

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة الاخوة منتوري

كلية الحقوق

دروس لطلبة السنة أولى ماستر

قانون خاص معمق

النظرية العامة للعقد

من اعداد الدكتور: سعدي عبد الحليم

السنة الجامعية 2022/2021

تمهيد التعريف بنظرية الالتزام:

لا يختلف اثنان على اعتبار النظرية العامة للالتزام محطة اساسية وجب الوقوف عندها كمنطلق لأي دراسة قانونية.

هذه النظرية التي أسلت أقلام الكتاب والفقهاء مما جعل منها العمود الفقري في مجال التكوين القانوني ومما لاشك فيه أن الالتزام هو الوجه الآخر للحق ، فنقول حقا إذا نظرنا إلى المسألة من وجهة الدائن ونقول التزاما إذا نظرنا إليها من وجهة المدين.

وعلى العموم فإن الحقوق يمكن ردها أساسا إلى حقوق سياسية كحق الترشح والترشيح ، حقوق طبيعية كالحق في الحياة وبيئة نظيفة ، حقوق معنوية كحق التأليف وبراءة الاختراع وحقوق مدنية. والحق المدني ينقسم بدوره الى قسمين حقوق مدنية مالية وحقوق مدنية غير مالية. والحق المدني غير المالي هو ما يعرف بحقوق الشخصية اي تلك المتعلقة بالحالة المدنية للشخص. اما الحقوق المدنية المالية فهي بدورها تقسم الى قسمين.

حق مالي عيني ومنه الاصلي كحق الملكية -ملكية الرقبة-وتبعي كحق الانتفاع والاستغلال.

وحق مدني مالي شخصي او كما يعرف بحق الدائنية او **الالتزام** وهو اساس دراستنا ومناطق النظرية العامة للالتزام، وهو التقسيم الذي تبناه المشرع الجزائري في التقنين المدني إذ نظم الحقوق الشخصية والعقود في الكتاب الثاني ونظم في القسم الثاني الحقوق العينية والحقوق العينية التبعية في الكتاب الثالث والرابع.

والحق الشخصي أو كما يعرف بحق الدائنية أو الالتزام هو موضوع النظرية العامة للالتزام أين يعتبر المدين الطرف السلبي الغالب وليس الدائن ومن ثم لا يقال نظرية الحق الشخصي بالنظرية الدائن والعللة في ذلك هو إمكانية نشأة الالتزام في الوجود طرف واحد ألا وهو المدين دون حاجة إلى وجود دائن كما هو الحال في الوعود بجائزة للجمهور أو في عقد الاشتراط مصلحة الغير ومن ثم كانت الناحية الغالبة فيه من الناحية السلبية أي الالتزام وليس الحق. (1)

- أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني ،دار النهضة العربية ،بيروت،1983،ص05.

هذا ويختلف الحق الشخصي (الالتزام) عن الحق العيني في كون:

الحق العيني هو سلطة يقرها القانون لشخص معين على شيء محدد بذاته يكون له بمقتضاها أن يفيد منه مباشرة في حدود معينة يرسمها القانون⁽¹⁾ ومثاله حق الملكية.

ومن تم فهذا الحق يقوم على عنصرين - صاحب الحق وموضوع الحق - ولصاحب الحق بمقتضى هذه السلطة المخولة له قانونا أن يستفيد مباشرة من موضوع الحق كما له أن يستعمل أو ينتفع بالشيء موضوع الحق وأن يتصرف فيه لا يحده في ذلك حد سوى اعتبارات النظام والآداب العامة.

أما الحق الشخصي أو كما يعرف بالالتزام فقد وردت بشأنه العديد من التعاريف إذ عرفه البعض على أنه "رابطة أو علاقة بين شخصين دائن ومدين يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين بأن يؤدي للأخر عملا معين أو يمتنع لصالحه عن أداء معين".⁽²⁾

هذا التعريف في حقيقة الأمر هو تعريف مستمد من فقهاء القانون الروماني والدين أرادو التمييز بين الحق الشخصي والعيني إذ جعلوا من الحق العيني رابطة بين شخص وشيء محدد بذاته وجعلوا من الحق الشخصي رابطة بين شخصين أحدهما دائن والأخر مدين وإذا كان الحق العيني يقوم على عنصرين ألا وهما صاحب الحق وموضوع الحق فإن الحق الشخصي ومن خلال التعريف السابق فإنه يقوم على عدة عناصر وهم الدائن العنصر الإيجابي و المدين العنصر السلبي وموضوع الحق وهو أداء عمل أو الامتناع عن العمل.

1-تعريف اورده محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام الارادية، العقد والارادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص.14.

2-أورد هذا التعريف كل من: -انور سلطان: المرجع السابق نص.5.

-عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، بيروت 1971، ص.22.

-محمد حسنين الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات واحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص.09.

إن تعريف الالتزام على أساس أنه رابطة أو علاقة بين شخصين تميزا له عن الحق العيني لاقى نقدا لادعا من العديد من الفقهاء وشرح القانون.(1)

ذلك لأن في رأي هؤلاء الفقهاء أن الحق الشخصي أو الالتزام هو ليس ذات الرابطة التي تجمع بين صاحب الحق وغيره وان العلاقات تقوم أولا بين الأفراد تم يأتي القانون وينظمها ويفرض لهذا حقا وعلى الآخر واجب.

