظ أن شرط وجود محل الالتزام وقت التعاقد ليس شرطا مستقلا في محل الالتزام، بل إنه أمر لازم لتحقيق شرط الإمكان، فإذا تعلق العقد بشيء محدد لكنه لم يوجد أصلا أو أنه هلك قبل التعاقد، فإن العقد لا ينعقد، فإن وجد الشيء وقت التعاقد ثم هلك، فالعقد ينعقد صحيحا، وغن أمكن فسحه لعدم تمكن المدين من تنفيذ التزامه<sup>3</sup>.

كما يطرح شرط وجود محل الالتزام إشكالية تتمثل في ما هو حكم المشرع في التعامل على شيء مستقبلي؟.

لقد أجاز المشرع الجزائي المعاملات في الأشياء المستقبلية رغم أنها غير موجودة وقت التعاقد، ولكنه ربط تلك الإجازة بان يكون محل الالتزام المستقبلي محقق الوجود، نصت م 1/92 ق م ج "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا" وبالتالي فإن التعامل في الأشياء المستقبلية هو جائز وأنها ممكنة الوجود، والتعامل فيها شائع بين الناس، على أن المعاملة تبقى معلقة على شرط واقف وهو تحقق وجود الشيء مستقبلا.

### الشرط الثاني/ يجب أن يكون محل الالتزام معينا أو قابلا للتعين.

إن أهمية شرط تعيين محل الالتزام تكمن في تحديد المحل، فإن كان مجهولا، فإنه يتعذر تحديده وتعيينه، وتثور حوله نزاعات بين المتعاقدين، ومن ثم فلا ينعقد عقد ولا تترتب أية التزامات.

<sup>1</sup> د/ عمر السيد/ أحمد عبد الله: المرجع السابق، ص 138/137.

<sup>2</sup> د/ خليل أحمد حسن قدامة: المرجع السابق ص 74/73.

<sup>3</sup> د/ صبري السعدي: المرجع السابق، ص 214/212.

ويختلف تعيين محل الالتزام تبعا للشيء نفسه هل هو من الأشياء القيمة أم المثلية، كما يختلف تنفيذ الالتزام هل يتعلق بالالتزام بإعطاء شيء، أم بعمل أم بالامتناع عن العمل.

فإن كان محل الالتزام يتعلق بشيء من الأشياء المعينة بذاتها "القيمة" فيجب أن تحدد ذاتية الشيء بدقة بحيث لا تختلط مع غيرها فالمتزل مثلا يعين بموقعه وبعدد غرفة وبما يحيط به من علامات.

وإذا تعلق المحل بشيء لا يعين إلا بنوعه، فيجب تعيينه بجنسه "جنسيته" ونوعه ومقداره ودرجة جودته كبيع 10 طن قمحا جزائريا من صنف متوسط.

كذلك بالنظر إلى طبيعة عمل المدين، فقد يلتزم بعمل أو بالامتناع عن عمل، فيجب تحديد العمل محل الالتزام بالقيام به، أو عدم القيام به، وقد يكون التزامه قابلا للتعيين فالالتزام بتشييد بناء يقتضي تعيين محله ببيان مواصفاته التي يتضمنها العقد، فإن لم يتضمن ذلك أمكننا تحديد العمل المطلوب من الظروف والملابسات التي تحيط بالعقد.

وإذا كان محل الالتزام نقودا، فيلتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لتغيير قيمتها فيما بعد أي تأثير على تنفيذ الالتزام.

ويضاف في تعيين الشيء القيمي "المعين بالذات" فيكون أيضا عن طريق تمييزه عن غيره بمواصفات وخصائص تميزه عن غيره ولا يختلط بغيره فتعيين مسكن مثلا يكون بتعيين موقع ومساحته وعدد طوابقه، وبما يحيط به من أشياء أخرى.

وكل تخلف لهذا التعيين يجعل العقد باطلا مطلقا<sup>1</sup>

### الشرط الثالث/ يجب أن نكون محل الالتزام مشروعاً:

نصت المادة 93 ق 10/05 ق م ج على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"

"فإذا كان محل الالتزام إعطاء شيء، وجب أن يكون الشيء داخلا في دائرة التعامل، وإلا كان باطلا وترجع سبببه عدم القابلية للتعامل في الشيء إلى سببين الأول طبيعة الشيء والثاني حكم القانون، وهذا بالنظر إلى العرض الذي خصص له الشيء أو لمخالفته للنظام العام والآداب م 682 ق م ج.

وإذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل، وجب أن يكون العمل مشروعاً والامتناع مشروعاً ويكون العمل أو الامتناع عن العمل غير مشروع إن كان ذلك مخالفا لنص قانوني أمر أو أنه متعارض مع النظام العام والآداب العامة.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> يلاحظ أنه يجوز أن يكون محل الالتزام غير معين ولكنه قابلا للتعيين، كبيع عدد من الكتب لطلبة السنة الثانية حقوق، المجموعة ب الفوج 11.

**ركن السبب/** نصت المادة 97 ق م ج "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقب باطلا".

يعرف بعض الفقهاء السبب بأنه الغاية المباشرة التي يقصد إليها الملتزم من التزامه الإرادي "وبالتالي فالسبب هو من عناصر الإرادة رغم ما ذهب إليه البعض من الفقهاء والقوانين من كون السبب أمرا له وجود مستقل عن الإرادة، ويشترطون في السبب على غرار محل الالتزام أن يكون له وجود وصحيح وأن يكون مشروعا، رغم أن المشرع الجزائري لم يشترط في السبب إلا شرط المشروعية رغم كونه شرطا أور كنا في الالتزام وفي العقد<sup>2</sup>.

**ويختلف شرط السبب عن المحل،** من حيث أن المحل هو الأمر الذي يلتزم المدين بإعطائه أو بعمله أو بالامتناع عن عمله، بينما السبب هو الغاية أو الغرض الذي يسعى الملتزم إلى تحقيقه من وراء تحمله بالالتزام، و بمعنى آخر أن السبب تتضمنه الإجابة على السؤال لماذا التزم المدين، بينما المحل فيماذا التزم المدين.

- كما للسبب في نظرية الالتزام معني مختلفين:
- **الأول:** السبب هو المصدر الذي يستمد منه الالتزام وجوده، بمعنى السبب المنشئ للالتزام
- **الثاني:** هو الغاية أو الغرض الذي يرمي إليها الملتزم من وراء قبوله تحمل الالتزام<sup>3</sup>
- كما يختلف سبب الالتزام عن سبب العقد، من حيث أن سبب الالتزام هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه و تحقيقه من وراء تحمل بالالتزام، بينما سبب العقد فهو الدافع الباعث إلى التعاقد، وهو باعث رئيسي وشخصي.

على أن نظرية السبب قد أثارت جدلا فقهيا كبيرا واختلافا حول مفهوم السبب، وتحديد ماهية السبب القانونية "حيث من الفقهاء من يعتبره ركنا في الالتزام، وآخرون انه ركنا في العقد، وفريق ثالث يعتبره عنصرا من عناصر الإرادة"<sup>1</sup> وقد انقسم الفقهاء حول تحديد مفهوم السبب إلى نظريتي الأولى تقليدية والثانية حديثة.

**النظرية التقليدية في السبب:** ترى النظرية أن السبب هو الغرض المباشر المجرى الذي يريد المدين تحقيقه بالتزامه، وإذا تعددت الأغراض فإن السبب الذي يقف عنده هو الغرض المباشر الذي يريد تحقيقه من وراء تحمله بالالتزام، وقد وضع "دوما" أسسا للنظرية، بان السبب المقصود هو السبب القصدى، وأغفل الباعث الدافع، فيكون حينئذ للعقد عدة دوافع، أما الالتزام فليس له إلا سببا واحدا لا يتغير للنوع الواحد من الالتزام.

<sup>1</sup> د/ خليل أحمد حسن قداد: المرجع السابق ص 73.

<sup>2</sup> د/ صبري السعدي: المرجع السابق، ص 222/223.

<sup>3</sup> د/ صبري السعدي: المرجع السابق ص 222/223.

وفي العقود الرضائية كعقد الهبة و التبرع وعقد البيع سبب الالتزام هو إتمام العقد في عقد البيع وهو نية التبرع في عقد الهبة.

### ومن أهم خصائص السبب وفق النظرية التقليدية:

- إن السبب المقصود هو سبب الالتزام وليس سبب العقد.
- إن السبب في العقد هو عنصرا أو جزءا منه.
- كل أنواع العقود لها سبب واحد، وتختلفه يجعل العقد منعقد ميتا.

### ومن أهم عيوب النظرية التقليدية:

- يرى بعض الفقهاء أننا لسنا في حاجة إلى شرط السبب اكتفاء فقط بالرضا والمحل، كما أن مبادئ النظرية غير صحيحة ولا فائدة منها.
- أن النظرية التقليدية عقيمة في مبادئها وأنها لا تضيف شيئا إلى الثروة القانونية، وانه يمكن الاستغناء عن النظرية التقليدية ومبادئها دون أن يترتب على ذلك أي ضرر.

### النظرية الحديثة في السبب:

ذهب فقهاء النظرية وبعض أحكام القضاء الفرنسي والعربي إلى اعتبار الباعث هو سبب الالتزام ما دام كان معروفا للمتعاقدين، وهذا حتى وإن لم يكن جزءا من اتفاقهما.

ومن جهة القضاء فهو يحدد السبب بأنه السبب الدافع للملتزم بما التزم، ويقتصر على الدافع الرئيسي من إبرام العقد.

على أنه لا يشترط في السبب الدافع للتعاقد إلا شرط المشروعية، ونظرا لأن الباعث الدافع للتعاقد هو مسألة شخصية تختلف بين الأشخاص، وأنه بعيد عن العقد، لذلك فإن القضاء يشترط للحكم ببطلان العقد أن يكون المتعاقد الأخرى عالما بهذا الباعث<sup>1</sup>.

### نظرية السبب في القانون المدني الجزائري:

يلاحظ على موقف المشرع الجزائري في السبب هو أن يكون للعقد سبب، وأن يكون السبب مشروعاً، وكل تخلف لذلك يكون العقد باطلاً<sup>2</sup> م 98/97 ق م ج ثم إن المشرع يعتد بأن لكل من الالتزام والعقد سببا مختلفا، لأنه يأخذ بفكرة ازدواج

<sup>1</sup> د/ بلحاج العربي: المرجع السابق ص 158 وما بعدها.

<sup>2</sup> د/ صبري السعدي: المرجع السابق ص 222/223.

السبب، ولكنه لم يصرح بالتفرقة بينهما، وقد أخذ بمبادئ النظرية الحديثة والمتعلقة بفكرة الدافع المشروع، ولهذا فهو ذاتي شخصي يختلف بين العقود.

**إثبات السبب:** وفقا للمبادئ العامة للقانون في مسائل الإثبات، فإن كل التزام يجب أن يكون له سببا موجودا ومشروعا، يقع على الدائن إثبات ذلك "الوجود والمشروعية، م 97 ق م ج إلا أن نص م 98 ق م ج تفرق بين فرضيتين الأولى ذكر السبب في العقد، والثانية عدم ذكر سبب العقد.

### الفرضية الأولى/ذكر السبب في العقد:

فإذا ذكر السبب في العقد فقد أقام المشرع الجزائري قرينة حتى وإن كانت بسيطة قابلة لإثبات العكس أن هذا السبب هو السبب الحقيقي، وإذا أثبتت صورية السبب فيجب إثبات السبب الحقيقي بكافة طرق الإثبات، ولكن ما عدا إثبات عكس الكتابة يكون بكتابة أخرى.

وإذا أثبت المدين وبكافة طرف الإثبات أن سبب العقد غير مشروع، ولكن مع وجوب إثباته علم الدائن بعدم مشروعية السبب.

### الفرضية الثانية/عدم ذكر السبب في العقد:

يفترض المشرع في ظل هذه الفرضية وبمجرد انعقاد العقد أن للالتزام "العقد" سببا موجودا و مشروعاً م 1/98 ق م ج، وكل من يدعى عكس ذلك يجب عليه إثبات ما يدعيه بكافة طرق الإثبات.

**2/ جزاء تخلف ركن من أركان العقد "البطلان":** نص المشرع على جزاء صارم نتيجة مخالفة القواعد القانونية التي أوجبتها في انعقاد العقد، وهو ما يعرف بجزاء البطلان"، فلا يترتب على العقد أي أثر قانوني.

وتختلف سعة الجزاء باختلاف نوع القاعدة القانونية، ومدى تعلقها بالنظام العام والآداب العامة أم لا، فمجرد أن القاعدة تحمي مصلحة عامة، أو تنظم عنصراً جوهرياً في العقد، كان مخالفة ذلك البطلان المطلق، أما إذا كانت القاعدة القانونية تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد "المتعاقدين" كان البطلان نسبياً، ويعنى ذلك أن العقد له وجود قانوني إلى أن يطلب إبطاله ممن تقرر له الحق في الإبطال، فإذا تقرر هذا الإبطال زال العقد بأثر رجعي إلى وقت انعقاده.

**تعريف البطلان وتمييزه عن غيره:** البطلان هو الجزاء القانوني المترتب على عدم توفر شرط من شروط العقد الرئيسية "أركانه" وهو بطلان لأثر العقد نحو المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير.

**التمييز بين البطلان والفسخ:** لقد تقرر قانوناً البطلان جزاء تخلف ركن من أركان العقد أو بعض شروط هذه الأركان، كعدم وجود الرضا، أو أنه معيب أو تخلف المحل والسبب أو أحد شروطهما.

بينما الفسخ هو نظام قانوني م 119 ق م ج تقرر جراء إخلال احد المتعاقدين عمدا عن تنفيذ التزامه وعلى خلاف البطلان الذي ينطبق على العقد الملزم لجانبين أو لجانب واحدا فإن الفسخ محصور قانونا في العقود الملزمة لجانبين.

تنص م 119 ق م ج "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

**التمييز بين البطلان وعدم السريان:** عدم السريان يعني أن العقد نشأ صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروطه نافذا نحو المتعاقدين، ولكن غير نافذ في حق الغير، ففي العقود الشكلية كعقد بيع عقار غير مشهر يكون صحيحا وناظا نحوهما "المتعاقدين" لكونه أبرم أمام موظف رسمي مختص "الموثق" لكن العقد لا يكون ساريا وناظا اتجاه الغير إلا ابتداءا من يوم شهره.

بينما البطلان "المطلق" يكون العقد غير صحيح ولا نافذا نحو المتعاقدين ونحو الغير<sup>1</sup>

**التمييز بين البطلان والانحلال:** يتشابهان في مسألة زوال العقد سواء بسبب البطلان أو الانحلال، لكنهما يختلفان في كون انحلال العقد ثم قد باتفاقهما على ذلك أو بالإرادة المنفردة لأحدهما، بينما البطلان هو حل الرابطة التعاقدية لتخلف ركن من أركان العقد.

**التمييز بين البطلان والإبطال:** يتشابهان في كونهما حل للرابطة التعاقدية، لكنهما يختلفان

- البطلان المطلق هو جزء قانوني لانعدام ركن من أركان العقد كانهاء الأهلية، أو انعدام المحل أو السبب أو كونهما غير مشروعان.
- بينما البطلان النسبي فهو أصلا ناتج عن تخلف شرط من شروط الصحة كتنقص في الأهلية أو عدم سلامة الإرادة بسبب بعض العيوب كالغلط التدليس الإكراه الاستغلال.
- العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يترتب أي أثر في الحال ولا في المستقبل وهو منعدم من الناحية القانونية، بخلاف العقد الباطل نسبيا فهو عقد صحيح يترتب جميع آثاره نحو المتعاقدين لكنه مهدد بالإبطال، وقابل للإجازة، فإذا تقرر إبطاله فيزول الوجود القانوني للعقد وتزول جميع آثاره وبأثر رجعي ويعتبر كأنه لم ينعقد.
- العقد الباطل مطلقا ليس في حاجة إلى حكم يقره، وإذا رفعت رغم ذلك دعوى الإبطال فإن القاضي يحكم به تلقائيا، بل من حق كل ذي مصلحة التمسك بالبطلان "كالخلف العام أو الخاص وحتى جميع الدائنين العاديين وغير العاديين".

<sup>1</sup> د/ خليل أحمد حسن قداة: المرجع السابق، ص 82.



- عكس ذلك في العقد الباطل سببا، فلا يتقرر إلا بالتراضي أو التقاضي، ولا يتمسك به إلا من تقرر البطلان لمصلحته، كما لا تستطيع المحكمة أن تحكم به إلا إذا طلب منها ذلك م 99 ق م ج.
- العقد الباطل مطلقا لا تلحقه الإجازة ولا يزول بالتقادم، حتى وإن كانت دعوى البطلان تسقط به بمرور 15 سنة من وقت إبرامه م 102 ق م ج.
- بخلاف البطلان النسبي فتلحقه الإجازة، ويصححه التقادم م 101/100 ق م ج، بمرور 5 سنوات، و 10 سنوات من وقت التعاقد م 101 ق م ج.
- يمكن في العقد القابل للإبطال تصحيحه بإدخال عنصرا جديدا عليه يؤدي قانونا إلى تأكيد صحته "كرفع الغبن عن المغبون بتكملة الثمن إلى  $\frac{4}{5}$  ثمن المثل في بيع العقار م 1/358 ق م ج بخلاف العقد الباطل مطلقا فلا يمكن تصحيحه لأنه نشأ معدوما، بل يجب إعادة إنشائه من جديد وبعقد جديد<sup>1</sup>.

### أنواع البطلان ومن له الحق في التمسك بالبطلان:

فمن حيث أنواع البطلان فقد اختلف الفقهاء في ذلك بين من يقسمه إلى قسمين، ومن يقسمه إلى ثلاثة أقسام، وبين من يزيد عن ذلك على أنه سوف يكون التركيز على اتجاهين.