ومنه فالحق ليس هو الرابطة أو العلاقة التي تجمع الدائن بالمدين وهو الأمر الذي نؤيده من جهتنا ذلك أنه ومن وجهة نظر أخرى فإن العلاقة أو الرابطة تستلزم نشأتها وجود طرفين على الأقل في وقت واحد فإذا كان الالتزام هو رابطة أو علاقة فإنه لا يمكن تصور وجود أو نشأة التزام في وجود طرف واحد دون الطرف الآخر وهو الأمر الذي لا يستقيم وهو ما تضمنته أغلب التقنيات المدنية وعلى رأسها التقنين المدني الجزائري الذي يتعارض مع هذا المنطق إذ نجد أن المشرع الجزائري جعل من وجود ونشأة الالتزام أمرا ممكنا في وجود طرف واحد ألا وهو المدين دون حاجة إلى الدائن إلا عند مرحلة تنفيذ الالتزام كما هو الحال في الالتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة (الوعد بجائزة) اد ورد في المادة 115 من القانون المدني الجزائري " من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل "

فالتزام الواعد بإعطاء الجائزة وهو المدين قائم وثابت وسابق قبل القيام بعمل من طرف الدائن أي قبل وجود الدائن أصلا . أو كما هو الحال في عقد الاشتراط لمصلحة الغير، فبالرجوع إلى نص المادة 118 من القانون المدني الجزائري الذي ورد فيها " يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلية كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعينا وقت العقد... " .

كمن يعرض مالا على شخص ويشترط عليه ان يرده لابنه الذي سيولد في المستقبل او للشركة التي سوف يؤسسها مستقبلا.

فالدائن هو شخص أو هيئة مستقبلية لم توجد بعد في حين أن التزام المدين في مواجهة الدائن برد مبلغ

1-ومنهم: -محمد السعدي صبري: المرجع السابق،ص.16-1

-FRANCOIS TERRE.PHILIPPE SIMLER et YVES LEQUETTE :droit civil ,les obligations, -
précis Dalloz ,paris,1939,n :2,p.1-2.

القرض هو التزام قائم بات ثابت مسبقا دون حاجة تواجد الطرف الثاني في العلاقة الا وهو الدائن.

لأخلص إلى القول من جهتي أن الالتزام ليس علاقة أو رابطة بين دائن ومدين ،ذلك أن العلاقة في نشأتها منطقيا تستلزم وجود طرفين في حين أن الالتزام يمكن أن يوجد وينشأ في وجود طرف واحد ألا وهو المدين ولا حاجة إلى الدائن إلا عند تنفيذ الالتزام .

هذا الانتقاد للتعريف السابق للالتزام هو ما دفع بالبعض الآخر من الكتاب والفقهاء⁽¹⁾

إلى تعريفه بأنه " حالة قانونية أو وضع قانوني يلتزم بمقتضاه شخص معين بإعطاء شيء أو بفعل أو امتناع عن فعل".

إن التعريف وعلى خلاف ما سبق تعرض بدوره إلى نقد شديد وعلى الأقل من الجانب اللغوي فمصطلح حالة أو وضع قانوني لا يفيد معنى الالتزام وحتى بالنسبة لأصحاب هذا التعريف فإنه لا يمكن أن يسلموا بأنه حالة قانونية أو وضع قانوني هو المعنى المراد لمصطلح الالتزام إذ يمكن أن يفهم من وضع أو حالة قانونية كل شيء عدا الانصراف إلى مفهوم الالتزام.

التعريف المختار⁽²⁾ : انطلاقا من الانتقادات اللادغة للتعريفين السابقين رأى بعض من الفقهاء أن الالتزام هو "واجب قانوني خاص يتحمل به شخص معين يسمى المدين ، ويتضمن قيامه بعمل أو امتناعه عن عمل ذي قيمة مالية لصالح شخص آخر يسمى الدائن يكون له سلطة إجباره على ادائه".

خصائص الالتزام

إنه و من خلال هذا التعريف يمكن استنتاج العناصر أو الخصائص الأساسية للالتزام باعتباره واجب قانوني يختلف عن غيره من الواجبات الأخرى الأخلاقية و الدينية و تتمثل هذه الخصائص في:

1- ومن بينهم:- سليمان مرقش: أصول الالتزامات، الجزء الأول - طبعة 1960 ص. 05 .

- أنور سلطان : النظرية العامة في الالتزام ، الجزء الاول، طبعة 1975 ص 16.

2- ومن بينهم -جميل الشراوي: النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول ،مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ، القاهرة،سنة 1981. ص.10.

-محمد صبري السعدي: المرجع السابق،ص.19.

1-أن للالتزام طرفان ، الدائن و هو الطرف الإيجابي و المدين و هو الطرف السلبي الذي يقع على عاتقه القيام بعمل أو الامتناع عن عمل لفائدة الدائن ، مع العلم و كما سبقت الإشارة إليه فإن الالتزام

يمكن أن ينشأ بطرف واحد ألا و هو المدين دون حاجة الى وجود الطرف الثاني ألا و هو الدائن والحاجة الى تواجد الدائن إذن لا تكون إلا عند تنفيذ الالتزام.

2- إن محل الالتزام هو دائما أداء مالي قد يكون عمل كالتزام البناء بإقامة مسكن أو جدار لفائدة شخص آخر أو امتناع عن عمل كالتزام تاجر بعدم منافسة تاجر آخر في نفس البضاعة و بنفس المكان وقد يكون التزام المدين تسليم مبلغ من النقود.