**الاتجاه الأول:** يقسم البطلان إلى ثلاثة أقسام، الانعدام، البطلان المطلق، البطلان النسبي.

- الانعدام *inexistence* وهو العقد الذي يفتقد إلى أحد أركانه "الرضا المحل، السبب".
  - البطلان المطلق *nullité absolue* وفيه يكون المحل والسبب متوفران، ولكن تتخلف بعض شروطهما.
- ورغم ما وجه لهذا الاتجاه "التقليدي" في تفرقة بين الانعدام والبطلان المطلق من كونهما يشتبهان من حيث أثرهما<sup>2</sup>.
- فالبطلان المطلق يترتب أصلا على تخلف أحد أركان العقد أو شرط من شروطه، وهو بطلان بنص القانون "بقوة القانون" م ج 2/92 ق م إن التعامل في تركة إنسان على قيد باطل ولو كان برضاه، ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، ولا يترتب

عليه أي أثر ولا تصححه الإجازة ولا التقادم<sup>3</sup>.

أما البطلان النسبي هو عكس ذلك العقد ينعقد صحيحا مرتبا لجميع أثاره إلى حين إبطاله سبب من الأسباب كغيب في الإرادة أو نقص في الأهلية، فإذا طلب أحد طرفي العقد الذي تقرر له الإبطال الإبطال يحكم بإبطاله وبأثر رجعي من وقت انعقاده.

<sup>1</sup> د/ بلحاج العربي: المرجع السابق ص 174 وما بعدها.

<sup>2</sup> د/ صبري السعدي: المرجع السابق ص 245.

<sup>3</sup> علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 77.

## أما من حيث من له الحق التمسك بالبطلان:

**فبالنسبة للعقد الباطل:** فهذا العقد منعدم الوجود، ولا ينعقد أصلاً، لذلك لا يحتاج في تقرير البطلان إلى أي إجراء "كإصدار حكم قضائي" كما اتجه إلى ذلك الفقه التقليدي، بخلاف الفقه الحديث يرى أغلب فقهاء إلى ضرورة اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم سواء في البطلان النسبي أم في البطلان المطلق، لأنهم يرفضون مسألة البطلان بقوة القانون فلا يجوز لأي شخص أن يقتضي حقه بنفسه، لأن الأصح لا يمكن رفع دعوى البطلان إلا إذا بدء في تنفيذ العقد ويرغب أحد المتعاقدين استرداد ما دفعه.<sup>1</sup>

**أما بالنسبة للعقد القابل للإبطال:** باعتباره عقد صحيحاً منتجاً لجميع آثاره إلى أن يحكم بإبطاله وبالتالي فيجب على صاحب الحق في الإبطال أن يرفع دعوى إبطال ويحكم له بذلك م 99 ق م ج:

" إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

**آثار البطلان/** من آثار البطلان بنوعيه المطلق والنسبي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها المتعاقدان قبل التعاقد، فإن كان ذلك مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل، ولكن بمراعاة بعض الاستثناءات وأهمها:

- **ففي حالة نقص الأهلية:** فإنه إذا أبطل العقد بالنسبة له فلا يلزم إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد م 2/103 ق م ج.

- **حالة تحول العقد وإنقاصه:** وهما حالتان تتعلقان بالعقد الباطل مطلقاً.

- **فنظرية تحول العقد/** م 105 ق م ج ففي العقد الباطل وحتى القابل للإبطال، إذا توفرت فيه أركان عقد آخر، فيكون العقد، صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، ولكن إذا كانت نية المتعاقدين اتجهت إلى هذا العقد.

### وبالتالي فإن شروط تحول العقد هي:

- بطلان العقد الأصلي أو إبطاله.
- أن يتضمن هذا العقد أركان عقد آخر.
- أن تنصرف نية المتعاقدين إلى هذا العقد.

**ونظرية إنقاص العقد/** م 104 ق م ج فلا تسري أحكام نظرية تحول العقد السابقة إلا إذا كان العقد الأصلي بكامله باطلاً، أما كان باطلاً في جزء منه وأمكن تقسيمه، فإنه ينتقض ولا يتحول وتسمى الحالة هذه بحالة البطلان الجزئي.

<sup>1</sup> د/ صبري السعدي: المرجع السابق ص 255.

ومن أحكام نظرية إنقاص العقد أنه إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق فقط الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم إلا بالشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله.

### وبالتالي فإن شروط إنقاص العقد هي:

- أن يكون العقد في شق منه فقط باطلاً أو قابلاً للإبطال "كإبطال شرط منه".
- أن يتمسك صاحب المصلحة بالإبطال بإبطال هذا الشق فقط.

وبالتالي فإذا كان العقد بكامله صحيحاً فلا إنقاص فيه، وكذلك الحال إذا كان العقد كله باطلاً فلا انتقاص فيه، ولكن يمكن لهذا العقد الباطل أو القابل للإبطال أن يتحول إلى عقد آخر توفرت أركانه وشروطه.

وبالنسبة لمسألة التعويض عن الإبطال فتعني ذلك أن أحد الأطراف لا يعلم وقت انعقاد العقد سبب البطلان المطلق أو النسبي، ولم يشارك فيه، فهل يستحق تعويضاً عن الضرر الذي يصيبه جراء الحكم بالبطلان؟.

بالرجوع إلى نصوص القانون نجد أن المشرع الجزائري نص على بعض الحالات يجوز فيها الحكم بالتعويض منها:

- الحالة الأولى/ حالة استعمال القاصر طرقاً احتيالية لإخفاء نقص أهليته قياساً على أحكام التدليس م 86 ق م ج.
- الحالة الثانية/ حالة حق المشتري حسن النية في التعويض جراء إبطال بيع ملك الغير م 399 ق م ج، ويؤسس الحق في التعويض على أحكام المسؤولية التقصيرية م 124 ق م ج، طالما أن العقد أبطل.

### ثالثاً/ آثار العقد "نظافة ونسبية آثاره"

إذا قام العقد صحيحاً مستوفياً لجميع أركانه وشروطه، ترتب على ذلك آثاره التي هي عادة التزامات المتعاقدين لأن العقد نسبي في آثاره نحو أطرافه، ومع هذه النسبية فإن العقد بالنسبة لهما بمثابة القانون "العقد شريعة المتعاقدين" فيلتزمان بتنفيذه.

بناءً على ذلك فما هو مضمون هذا الأثر وما مدى التزام المتعاقدين بتنفيذ ما تعهدا به؟

### نسبية أثر العقد "العقد شريعة المتعاقدين"

يترتب على انعقاد عقد من العقود مجموعة من الآثار "حقوق والتزامات" نحو المتعاقدين، أو نحو من يمثلها كالخلف العام والخلف الخاص، كما أن هذه الآثار تؤثر أصلاً وتنصرف إلى جانب المتعاقدين في حق دائن المتعاقدين، وهذا هو معنى نسبية أثر العقد، فلا تمتد هذه الآثار إلى غيرهم "الغير".

ولكن استثناء من هذا الأصل قد تنصرف هذه الآثار نحو الغير كحالة الاشتراط في العقد لمصلحة الغير.

### انصراف آثار العقد نحو المتعاقدين وخلفهما والدائنين لهما/ يتضمن هذا الأثر مايلي:

انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين: يعني هذا الانصراف هو اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات المترتبة على العقد،

ويتحقق هذا وفق ما اتجهت إليه إرادتهما بعد انعقاد العقد<sup>1</sup>، وهذا ما نصت عليه 54 ق 10/05 من القانون المدني:

"العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

كما نصت م 106 ق م ج من أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

كما نصت المادة 108 ق م ج على أنه ينصرف العقد في آثاره إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث.

### انصراف آثار العقد إلى الخلف "العام والخاص"

يقصد بالخلف/ هو الشخص الذي يتلقى الحق من غيره، وهو نوعان خلف عام وخلف خاص.

المقصود بالخلف العام/ هو من يخلف الشخص في ذمته المالية كلها أو في حصة منها، كالوارث والموصى له بحصة في التركة

كالربع والتلث، وتكون الخلافة العامة بعد الموت وتتحقق عن طريق الميراث والوصية.

المقصود بالخلف الخاص/ هو من يتلقى من سلفه حقا قائما في ذمة السلف، سواء كان الحق عينيا أو شخصيا كالمشترى

والموهوب له، وصاحب حق الانتفاع والدائن المرتهن برهن رسمي والحال له.

### انصراف أثر العقد إلى الخلف العام والحالات المستثناة من ذلك:

ضمن آثار العقد نحو الخلف العام، فهناك إلى جانب الانصراف حالات مستثناة من هذا الانصراف ولأسباب مختلفة.

المبدأ انصراف أثر العقد إلى الخلف العام/ باعتبار أن مجال وموضوع الانصراف يتمثل في الحقوق والالتزامات العقدية،

فهي تمتد وتنطبق على المتعاقدين وإلى خلفهما بعد وفاتهما.

<sup>1</sup> د/ عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ص 527/526.

فإذا توفي صاحب حق في عقد من العقود، فأثار العقد تنصرف إلى من يخلفه كورثته أو وصية الذي أوصى له بحصة في تركة، فتنقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إلى هذا الخلف، له الحق في المطالبة بتلك الحقوق ويتحمل بالالتزامات الناشئة عن العقد.

أما إذا توفي المتعاقد المدين، فتطبق في شأنه القاعدة الشرعية " لا تركة إلا بعد سداد الديون"

ويعني انصراف أثر الالتزام "الدين" إلى الخلف العام أن التزم المتعاقد يبقى متعلقا بتركته ولا ينتقل إلى ذمة الورثة حتى ينقضي الالتزام، فتنقل التركة حينئذ إلى الورثة خالية من الديون كل حسب نصيبه في الإرث<sup>1</sup>.

**الحالات المستثناة من مبدأ انصراف أثر العقد إلى الخلف العام/ توجد حالات لا ينصرف في ظلها أثر العقد إلى الخلف العام حتى بعد وفاة المتعاقد "المورث أو الوصي مثلا".**

1- إذا نص القانون صراحة على انقضاء العقد "زواله" بوفاة المتعاقد ومن أمثلة ذلك انتهاء الوكالة بوفاة الموكل أو الوكيل

م 586 ق م ج، وفي عقد شركة الأشخاص بوفاة أحد أشخاصها م 1/439 ق م ج ما لم يتفق باقي أعضاء الشركة على بقائها حتى مع ورثة المتوفى ولو كانوا قصرام م 1/439 ق م ج.

2- إذا كانت طبيعة الالتزام تقتضي عدم انتقال الحق الناشئ عنه إلى الورثة، إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد كالمهندس المعماري والطبيب الاختصاصي.

3- إذا اتفق المتعاقدان على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، تأسيسا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

كما أن هناك حالة لا ينصرف أثر العقد فيها إلى الورثة، ليس باعتبارهم خلفا عاما، يل باعتبارهم من الغير، كحالة تصرف المورث في مرض الموت، فلا يسري تصرفه تجاه الورثة لكونهم من الغير إلا بإقرارهم م 1/408 ق م ج، أو وصية المورث التي تتجاوز ثلث التركة فالورثة يعتبرون من الغير بالنسبة للحد الزائد الجائز به إلا إذا أجازته الورثة م 185 ق أ ج.

**انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص/ يقصد بالخلف الخاص هو من ينتقل إليه حق خاص من الحقوق العينية أو الشخصية أو حتى الذهنية، أو دين من ديون سلفه الثابتة في ذمة الأخير، ولكن بإحدى الطرق الناقلة للحقوق والالتزامات "بالاتفاق أو بنص القانون".<sup>2</sup>**

ومن أمثلة الخلف الخاص المشتري مع البائع والمرهن مع الراهن، والمحال له مع المحيل، والناشر مع المؤلف، وعلى ذلك ووفقا لنص

<sup>1</sup> د/ صبري السعدي: المرجع السابق ص 341/340.

<sup>2</sup> د/ خليل أحمد حسن قداد: المرجع السابق، ص 118.

م 109 ق م ج فإن الخلف الخاص لا ينتقل إليه سوى شيء من الأشياء ويكون اثر انصراف العقد متعلقا بهذا الشيء.

ولكن من شروط انصراف أثر العقد نحو الخلف الخاص هي:

- أن يكون العقد أبرم قبل انتقال الشيء إليه وإذا انتقل الشيء إليه وإذا انتقل قبل إبرام العقد فإن السلف يفقد حقه في إبرام أي عقد حول هذا الشيء.

- أن يكون العقد المنعقد متعلقا بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص.

### والسؤال هو متى يكون العقد متعلقا بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص؟

تعتبر الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد متعلقة بالشيء إذا كانت من مستلزماته.

ويعتبر الحق من المستلزمات إذا كان يكمل الشيء، ويعتبر الالتزام من المستلزمات إذا كان يحدده

**فمن حيث الحق المكمل للشيء/** فهي الحقوق التابعة والمرتبطة بالشيء وتعتبر من مستلزماته كحق الارتفاق على عقار، بل ويمتد إلى عدة حقوق كالحق في التأمين أو الضمان للوفاء بالديون.

**ومن حيث الالتزام المحدد للشيء/** فهي التي تضيق في حدود سلطة صاحب الحق، كالتزام صاحب متجر بعدم منافسة غيره، أو غلق المتجر يوما في الأسبوع، وعدم تصدير صاحب المتجر لمنتجاته.<sup>1</sup>

### انصراف آثار العقد للدائنين/

اختلف فقهاء القانون في مدى اعتبار الدائن العادي خلفا عاما أم خلفا خاصا أم أنه ليس بخلف.

- ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الدائن العادي ليس بخلف عام للمدين، لأنه لا يتلقى عنه مجموع حقوقه، باعتبارها وحدة يمكن أن تنتقل إلى الخلف العام مثلا، وكذلك لا يعتبر الدائن العادي خلفا خاصا للمدين إذ لا ينتقل إليه حق كان قائما كشأن الخلف الخاص.

ومع ذلك فإن الدائن يتأثر بالعقود التي يبرمها مدينه إما إيجابا إذا زادت حقوق المدين وإما سلبا إن نقصت حقوقه ومن ثم يتأثر ضماته العام.

<sup>1</sup> د/ جمال الدين زكي: المرجع السابق ص 122/121.

رغم هذا التأثير للدائن أمام قلة ونقص أموال المدين، إلا أن المشرع نص على حماية حقوق الدائنين العاديين من تصرفات المدين الضارة إن كان سيء النية في إنقاص أمواله أو مهملاً في المطالبة بحقوقه، من هذه الوسائل القانونية للحماية كالدعوى غير المباشرة أو دعوى الصورية أو دعوى عدم نفاذ التصرف وفق مجموعة من الشروط القانونية لكل دعوى.

**عدم انصراف آثار العقد نحو الغير/** رغم أن لفظ الغير هو غير المتعاقدين، وغير خلفهما العام أو الخاص، لأن الأخيرين خلفاً لغيرهما، إلا في بعض الحالات يمكن اعتبارهما من الغير

- فالخلف العام يكون من الغير إذا أثبت أن سلفه قد تصرف وهو في مرض الموت مثلاً، أو أن الوصية كانت قد تجاوزت حدودها المسموح به شرعاً.
- والخلف الخاص يعتبر من الغير لا ينصرف إليه أثر العقد، في حالة إبرام العقد وكان الشيء قد انتقل إلى هذا الخلف، أو كان الحق أو الالتزام الناشئان عن العقد غير مكمل للشيء في الحقوق، وغير محدد في الالتزامات.
- ويعني عدم انصراف آثار العقد نحو الغير، عدم انتفاعه به وعدم الإضرار به.

### معنى أن العقد لا يضر الغير، والاستثناءات المترتبة عليه.

- **فمن حيث مضمون أن العقد لا يضر الغير/** أن العقد لا يحمل الغير بأي التزام، فبيع ملك الغير يجعل المالك من الغير، والبيع غير ساري نحوه، فلا يتحمل بأي التزام إلا بإقراره م 398 ق م ج.

### فمن حيث الاستثناءات عن المبدأ/ فهي كثير وأهمها:

- يسري قانوننا الصلح مع التاجر المفلس على جميع الدائنين حتى وإن لم يوافق البعض منهم.
- يسري نظام عقد العمل الجماعي على طائفة العمال حتى لم يوافق عليه منهم.
- دعوى المقاول الفرعي وعماله بالرجوع على رب العمل بقدر ما هو مدين للمقاول الأصلي م 565 ق م ج " وهو استثناء قانوني".
- إن عقود الإرادة التي بعقدها غير المالك، أو من الذي زالت ملكيته بفعل فسخ العقد أو إبطاله، تنفذ في حق المالك الحقيقي وهذا استقراراً للمعاملات.
- **ومن حيث أن العقد ينفع الغير/** يمكن للمتعاقدين وبالاتفاق بينهما على كسب الغير حقاً من الحقوق المترتبة على العقد ولكن دون أن يحمله بأي التزام، وهذا ما نص عليه المشرع في نص م 113 ق م ج ضمن الاشتراط الملحة الغير بإحكامه وشروطه القانونية.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> د/ صبري السعدي: المرجع السابق ص 348/347.

## مدى أثر العقد "القوة الملزمة للعقد"

للعقد تبعاً لموضوعه قوة ملزمة تعادل قوة القانون لأن العقد شريعة "قانون" المتعاقدين لذلك يجب على كل عاقد بمجرد انعقاد العقد تنفيذه وبجسنة وبإلا كان مسؤولاً على عدم التنفيذ فالمدين م 160 ق م ج ملزم بتنفيذ ما تعهد به في العقد "سواء كان التنفيذ اختيارياً أم جبرياً"، وإلا حل التعويض محل التنفيذ العيني.

فما هو مضمون "القوة الملزمة للعقد" وما هو مداه، وما هي الجزاءات المترتبة على الإخلال بالعقد؟

## تعيين مضمون العقد "القوة الملزمة للعقد"

يعني تعيين مضمون العقد تفسيره من جهة، ومن جهة أخرى تحديد نطاقه، بمعنى آخر تحديد آثار العقد.