3- على اعتبار ان الالتزام أداء مالي فإنه يمكن تقويمه بالنقود و هو يأخذ خاصية النقد أي قابليته للتداول إذ يمكن تحويله و نقله من شخص الى آخر حال الحياة عن طريق ما يعرف بحوالة الحق عندما يقوم الدائن بتحويل حقه منه الى شخص آخر وحوالة الدين ويكون عندما يحول المدين دينه الى شخص آخر فيصبح هناك مدين جديد في مواجهة الدائن.

كما ينتقل الالتزام بالوفاء عن طريق الميراث. (1)

4- الالتزام واجب قانوني - أي يعترف به القانون و يقره، فإن امتنع المدين عن أدائه ترتبت مسؤوليته و جاز للدائن أن يجبره على التنفيذ و منه فإن الالتزام يقوم على عنصرين عنصر المديونية و هو ما التزم المدين القيام به و عنصر المسؤولية و هي إمكانية إجباره على التنفيذ ومن هنا يتميز الالتزام كواجب قانوني عن غيره من الواجبات الأخرى لافتقاده الأخيرة لعنصر المسؤولية

1/ في حوالة الحق يمكن للدائن ان يحول حقه الى شخص اخر دون حاجة الى موافقة المدين باعتباره الطرف القوي في العلاقة من جهة و من جهة اخرى فإن تحويل الحق لا يضر بالمدين في كل حال من الأحوال إذ انه ملزم بأداء ذات الواجب دون زيادة أو نقصان سواء لهذا أو لذلك، أما في حوالة الدين فإن المدين لا يستطيع تحويل دينه لشخص آخر إلا بموافقة سابقة و صريحة للدائن كما تنطوي عليه نقل الدين من خطر على الدائن ، إذ يمكن للمدين سيئ النية أن يحول دينه الى مدين آخر أكثر إفسار منه و بالنتيجة لا يستطيع الدائن عند حول أجل تنفيذ الالتزام من إستفاء حقه..

5- الالتزام واجب قانوني خاص اد يعتبر الالتزام واجب قانوني خاص فهو يختلف عن الواجب القانوني العام الا وهو واجب الخدمة العسكرية و من ثم قيل الالتزام هو واجب قانوني خاص إذ أن واجب الخدمة

العسكرية و إن كان واجب قانوني فإنه يتميز عن الالتزام بافتقاره لأهم خاصية يتميز بها الالتزام و المتمثل في كونه أداء مالي.

أنواع الالتزام (1)

إن ما يمكن الإشارة إليه بدءاً أن الالتزام و على غرار الحق هو نوع واحد لا يتعدد و لا يتنوع، غير أن الفقه جعل له تقسيمات و أنواع و ذلك يعود إلى انقسام نظرة الفقه إليه، إذ نظر إليه البعض من حيث القوة الإلزامية فقسم إلى التزام مدني و التزام طبيعي و نظر إليه البعض من حيث محله فقسم إلى التزام بعمل و التزام بامتناع عن عمل و منهم من نظر إليه من حيث الغاية التي يتوخاها الدائن من مدينه فقسم الالتزام إلى التزام بتحقيق نتيجة و التزام ببذل عناية و نظر إليه البعض الآخر من حيث مصدره فقسمه إلى التزامات إرادية و التزامات غير إرادية كما يلي:

1- الالتزام المدني و الالتزام الطبيعي :

إن معيار تقسيم الالتزام إلى مدني و طبيعي يجد أساسه في القوة الإلزامية للالتزام ، فالالتزام المدني هو الالتزام الذي يقوم على عنصرين عنصر المديونية و عنصر المسؤولية أما الالتزام الطبيعي فهو الالتزام المدني و الأخلاقي و هو في نشأته التزام مدني لكن عنصر مرور الوقت أفقده أهم ركن يقوم عليه الالتزام و الأمر يتعلق بعنصر المسؤولية فعدم تنفيذ الالتزام بمرور فترة زمنية معينة يؤدي إلى تقادم دعوى حماية الحق و بالنتيجة لا يمكن للدائن جبر مدينه على تنفيذ الالتزام ، و مع ذلك إن نفذه المدين و أوفى بما في ذمته أعتبر و فاءه صحيحاً و لا يستطيع المطالبة باسترداد ما أداه أو قيمته و هو ما

1-توسعا في انواع وتقسيمات الالتزام انظر كل من:

-محمد الصبري سعدي: المرجع السابق،ص.21الى26.

-عدنان ابراهيم سرحان ونوري محمد خاطر: شرح القانون المدني ،مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،الاردن،طبعة2009،ص.23/20.

-جميل الشرقاوي:المرجع السابق،ص.31 وما بعدها.

نصت عليه صراحة المادة 162 من القانون المدني الجزائري التي ورد فيها " لا يسترد المدين ما أداه باختياره بقصد تنفيذ التزام طبيعي " و من امثلة ذلك ما ورد النص عليه في انقضاء الالتزام و لكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي".....

-2الالتزام بعمل و الالتزام بامتناع عن عمل:

يجد هذا التقسيم للالتزام أساسه في نوع الأداء الذي يلتزم به المدين قبل دائه فقد يكون عمل أو امتناع عن عمل.

و الالتزام بعمل يشترط تدخل إيجابي من المدين قد يكون مادي و قد يكون قانوني.

ومثال الالتزام بعمل مادي التزام النجار بصنع طاولة فهذا النوع من الالتزام يستلزم تدخل النجار تدخلًا إيجابيًا ماديًا من أجل تحقيق ما التزم به و هو صنع و تجسيد طاولة على أرض الواقع حتى تبره ذمته.

و مثال الالتزام بعمل قانوني ، التزام المحامي بالدفاع عن شخص ما في قضية معينة أو التزامه قبل زبونه بتسجيل استئناف في حكم معين فالمحامي هنا و إن كان تدخله إيجابي غير انه ليس مادي ينطوي على تجسيد شيء معين على أرض الواقع فعمل المحامي اذن يقتصر على اتخاذ مجموعة من الاجراءات القانونية المتطلبة حتى تبره ذمته في مواجهة زبونه.

أما الالتزام بامتناع عن عمل فهو فعل سلبي يلتزم به المدين اي انه ملزم بعدم القيام بأي عمل سواء مادي أو قانوني في مواجهة الدائن و إلا ترتبت مسؤوليته.

و مثال الالتزام بامتناع عن عمل مادي التزام الجار بعدم إحداث أو فتح نافذة تطل مباشرة على منزل جاره و مثال الالتزام بامتناع عن عمل قانوني التزام البائع بعدم ترتيب أي حق على الشيء المبيع .

و من ثمة فإن أخل المدين بالتزامه بالامتناع عن عمل سواء اكان مادي او قانوني جاز للدائن أن يطالبه بإزالة ما وقع مخالفا للالتزام و له أن يزيل ما قام به المدين، وهو ما عبرت عنه صراحة المادة 173 من القانون المدني الجزائري التي و رد فيها " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل و اخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب بإزالة ما وقع مخالفا للالتزام و يمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين."

هذا مع ملاحظة أن الالتزام من حيث المحل بالإضافة إلى تقسيمه إلى التزام بعمل و التزم بامتناع عن عمل قد قسم إضافة إلى الصورتين السابق ذكرهما إلى التزم بإعطاء و هي الصورة التي أوردها المشرع الجزائري في نص المادة 165 من قانون المدني الجزائري.

و الالتزام بإعطاء إذن هو التزم بإنشاء حق عيني أو بنقله و إن كانت هاته الصورة في حقيقة الأمر في رأينا لا تخرج عن نطاق الصورة الأولى إلا وهي الالتزام بعمل فنقل الملكية أو ترتيب حق ارتفاق هو عمل ايجابي قد يكون قانوني أساسا و قد يكون مادي و من تم لا داعي لتقسيم الالتزام من حيث المحل إلى التزم بعمل و امتناع عن عمل و التزم بإعطاء ذلك ان الصورة الاخيرة مستغرقة بصورة الالتزام بعمل او الامتناع عن عمل.

- 3 الالتزام ببذل عناية و الالتزام بتحقيق نتيجة :

وجد هذا التقسيم أساسه انطلاقا من الغاية أو الهدف الذي يتوخاه الدائن من خلال التزم مدينه في مواجهته و من ثم فإذا كان مضمون الاداء الذي يلتزم به المدين هو الغاية التي يتوخاها منه الدائن كنا بصدد التزم بتحقيق نتيجة مثال ذلك التزم البائع بنقل الملكية فهنا مضمون التزم المدين هو ذاته مضمون النتيجة التي يتوخاه الدائن و هي انتقال الملكية إليه اما في الالتزام ببذل عناية فإن مضمون التزم المدين ليس هو الغاية التي يهدف إليها الدائن فمضمون التزم المدين هنا ما هو إلا وسيلة لتحقيق ما يتوخاه الدائن و مضمون ما يهدف إليه كما هو الحال في التزم المحامي بالدفاع عن زبونه فمضمون التزم المحامي هنا هو اتخاذ كافة الإجراءات القانونية اللازم إتباعها و اتخاذها دون تقصير و ليس كسب القضية.

هذه الإجراءات المتخذة من طرف المحامي إذن هي الوسيلة التي يمكن من خلالها للزبون أن يكسب القضية و هي الهدف الذي يتوخاه الدائن في النهاية و من تم فإن المحامي لا يسأل عن كسب أو عدم كسب القضية و إنما يسأل هل اتخذ الإجراءات المناسبة و الملائمة التي من شأنها كسب القضية ،وعليه فإن ذمته تبرء في مواجهة زبونه إن اتخذ هذه الإجراءات دون أن يسأل على النتيجة و هي كسب القضية

إن التزم المدين هنا هو اتخاذ الحيطة اللازمة و العناية اللازمة التي من شأنها أن تحقق النتيجة التي يهدف إليها الدائن و الأمر كذلك فيما يتعلق بالتزم الطبيب اذ ان مضمون إدائه هو بدل العناية اللازمة في معالجة المريض باتخاذ ما تتطلبه مهنته أمام حالة معينة و لكن لا يسأل في أي حال من الأحوال على شفاء المريض الذي يعد الغاية التي يهدف إليها الطرف الأخر.

- 4 الالتزامات الإرادية و الالتزامات غير الإرادية :

أن تقسيم الالتزام إلى التزامات إرادية و التزامات غير إرادية يجد أساسه في الواقعة المنشئة له .
فالالتزامات الإرادية ادن أساس نشأتها يعود إلى إرادة الأطراف ذاتها فإرادة الشخص الحرة هي من أحدثت و أنشأت الإلتزام كما هو الحال في العقد و الإرادة المنفردة .
اذن في هذا النوع من الالتزامات فان إرادة المدين اتجهت عن وعي و ادراك إلى إحداث الإلتزام.
أما الإلتزامات غير الإرادية فهي تلك الإلتزامات التي تترتب في ذمة المدين دون أن تتجه إرادته إلى احداثها و بالنتيجة الإلتزام بها و إنما يعود منشأها إلى أسباب و وقائع أخرى غير الارادة من مثل القانون و العمل غير المشروع و الإثراء بلا سبب
مصادر الإلتزام في التشريع الجزائري .