## تعيين مضمون العقد / التعيين يتطلب معرفة تفسير العقد وتحديد نطاقه

تفسير العقد / يتولى مسألة التفسير القضاء، وهذا للوصول إلى تحديد الالتزامات التي تترتب عن العقد، عن طريق الكشف عن إرادة المتعاقدين، ويهيمن على التفسير قاعدة رئيسية مفادها البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

- فإذا كانت عبارات العقد واضحة يكون تفسيرها إلى الحد الذي يكون معه تطبيق القاضي لحكم العقد.
- إما إذا كانت عبارات غير واضحة تعين على القاضي تفسيرها عن طريق الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، كأن تكون عبارات غامضة أو متناقضة أو تحتمل أكثر من معنى.
- وعند الشك في معرفة نيتهما المشتركة، تعين على القاضي تفسير الشك في مصلحة المدين، إلا في عقود الإذعان فيجب تفسير الشك في مصلحة الطرف المدعن ولو كان دائناً.

## تحديد نطاق العقد / بعد تفسير العقد فإنه يحتاج إلى تحديد نطاقه، بمعنى معرفة آثاره، بعدم الاكتفاء بما ورد في العقد وفق

النية المشتركة بل يتجاوز ذلك إلى ما يعتبر من مستلزمات العقد طبقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

- فمن حيث قواعد القانون "المكاملة"، فإنه استكمالاً لآثار العقد وفق القانون، طالما لم يتفق المتعاقدان على مخالفة القواعد المكاملة، فتعتبر هذه الأخيرة واجبة التطبيق لأنها جزء من أحكام العقد، كعدم تحديدهما لكيفية تسليم المبيع، وزمانه، ومكانه، أو كيفية انتقال الملكية ووقتها.
- من حيث قواعد العرف المكاملة، والتي تنشأ وتطبق عندما لا نجد نص قانونياً تشريعياً، وحتى القواعد العرفية المفسرة التي توضح إرادة المتعاقدين الحقيقية.
- من حيث العدالة/ كفرض القاضي استكمالاً لآثار العقد التزاماً على صاحب العمل بأن يوفر للعامل وسائل الحماية والوقاية من أخطار العمل، قبل إلزامه بتوفيرها وفق القانون.



**مدى التزام المتعاقدان بتنفيذ العقد /** في مسألة تنفيذ العقد نص المشرع الجزائري على مبدأ رئيسي هو "العقد شريعة المتعاقدين" م 106 ق م ج، أن هذا التنفيذ يكون وفق مبدأ حسن النية، لكن نص على استثنائين عن المبدأ يمنح فيهما المشرع للقاضي الحق في تعديل العقد في بعض العقود "عقد الإذعان، وفي نظرية الظروف الطارئة.

### **المبدأ العام في العقد تنفيذه بحسن نية / يتضمن المبدأ:**

**مبدأ العقد شريعة المتعاقدان:** فيقوم العقد بينهما مقام القانون في تنظيم علاقتهما التعاقدية والقاضي يطبقه كما يطبق القانون بشأتهما.

يترتب على المبدأ:

- لا يجوز تعديل العقد ولا نقضه إلا باتفاق المتعاقدين يستثنى من ذلك في بعض العقود أنه يمكن لأحدهما إلغاء العقد في عقود الوكالة العارية، الوديعة، وفي العقود غير محددة المدة.
- لا يستطيع القاضي نقض العقد أو تعديله باعتبارات العدالة، إلا إذا قرر ذلك القانون، من ذلك في الشرط الجزائي، وفي نظرة ميسرة في أجر الوكيل وفي عقود الإذعان.

### **مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد:** يهيمن حاليا في القوانين الحديثة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد:

فالمقاول مثلا عند توصيله أسلاك كهربائية تكون من أقصر طريق، والناقل للبضاعة كذلك كما تضمن مبدأ حسن النية مظهرا خاصا يتعلق بالتزامات التعاون المستمر بين أطراف العقد كالتيسير على المدين في تنفيذ التزامه.

### **الاستثناء الأول / سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان:**

عقود الإذعان م70، 110 ق م ج هي العقود التي تتضمن بعض الشروط التعسفية لمصلحة أحدهما فعند الإدعاء بالتعسف يتدخل القاضي إما بتعديل الشروط "الالتزامات" أو حتى الإعفاء منها وفق قواعد العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

والحكمة من السلطة التقديرية للقاضي في التعديل، هي الخوف من وقوع احد المتعاقدين تحت سلطة الطرف الأخر، بل أن بعض الفقهاء الفرنسيين طالبوا بإلغاء صفة العقد عن عقود الإذعان.

## الاستثناء الثاني/ سلطة القاضي في تعديل العقد لظروف طارئة:

**مضمون النظرية:** أن ينعقد عقد ويتراخى تنفيذه أو حتى تنفيذ بعض أجزائه إلى اجل معين، كعقد التوريد، أو عقد بيع شيء مستقبلي "وعند حلول الأجل" التنفيذ" تكون الظروف الاقتصادية، التي أقيم العقد على أساسها قد تغيرت لحادث غير متوقع كحرب أو كوارث طبيعية، أو صدور قانون يخفض أسعار السلع مثلاً، فهل يلتزم المدين بتنفيذ التزاماته مهما بلغت الخسارة؟

وفق بعض الفقهاء التقليديين والنصوص القانونية القديمة ليس لهذه الحوادث الطارئة أي أثر على تنفيذ الالتزامات العقدية، إلا إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً "قوة قاهرة مثلاً" فينقضي الالتزام بل وينفسخ العقد.

لكن حديثاً نص المشرعون على أحكام نظرية الظروف الطارئة من خلال تحديد شروط انطباقها ومدى سلطة القاضي إزاء العقد إذا توفرت شروط انطباقها م 176/ إلى 178 ق م ج.

### شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة/ أهم الشروط:

- أن يكون العقد متراخياً في تنفيذه
- أن تطرأ حوادث استثنائية عامة بعد انعقاد العقد
- أن تكون الحوادث الطارئة ليس في الواسع توقعها.
- أن يصبح تنفيذ العقد مرهقاً بظهور تلك الحوادث الطارئة.

### سلطة القاضي إزاء العقد إذا توفرت شروط الحادث الفجائي/ إذا توفرت الشروط السابقة لنظرية الظروف الطارئة

على العلاقة العقدية، يكون للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة المتعاقدين:

- إما إن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول
- وإما أن يختار القاضي إنقاص بعض الالتزامات.
- وقد يحكم بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ.

### جزاء الإخلال بالعقد/

إذا نشأ العقد صحيحاً يكون واجب التنفيذ على الوجه المتفق عليه، وإلا كان للدائن الحق في مساءلة المدين عن عدم التنفيذ، ويسمى هذا بالمسؤولية العقدية فتقوم مسؤولية الأخير ما لم يثبت السبب الايجابي الذي أحاله من التنفيذ، فيحكم عليه بتعويض الضرر الذي لحق الدائن نتيجة ذلك.

إلى جانب جزاء المسؤولية العقدية، هناك جزاء آخر مثل الحق في فسخ العقد، كما له الحق في الدفع بعدم التنفيذ إلى حين تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته.

### ● المسؤولية العقدية / فضمن القواعد العامة للعقد فاللدائن اتجاه مدينة:

- أن يقتضي حقه منه بتنفيذ المدين لالتزامه عينا على النحو المتفق عليه في العقد.
- كما له الحق أن يجبره على تنفيذ التزامه بالاستعانة بالسلطة العامة إن لم يقيم المدين بهذا التنفيذ اختياراً منه.
- فإن استحال على المدين تنفيذ التزامه عينا أمكن قيام مسؤوليته عن تنفيذه فيحكم عليه بتعويض يقابل تنفيذه عينا إذا كان مسؤولاً عنه، أو تبرأ ذمته نهائياً منه إذا كان غير مسؤول.
- فعناصر المسؤولية العقدية إذن على غرار المسؤولية التقصيرية هي:
- أن يكون عدم تنفيذ المدين لالتزامه راجعاً إلى خطئه، وإلا كان غير مسؤول بداهة عنه.
- أن يترتب على إخلاله بالتنفيذ ضرر يصيب الدائن، وإلا لما وجد محل لتعويضه.
- ويجب أن يكون الضرر نتيجة لذلك الخطأ المرتكب من المدين، بمعنى قيام علاقة بين الخطأ والضرر..

\*فسخ العقد / هو جزاء قانوني، ولكن ضمن القواعد الخاصة للعقد، ويعني الفسخ حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين في أن يطلب متى لم يقيم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، حل الرابطة العقدية وزوال أثارها بأثر رجعي، فيتخلص من الالتزامات التي فرضت عليه م 119 ق م ج .

### \*شروط الحكم بالفسخ للرابطة العقدية:

- أن يكون العقد ملزم للجانبين.
  - أن يتخلف احد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه.
  - أن يكون المتعاقد الآخر نفذ التزامه أو أنه مستعد لتنفيذ التزامه.
- ومن آثار الفسخ: بمجرد توفر الشروط السابقة، فإنه يعاد المتعاقدان إلى الحركة التي كانا عليها قبل التعاقد مع الحق في التعويض، م 119 ق م ج، فإذا استحال ذلك "ليس بسبب أجنبي" جاز الحكم بالتعويض.

\*الدفع بعدم التنفيذ / ومضمونه: هو حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين إذا ما طالبه المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، أن يتمتع عن التنفيذ طالما لم يقيم المتعاقد الأول بتنفيذ التزامه.

أساسه / هو إرادة المتعاقدين في العقد التبادلي بتنفيذه لأن الالتزامات العقدية المتقابلة رغم "أهما دينان مرتبطان"، لكن لكل منهما سبب للآخر، فلا يقتصر الدفع بعدم التنفيذ على اعتبارات العدالة، بل يقوم على حق يستمد من العقد ذاته.

## شروطه:

- أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء "واجب التنفيذ فوراً"، فيخرج عن ذلك الالتزام الطبيعي، والالتزام لأجل واقف.
- أن يكون العاقد الذي تمسك بالدفع بعدم التنفيذ حسن النية.<sup>1</sup>

### المبحث الثاني

#### الإرادة المنفردة

التصرف "الالتزام" بالإرادة المنفردة يقصد به إرادة شخص واحد، وهي تختلف عن العقد الذي قوامه إرادتين متطابقتين لشخصين مختلفين، والالتزام بالإرادة المنفردة هو تصرف قانوني من جانب واحد، وهي قادرة على إحداث آثار قانونية متعددة منها.

- إنشاء أشخاص اعتبارية خاصة "المؤسسات الخاصة".
- إنشاء حقوق عينية أصلية "الملكية، الانتفاع، الارتفاق".
- إنهاء حقوق عينية أصلية "كالتزول عن حق الارتفاق أو الرهن بنوعيه الرسمي والجباري.
- أو إجازة عقد قابل للإبطال أو تصحيحه.
- أو إقرار المالك في بيع ملك الغير بالبيع.
- أو إلغاء عقد معين كالكالة والعارية والوديعة والشركة والإيجار والعمل.
- أو إنشاء حق شخصياً أو التزاماً ما في ذمة شخص كالإيجاب الملزم والوعد بجائزة للجمهور.

<sup>1</sup> د/ جمال الدين زكي: المرجع السابق ص 128 وما بعدها.

## 1 مدى اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام:

فهل يعتبر الالتزام بالإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام عند فقهاء القانون؟

لقد ظل العقد حتى القرن 19 هو المصدر الوحيد للالتزام، أما الإرادة المنفردة فلا تولد التزاما، غير أنه وابتداء من سنة 1874 نادى الفقيه النمساوي "سيجيل siegel" بوجود الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام إلى جانب العقد.

وقد تبنت عدة تشريعات هذا المقترح، يجعلها الالتزام بالإرادة المنفردة مصدرا استثنائيا إلى جانب العقد، ونصت على تطبيقات الالتزام بالإرادة المنفردة منها "الوعد بجائزة".

وإذا كان المشرع الجزائري قد أخذ بالإرادة كمصدر للالتزام استثناء وفي حالات متعددة قبل 2005، إلا أنه ابتداء من هذه السنة وبموجب القانون 10/05 الصادر في 2005/06/20 نص المشرع صراحة على الالتزام بالإرادة المنفردة كمصدر إرادي مستقل عن باقي المصادر وهذا بموجب المادتين 123 مكرر والمادة 123 مكرر 1 وقد خصص موضوع الوعد بجائزة كنموذج حي لهذا المصدر.

أما من جهة الفقهاء فقد اختلفوا في مسألة الإرادة المنفردة بين المؤيدين لها كمصدر من مصادر الالتزام وبين المنكرين لذلك وفق بعض الأسانيد.

## الرأي الأول/ المنكرين للإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام:

أنكر بعض الفقهاء الفرنسيين من كون الإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام للأسانيد الآتية:

- إن الالتزام بالإرادة المنفردة يتنافر مع المبادئ العامة للقانون.
  - كما يصطدم بصعوبات قانونية بالغة.
  - ثم أن ذلك يشكل ازدواجا في مصادر الالتزام.
- وقد شبه أحد الفقهاء الاعتراف بالإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام "الفقيه تالير" بالبناء القائم على رمال متحركة.

## الرأي الثاني/ المؤيدين للإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام: أهم أسانيد هم:

- إن الإرادة المنفردة تستند إلى حكم القانون مثلها مثل العقد.
- إن الالتزام بالإرادة المنفردة لم يتلغ بتاتا العقد.
- إن الالتزام بالإرادة المنفردة يشكل مع العقد ازدواجا في مصادر الالتزام، ولكل منهما نطاقه.
- ليس هناك مانع قانوني ولا منطقي من أن تكون الإرادة المنفردة أحد مصادر الالتزام، طالما أن التزام الشخص كان في حدود القانون.

- ثم أن الالتزام بالإرادة المنفردة ضرورة قانونية تنسجم مع المنطق القانوني مراعاة لاعتبارات الثقة في المعاملات، وللمقتضيات الاجتماعية المختلفة.

## 2) الوعد بجائزة صورة من الالتزام بالإرادة المنفردة:

وقد خص المشرع الجزائري في التعديل الأخير للإرادة المنفردة واعتبرها مصدرا مستقلا عن العقد وكلاهما مصدران إراديان للالتزام، بل وخصص لهذا الالتزام صورة "الوعد بجائزة" حيث نص في: المادتين 123 مكرر 123 مكرر 1

م 123 مكرر ق 10/05 م ج "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول"

م 123 مكرر ق 10/05 1 " من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل، ولو قام به دون علم بها.

وإذا لم يعين الواعد أجلا لانجاز العمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان الجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد.

يمارس حق المطالبة بالجائزة تحت طائلة السقوط في أجل 6 أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور"

تعريف الوعد بجائزة/ هو تعبير "تصرف" عن الإرادة يوجه إلى الجمهور فليزيم صاحبه بمقتضاه أن يقدم أداء معيناً لأي شخص يقوم بعمل معين م 23 / 1 مكرر ق 10/05.

فالوعد بجائزة إذن هو عمل قانوني من جانب واحد ينتج أثره بتوفر أركانه وشروطه دون الحاجة إلى القبول الصريح أو الضمني ممن يفيد منه، وبالتالي فالوعد بجائزة يختلف عن الإيجاب ولو كان ملزماً

شروط الوعد بجائزة/ وفقاً للنصوص القانونية السابقة، يجب توفر الشروط الآتية:

- أن توجد إرادة جديّة وباتّة للواعد تتجه إلى الالتزام

- أن يوجه الوعد إلى الجمهور

- أن يتضمن الوعد بإعطاء جائزة معينة.

أثار الوعد بجائزة/ تختلف أثار الوعد بجائزة بين أن يكون الوعد بمحدد المدة أم لم يكن كذلك

- تحديد الواعد مدة معينة للوعد بجائزة

- فإذا حدد الواعد مدة معينة لوعده التزم بما بإرادته المنفردة، ولا يجوز له الرجوع في وعده خلال تلك المدة بل ويلتزم بمنح الجائزة لمن أتم العمل خلال تلك المدة.

- فإذا انقضت المدة دون أن يقدم أحد عملا مطلوباً في الوعد انقضت التزام الواعد، وإذا قام شخص بعمل بعد ذلك فلا يلتزم الواعد إلا ضمن الإثراء بلا سبب.

- كذلك فإن استحقاق صاحب العمل للجائزة ضمن المدة المحددة، فإنه يستوي في ذلك بين علمه بالوعد أو عدم علمه، كما يستوي أيضاً هذا الاستحقاق حتى وإن تم العمل قبل الإعلان عن الوعد بالجائزة.

- ويستحق الجائزة أو لا من قام بالعمل أولاً، وعند تساوي وقت وجود العمل تقسم الجائزة بين من أوجدا العمل.

### - عدم تحديد الواعد مدة معينة للوعد بجائزة

حتى مع عدم تحديد الواعد لمدة معينة لوعده فهو ملزم بمنح الجائزة لمن تم العمل، حتى مع حق الواعد الرجوع عن وعده متى شاء، على أن يعلن للجمهور رجوعه عن وعده بنفس طريقة الإعلان عن الوعد بالجائزة، ولكن لا يؤثر هذا الرجوع على من أتم العمل قبل الإعلان عن الرجوع.

لكن الإشكالية القانونية تتعلق بمن بدأ العمل وقبل إتمامه جاء الرجوع عن الوعد، فيكون لصاحب العمل الرجوع على الواعد ليس تبعاً لأحكام الالتزام بالإرادة المنفردة، بل على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية بتعويضه بمقدار الضرر الذي أصاب صاحب العمل، على ألا يتجاوز التعويض مقدار الجائزة.

وعلى صاحب العمل المطالبة بحقه في الجائزة خلال 6 أشهر من تاريخ إعلان الواعد بالرجوع عن وعده 123 مكرر 1 فقرة 3، وهذه المدة هي مدة سقوط الحق وليس مدة تقادم.

وفي غير حالة العدول فإن مدة تقادم حق صاحب العمل لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة م 308 ق م ج.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> د/ بلحاج العربي: المرجع السابق ص 328 وما بعدها.

## الفصل الثاني

### المصادر غير الإرادية

بمعنى لا دخل لإرادة المدين في إنشاء الالتزام وتختلف هذه المصادر بين الفقه التقليدي والحديث، لكن الإجماع الفقهي والتشريعي الحالي يذهب أن هذه المصادر تنحصر في القانون، والفعل الضار والإثراء بلا سبب على أنني سوف يكون تركيزي على أحد هذه المصادر والذي يعرف سابقا بالجريمة وشبه الجريمة وحاليا يطلق عليه الفعل غير المشروع أو الفعل المستحق للتعويض أو حتى المسؤولية التقصيرية.

### المبحث الأول

#### الفعل المستحق للتعويض "المسؤولية التقصيرية"

يقصد بالمصادر غير الإرادية للالتزام هي الفعل الضار والإثراء بلا سبب والقانون، ويطلق عليها اسم الواقعة القانونية.<sup>1</sup>

- والواقعة القانونية هي أمر أو حدث يرتب عليه القانون أثر فيما يتعلق بإنشاء حق أو تغييره أو انقضائه والواقعة القانونية تتعدد وتختلف بحسب مصدر وجودها، فهي إما وقائع طبيعية أو اختيارية والواقعة الطبيعية مثل واقعة الميلاد، الوفاة، القرابة، بلوغ سن التمييز أو الرشد، الإصابة بعجز جسماني، أو نقص عقلي، والتقادم في الحقوق والسبب الأجنبي "كالفيضان".

---

<sup>1</sup> د/ أنور سلطان: الوجيز في نظرية الالتزام ص 328 .



بينما الواقعة الاختيارية فهي تقع بفعل إرادة الإنسان، بغض النظر عن قصده، ومثلها واقعة الفعل الضار، والنافع، والحيازة.

- بخلاف التصرف القانوني الذي هو إرادة محضة للإنسان تتجه إلى إحداث اثر قانوني كالبيع والإيجار وقد خص المشرع الجزائري تطبيقين للواقعة القانونية الأول الفعل المستحق للتعويض والثاني الإثراء بلا سبب.

ويضيف الفقهاء وحتى المشرع مصدرا غير إرادي للالتزام وهو القانون<sup>1</sup>، وقد جعله المشرع الجزائري أول مصدر للالتزام م 53 ق م ج.

**المقصود بالفعل المستحق للتعويض كمصدر من مصادر الالتزام/** ويسمى في العرف الفقهي القانوني المسؤولية التقصيرية، والتي تترتب عن تقصير أحد الأشخاص بمخالفته للقانون "عدم إضرار الغير"، فيكون الشخص قد ارتكب خطأ تقصيريا مدنيا، أو أهمل التزاماته القانونية<sup>2</sup> وتنتج عن ذلك إصابة الغير بالضرر فتكون النتيجة المترتبة عن ذلك حق المضرور في التعويض م 124 ق م ج ق 10/05.

**ولكن من الناحية اللغوية** فإنه يقصد بالمسؤولية هو كل ما يتحمله مسؤول ما، تناط بعهدته أعمال تكون تبعة نجاحها أو الإخفاق فيها تقع عليه.

**أما من الناحية الاصطلاحية** فيراد بالمسؤولية بوجه عام هو الجزء الذي يترتب على المرء عند إخلاله بقاعدة من قواعد السلوك، فإذا تعلق الإخلال بقاعدة جزائية فتكون المسؤولية جزائية والجزاء فيها هو عقوبة كالحبس والسجن والغرامة، إما عن كان الإخلال بقاعدة قانونية مدنية، فتكون المسؤولية مدنية، ويتمثل الجزء فيها أصلا في التعويض "بمراعاة أن المسؤولية العقدية لا يمكن اللجوء إليها إلا إذا أحل الشخص بإحدى التزاماته" عدم تنفيذ التزام عقدي"، وقد يجبر على التنفيذ العيني للالتزام م 64/ ق م ج او اللجوء إلى التنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض وقوامها ثلاثة شروط خطأ ضرر علاقة سببية.

لذلك فإن المسؤولية المدنية هي إلزام المدين بتعويض الضرر الذي ترتب على إخلاله بالتزام عقدي أو قانوني يقع عليه، فإن كان الالتزام عقديا تكون المسؤولية عقدية، وإن كان الإخلال بالتزام قانوني تكون المسؤولية تقصيرية.

فما هو نطاق المسؤولية التقصيرية وما هو أساسها، وما هي صورها؟

**أولا/ نطاق المسؤولية التقصيرية/** تبين لنا مما سبق أن المسؤولية العقدية يشترط لقيامها وجوب توفر شروطها من عقد صحيح يربط بين طرفين، يخل أحدهما بإحدى الالتزامات العقدية يترتب عن ذلك ضرر للمتعاقد الآخر "الدائن" مع وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

<sup>1</sup> د/ بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام، ج 2، الواقعة القانونية، ص 6/5.

<sup>2</sup> د/ علي فيلاي: الالتزامات: العمل المستحق للتعويض، ص 01.

فإذا لم تتوفر شروط المسؤولية العقدية، وكانت هناك مسؤولية فلا مناص من أن تكون تقصيرية لأن الأصل هو المسؤولية التقصيرية، والاستثناء المسؤولية العقدية إذا توفرت شروطها.

ونطاق المسؤولية التقصيرية وبالأحرى شروطها، فإنه يشترط وفقاً للفقهاء التقليدي أن تتوفر ثلاثة شروط خطأ، ضرر، علاقة سببية بينهما بينما الفقه الحديث والذي يتمسك بنظرية تحمل التبعة فلا يرى ضرورة لوجود الخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية، اكتفاء بشرطي الضرر والعلاقة السببية.

**ثانياً/ أساس المسؤولية التقصيرية/** لقد اختلف الفقهاء في تحديد أساس المسؤولية التقصيرية، تبعاً لتطورها التاريخي "والتشريعي" حيث كانت سابقاً في ظل القانون الروماني لا تتحقق إلا في حالات محدودة يحددها القانون، ثم لاحقاً تطورت المسؤولية التقصيرية من حيث أساسها.

حيث أصبحت خاضعة لقاعدة عامة مضمونها أن كل فعل ضار مهما كان يترتب عنه قيام المسؤولية التقصيرية.

وهذا ما سلكه المشرع الجزائري في نص المادة 124 المعدلة بالقانون 10/05 من القانون المدني حيث تنص "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص يخطئه ويسبب ضرراً" للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

وهكذا فإنه في البداية قامت المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ، ثم تطورت فبعدها كان القانون يتطلب إثبات وقوع الخطأ في الشخص الذي تستوجب مسؤوليته، قامت حالات صار فيها الخطأ مفترضا لا حاجة لإثباته، وإنما الحاجة إلى نفيه، ثم ظهرت فكرة تحمل التبعة لتأصيل المسؤولية التقصيرية<sup>1</sup>، ثم نادى بعض الفقهاء بنظرية الضمان بديلاً عن نظرية الخطأ.

وقد تجلت تطورات المسؤولية التقصيرية في ثلاثة نظريات رئيسية وهي:

نظرية الخطأ ثم نظرية تحمل التبعة ونظرية الضمان.

**النظرية الأولى/ النظرية الشخصية "نظرية الخطأ":** لقد سمح انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية بوضع نظرية عامة للمسؤولية المدنية لأول مرة، وذلك في بداية القرن 19 من خلال القانون المدني الفرنسي.

### **فمن حيث الظروف التي تم وضع مبادئ النظرية أهمها:**

- الظرف الايدلوجي: لقد ساد المذهب الفردي الذي يقدر الحريات الفردية بحيث تكون حماية المصلحة الفردية أولى بالرعاية من حماية المصلحة العامة، ولا يلتزم الفرد إلا بإرادته.

- الظرف الاقتصادي: فيتميز المجتمع بانتشار بعض الصناعات الصغيرة والحرفية وخاصة النشاط الفلاحي، فرجع المشرع الفرنسي حماية مصلحة المتسبب في الضرر على مصلح الضحية فالمرء لا يسأل عن فعله الضار إلا إذا أراد ذلك "بمعنى

<sup>1</sup> د/ خليل أحمد حسن قداد: المرجع السابق، ص 236/235.

ارتكب خطأ شخصياً" وهذا ما نصت م 1382 ق م ف كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه<sup>1</sup>.

**فمن حيث مبادئ النظرية:** فهي تؤسس قيام المسؤولية على فكرة الخطأ كركن جوهري لا يقوم بدونه، بحيث تتم النظرية التقليدية بسلوك الفاعل المسؤول عن الضرر، ولا مسؤولية بدون خطأ كما لا تفرقة بين الخطأ العمدي وغير العمدي، كما يستوي أن يكون الخطأ واجب الإثبات أو مفترض.

وعلى ذلك لقيام مسؤولية الشخص يجب أولاً أن ينشأ الضرر من انحراف في سلوك الشخص، وهو انحراف يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات وإلا سقط حق المضرور في التعويض.

### **ومن حيث الانتقادات الموجهة لنظرية الخطأ: فهي كثيرة أهمها:**

- اهتزت النظرية بفعل التطورات الاقتصادية والصناعية الجديدة كابتكار الآلات والقوى المتحركة.
- ظهور أفكار قانونية جديدة أدت إلى تطور نظام المسؤولية التقصيرية.
- تركيز أنصار النظرية وتمجيدهم لفكرة الخطأ مع الاستخفاف بالعقل والمنطق وعدم الاهتمام بالضرر، لأن العبرة هي بالضرر وليس بالخطأ، وعلى أساس الضرر يقدر التعويض.
- أن إلقاء عبء إثبات الخطأ على المضرور لا يتفق مع تطورات العصر واعتبارات العدالة ومن أشهر الفقهاء المؤيدين لنظرية الخطأ "بلا نيول، كابتان، ريبار".

**النظرية الثانية/ نظرية تحمل التبعة "النظرية الموضوعية":** إزاء عيوب النظرية التقليدية، اتجه بعض الفقهاء إلى البحث عن أسس بديلة للخطأ، تحقق حماية للمضرورين.

- حاول الفقه ومعه القضاء في البداية إلى إعطاء محتوى جديد لبعض نصوص المسؤولية وخصوصاً م 1384 ق م ف، تم التوسيع في مفهوم الخطأ أو اقتراضه وبصفة قطعية، بل ووصل بالقضاء إلى اعتبار أن مسؤولية حارس الشيء هي مسؤولية بقوة القانون.

- ثم نادى الفقهاء أساساً جديداً للمسؤولية يتمثل في نظرية تحمل التبعة والتي تقوم فقط على فكرة الضرر<sup>2</sup> ومن أهم المبادئ الأساسية لنظرية تحمل التبعة:

- أن الخطأ مجاله قانون العقوبات أو المسؤولية الجنائية
- إما القانون المدني فلا يهتم بسلوك الفاعل هل هو مخطئ أم لا، وإنما يهتم بحجم الضرر.
- أنه كلما تضرر شخص من جراء نشاط شخص آخر يلزم الأخير بالتعويض.

<sup>1</sup> د/ علي فيلاي: المرجع السابق، ص 32/31.

<sup>2</sup> د/ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 47/46.

- لأن نشاطه استحدث مخاطر فعلية تحمل نتائجها، فيكون الغنم بالغرم، أي جبر الضرر يكون مقابلاً للمنفعة التي تحصل عليها.<sup>1</sup>

وفي منطق النظرية أنه من غير الجائز نفي المسؤولية لا بنفي الخطأ ولا بنفي علاقة السببية، فالمسؤولية تقوم على الضرر وحده، ولو انتفى وجود الخطأ أو كان الضرر راجع إلى سبب أجنبي.<sup>2</sup>

من زعماء النظرية الموضوعية ورغم ما وجه للنظرية الموضوعية من انتقادات، سالي، جوسران، ديموج، سافتيه إلا أنها حققت مجموعة من النجاحات منها:

- إقامة قرينة على وقوع الخطأ لمصلحة المضرور ولكن ضد المسؤول، حيث لا يستطيع إثبات نفي الخطأ لأن الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل لعكس إلا بإثبات السبب الأجنبي للضرر والذي يقطع العلامة السببية بين الضرر وخطا المسؤول.

- أخذت بعض التشريعات بمبادئ النظرية، لكن في بعض الحالات وبقيود محددة مثل إصابات العمل والأمراض المهنية ومخاطر الطيران والملاحة الجوية.

**النظرية الثالثة/ نظرية الضمان:** من زعماء النظرية الفقيه الفرنسي ستارك ومضمونها أن الضرر هو انتهاك لحق من الحقوق الشخصية "حقوق الضحية" فيجب حينئذ البحث في الحقوق التي تكون جديرة بالحماية ضد نشاط الغير، والتي يترتب حتماً على انتهاكها مسؤولية مدنية من دون حاجة إلى إثبات خطأ المسؤول.

فغاية المسؤولية المدنية هو التعويض المدني لمجرد المساس بحق الضمان المقرر للغير، بل أنه يترتب على ثبوت خطأ الفاعل الزيادة في مبلغ التعويض على أساس عقوبة خاصة، جزاء ما ارتكبه الشخص من انحراف يستوجب المؤاخدة.

وقد أخذت النظرية إلى التطبيق في بعض القوانين التي يتركز على الضمان والالتزام به كقوانين إصابات العمال، والأخطاء المهنية على أساس ضمان سلامة العامل.

وأن صلحت النظرية في توجيه مسلك المشرع نحو تنظيم جديد للمسؤولية المدنية، إلا أنها لا تركز ولا تستقيم مع النصوص الحالية.

### ثالثاً/ صور المسؤولية التقصيرية:

<sup>1</sup> د/ علي فيلاي: المرجع السابق، ص 34/33.

<sup>2</sup> د/ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 48.

نص المشرع الجزائري على العديد من النصوص القانونية المدنية المنظمة لأحكام المسؤولية المدنية "التقصيرية" م 124 إلى 140 وهي نصوص تتناسب وأهمية المسؤولية التقصيرية، بحيث تفادي المشرع العيوب التي برزت في النظريات السابقة، وحتى النصوص القانونية للقانون الفرنسي، كما استحدثت نصوصاً جديدة وتأثر بها انتهى إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي من افتراض الخطأ في حالات معينة.

وقد قسمت المسؤولية التقصيرية إلى ثلاث صور:

- المسؤولية عن الأفعال الشخصية

- المسؤولية عن فعل الغير

- المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء

### الصورة الأولى/ المسؤولية عن الأفعال الشخصية م 124 إلى 133 ق م ج:

يقصد بها: المسؤولية التي ترجع إلى فعل الشخص نفسه، أو أهما المسؤولية عن الفعل الذي يصدر عن أحد الضرر، متضمناً تدخله مباشرة في إحداثه دون وساطة شخص آخر أو تدخل شيء مستقل عنه، بحيث ينشأ الضرر عن فعل ينسب إلى المسؤول شخصياً<sup>1</sup>.

وللمسؤولية التقصيرية وبوجه عام عناصر محددة "شروطها" إذا توافرت ترتب عليها أثر معين وهو التزام المسؤول بتعويض المضرور عن الضرر الذي لحقه<sup>2</sup>، ومن هنا فإن الفعل الضار هو مصدر هذه المسؤولية.

وقد نصت م 124 ق 10/05 من القانون المدني عن هذه الصورة باعتبارها الأصل العام لجميع صور المسؤولية التقصيرية.

عناصرها: يتضح من نص م 124 ق م ج أن للمسؤولية التقصيرية عموماً ثلاثة عناصر أو أركان مثلها مثل المسؤولية العقدية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية كما يتضح أن أساس قيامها هو الفعل الشخصي أي الخطأ والضرر الواجب لإثبات "فهو غير مفترض، كما أنه يثبت باقي العناصر، فلا مسؤولية بغير الخطأ، فإذا أثبت المضرور وترتب له الضرر، فإن مرتكبه يلتزم قانوناً بتعويض المضرور.

<sup>1</sup> د/ جمال الدين زكي: المرجع السابق ص 236.

2

**عنصر الخطأ/ la faute** / يعتبر الخطأ هو ركن المسؤولية التقصيرية الأول وأساسها، مهما كان واجب الإثبات أو مفترض فلا يكفي حدوث الضرر لشخص بفعل أضر حتى يلتزم الأخير بتعويض المضرور بل يجب أن يكون هذا الخطأ هو سبب الضرر، بمعنى أن يكون الفعل خطأً.

وقد اختلف الفقهاء كثيراً في تعريفه، بقدر اتفاقهم على عناصره وتطبيقاته:

#### **تعريف الخطأ/** تباين تعريفات الفقهاء للخطأ تبايناً كبيراً.

- منهم من يعرفه بأنه إخلال بالتزام سابق
- منهم من يعرفه بأنه إخلال بالتزام سابق نشأ عن العقد أو عن القانون أو قواعد الأخلاق
- منهم من يعرفه بأنه إخلال بواجب كان بالإمكان معرفته ومراعاته<sup>1</sup>

و لكن ما هو مستقر عليه فقها وقضاء في تعريف الخطأ "إنه إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه هذا الإخلال"

و الإخلال بالتزام القانوني هو انحراف في السلوك المألوف للشخص العادي، و يتمثل هذا الالتزام في وجوب أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحراف عن هذا السلوك الواجب و كان مدركاً لهذا الانحراف، كان هذا منه خطأً يستوجب مسؤوليته التقصيرية

**عناصر الخطأ/** يجلل الفقهاء و منهم "كابتان" الخطأ إلى عنصرين، عنصر التعدي و عنصر الإسناد

#### **العنصر المادي أو الموضوعي "culpabilité" "التعدي أو الانحراف"**

و مضمونة أن يسلك الشخص مسلماً لم يكن ينبغي أن يسلكه الرجل العادي "le B.P.F" أو ألا يفعل ما كان ينبغي أن يفعله الرجل العادي<sup>2</sup>

فالتعدي أو الانحراف إذن هو الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير، أي الانحراف في السلوك المألوف للرجل العادي، أو أنه تجاوز للحدود التي يجب على الشخص التزامها في سلوكه، و هذه الواجبات الحمل بها الشخص هي الالتزام بالقيام بالأعمال المحددة أو الامتناع عن أعمال معينة.