إن مصدر الإلتزام هو السبب المولد له فلا التزام ادن، دون سبب يؤدي إلى نشوئه.
هذا و مصادر الإلتزام عديدة و متفرقة و إن كان القانون في حقيقة الأمر مصدر جميع الإلتزامات فلا وجود لأي حق أو لأي التزام في غياب قانون يقرره و يعترف به.
و يمكن رد تصنيف مصادر الإلتزام الا صنفين رئيسيين التصنيف التقليدي لمصادر الإلتزام (التصنيف الخماسي) و التصنيف الحديث.

- 1 التصنيف التقليدي لمصادر الإلتزام (التصنيف الخماسي):

ظهر هذا التصنيف لمصادر الإلتزام في القرن التاسع عشر في فرنسا و ترجع جذوره إلى القانون الروماني و اعتمده القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 و لا يزال هذا التصنيف سائدا و نافدا إلى يومنا هذا⁽¹⁾.
إن التصنيف التقليدي لمصادر الإلتزام يقوم على تقسيم مصادر الإلتزام إلى خمسة أنواع و هي العقد و شبه العقد و الجريمة و شبه الجريمة و القانون.
و العقد هو توافق ارادتين على انشاء التزام كالبيع اما شبه العقد فيقصد به عمل مشروع يقوم به شخص بإرادته فيؤدي إلى منفعة لمصلحة شخص اخر دون ان يكون هذا الأخير ملزما في مواجهة الأول

بموجب عقد أو اتفاق مسبق كما هو الحال في عمل الفضولي أما الجريمة فيقصد بها ارتكاب فعل غير مشروع ينتج عنه ضرر للغير عن قصد أي وعي و إدراك من مرتكب الفعل.

و هذا خلافا لشبه الجريمة التي تعتبر بدورها فعل غير مشروع ينتج عنه ضرر للغير لكن دون قصد أي أن نية صاحب الفعل لم توجه إلى إحداثه بل وقع عن غير قصد محدثه.

أما الالتزامات التي يكون مصدرها القانون فهي تلك التي تنشأ من وقائع أخرى يرتب عنها القانون بنص خاص التزامات معينة كالالتزام الزوج بالنفقة على زوجته و أولاده القصر .

وهو التطبيق الذي اعتمده المشرع الجزائري و إن لم يخصه بنص واحد و لكنه اوردته في الكتاب الثاني أين تناول في الفصل الأول من الباب الأول القانون و في الفصل الثاني العقد و تناول في الفصل الثاني مكرر الإرادة المنفردة ليتناول في الفصل الثالث العمل المستحق للتعويض و في الفصل الرابع شبه العقود إذ اورد الاثراء بلا سبب في القسم الأول و خص الدفع غير المستحق و الفضالة بالقسم الثاني و الثالث من ذات الفصل.

لنخلص إلى القول أن المشرع الجزائري و من خلال هذا التبويب جعل مصادر الإلتزام هي القانون , العقد, الإرادة المنفردة، العمل المستحق للتعويض, و شبه العقود.

نقد التصنيف الوارد في التشريع الجزائري:

إن ما يمكن ملاحظته على تقسيم المشرع الجزائري لمصادر الإلتزام و ردها إلى القانون و العقد و الإرادة المنفردة و العمل المستحق لتعويض و شبه العقود أنه خصها بأربعة فصول و أنه أحسن ما فعل عندما خص الإرادة المنفردة بفصل مستقل عن العقد.

أما عن تخصيصه للفصل الرابع تحت عنوان شبه العقود فإن ما يمكن ان يؤخذ على المشرع الجزائري أن هذا الاصطلاح " شبه العقود" هو تعبير خاطئ ذلك أن هذا الاصطلاح يفيد أن المصدر هو قريب و شبيه بالعقد و الحقيقة أنه لا يمت بصلة الى العقد باعتباره توافق ارادتين أو أكثر و اتجاهها إلى إحداث أثر قانوني يستوى أن يكون إنشاء حق نقله أو تعديله أو انهائه كما أن شبه العقد كمصدر

1- عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر: المرجع السابق،ص22.

للاللتزام من جهة أخرى هو عمل غير مشروع على خلاف العقد الذي هو تصرف قانوني مشروع الأمر الذي يجعل من تقسيم الالتزام تحت اصطلاح شبه العقد تقليد أعمى و غير مستساغ من طرف المشرع الجزائري للمشرع الفرنسي.