#### **العنصر المعنوي "الإدراك أو الإسناد" l'imputabilité**

و مقتضى هذا العنصر ألا يسأل المرء عن التعدي إلا إذا كان مميزاً يدرك أنه معتد.

<sup>1</sup> د/فيلاي علي: المرجع السابق، ص 46.

<sup>2</sup> د/ علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 177

فالخطأ في عنصره المعنوي يتطلب الإدراك، بمعنى ضرورة القصد أو على الأقل التمييز، فيجب على من وقعت منه أعمال الانحراف أو التعدي، أو حتى الانحراف في السلوك أن يكون مدركاً لها، بمعنى قادراً على التمييز بين الخير و الشر، فلا مسؤولية بدون تمييز لأنه يكون غير مكلف.

على أن المقصود بالتمييز أصلاً هو ضرورة القصد، أي توافر العنصر النفسي للخطأ، و هو أن يكون مرتكب الفعل الضار قد قصد الإضرار بالغير.

و ليس المقصود بعنصر التمييز هو أهلية الأداء، لأن الأهلية ميدانها التصرفات القانونية، بينما التمييز المقصود هنا يتمثل في عنصر الإدراك الذي يجب توافره في الخطأ<sup>1</sup>

تطبيقات الخطأ/ هو أي قدر من الخطأ الذي يترتب المسؤولية التقصيرية للفاعل، كما أن خطأ الفاعل قد يتحقق بفعل إيجابي أو سلبي، بفعل عمد أو غير عمد، على أنه في الحياة العملية هناك تطبيقات خاصة للخطأ و هي كثيرة جداً و متنوعة، لعل أهمها: حوادث النقل، حوادث العمل، المسؤولية المهنية، الخطأ في الألعاب الرياضية، الاعتداء على الشرف، أو السمعة، فسح الخطبة . وغيرها.

و بالرجوع إلى عنصر التمييز كمناط للمسؤولية التقصيرية نجد أن المشرع الجزائري أدخل تعديلاً جذرياً على بعض نصوص المسؤولية التقصيرية منها مدى مسؤولية المميز وغير مميز، بحيث نصت المادة 125 ق 10/05 م.ج

"لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو إهماله منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزاً"

يتضح من هذا النص أن المشرع اشترط التمييز الإمكان قيام المسؤولية، وبانعدام التمييز لا تقوم المسؤولية حتى وإن أمكن قيام مسؤولية غيره عنه اتجاه المضرور م 134 ق م ج وتعرف بالمسؤولية عن فعل الغير.

### عنصر الضرر/ le préjudice ou le dommage

يعتبر الضرر الركن أو العنصر الثاني لقيام المسؤولية التقصيرية، حيث لا يكفي وجود خطأ، بل يجب أن يترتب عليه ضرر يصيب الغير، في جسمه أو ماله "هذا هو الضرر المادي" أو يمس شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه "وهذا هو الضرر المعنوي".

أنواع الضرر/ ينقسم الضرر إلى نوعين ضرر مادي وآخر معنوي.

<sup>1</sup> د/ بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 73، 74

**الضرر المادي**/ هو الذي يصيب الضرر في حق من حقوقه التي يحميها القانون، سواء في جسمه أو ماله أو في أية مصلحة مادية له.

والمساس بالحق المالي كالحقوق العينية أو الشخصية أو المعنوية الذهنية أو الفكرية أو حتى الصناعية فيكون حينئذ الضرر ماديا إذا نجم عن المساس انتقاصا للمزايا المالية التي يؤولها الحق لصاحبه.

- بينما المساس بحق غير مالي كالمساس بسلامة الجسم "جروحا أو كسورا أو وفاة" فيترتب على هذا المساس خسارة مالية ومن ثم ضررا ماديا" كالعجز عن الكسب، أو نفقات العلاج".
- كما يمكن أن يمتد المساس بحق من حقوق الشخصية كالحرية الشخصية، والعمل والرأي، إذا كان المساس يترتب عليه خسارة مالية، كحبس شخص دون حق أو منعه من السفر لعمل فيترتب عن ذلك ضررا ماديا<sup>1</sup>
- بينما المساس بالمصلحة المشروعة، فقد أثير حولها جدلا فقهييا غزيرا ومن أمثلة ذلك مدى حق الخليفة في التعويض عما أصابها من ضرر بسبب الاعتداء على حياة خليلها، وقد أمتد الجدل إلى ساحات القضاء الذي استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية بحكم صادر بتاريخ 1970/02/27 من حيث أن نص المادة 1382 ق م ف لا تخضع الحق في التعويض إلى شرط وجود رابطة قانونية بين المضرور والضحية، فأصبح لكل من الخليفة والخطيبة الحق في الحصول على التعويض.

أما في المجتمعات الإسلامية، أصبح لا يجوز للخليفة أن تطالب بالتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها لان العلاقة بينهما كانت غير مشروعة.

**الضرر المعنوي**/ هو الذي يمس المضرور في مشاعره أو عواطفه أو في شرفه أو في عقيدته، وبصدد هذا الضرر فإن التعويض عنه قد تطور تطورا كبيرا، وأنقسم الفقه والقضاء والتشريع حوله:

فقد أنكر بعض الفقهاء عن الضرر المعنوي التعويض للحجج الآتية:

- فخلافا للضرر المادي، فإن الضرر المعنوي يصعب فيه التعويض المالي لصعوبة تقدير ما يصيب المشاعر والعواطف من الألام.
- كذلك خلافا للضرر المادي الذي يمكن إصلاح ما أفسده الضرر، فإن الضرر المعنوي لا يمكن تحقيق هذا الإصلاح و لا إصلاح الأثار المترتبة عليه.
- ليس سائغا ولا جائزا و لا مقبولا أن يتقاضى الشخص مالا ثمنا لما أصاب شرفه أو عواطفه من أدى.

<sup>1</sup> د/ بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 145، 146



- كما أن الفقه الإسلامي في إجماعه ينكر فكرة التعويض المالي عن الضرر الأدبي أو المعنوي، خلافاً لآلية فقهية إسلامية تميز ذلك.

من جانب التشريع الجزائري في القانون المدني لم يكن سابقاً ينص على مسألة تعويض الضرر الأدبي، إكتفاء بالنص القانون العام أن كل من سبب ضرراً للغير نتيجة خطأ ارتكبه الشخص فهو يلتزم بتعويض المضرور و لكن ابتداءً من 2005 و بموجب القانون 10/05 المعدل لنصوص القانون المدني، نجد المشرع الجزائري ينص صراحة في نص م 182 مكرر بقوله.

" يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"

مما سبق يتضح لنا أنه يشترط لتحقيق التعويض عن الضرر المعنوي أن تتوفر شرطان:

الأول / أن يكون الإخلال بمصلحة ذات قيمة مالية للمضرور "و هذا الشرط موجود أيضاً في الضرر المادي"

الثاني/ أن يكون الإخلال بالمصلحة محققاً و ليس محتملاً "و هذا الشرط ينطبق على الضررين معاً المجال المادي و الأدبي"

### عنصر العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر

تعتبر العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر العنصر أو الركن الثالث لقيام المسؤولية التقصيرية، و يعني هذا العنصر وجوب وجود علاقة مباشرة بين العنصرين السابقين الخطأ و الضرر، بمعنى بين الخطأ الذي ارتكبه الشخص المسؤول و بين الضرر الذي لحق بالشخص المضرور.

و لا يكون الشخص مسؤولاً عن الضرر إذا أثبت أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يدلله فيه، و ذلك لانتفاء علاقة السببية بين عنصر الخطأ و الضرر الحاصل، و من أمثلة حالات السبب الأجنبي القوة القاهرة و الحادث الفجائي، و خطأ المضرور و خطأ الغير، فلا يكون حينئذ الشخص مسؤولاً عن التعويض بمجرد اثباته السبب الأجنبي للضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يفرض بخلاف ذلك 127 ق.م.ج.

### القوة القاهرة و الحادث الفجائي

مهما قيل عنهما فيما يخص استقلالهما عن بعضهما البعض، و من حيث التمييز أو عدم التمييز بينهما، و من حيث مفهومهما، فإنه عموماً يشترط فيهما الشروط الآتية و التي إن توفرت فيكون سبب أجنبي للضرر، و لا مسؤولية تقصيرية ضد أي شخص:

الشرط الأول/ عدم إمكان توقع الضرر، بالنسبة للمضرور و جميع الناس، مطلقاً و ليس نسبياً

الشرط الثاني/ إستحالة دفع الضرر، و هي استحالة مطلقة عن كل شخص يوجد في نفس الظروف

خطأ المضرور فلا يكون لخطأ المضرور أي التزام على المدعى عليه بالمسؤولية و التعويض، طالما لم يصدر منه خطأ ثابت أو مفترض، لأن ضرر المضرور ناتج عن خطأه هو و من ثم تنتفي عن المدعى عليه المسؤولية.

أما إذا كان للمدعى عليه نصيب في الخطأ إلى جانب خطأ المضرور فتكون أمام الخطأ المشترك فيثار هنا مدى إستغراق أحد الخطأين للآخر، و هل هناك استقلالية بين الخطأين.

-فمن حيث مسألة الاستغراق بين الخطأين ينظر لجسامة الخطأ فكلما كان خطأ المضرور أكثر جسامة من خطأ المدعى عليه، فيستغرق الخطأ الأول للثاني و لا تقوم أية مسؤولية تقصيرية على المدعى عليه، و معيار الإستغراق و الجسامة "هو نية الإضرار بالآخرين" و هو أيضا أن يكون أحد الخطأين نتيجة للخطأ الثاني كأن يكون خطأ المضرور مترتبا على خطأ المدعى عليه، فتقوم مسؤولية الأخير " قيادة سيارة بسرعة مفرطة نتج عنها أن يأتي أحد الركاب بحركة أدت إلى الضرر".

- و من حيث مسألة استقلال الخطأين عن بعضهما البعض / و هذا ما يعرف بالخطأ المشترك فيتحمل كل منهما جزءا من المسؤولية.

خطأ الغير / و يكون خطأ الغير معنيا من المسؤولية باعتباره سببا أجنبيا، و يقاس الخطأ هنا بمقياس الرجل العادي "المعتاد"، باعتبار هذا الخطأ يمثل انحرافا عن السلوك المألوف للرجل العادي، و لكن يشترط ألا يكون الغير من الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه كالأنباء و التابعين، فتكون حينئذ ضمن أحكام المسؤولية عن فعل الغير م 134 ق.م.ج.

و إذا تزامن خطأ الغير مع خطأ المدعى عليه فإننا نكون أمام مسألة الاستغراق السابقة، و قد يساهمان في الضرر معا، فيتحمل كل منهما "الغير و المدعى عليه"، نسبة من الخطأ و التعويض المستحق، و قد يطالب بهما المضرور بالتعويض وفق أحكام تضامن المدنين 126 ق.م.ج.<sup>1</sup>

### الصورة الثانية/ المسؤولية عن فعل الخير

الأصل أن الإنسان لا يسأل إلا عن سلوكه و أفعاله الشخصية و التي أضرت بالغير و لكن قد تتوافر علاقة ما بين صاحب السلوك الخاطيء المضر، و بين شخص آخر تبرر مسألة الأخير عن سلوك الشخص الأول، فتقوم المسؤولية حينئذ استثناء

<sup>1</sup> د/خليل أحمد حسن قداد: المرجع السابق، ص 251 و ما بعدها

مع الملاحظة كان من المفروض تناول آثار المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخص قبل تناول أحكام المسؤولية عن فعل الغير و المسؤولية عن فعل الأشياء، لكن باعتبار ان آثار المسؤولية واحدة لكل صورها و المتمثلة في رفع دعوى التعويض، لذلك أحررت تناول آثار المسؤولية إلى آخر هذه الدروس.

من الأصل وعلى خطأ مفترض ليس واجب إثباته، و تستمد المسؤولية عن فعل الغير أصولها و صياغتها من القانون الفرنسي القديم، حيث كان يسود نظام الطبقات "النبلاء و العبيد" و الأبناء و أصحاب الحرف..

و قد نص المشرع الجزائري على صورتين من هذه المسؤولية الأولى مسؤولية المكلف بالرقابة عن الأشخاص الخاضعين لرقابته، و الثانية مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع.

### الحالة الأولى/ مسؤولية المكلف بالرقابة عن الأشخاص الخاضعين للرقابة

قد يكون الشخص في حاجة إلى الرقابة بسبب صغره "قاصر" أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، و في هذه الحالة يكلف القانون شخصا آخر بالرقابة عليه كولي أو وصيه، و المعلم و رب الحرفة، و القيم و الواجب الذي يقع على المكلف بالرقابة قانونا هو أن يبذل جهده ليحول دون وقوع أخطاء من هؤلاء الأشخاص الخاضعين للرقابة.

فإذا أقدم الخاضع للرقابة على سلوك خاطئ أضربه الغير فإن القانون يجعل الرقيب مسؤولا عن هذا السلوك إعمالا لمقتضى الرقابة و هي مسؤولية قانونية تقوم على قرينه قانونية مقادها تقصير متولى الرقابة في أداء واجب الرقابة.

- **النصوص القانونية المنظمة لمسؤولية متولي الرقابة /** بعد صدور القانون المدني الجزائري بمقتضى الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/9/26، أخذ عن القانونين المدني المصري و الفرنسي، نص المشرع الجزائري على مسؤولية المكلف بالرقابة لقاعدتين إحداهما عامة "كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة الرقابة" المنصوص عنها في م 134 ق.م.ج، و الثانية خاصة م 135 ق.م.ج " يكون الأب و بعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببهما أولادهما القاصرون... "، و هو ازدواج تشريعي لتنظيم أحكام مسؤولية الرقيب لا حاجة لنا به.

أصدر المشرع الجزائري تعديلا لبعض نصوص القانون المدني بموجب القانون 10/05/ بمقتضاه قام المشرع بإلغاء المادة 135 ق.م.ج، و الاكتفاء بنص المادة 134 ق.م.ج ذات النص العام بقوله : " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار.

و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية."

### مفهوم الالتزام بالرقابة و شروط مسؤولية الرقيب: لا يسأل الشخص عن فعل غيره إلا إذا التزم هذا الشخص

بالرقابة من جهة، و من جهة أخرى يجب أن تتوفر شروطا قانونية بقيام مسؤوليته

- **مفهوم الالتزام بالرقابة:** إن الالتزام بالرقابة قد يفرضه المشرع بمقتضى القانون كالتزام الوالي أو الوصي بالرقابة

على الصغير، أو يفرضه اتفاق كالتزام المعلم في المدرسة بالرقابة على التلاميذ.

و الرقابة التي يعينها المشرع الجزائري في نص م 134 ق.م.ج هي رقابة الإشراف و التوجيه و التربية، ومن ثم منع الخاضع للرقابة من الإضرار بالغير، و ذلك باتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة في سبيل ذلك و بمجرد وقوع الضرر من هذا الشخص القاصر أو التلاميذ أو الممتهين و غيرهم "يفترض المشرع أن المكلف بالرقابة قصر في واجباته و التزاماته بالرقابة، فتقوم ضده قرينة الخطأ في الرقابة توجب مسألته قانونا.

و بحسب نص المادة 134 ق.م.ج. لا يمكن حصر الأشخاص المكلفين بالالتزام بالرقابة و لا الخاضعين لهذه الرقابة، و هذا حتى و ان حدد مصدر الالتزام بالرقابة أنه القانون أو الاتفاق.

**شروط مسؤولية الرقيب:** تقوم مسؤولية الرقيب على أساس قرينة الخطأ المفترض التي أقامها المشرع الجزائري على واقعتين الأولى تولي شخص رقابة غيره و الثانية صدور فعل ضار من الشخص الخاضع للرقابة يصيب به الغير وهما الواقعتان اللتان تمثلان شروط قيام مسؤولية الرقيب.

**الشرط الأول / تولي شخص الرقابة على آخر:** لا تتحقق المسؤولية عن فعل الغير إلا إذا تحقق شرط تولي

الرقابة على آخر، و مصدر الالتزام بالرقابة تبعا لنص المادة 134 ق.م.ج. هو القانون كولاية الأب على الابن القاصر، أو الاتفاق كولاية مدير مستشفى الأمراض العقلية على مرضاه.

و قد جعل المشرع الجزائري شرط قيام المسؤولية هو وجود التزام بالرقابة و حاجة آخر إلى هذه الرقابة و الأشخاص الملزومون بالرقابة يكونون الآباء، المعلمين أرباب الحرف مديري المستشفيات كما أن الأشخاص الخاضعين للرقابة و يكونون الأبناء القصر أو مرضى عقليا أو جسميا، كما أن مصدر الالتزام بالرقابة عموما هو نص القانون أو بناء على اتفاقات.

**الشرط الثاني صدور فعل غير مشرع من الشخص الخاضع للرقابة:**

و الفعل الضار هنا هو فعل الشخص الخاضع للرقابة به يصيب به غيره، و يقع على المضرور عبء إثبات أن الضرر سببه الفعل الضار للخاضع للرقابة، حتى تقوم قرينة قانونية على خطأ ثان ولكن اتجاه المكلف بالرقابة بأنه أحل أو قصر في واجب الرقابة.

أما إذا كان الضرر لم يكن ناتجا عن فعل الخاضع للرقابة فلا مسؤولية على الرقيب.

و باعتبار أن مناط المسؤولية التقصيرية عموما هو بلوغ سن التمييز م 2/42 ق.م.ج ق 10/05، فهل يشترط في الخاضع للرقابة أن يكون مميزا لقيام مسؤولية الرقيب؟

لم يوضح المشرع الجزائري موقفه من ذلك صراحة اكتفاء بالضرر الصادر من الخاضع للرقابة م 134 ق.م.ج و

م 135 ق.م.ج كان المشرع الجزائري يقول "ضرر صادر من الابن القاصر" و الأخير قد يكون مميزا أو غير مميز، فإذا صدر الضرر من قاصر غير مميز، و كان تحت الرقابة الأبوية مثلا يكون الرقيب مسؤول قانونا عن الضرر تأسيسا على قرينة قانونية هي خطأ الرقيب "عدم قيامه بواجب الرقابة"، أما إن كان الخاضع للرقابة قاصر مميز فإن مسؤولية الفاعل "القاصر المميز" هي أصلية كاملة، حتى و إن قامت إلى جانبها مسؤولية المكلف بالرقابة لكنها مسؤولية احتياطية، نصت م 125 ف 10/05 على أنه.

" لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزا" و يتوافر شرط التمييز إلى جانب فعل التعدي أو الخطأ تقوم مسؤولية الشخص قانونا، نصت م 124 ق 10/05 "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

أساس مسؤولية المكلف بالرقابة و كيفية دفعها : إن مسؤولية الرقيب في حقيقتها خلافا لمسؤولية المتبوع عن فعل التابع هي مسؤولية شخصية أصلية قوامها الخطأ الشخصي للرقيب المتمثل في الإخلال بالرقابة، لكن للرقيب قانونا الحق في دفع مسؤوليته المفترضة طبقا للقانون.

### فمن حيث أساس المسؤولية:

استقر الفقه و التشريع و حتى القضاء على أن أساس مسؤولية الرقيب هو الخطأ المفترض في جانب الرقيب وهو خطأ مزدوج، الإخلال بواجب الرقابة ثم الإخلال بواجب التربية، على افتراض أن إساءة الرقيب في واجب التربية هو الذي مكن الخاضع للرقابة لارتكاب هذه الأضرار، و هذه القرينة يحتج بها المضرور ضد الرقيب فقط، لأنه اتجاه الخاضع للرقابة خصوصا إن كان الأخير مميزا يجب على المضرور إثبات خطأ في جانب الخاضع للرقابة<sup>1</sup> . و سيتتبع هذا الافتراض في الخطأ افتراض ثاني هو في عنصر العلاقة السببية بين خطأ الرقيب المفترض و خطأ الخاضع للرقابة مرتكب الفعل الضار.<sup>2</sup>

### و من حيث دفع مسؤولية المكلف بالرقابة

إن قرينة خطأ الرقيب بالإخلال بواجب الرقابة، هي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، بحيث للرقيب الحق في دفع مسؤوليته المفترضة بإحدى الطريقتين.

الأولى / إما إثبات أنه لم يخل بواجب الرقابة حيث قام بواجباته، و أنه اتخذ جميع الاحتياطات المعقولة لمنع الخاضع للرقابة من الإضرار بالغير، و يقاس هذا الأداء ببذل عناية الرجل العادي في الملاحظة و الرقابة.

الثانية / بإثبات السبب الأجنبي للضرر أن تعذر عليه إثبات عدم ارتكابه الخطأ، فيرجع حينئذ سبب الضرر للسبب الأجنبي الذي يمتاز بعدم التوقع و عدم إمكانية دفعه.

1

2

## مدى حق الرقيب الرجوع بالتعويض على الخاضع للرقابة/

يختلف مدى هذا الرجوع بين القانونيين القديم "النص القديم" و الجديد "النص الجديد" و بين أن يكون مرتكب الضرر القاصر يتمتع بالتمييز أم لا يتمتع به.

- فإن كان الخاضع للرقابة لا يتمتع بالتمييز ففي ظل النص القديم، فإن مسؤوليته تمتاز بالوجود لكنها مخففة خلافا للمسؤولية التامة الكاملة الأصلية للرقيب، خلافا للنص القانوني الجديد فقد اشترط المشرع صراحة شرط التمييز عند مرتكب الفعل الضار م 125 ق 10/05 ق.م.ج، لقيام أية مسؤولية و بانعدامه تنعدم مسؤولية غير المميز، و لا يبقى إلا مسؤولية الرقيب الأصلية عن خطأ الأخير في الرقابة أو التربية، كما أن المشرع نفسه حصر مسألة الرجوع بالتعويض في المسؤولية عن فعل الغير في صورة مسؤولية المتبوع عن فعل التابع فقط، حيث نصت م 137 ق 10/05 "للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما" بل حتى في هذه الصورة حصر المشرع مسألة الرجوع بين المتبوع و التابع على الخطأ الجسيم الذي يرتكبه الأخير و يتحمل عنه مسؤولية تعويض المضرور .

### الحالة الثانية: مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعة

تعتبر هذه الصورة من المسؤولية هي الصورة الوحيدة الرئيسية والحقيقية للمسؤولية عن فعل الغير، وذلك بالمفهوم القانوني الحقيقي،

كما أنها تعتبر بالغة الأهمية سابقا وحاليا للاعتبارات الآتية:

- من جهة أن المتبوع هو المستفيد من نشاط تابعه، وله عليه سلطة التوجيه والرقابة بشأن المهام الموكلة له.
  - من جهة ثانية أن سمة العصر الحالي هي كثرة الأضرار بالأفعال الشخصية للإنسان وحتى بفعل غيره "تابعه" حيث يستخدم الإنسان التابعين للقيام ببعض الأعمال وتصريف بعض الشؤون الخاصة له، لكن تحت إدارته وإشرافه وتوجيهه كصانع في مصنع وحدوث بعض الأضرار من بعض العمال التابعين لصاحب المصنع.
  - من جهة ثالثة أن التابع يمارس نشاطاته و أعماله لمصلحة المتبوع و تحت إشرافه وتوجيهه ورقابته.
- فإذا حدثت بعض الأضرار بفعل أحد التابعين فإنه من البديهي أو المنطقي أن يتحمل فاعل الضرر كل ما يترتب عن ذلك من تعويضات مالية للمضرورين
- إلا أن وجود التابع تحت رقابة المتبوع وذلك كله يستوجب تحميل الأخير المسؤولية القانونية عن تلك الأضرار فكيف نظم المشروع الجزائي مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، و ماهي شروط هذه المسؤولية وأساسها وكيف يمكن دفعها، وإذا تحمل المتبوع المسؤولية كاملة بالتعويض، فهل يحق للأخير الرجوع بالتعويض على التابع؟

### النصوص القانونية المنظمة لمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعة

نصت المادة 136 ق10/05 ن م ج: يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها.

وتتحقق علاقة السببية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع.

يلاحظ على هذا النص أن المشرع أدخل تعديلا في العبارات المستخدمة في النص وأضاف إليه عبارة أخرى، فقد استبدل عبارة العمل غير المشروع بالفعل الضار، ثم أضاف إلى الفقرة الأولى عبارة بمناسبة إلى جانب حالة تأدية الوظيفة أو بسببها

### شروط مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه

لقد حددت المادة 136 ن م ج شروط مسؤولية المتبوع وأساسها مهما ما أثير من اختلاف الفقهاء حول هذا الأساس وأهم هذه الشروط:

### الشرط الأول : وجود علاقة تبعية بين المتبوع والتابع

تقتضي علاقة التبعية بين التابع والمتبوع أن يكون للأخير سلطة فعلية في رقابة وتوجيه التابع، وتقوم علاقة التبعية على عنصرين هما عنصر السلطة الفعلية وعنصر الرقابة والتوجيه، وإذا تخلفت السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه انعدمت مسؤولية المتبوع.

- ولا يتطلب في مدة السلطة الفعلية الإطالة، ولا أن يكون مصدرها العقد فيجوز ذلك بدونه، كما لا يشترط في صحة الرقابة صحة العقد بينهما، فقد يكون العقد باطلاً أو حتى انعدام لعقد ومثال ذلك قيادة ابن قاصر أو زوجة لسيارة الوالد أو الزوج، ولكن وطالما للمتبوع سلطة فعلية فيكفي ذلك.

- كما لا يشترط في أن يكون المتبوع حرا في اختيار تابعه فقد يكون مفروضا عليه الرقابة، وقد تكتفي في العلاقة التبعية أن تكون مجرد علاقة أدبية كعلاقة الأب بالابن و الزوج بالزوجة.

- و لكن ما يتطلب في العلاقة أي السلطة الفعلية أن تنصب على نشاط معين أو عمل معين، فيكون للمتبوع سلطة إصدار الأوامر للتابع و متابعتة ومسألته على تنفيذها.

- و تختلف الرقابة في الحالتين رقابة المتبوع عن فعل تابعه و رقابه الرقيب "الأب" على الابن لأن الرقابة الثانية تتسم بأنها عامة دون تحديد عمل معين من الخاضع للرقابة "الابن" كما تختلف عن رقابة المشرف في الحرفة عن عمل الصبية في حرفتهم.

- كما أنه ليس ضروريا و ليس شرطا لقيام علاقة التبعية أن يكون للمتبوع قدرة على التوجيه و الرقابة الفنية بل يكفي ذلك من الناحية الارادية أو التنظيمية.

- كما لا يشترط في الرقابة أن يكون للمتبوع قدرة توجيه و رقابة، فقد يكون المتبوع عديم التمييز بسبب سنه أو حالته العقلية، فتقوم العلاقة التبعية، و يتولى الرقابة أو التوجيه النائب القانوني أو القضائي عن عدم التمييز كالولي الوصي القيم.

- و في حالة المتبوع العرضي بانتقال التابع من المتبوع إلى متبوع آخر لمدة معينة، وانتقلت معها السلطة الفعلية للمتبوع العرضي، فإن هذا الأخير هو المتبوع المسؤول قانوناً.

- و قد يكون التابع تابعا لعدد المتبوعين، فيكون هؤلاء جميعا مسئولين قانونا عن الفعل الضار للتابع و على أساس تضامن المدنيين.

### الشرط الثاني: خطأ التابع حالة تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها

يشترط لتحقيق مسؤوليته المتبوع عن فعل تابعه أن تتحقق مسؤولية التابع "بخطئه" و أن يكون الخطأ صدر من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها.

خطأ التابع "فعل ضار صادر من التابع" باعتبار أن مسؤولية المتبوع هي تبعية عن فعل الغير "التابع" فهي لا تقوم إلا إذا تحققت مسؤولية التابع، عن خطأ تقصيري ترتب عنه الضرر للغير، و تتحقق علاقة سببه بين خطأ التابع و الضرر الحاصل.

يستوي في مسؤولية التابع أن تقوم على خطأ واجب الإثبات أو مفترض، حيث إذا انقضت مسؤولية التابع عن الضرر الحاصل، لا تقوم مسؤولية ضد المتبوع.

خطأ التابع حال تأدية وظيفته باعتبار أن السلطة الفعلية للمتبوع على التابع فالتوجيه و الرقابة فهي تكون على عمل معين يقوم به التابع، بمعنى أن مسؤولية المتبوع تقتصر على الأفعال المرتكبة حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها.

أما إذا كان الفعل الضار للتابع منقطع عن الوظيفة و ليس بسببها و لا بمناسبةها، فتنبقض حينئذ مسؤولية المتبوع، كارتكاب التابع لضرر بفعل سيارته الخاصة خارج نطاق الوظيفة أو العمل و يعتبر الخطأ مرتكبا حال تأدية الوظيفة إذا ارتكبه التابع و هو يؤدي العمل، يستوي في الخطأ أن يكون بناء على أوامر المتبوع أو بدونها يعلم المتبوع أو بدون علمه، بدون معارضة المتبوع أو بمعارضته.

كما أن خطأ التابع وقت ممارسة الوظيفة يعتبر في الحقيقة إخلالاً بواجب تفرضه الوظيفة كمسؤولية الدولة عن رعونة الشرطي في إطلاق أعيرة نارية مميتة، فالعبرة هي قيام العمل بغض النظر عن أي ظرف من الظروف "ظرف المكان والزمان" فمضى تثبت خطأ التابع انعقدت مسؤولية المتبوع.

خطأ التابع بسبب الوظيفة/ ويعني ذلك أن يتصل خطأ التابع بوظيفته اتصال المعلوم بالعلة، بحيث يمكن القول بأنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ كأن يتظاهر خادماً لرب العمل بفتح سيارة له ثم يقوم بقتله بسكين، فخطأ التابع وقع بسبب الوظيفة.

والخطأ بسبب الوظيفة هو الخطأ الذي ما كان التابع يستطيع ارتكابه لولا الوظيفة أو الذي ما كان يفكر في ارتكابه لولا هذه الوظيفة، ولو تجاوز فيه التابع حدود وظيفته أو أساء في استعمالها، حتى ولو صدر فعل التابع بغير علم المتبوع أو رغم معارضته أو لم يرد به خدمة المتبوع، بل قصد به تحقيق غرض شخصي له.

خطأ التابع بمناسبة الوظيفة/ لقد نص المشرع الجزائري عن هذه الصورة من خطأ التابع في نص (المادة 136/ح ق10/05، ويقصد منها هو ذلك الخطأ المرتكب من التابع ولكن وظيفته هي التي يسرت له ارتكابه، أو أنها هيأت له الفرصة



على ارتكابها، ولا يمنع من تحقق مسؤولية المتبوع أن يكون التابع قد ارتكب الفعل بباعث شخصي لا علاقة له، بالوظيفة مادام التابع هنا استعمل وظيفته وأساء استعمالها، فارتكاب شرطي لقتل بعبارة ناري نتيجة خطأه ولو تحقق ذلك في عرس من الأعراس خارج وظيفته، فتقوم مسؤولية المتبوع "وزارة الداخلية" عن خطأ التابع "الشرطي"

### أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه:

تعددت آراء فقهاء القانون حول أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه الضارة، وأهمها.

- ذهب رأي فقهي تقليدي إلى أن أساس مسؤولية المتبوع يتمثل في الخطأ المفترض في جانب الأخير سواء تمثل الخطأ في اعتبار التابع أو في مراقبته وهذا بمجرد ارتكاب التابع الفعل الضار، فتقوم قرينة قانونية قاطعة على أن ذلك يرجع إلى خطأ المتبوع.
- ذهب رأي آخر أن أساس المسؤولية هو فكرة تحمل التبعة، باستخدامه نشاط التابع والتوسع فيه، ومن ثم ينشئ خطرا يجب تحمل تبعته.
- رأى آخر تمسك بفكرة الضمان كأساس لمسؤولية المتبوع، فهذا الأخير يضمن جميع الأفعال الضارة للتابعين إذا تعلق ذلك لوظيفته.
- البعض يؤسسها على فكرة النيابة، فالتابع نائب عن المتبوع الأصيل في تأدية الأعمال لمصلحة المتبوع<sup>1</sup> على أن أقرب الآراء قبولاً حول أساس مسؤولية المتبوع هو فكرة الضمان القانوني باعتبارها مسؤولية عن فعل الغير وبقوة القانون، وهذا انطلاقاً من اعتبارات اجتماعية بضمان المتبوع خطأ تابعة الذي تقع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو حتى بمناسبة، وتسبب الضرر بالغير، وهذا الضمان يفرضه القانون لاعتبارات متعددة منها حصول المضرور على حقه في التعويض<sup>2</sup>.
- لذلك فقد افترض المشروع الجزائري في نص المادة 136 ق م ج مسؤولية المتبوع. بمجرد توافر الشروط السابقة، فيقوم المضرور بإثبات وجود علاقة تبعية بين المتبوع والتابع وأن الضرر الحاصل كان بخطأ التابع أثناء ممارسة الوظيفة أو بسببها أو بمناسبة.

### دفع مسؤولية المتبوع ومدى حقه الرجوع بالتعويض على التابع

لقد أقر المشروع الجزائري مسؤولية المتبوع. بمجرد ارتكاب التابع للضرر، وهي مسؤولية مفترضة افتراضاً قطعياً "غير قابلة لإثبات عكسها" إلا أن المشرع الجزائري نفسه منح للمتبوع الحق في الرجوع على التابع بما دفعه عنه من تعويض، ولكن إذا ارتكب التابع خطأ جسيماً مضرراً.

### مدى حق المتبوع دفع مسؤوليته المفترضة

رغم أن المشرع لم ينص في المادة 136 ق م ج على كيفية دفع المتبوع لمسؤوليته المفترضة، انطلاقاً من كونها مسؤولية بقوة القانون، وأياً ما كان مبلغ اختلاف الفقهاء في تحديد أساس المسؤولية، إلا أن هذا الاختلاف يتلاشى كلية في تحديد مداها، ويتفق أغلب الفقهاء والقضاة من أن المتبوع لا يستطيع متى قامت المسؤولية التابع أن ينظر عن نفسه المسؤولية ينفي خطئه المفترض في الاختيار أو التقصير في الرقابة، ولا بإقامة الدليل على أنه يستحيل عليه

<sup>1</sup> د/ جمال الدين زكي: المرجع السابق ص 304 وما بعدها

<sup>2</sup> د/ بلحاج العربي: المرجع السابق ص 314 وما بعدها

أن يمنع التابع من إحداث الضرر، فمتى ثبت خطأ التابع قامت مسؤولية المتبوع، إلا إذا أثبت المتبوع أن الفعل لضرار قد نشأ عن سبب أجنبي لا شأن للتابع في إحداثه، وتنتفي مسؤولية التابع وفقا للقواعد العامة في الإثبات.