و من جهة أخرى يلاحظ أن المشرع الجزائري قد ادرج تحت هذا المصدر ثلاثة أصناف أو صور لشبه العقد و الأمر يتعلق بالإثراء بلا سبب و الذي خصه بالقسم الأول من الفصل الرابع و الدفع غير المستحق في القسم الثاني من الفصل الرابع و اخيرا الفضالة التي خصها بالقسم الثالث من الفصل الرابع مع العلم أن الصورة الثانية و الثالثة اي الدفع غير المستحق و الفضالة ما هما إلى صورتان للإثراء بلا سبب الامر الذي يجعل من هذا التقسيم خلط بين المبدأ و تطبيقاته⁽¹⁾ فالدفع غير المستحق يؤدي إلى اغتناء ذمة مالية لشخص ما على حساب ذمة مالية لشخص آخر دون و جه حق مما يجعل المسألة إثراء لذمة على حساب ذمة مالية اخرى دون سبب , و الفضالة بدورها تؤدي إلى اغتناء ذمة مالية لشخص على حساب ذمة مالية لشخص اخر دون مبرر الأمر الذي يجعل منها إثراء بدون سبب لذمة مالية على حساب ذمة مالية أخرى الامر الذي يجعل من الإثراء بلا سبب هو المصدر الأساس للالتزام و ما الدفع غير المستحق و الفضالة إلا صورتان له الأمر الذي يستلزم على مشرعنا تدارك هذا الخطأ.

1- محمد صيري السعدي: مرجع سابق، ص 33 و 34.

انطلاقاً من الانتقادات التي وجهت للتصنيف التقليدي لمصادر الالتزام اجتهد الفقه الحديث في

وضع تصنيف ثنائي يرجع مصادر الالتزام إلى مصدرين أساسيين (1).

أولهما : يقوم على الإرادة كأساس مولد ومنشئ للالتزام باعتبار الإرادة و حدها هي التي ترتضي قيام الالتزام و لا يبقى على القانون سوى تبني و تنظيم ما ارتضته إرادة الأطراف⁽²⁾ و يطلق على هذا النوع من المصادر التصرف القانوني و الذي يراد به اتجاه و انصراف إرادة الفرد الى احداث أثر قانوني و يشمل هذا المصدر التصرف القانوني من جانب واحد أو ما يطلق عليه بالإرادة المنفردة , كما يشمل التصرف القانوني الصادر من جانبين او إرادتين و هو ما يسمى بالعقد.

ثانيهما: يقوم على حدوث واقعة معينة يترتب عليها القانون التزام معين من غير أن تكون للإرادة أدنى أثر في قصد إحداث الالتزام⁽³⁾ كأن يلقي شخص بحجر فيصيب به شخص فيسبب له ضرر دون ان تتجه ارادة ملقي الحجر الى احداث الضرر أو اصابة الشخص الاخر أو كمن يدفع مبلغ من النقود لشخص اخر معتقدا أن أباه كان مدين له بقيمة ما دفعه ثم يتضح أن أباه قد سدد الدين حال حياته و يطلق على هذا المصدر بهذا الوصف الواقعة القانونية و الذي يتضمن العمل غير المشروع و الإثراء بلا سبب و القانون.

مما سبق ووفقاً للمعيار الحديث في تصنيف مصادر الإلتزام يمكن القول أن مصادر الإلتزام نوعان , مصادر إرادية و هي العقد و الإرادة المنفردة و يطلق عليها بالتصرفات القانونية , و مصادر غير ارادية و هي القانون و العمل غير المشروع و الإثراء بلا سبب و يطلق عليها الواقعة القانونية.

1-توفيق حسن خرج : النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة بيروت، 1992، ص 48 .

2-عبد الرزاق أحمد السنهوري: التصنيف القانوني، الواقعة القانونية ، محاضرات ألقبت على الطلبة الدكتوراه في جامعة القاهرة سنة 1953-1954، ص 04.

3-عدنان ابراهيم السرحان و نوري حمد خاطر: مرجع سابق ، ص23.

و من جانبنا نرى أن التطبيق الحديث للالتزام هو التطبيق الأرجح و الاصح و من ثم كان على المشرع الجزائري تبني هذا التطبيق حتى يتفادى كل الانتقادات.

وهو التقسيم الذي سنشرع في تفصيله من خلال فصلين نتعرض في الاول الى العقد وفي التانى للإرادة المنفردة.

الفصل الأول: العقد

يعتبر العقد أول و أهم مصدر اداري لمصادر الالتزام إذ يشكل الجزء الأكبر من القواعد العامة للالتزام الأمر الذي يستدعي الوقوف على تكوين و قيام العقد في فصل أول ثم نتطرق إلى آثاره و انحلاله في مبحث ثاني كل ذلك بعد الوقوف على تعريفه و فكرة تطوره في مبحث أول.

المبحث الاول : تعريف العقد و فكرة تطوره

ان الحديث عن تعريف العقد يستلزم تبيان المقصود منه، تحديد مجال و نطاقه في مطلب أول ثم توضيح أساس القوة الإلزامية له في مطلب ثاني ثم نعرض أنواعه و تقسيماته في مطلب ثالث و اخير.

المطلب الأول : تعريف العقد ومجاله

- **1تعريفه :** مبدئياً يمكن القول بأن العقد هو توافق ارادتين أو أكثر و اتجاهاها الى إحداث أثر قانوني يستوي أن يكون إنشاء حق او نقله أو تعديله أو انهائه . (1)
من خلال التعريف السابق للعقد يتضح جلياً أنه و حتى نكون أمام عقد لا بد من توافر عدة مسائل في غاية الأهمية.

أولهما : وجوب توافر ارادتان على الأقل , ومن ثم فإن كنا أمام التزام ثاني بإرادة واحدة فإننا لا نكون أمام عقد, و لكن أمام المصدر الثاني لمصدر الالتزام الارادية ألا و هو الإرادة المنفردة.
ثانيهما : أن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني و بالنتيجة إنشاء علاقة قانونية ملزمة و من ثمة لا عبرة بالإرادة في دائرة المجاملات كما هو الحال في اتفاق شخصي على الذهاب في رحلة معينة .

1- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط-مصادر الالتزام -المجلد الاول -العقد، الطبعة الثالثة، سنة، 1981، ص137.

ثالثهما: أن تكون هذه الارادات جادة و مدركة فلا عبرة ادن بالإرادة الهازلة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني كالإنفاق على حضور وليمة عرس و لا عبرة بالإرادة غير مدركة و أساس الإدراك التمييز و عليه ألا تكون أمام عقد صادر عن إرادة فاقدة للتمييز .

هذا و قد عرف المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون المدني الجزائري العقد بأنه (اتفاق يلتزم بموجبه شخص او عدة أشخاص اخرين بمنح او فعل أو عدم فعل شيء ما) .و يعتبر هذا التعريف الوارد في نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري نقل حرفي لما ورد عن المشرع الفرنسي في المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي التي ورد فيها ان العقد: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص او أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل او الامتناع عن عمل"⁽¹⁾ و هو التفريق الذي يكرس في حقيقة الأمر التميز بين العقد و الاتفاق مع العلم انه وكما ذهب اليه بعض الفقه الذي جعل من العقد جزء من الاتفاق يقتصر على انشاء حق كنقل الملكية في حتى جعلوا من الاتفاق توافق ارادتين او اكثر من اجل انشاء حق او نقله او تعديله او انهاءه و هي التفرقة التي هجرها الفقه الحديث الذي لم يعد يرى فارق بين العقد و الاتفاق ذلك ان القول بان العقد هو انشاء حق في حين ان الاتفاق هو انشاء حق او نقله او تعديله او انهاءه ليس له اساس قانوني و انما التفرقة بينهما جاءت على اساس المنحة لا اكثر ولا اقل .وعليه لمادا خص الاتفاق بكافة الاثار القانونية التي يمكن ان تنشأ عن توافق الارادات من حين نقصر العقد على اثر واحد ألا و هو انشاء حق.

ان النقل الحرفي للمادة 1101 من القانون المدني الفرنسي و التي تقابلها المادة 545 في القانون المدني الجزائري هو ما أوقع المشرع في هذا الخطأ المتعلق بالتفريق بين العقد و الاتفاق و كان على المشرع الجزائري أن يتفادى بكل بساطة عناء هذا الانتقاد بان لا يضمن القانون المدني الجزائري

1-article1101c.c.f « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner à faire ou ne pas faire quelques choses »

اصلا تعريفا للعقد على اعتبار التعريفات من عمل الفقه الامر الذي يستلزم حذف نص المادة 545 ق.م.ج أصلا.

-2 مجال العقد :

ان الحديث عن مجال العقد او ما يعرف بنطاقه يقتصر على البحث فيما اذا كان العقد يقتصر
اولا على دائرة الروابط و العلاقات المالية دون المالية ام انه يمتد ليشمل الروابط غير المالية من جهة و
هل العقد يكون في دائرة القانون الخاص دون القانون العام.

فيما يتعلق هذه المسألة وكما هو الحال في مسألة التميز بين العقد والاتفاق و بالرغم من اندثار هذه
التفرقة في الفقه الحديث غير انه يلاحظ ان الفقه جاءت اراءه متباينة في ما يتعلق نطاق و مجال العقد.

فذهب رأي الى القول⁽¹⁾ ان مجال العقد ونطاقه يقتصر على دائرة الروابط و العلاقات المالية اي
الحقوق او الالتزامات المالية و لا يمتد ليشمل الحقوق او الالتزامات غير المالية و ثم في رأي هذا الاتجاه
ان الزواج لا يعتبر عقد و ان توافق للإرادات في دائرة الحقوق غير المالية لا تعتبر عقود.

هذا و اذا كان نطاق و مجال العقد يقتصر على دائرة الحقوق المالية فانه و من جهة اخرى فانه
لا يمتد و لا يشمل دائرة القانون العام فمجال العقد اذن يقتصر على دائرة القانون الخاص و من ثم فإن
الاتفاقيات و المعاهدات الدولية كروابط و علاقات قانونية فيما بين الدول و كذا الاتفاقيات التي تبرمها
الدولة و هيئاتها بوصفها أشخاص تتمتع بخاصية السيادة لا تعتبر عقود و الامر ذاته فيما يتعلق بعلاقات
الدولة و هيئاتها مع الافراد.

من جهة ثالثة ذهب رأي اخر من الفقه وهو الاتجاه الراجح و الذي نؤيده من جهتنا انه اذا كانت
الحقوق المالية وعلاقات اشخاص القانون الخاص هي الارض الخصبة للعقد فان الحقوق غير المالية
والعلاقات الناشئة عنها كما هو الحال في الزواج تعتبر عقود ما في الامر سوى انها عقود من طبيعة
خاصة تقوم اساسا على اعتبارات خاصة غير مالية و ان كان الزواج من جهة اخرى رابطة تنظم الحقوق

1/ من انصار هذا الاتجاه انظر كل من :-عدنان ابراهيم السرحان ونوري خاطر: المرجع السابق ،ص 31.

-محمد حسنين: المرجع السابق ،ص 13.