### حق رجوع المتبوع على التابع بالتعويض

نصت المادة 137 ق 10/05 م ج " للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما" فتقرير مسؤولية المتبوع قانونا عن خطأ تابعه هو ضمانا لحصول المضرور على التعويض، رغم أن الضرر سببه هو فعل التابع، لذلك قد يتحصل المضرور على حقه في التعويض من التابع مباشرة، ولا يمكن للتابع الرجوع على المتبوع بالمطالبة بهذا التعويض، وقد يتحصل المضرور على حقه من المتبوع فيكون للمتبوع الحق في الرجوع على التابع بما دفعه للمضرور من أجل استرداد مبلغ التعويض ولكن المشرع الجزائري حصر مسألة الرجوع على التابع من المتبوع، في حالة ارتكاب التابع لخطأ جسيم يضربه الغير، وهذا الحصر يثير مشكلة تقدير الخطأ متى يكون جسيما ومتى لا يكون جسيما. وهذا لتحديد المسئول عن التعويض هل هو المتبوع أم التابع؟

### الصورة الثالثة : المسؤولية الناشئة عن الأشياء

لقد أصبحت المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء تكتسي أهمية قصوى مند النهضة الصناعية لكون مجالها يشمل كل الأضرار التي تتسبب فيها الأشياء المختلفة من آلات ميكانيكية وصناعية ووسائل النقل المختلفة البرية والبحرية والجوية، والغازات والمواد الكيماوية، والأدوات الطبية والغازات وغيرها وتزداد أهمية المسؤولية عن فعل الأشياء مع تعدد أضرارها وتفاوتها كما ونوعا.

على أن استحداث نظام المسؤولية الناشئة عن الأشياء كان ذلك حماية للمضرورين، حيث من الصعب عليهم إثبات خطأ المسئول "الحارس أو المالك" باعتبار أن الضرر بفعل الشيء مما تبقى حالات الضحايا أشياء مجرد عجزهم إثبات خطأ المسئول.

وقد تعددت صور المسؤولية عن فعل الأشياء في القانون المدني الجزائري خصوصا بعد تعديل بعض نصوص المسؤولية التقصيرية.

وأهم صور التعديل للمسؤولية الناشئة عن الأشياء.

-مسؤولية حارس الشيء غير الحي

-مسؤولية حارس الحيوان

-المسؤولية عن الحريق

-مسؤولية مالك "حارس" البناء

-مسؤولية المنتج عن عيب في منتجاته

-مسؤولية الدولة عن الضرر الجسماني "لانعدام المسئول"، ولم تكن للمضرور يد في الضرر ومع تعدد هذه الصور، سوف أقتصر فقط على تناول أهم صور المسؤولية عن فعل الأشياء "آلات غير الحية ، الحيوان، البناء، الحريق.

### المسؤولية عن الأشياء غير الحية

تنص م 138 ق م ج "كل من تولى حراسة شيئا وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء"

ويعنى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه، مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة الظاهرة"

### تطور المسؤولية الناشئة عن الأشياء في القانون والقضاء الفرنسي

لم يقصد واضعوا القانون المدني الفرنسي في نص م1/1384<sup>1</sup> على قيام مسؤولية الشخص عن الضرر الذي تحدثه الأشياء التي في حراسته، سوى المسؤولية عن الحيوان وعن البناء الواردتين في المادتين 1386/1385 واقتصر من تم قواعد المسؤولية عن الأشياء على حالي الحيوان والبناء، كما لم يفرق الفقه الفرنسي ولا القضاء تبعاً لذلك ما إذا كان الضرر ناتجاً عن فعل الإنسان، أو عن فعل شيء غير حي فلا تقوم المسؤولية في الحالتين إلا بإثبات خطأ ينسب إلى المسئول ثم صدرت أحكام قضائية لاحقة رأت أن م1/1384 ق تقييم قرينة قانونية على خطأ حارس الشيء على غرار مسؤولية حارس الحيوان وحتى البناء

وأمام ظهور تطور في النظم الاقتصادية "بتطور الإنتاج" الذي يعتمد على الآلات الضخمة والحركات أدى ذلك إلى كثرة الضحايا من العمال بسبب هذه الآلات مع بقاء سبب الحادث مجهولاً، وأدى ذلك إلى تطور الفكر الفقهي الفرنسي وقبول بعض المحاكم الفرنسية "محكمة النقض الفرنسية" إقامة المسؤولية على خطأ مفترض في الحارس، يجوز له إثبات عكسه وهذا في بداية التطور

ولاحقاً إزاء تفاقم الأخطار بفعل الآلات أدى ذلك إلى التشديد في مسؤولية حارس الشيء بل وأصبحت القرينة قاطعة لا تقبل العكس إلا إذا أثبت السبب الأجنبي للضرر، وأدى أيضاً إلى التوسع في الأشياء غير الحية التي تخضع لها المسؤولية، فشملت المنقولات والعقارات والأشياء الخطرة وغير الخطرة<sup>2</sup>

وقد تأثر المشروع الجزائري بالاجتهادات الفقهية والقضائية والقانونية الفرنسية، حيث جعل المسؤولية شاملة لكل الأشياء، وقرر مسؤولية الحارس كلما تولى حراسة شيء وكانت له سلطة الاستعمال والتسيير والرقابة، فيعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه هذا الشيء، فهي إذن مسؤولية مفترضة بقوة القانون في نص م138 ق م ج ، ومن تم استقلت هذه المسؤولية عن المسؤولية عن الفعل الشخصي الذي تقوم على خطأ واجب الإثبات.

### أساس مسؤولية حارس الشيء غير الحي

اختلف الفقهاء في تحديد أساس مسؤولية حارس الشيء غير الحي:

- بعض الفقه يؤسسها على فكرة تحمل التبعة، ومن عيوبه أن المسئول هو حارس الشيء وليس المالك أو المنتفع
- فقه تقليدي آخر يؤسسها على فكرة الخطأ المفترض لحارس الشيء، وهي قرينة قانونية تتحقق بمجرد تحقق الضرر
- بعض الشراح يؤسسونها على أساس أن هذه المسؤولية تقررها قاعدة قانونية موضوعية، وهي تقوم على فكرة التضامن الاجتماعي أو فكرة الضمان، ونفي المسؤولية لا تكون إلا بإثبات السبب الأجنبي، كما أن هذا التأسيس يمكننا من مسألة غير المميز الحارس طالما أن الضرر ناتج عن فعل شيء وليس فعل شخصي، وغير المميز يكون عادة تحت الرقابة القانونية أو الاتفاقية من الغير.

إلا أن الرأي اجمع عليه فقهاء في الفقه الفرنسي هو إذا أساسها هو الخطأ في الحراسة، وأن الخطأ المفترض هو خطأ في الحراسة لا يقبل إثبات عكسه، ولا يكون أمام حارس الشيء إلا إثبات السبب الأجنبي لدفع مسؤوليته.

<sup>1</sup> /art1384/1 ccf « on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait ,mais encor de celui qui cause par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde »

<sup>2</sup> د/ جمال الدين زكي: المرجع السابق، ص313/312

وفي الفقه الجزائري امتد إليه هذا الجدل حول أساس مسؤولية حارس الشيء.

-من الفقهاء من يؤسسها على تحمل التبعة، آخرون على فكرة الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات عكسه  
-آخرون يؤسسونها على فكرة الضمان، والبعض الآخر يقيّمها على أساس قاعدة موضوعية والبعض الآخر يقيّمها على فكرة العدالة الاجتماعية، فقه آخر يعتبر أساسها على أنها مسؤولية مفترضة " قرينة المسؤولية" بينما ذهب علي علي سليمان إلى القول أنه من العبث البحث وإيجاد أساس سليم لهذه المسؤولية لأنها مسؤولية من نوع خاص.  
رغم هذه الاختلافات فإن الرأي السليم هو الذي ذهب ل القول أن أساسها هو الخطأ في الحراسة، وهو خطأ مفترض من المشرع افتراضا قطعيا لا يمكن إثبات عكسه، لأن الحارس يقع عليه التزاما محددًا يقع على الحارس هو منع إحداث الضرر من هذا الشيء.

ثم إن هذه المسؤولية هي قائمة بقوة القانون، وأن نص م 138 ق م ج يشكل قرينة قانونية لصالح المضرور الذي يثبت فقط أن الضرر حدث بفعل شيء غير حي.

### شروط مسؤولية حارس الشيء غير الحي

يتضح من نص م 138 ق م ج يجب أن يتوفر شرطان القيام مسؤولية حارس الشيء غير الحي

**الأول:** تولى شخص حراسة شيء

**الثاني:** أن يحدث الضرر بفعل الشيء " الضرر للغير"

### الشرط الأول / تولى شخص حراسة شيء

-تعني حراسة الشيء م 138 هي أن الحارس تكون له السيطرة الفعلية " الحقيقية" على الشيء قصدا واستغلالا، ومعنى آخر أن يكون للحارس السلطة الفعلية على الشيء في رقابته وتوجيهه والتصرف في أمره يستوي في ذلك أن تكون السلطة الفعلية مستندة إلى حق مشروع أو غير مشروع " كالسارق للشيء والذي يعتبر حارسه والمستول عن أضراره"

كما يعتبر الأصل أن حارس الشيء هو مالكة، ما لم يثبت المالك انتقال حراسته الشيء لشخص آخر لأي سبب كان وكان الضرر حدث وقت وجود الشيء تحت حراسة هذا الشخص، كما أن بيع شيء لآخر " في عقد البيع" فلا تنتقل الحراسة بينهما "البائع والمشتري" إلا بعد تسلم المشتري الشيء المبيع، وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى آخر كالدائن المرتهن والمدين الراهن في عقد الراهن الحيازي " انتقال حيازة الشيء بين الدائن والمدين ".  
كذلك الحائز للشيء بنية تملكه مهما كان حسن أو سيء النية، والمتبوع هو الحارس للشيء الذي يقوده التابع لمصلحة المتبوع، طالما أن المتبوع لم ينقل السلطة الفعلية على الشيء إلى التابع، كما قد تنتقل الحراسة من المالك إلى الغير " ميكانيكي، أو معلم السياقة وغيرهم".

-أما المقصود بالشيء في مفهوم المادة 138 ق م ج فهو غير البناء والحيوان كالألات الميكانيكية والسيارات والآلات الزراعية والصناعية، والمساعد الكهربائية والأسلحة وغيرها. كذلك قد تتجزأ الحراسة بين مالك "السيارة" والمرافق إن وضعت في المكان المعد للوقوف، ففي توقف السيارة يكون الحارس هو مراقبها وعند مغادرتها تبقى حراستها لمالكها.

### الشرط الثاني أن يحدث الضرر بفعل الشيء

يعتبر الضرر بفعل الشيء إذا تدخل الشيء تدخلًا إيجابيًا وكان هو السبب في إحداث الضرر، مثال ذلك سير السيارة في الطريق وتحدث الضرر بآخر أو أنها متوقفة في مكان غير المكان المعد للوقوف، أما إذا كان تدخل السيارة في الضرر تدخلًا سلبيًا كارتطام المضرور بسيارة واقفة، فلا يكون حينئذ الضرر بفعل الشيء ولا تنطبق عليه أحكام م 138 ق م ج.

"يعتبر مسؤولًا من الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء"

ويقع على المضرور عبء إثبات أن الضرر حصل بفعل تدخل الشيء تدخلًا إيجابيًا، حتى يتحمل المسؤول الحارس للشيء "مسؤولية التعويض"<sup>1</sup>.

### دفع مسؤولية حارس الشيء غير الحي

لا يستطيع حارس الشيء دفع مسؤوليته المفترضة قانونًا بإثباته أنه لم يرتكب خطأ في الحراسة، لأن الخطأ في الحراسة مفترض في جانبه بمجرد إحداث الشيء الذي في حراسته للضرر وهو افتراض قابل لإثبات العكس. ولكن يجوز للحارس دفع مسؤوليته المفترضة بنفسه للعلاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي حصل بإقامة الدليل على أنه وقوعه كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، أو كما قالت الفقرة 02 من المادة ق م ج "إذا ثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه، مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة"

### مسؤولية حارس الحيوان

نصف المادة 139 ق م ج "حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسؤولًا عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب لا ينسب له" يتضح من هذا النص القانوني قيام مسؤولية حارس الحيوان "مالكه أو مستخدمه" عن الضرر الذي يحدثه الحيوان دون الحاجة إلى إثبات خطأ في جانب الحارس "إفلات الحيوان منه" لأن المسؤولية تقع على حارس الحيوان مالكه أو غيره، وتقوم على خطأ مفترض، لا يمكن التخلص منه بإثباته عدم ارتكابه للخطأ، بل يجب على حارس الحيوان أن يثبت السبب الأجنبي للضرر حتى تنتفي عنه المسؤولية المفترضة "الخطأ المفترض".

### شروط مسؤولية حارس الحيوان

يتضح من نص المادة 139 ق م ج أنه يجب توفر شرطان معًا لقيام مسؤولية حارس الحيوان

الأول /تولي شخص حراسة حيوان

الثاني /أن يحدث الضرر بفعل حيوان

### الشرط الأول /تولي شخص حراسة حيوان

يجب تحديد المقصود بمصطلح الحراسة، ثم الحيوان كما يلي:

<sup>1</sup> د/ خليل أحمد حسن قدارة / المرجع السابق ص 277 وما ورائها.

**المقصود بالحراسة** /هي عبارة عن السيطرة الفعلية على الحيوان في رقبته وتوجيهه والتصرف في أمره مهما كانت الحراسة مستندة إلى حق شرعي أم غير شرعي، طالما يتمتع الحارس بالسيطرة الفعلية على الحيوان ليس بالضرورة أن يكون حارس الحيوان هو مالكة -رغم أن هذا هو الأصل- فقد تنتقل الحراسة على الحيوان إلى شخص آخر لأي سبب من الأسباب، طالما كان الحارس يتمتع بالسلطة الفعلية على الحيوان، فيكون حارسه حينئذ هو المسؤول عن الضرر الذي يحدثه الحيوان لغيره.

وليس المنتفع بالحيوان هو حارسه طالما لا يملك عليه سلطة فعلية، وليس حارس الحيوان من يملك مقدرة على معرفة عيوب الحيوان طالما ليست له عليه السلطة الفعلية في توجيهه ورقابته والتصرف فيه.

وقد ينتقل الحيوان إلى يد غير المالك يرضاه أو بدون رضائه الانتفاع به، والمحافظة عليه كوديعة أو للعلاج عند طبيب بيطري فتنتقل الحراسة أصلاً إلى المنتفع أو المحافظ على الحيوان أو الطبيب، كما أن السارق للحيوان يعد حارسه و المسؤول عن ضرره طالما أصبحت له على الحيوان سلطة فعلية ولو كانت بغير وجه حق.

**المقصود بالحيوان** / هو كل حيوان مستأنس أو متوحش، من الدواب كالماشية والخيول والجمال، أو من الحيوانات الأليفة كالقطط و الدواجن، أو المفترسة كالأسود والنمور وغيرهم على أنه يشترط لقيام المسؤولية أن يكون الحيوان تحت السيطرة الفعلية لشخص مالكة أو غيره.

### الشرط الثاني أن يحدث الضرر بالغير الفعل الحيوان

يشترط أن يكون سبب الضرر هو تدخل الحيوان نفسه في إحداثه تدخلاً إيجابياً، وكان الحيوان تحت السيطرة الفعلية "الحراسة" للشخص المسؤول، بأن أفلت منه مثلاً وسبب الضرر، أما إذا كان تدخل الحيوان سلبياً كارتطام شخص بحيوان المقيد وترتب له ضرر فلا مسؤولية على حارس الحيوان.

### أساس مسؤولية حارس الحيوان

بمجرد ارتكاب الحيوان للضرر يفترض مباشرة أن حارسه أخطأ في حراسته، بإفلات الحيوان من حارسه - وذلك هو الخطأ- ويتمكن الحيوان بهذا الإفلات بالإضرار بالغير، فتقوم حينئذ المسؤولية على حارسه.

وخطأ الحارس مفترض قانوناً افتراضاً غير قابل لإثبات العكس، فلا يستطيع الحارس أن يدفع مسؤوليته المفترضة بإثباته أنه قام بما يجب عليه القيام من مراقبة الحيوان وتوجيهه ومنعه من الأذى بالآخرين.

حينئذ فإن الحارس مسؤول قانوناً بمجرد تولي الحراسة وارتكاب الحيوان للضرر، وهي مسؤولية مفترضة قانوناً لكنها لمصلحة المضرور في الحصول على تعويض الضرر، بمجرد إثباته أن الضرر الحاصل له كان نتيجة التدخل الإيجابي للحيوان.

### دفع مسؤولية حارس الحيوان

يستطيع حارس الحيوان أمام حدوث الضرر للغير وبفعل الحيوان الذي هو تحت حراسته أن يثبت أن وقوع الحادث "الضرر" كان بسبب لا ينسب له "للحارس" بل سببه أجنبي كقوة القاهرة-لابد للحارس فيه- أو حادث فجائي، أو فعل المضرور أو الغير، فتنتفي علاقة السببية بين الضرر الحاصل و فعل الحيوان.

## مسؤولية مالك البناء " المسؤولية الناشئة عن تهمد البناء "

تنص المادة 140 ق م ج .

" مالك البناء مسؤول عما يحدثه اهدام البناء من ضرر ولو كان اهداما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه.

ويجوز لمن كان مههددا بضرر يصيبه من البناء، أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه"

يتبين من هذا النص أن مجال المسؤولية هو الأضرار التي يسببها اهدام البناء " لنقص في الصيانة أو قدم البناء أو عيب فيه " ثم أن المسؤول عن الضرر في القانون المدني الجزائري هو مالك البناء " خلافا لبعض القوانين التي تحصر المسؤول عن الضرر بحارس البناء، وهذا الأخير ليس بالضرورة مالك البناء م 177 ق م م " كما أن أساس المسؤولية هو خطأ المالك، وقوام الخطأ هو النقص في الصيانة أو عيب في البناء، وهو خطأ مفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس، وهذا بمجرد أن يثبت المضور أن الضرر جاء من تهمد البناء، كما يتبين أن المشرع الجزائري سلك طريقا وقائيا بحيث يحيل وحصول الضرر وهذا برفع كل مههدد بالضرر دعوى وقائية باتخاذ المالك جميع التدابير الضرورية لدرك الخطر.

### شروط مسؤولية مالك البناء رعن تهمد البناء

حتى تتحقق مسؤولية مالك البناء، يجب أن يحدث تهدما للبناء كليا أو جزئيا، يترتب عن ذلك حدوث ضرر للغير، فتلحق المسؤولية القانونية بمالك البناء وعلى أساس الخطأ المفترض في جانبه.

### الشرط الأول / ملكية البناء

لم يشترط المشرع الجزائري أن يكون البناء تحت حراسة شخص، رغم أن الحراسة في مفهومها القانوني هي عبارة عن السلطة الفعلية على الشيء "البناء" وإنما اشترط في الشخص المسئول أن يكون مالكا للبناء

والملكية في مفهوم م674ق م ج هي التي تمنح لمالكها حق التمتع "الاستغلال" والتصرف والاستعمال في حدود القانون والأنظمة.

وهكذا فالمسؤولية تلتحق بمالك البناء شخصيا مجرد أنه مالك وبالتالي فإنه يتمتع بجميع عناصر الملكية من بينها السيطرة الفعلية على البناء والتصرف فيه.

ولا يختلف الحاكم حتى لو انتقل البناء إلى الغير كالمستأجر، أو تقرر الاستلاء عليه من السلطة العامة، أو كان تحت حراسة، آخر ومهما كان الشخص المالك شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا.

فإذا تحقق الضرر للمضور فلهذا الأخير الحق في رفع دعوى التعويض متى تحققت جميع شروط المسؤولية. ولكن لمالك البناء الحق في الرجوع بالتعويض على من كان البناء تحت حراسته ويقصد بالبناء هو الشيء المتماسك الذي يكون من صنع الإنسان

ويتصل بالأرض اتصال قرار بحيث يعتبر عقارا بطبيعته، ويصدق لفظ البناء على المنازل، الحظائر، القناطر، السدود، الأنفاق العمدة التذكارية، التماثيل.

### الشرط الثاني/حدوث ضرر بفعل قادم البناء كلياً أو جزئياً

إن المقصود بالتهدم الكلي أو الجزئي هو تفكك أجزاء البناء كلها أو بعضها أو انفصالها عنه أو عن الأرض المقام عليها كإختيار بناء أو تهدم حائط

أما الجدار المثبت في الأرض بواسطة أوتاد فلا يعتبر بناء بمفهوم المادة 140/ح ق م ج والأضرار الناتجة عنه تقام المسؤولية تأسيساً على نص المادة 138 ق م ج.

كما أنه إذا لم يتهدم البناء فلا تنطبق م 2/140 حتى لو كان الضرر آتياً من البناء كسقوط شخص من فتحة في المنزل أو سقوط في سلم المنزل يعني هذا أن الضرر يجب أن يكون سببه هو تدهم البناء بذاته كلياً أو جزئياً فلو حدث ضرر لشخص من جراء سقوط شيء من نافذة البناء فلا تنطبق نص م 2/140 ق م، ولكن يمكن إقامة المسؤولية، إذا ثبت المضرور أن هناك خطأ شخصياً ارتكب.

فضلاً عن ذلك يجب أن يكون التهدم راجعاً إلى حالة البناء لإهمال في الصيانة أو لقدمه أو حتى لوجود عيب فيه، أو أنه قديم.

مع الملاحظة أنه إذا وجد عقد بين المضرور والشخص المسئول عن البناء يقضي بصيانته أو إصلاحه وتجديده "كأن يكون المضرور مستأجراً" فإن الضرر المترتب يتأسس على أساس المسؤولية العقدية.

### الدعوى القضائية من حدوث الضرر في القانون المدني الجزائري

حول المشرع الجزائري في نص م 3/140 ق م ج لكل شخص كان معرضاً لضرر من البناء أن يطالب مالكة باتخاذ جميع التدابير الضرورية للحيلولة من حدوث الضرر والخطر.

فإن لم يقم المالك بتلك التدابير أجاز المشرع الحصول على إذن قضائي لاتخاذ هذه التدابير الضرورية الإستعجالية وعلى حساب مالك البناء

على أنه يكفي فقط أن يكون البناء مهدداً بالسقوط والضرر والخطر، حتى وإن لم يتم الإختيار فعلاً. وتقدير التهديد عند النزاع هو السلطة التقديرية للمحكمة

### أساس مسؤولية مالك البناء

تقوم مسؤولية مالك البناء في القانون المدني الجزائري على خطأ مفترض في جانب المالك وهو الإهمال في صيانة البناء أو قدمه أو لوجود عيب فيه، ولا يكلف المضرور بإثباته، كما لا يستطيع المالك أن ينفي هذا الخطأ المفترض، وذلك بمجرد حدوث



الضرر بالمضروب ويعني هذا أن مسؤولية المالك تقوم على أساس الضرر والخطأ المفترض في جانبه، ولا يستطيع نفيه بإثبات أن البناء ليس في حاجة إلى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح.

ولكن باعتبار أن القرينة "قرينة المسؤولية" قائمة لمصلحة المضرور، فمن حق مالك البناء أن يثبت فقط السبب الأجنبي للضرر، والذي لا يد له فيه، أو أنه ينفي علاقة السببية بين التهدم والضرر.

### المسؤولية عن ضرر الحريق

نصت م 1/140 ق م ج: "من كان حائزا بأي وجه كان لعقار أو جزء منه أو منقولات، حدث فيها حريق لا يكون مسؤولاً نحو الغير عن الأضرار التي سببها هذا الحريق إلا إذا أثبت أن الحريق ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول عنهم"

يتضح من هذا النص القانوني أن المسؤولية عن ضرر الحريق قوامها الخطأ الواجب لإثبات في جانب الحارس الحائز أو الأشخاص الذي يسأل عنهم، فإذا أثبت الخطأ استحق المضرور التعويض من المستول عن الحريق وعن الضرر.

كما أن أحكام المسؤولية عن ضرر الحريق تخضع في أحكامها إلى القواعد العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي م 124 ق م ج بوجوب إسناد خطأ إلى المستول شخصياً أو إلى من هو مسؤول عنهم.

### شروط المسؤولية عن ضرر الحريق

يتضح من نص المادة السابقة، أن يجب أن يكون العقار أو جزء منه أو المنقول في حيازة الشخص المسؤول كما يجب إثبات أن الخطأ ينسب إلى حائز العقار أو المنقول ثم أن الضرر حدث بفعل هذا الحريق.

### الشرط الأول /حيازة العقار أو جزء منه أو حيازة المنقول

يتضح من النص السابق أنه يجب أن يكون الشيء الذي حدث فيه الحريق في حيازة شخص ما والحائز هو من كانت له السيطرة الفعلية على الشيء، سواء استندت إلى حق مشروع أو لا بحسن نية أو بسوء نية، إلا ما تعلق بالمستأجر فإنه يكون مسؤول عن الحريق "حريق العين المؤجرة" إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب ليس من فعله م 1/496 ق م ج

فالحائز مسؤول عن ضرر الحريق مهما كانت الحيازة و بأي وجه كانت، كما أن الحائز بهذا المعنى هو حارس الشيء بمفهوم المادة السابقة، كما أن الأصل أن المالك هو الحائز الحارس المستول عن الحريق، إلا إذا أثبت أن الشيء انتقلت حيازته منه إلى غيره بأي وجه كانت، وقت حدوث الحريق "كالسارق مثلاً"

### الشرط الثاني أن يثبت الخطأ في جانب الحارس أو في جانب من هو مسئول عنهم/ يتضح هذا الشرط

وأهميته في نص المادة السابقة، والمتمثل في أنه يجب على المضرور إثبات حدوث الضرر بفعل خطأ من المستول الحائز الحارس للشيء، أو ممن هو مسؤول عنهم كالأبناء والتابعين فهذا الخطأ الواجب للإثبات "الحريق" هو سبب ضرر المضرور.

ولكن المشكلة القانونية، إذا بقى سبب الحريق مجهولاً فلا مسؤولية على حارس الشيء إلا إذا شارك إهماله وعدم تبصره فاشتعال النار، وذلك الإهمال في جانبه فيكون هو حارس الشيء والمسئول عن ضرر الحريق بالغير .

### الشرط الثالث أن يكون الحريق هو سبب وقوع الضرر

المقصود بالحريق في مفهوم المادة 1/140 هو اشتعال النار في عقار الحائز أو في منقوله، وتسرب الحريق وأصاب الغير بالضرر "أملاك الغير" فيجب على المضرور إثبات خطأ الحائز أو من هو مسؤول عنهم.

وتنطبق نص المادة 1/140 ق م ج إذا كان بضرر سببه الحريق مهما كان الشيء محدد أو غير محدد، لكنه "الشيء" ترجع حراسته للمدعى عليه بالمسؤولية، وغالبا يكون الشيء مالا لهذا الأخير.

ولحارس الشيء في نطاق المسؤولية عن ضرر الحريق أن ينفي عن نفسه أو عن من هم تحت مسؤوليته "الخطأ" حتى تنتفي مسؤوليته تبعاً لذلك، وإذالم يستطع ذلك كان له أن يقيم الدليل على أن الحريق سببه أجنبي أدى إلى إيقاع الحريق والإضرار بأأملاك الآخرين .

### أساس المسؤولية عن ضرر الحريق

قبل توضيح وبيان هذا الأساس، أشير إلى أن الضرر الناتج عن الحريق قد تتعدد أسبابه، وتختلف مرتبة الحريق من الضرر مما يؤدي إلا إشكالات قانونية، هل يتمسك المضرور بأحكام المادة 1/140 المتعلقة بالحريق أم المادة 1/138 المتعلقة بالمسؤولية عن الشيء غير الحي.

و تترتب على هذا التزاحم واختلاف أسباب الحريق:

-حدوث انفجار في مسكن يتسبب في حريق فيه، فيوقع الحريق أضرا راً بمساكن مجاورة

-حدوث تماس كهربائي تسبب في اندلاع حريق في منزل فينتقل إلى مساكن قريبة

-شرارة متطايرة من قاطرة أحرقت مزروعات يابسة في ملكية متاخمة، ويمتد الحريق إلى الملكيات المجاورة.

إن الإجماع الفقهي والفضائي يرى أنه إذا كان الانفجار والتماس الكهربائي أو الشرارة المتطايرة من القاطرة هو السبب المباشر للحريق الذي اندلع في مال الغير، فعلى المضرور التمسك بالمادة 1/138 ق م ج ونستبعد المادة 1/140 ق م ج من التطبيق، وتكون مسؤولية حارس الشيء غير الحي السابقة.

أما إذا كان الانفجار أو الشرارة أو الالتماس الكهربائي سبب حريقاً في أشياء المدعى عليه وتسرب الحريق إلى الأملاك المجاورة، فتطبق أحكام المادة 1/140 ق م ج المتعلقة بالمسؤولية عن الحريق، ويجب على المضرور إثبات خطأ المدعى عليه، حتى ولو كان سبب الحريق وقع في شيء موضوع تحت حراسة المدعى عليه.

وعليه فإن أساس مسؤولية حارس "حائز الشيء" "العقار أو المنقول" عن الحريق هو تطبيقاً للقاعدة العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي م 124 ق م ج هو الخطأ الواجب لإثبات من المضرور في جانب الحارس أو في جانب الأشخاص الذين يسأل عنهم

الحائز كالأبناء والتابعين" فيثبت المضرور أن المدعى عليه أخطأ "انحرف" في سلوكه عن سلوك الرجل العادي. فأدى هذا الانحراف إلى وقوع الضرر.

وما على الحارس لدفع مسؤوليته القانونية إلا إثبات عدم ارتكابه للخطأ "للانحراف" أو أن يثبت أن الضرر "الحريق" سببه أجنبي غير متوقع ولا يمكن دفعه.

## الخاتمة

باعتبار أن القانون في مضمونه ينظم علاقة قانونية بين الأشخاص في إطار الحقوق والالتزامات، وطالما أن حكم الالتزام مهما كان مصدره هو تنفيذه من الملتزم "المدين" سواء كان التنفيذ اختياراً أو جبرياً بمجرد تحقق مصدر وحلول أجله.

إن تنفيذ الالتزام في حقيقته هو إعطاء الحق لصاحبه وإن كان الحق في مجمله يتأسس على مصدرين رئيسيين الواقعة القانونية والتصرف القانوني، فإن الالتزام يتأسس بدوره من حيث مصدر وجوده على مصدرين رئيسيين، الأول المصادر الإرادية والثاني المصادر غير الإرادية.

وتتضمن مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري في كل من القانون العقد، الفعل المستحق للتعويض، الإرادة المنفردة، وشبه العقود.

وكان تركيزي في هذه المحاضرات على ثلاث مصادر رئيسية تفيد دارس القانون، وهي العقد والمسؤولية التقصيرية وأخيراً الالتزام بالإرادة المنفردة

وتعد هذه المصادر الركائز الأساسية لنظرية الالتزام من الناحيتين العلمية والعملية.

## فهرس تفصيلي للمحاضرات

مقدمة

- 1) موضوع نظرية الإلتزام
- 2) التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني
- 3) التعريف بالإلتزام وخصائصه
- 4) مصادر الإلتزام

## الفصل الأول / المصادر الإرادية للإلتزام

### المبحث الأول/العقد

- 1) تعريف العقد وتمييزه عن غيره :

#### أ) تعريف العقد

ب) تمييز العقد عن غيره

- العقد والإتفاق
- العقد والتصرف
- العقد والإلتزام
- العقد والوعد بالعقد

## 2) انعقاد العقد :

### أ) أركان العقد

-الرضاء "التراضي"

\*وجود الرضاء

-وجود الإرادة

-الإرادة موجودة

-اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني

-التعبير عن الإرادة

-طرق التعبير عن الإرادة

-التعبير الصريح

-التعبير الضمني

-السلوك والتعبير عن الإرادة

-اختلاف الإرادة والتعبير عنها

-الإرادة الباطنة

-الإرادة الظاهرة

-الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانوني

-أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن الإرادة

-تطابق الإرادتين

-معنى تطابق الإرادتين

-تطابق الإرادتين بين حاضرين

-تطابق الإرادتين بين غائبين

-بعض صور التراضي

-النيابة والتعاقد

-الوعد بالتعاقد

-التعاقد بالعربون

-التعاقد بالمزايدة

-التعاقد بالإذعان

\*صحة الرضاء "التراضي"

-الأهلية

-تعريفها  
-أنواعها  
-عوارضها  
-موانعها  
-تمييزها عن غيرها  
-سلامة الإرادة من العيوب  
-الغلط

-تعريفه

-شروطه

-أثره

-التدليس

-تعريفه

-تمييزه عن الغلط

-عناصره وشروطه

-أثره

-الإكراه

-تعريفه

-عناصره وشروطه

-أثره

-الاستغلال

-تعريفه

-شروطه وعناصره

-مجاله وأثره

-المحل

-تعريفه

-شروطه

-السبب

-تعريفه

-خصائصه

-السبب في القانون المدني الجزائري

-إثباته

ب) جزاء تخلف ركن من أركان العقد "البطلان"

-تعريف البطلان

- تمييز البطلان عن غيره
- البطلان والفسخ
- البطلان وعدم السريان
- البطلان والانحلال
- البطلان والإبطال
- أنواع البطلان ومن له الحق في التمسك بالبطلان
- أنواع البطلان
- من له الحق التمسك بالبطلان
- آثار البطلان
- إعادة الحال لما كانت عليه سابقا
- الإستثنائات عن الإعادة "حالة نقص الأهلية وحالة تحول العقد وإنقاصه"

### 3) آثار العقد "نطاقه ونسبية آثاره"

#### أ) نسبية أثر العقد "العقد شريعة المتعاقدين"

- انصراف أثر العقد للمتعاقدين
- انصراف أثر العقد إلى الخلف العام والاستثناءات عن ذلك
- انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص
- انصراف أثر العقد إلى الدائنين
- عدم انصراف أثر العقد نحو الغير
- ب) -مدى أثر العقد " القوة الملزمة للعقد"
- تعيين مضمون العقد " تفسير وتحديد نطاقه"
- مدى التزام المتعاقد بتنفيذ العقد " تنفيذه بحسن نية الاستثناء عن ذلك"

### 4) جزاء الإخلال بالعقد

#### أ) المسؤولية العقدية

- ب) فسخ العقد
- د) الدفع بعدم التنفيذ

#### المبحث الثاني /الإرادة المنفردة

- 1) مدى اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام
  - 2) الوعد بجائزة كصورة من الالتزام بالإرادة المنفردة
- تعريف الوعد الجائز
  - شروطه
  - آثاره

### الفصل الثاني /المصادر غير الإرادية للالتزام "الفعل الضار"

## المبحث الأول /الفعل المستحق للتعويض

1)-التعريف به

2)-نطاقه

3)-أساسه

4)-صوره

### أ) -المسؤولية عن الأفعال الشخصية

-المقصود بها

-عناصرها"الخطأ والضرر والعلاقة السببية"

### ب) -المسؤولية عن فعل الغير

-المقصود بها

-صورها

\*مسؤولية المكلف بالرقابة عن الأشخاص الخاضعين لرقابته

-النص القانوني

-مفهوم الالتزام بالرقابة وشروط مسؤولية الرقيب

-أساس المسؤولية

-دفع المسؤولية

-مدى ق رجوع الرقيب على الخاضع للرقابة

\*مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه

-التعريف بها

-النص القانوني

-شروطها

-أساسها

-دفعها

-مدى حق رجوع المتبوع بالتعويض على التابع

### ج) المسؤولية الناشئة عن الأشياء

-التعريف بها

-صورها

\*المسؤولية عن الأشياء غير الحية

-النص القانوني

-تطورها في الفقه والقضاء الفرنسي

-أساسها

-شروطها

-دفعها



\*مسؤولية حارس الحيوان

-النص القانوني

-شروطها

-أساسها

-دفعها

\*مسؤولية مالك البناء عن تهمد البناء

-النص القانوني

-شروط مسؤولية مالك البناء

-الدعوى الوقائية من حدوث الضرر

-أساس المسؤولية

-دفعها

\*المسؤولية عن ضرر الحريق

-النص القانوني

-شروط مسؤولية الحائز عن ضرر الحريق

-أساس المسؤولية

الخاتمة