والالتزامات المالية بين الزوجين و عليه فان الزواج عقد لكنه من طبيعة خاصة و الامر ذاته في ما
يتعلق دائرة الروابط و العلاقات في اطار القانون العام فالاتفاقيات الدولية و المعاهدات و علاقات هيئات
الدول في بينها او علاقات الدولة و هيئاتها مع الافراد فهي عقود لكن من طبيعة خاصة فالعقود الادارية
تعتبر عقود لا يمكن نفي هذه الصفة عنها ما في الامر ان تختلف في بعض احكامها عن عقود القانون
الخاص غير انها تشترك معها في الكثير من الاحكام سيء ما يتعلق بالقواعد العامة⁽¹⁾

لنخلص الى القول ان مجال العقد الخصب فعلا هو دائرة القانون الخاص و الحقوق المالية غير ان ذلك لا ينفى عن الروابط و العلاقات غير المالية او تلك التي تكون في اطار القانون العام صفة العقد ما في الامر انها سوى انها عقود من طبيعة خاصة و تختلف عن تلك في اطار القانون العام و دائرة الحقوق المالية في بعض من الاحكام الخاصة بالنظر الى الطبيعة الخاصة و المختلفة للحقوق غير المالية و القانون العام.

المطلب الثاني: تطور فكرة العقد :

ان تطور العقد مرتبط بتطور مبدأ سلطان الارادة أو كفاية الارادة على اعتبار ان العقد هو توافق ارادتين أو اكثر و اتجاها الى إحداث اثر قانوني فأساس العقد ادن هو ارادة الاطراف كمبدأ عام ثم يتدخل القانون لتحقيق الهدف الذي قصدته تلك الارادة⁽²⁾.

و يقصد بمبدأ سلطان الارادة مبدأ الرضائية والذي يراد به ان الارادة و حدها كافية لإنشاء الالتزامات الحقوق و هي كافية في ذاتها دون حاجة الى شيء اخر لانعقاد العقد و أنها هي و حدها من تحدد مدى الالتزامات التي

1- من انصار هذا الاتجاه انظر كل من:

-محمد صبري السعدي: مرجع سابق،ص.43-44.

-عبد المنعم فرح الصدة: مصادر الالتزام ،القاهرة ،سنة 1960،ص.55.

2-انور سلطان: المرجع السابق،ص.44.

يرتبط العقد⁽¹⁾ و بمعنى اصح و ادق ان الارادة سلطان لإنشاء العقد و حده في تحديد آثار العقد كلما عبر عن ذلك المشرع الفرنسي في المادة 1134 من القانون المدني حيث نص على ان " الاتفاقات التي تبرم على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لمبرميها " .

هذا ويرتبط ظهور مبدأ سلطان الارادة بظهور المذهب الفردي الذي نادى بالحرية الفردية و اعتبارها حقا طبيعيا و مقدسا فالإنسان بفطرته يختار ما يشاء و ما المجتمع و القانون الا وسيلة و جدت لحمايته، وهو الاتجاه الذي تبنته الكنيسة و تطور في عهدها بشكل لم تعرفه الشرائع القديمة من مثل

القانون الروماني الذي كان يرى في الشكلية اساس قدرة العقد على انشاء الالتزام كمبدأ والاستثناء هو الرضائية (2).

و قد ازدهر مبدأ سلطان الارادة " مبدأ الرضائية" في القرنين الثامن عشر و التاسع عشر مع انتشار المذهب الفردي الذي كانت له بصمة قوية على الفلسفة القانونية و الاقتصادية والاجتماعية⁽³⁾ فسادت فكرة القانون الطبيعي في مجال الفلسفة القانونية و ظهرت فكرة العقد الاجتماعي في مجال الفلسفة الاجتماعية و انتصرت فكرة الحرية الاقتصادية في مجال الفلسفة الاقتصادية.

ان مبدأ سلطان الارادة أو كما يعرف بمبدأ الرضائية كفكرة شأنه شأن كل الأفكار والإيديولوجيات ظهر و تطور وصل دوره المجد غير انه ما لبث و ان تراجع و انكمش الى حد ما بظهور مذاهب و افكار اخرى مناهضة للمذهب الفردي و كان ذلك في بداية القرن العشرين اين واجه ظهور النظام الاشتراكي الذي يقوم على تمجيد الجامعة بدل الفرد و على الملكية العامة بدل الفردية و على نظام التخطيط و تدخل الدولة في المجال الاقتصادي بدل سيادة قانون العرض و الطلب ليبدأ عصر انكماش الدولة الحارسة.

وظهور الدولة المتدخلة التاجر في المجال الاقتصادي أو ما يعرف بالدولة المفاوض .

إن المتعارف عليه أن الدولة عندما تتدخل كتاجر في النشاط الاقتصادي فإنها لا تتدخل كما يتدخل

1-محمد صبري السعدي: مرجع سابق، ص 44.

2و3-عدنان ابراهيم السرحان و نوري محمد خاطر: المرجع السابق، ص34-33.

الأفراد و لا تنتهج منهج و سلوكيات الأفراد فالمعروف على الدولة في النشاط الاقتصادي كما حال الدولة الاشتراكية و الى حقبة زمنية غير بعيدة أن تعتمد ما يعرف بنظام المخططات و أن استراتيجياتها في المجال الاقتصادي يمتد عبر سنوات الأمر الذي يستدعي زمن من أجل وضع برامجها و مخططاتها موضع التطبيق الفعلي في الميدان الاقتصادي الامر الذي يستدعي الاستعانة بترسانة من القوانين و التنظيمات و اللوائح و على العموم اعتماد قواعد قانونية أمره لا يجوز مخالفتها و يقع باطل كل اتفاق على مخالفتها الأمر الذي حد من ارادة الأطراف كأساس أو منطلق لفكرة العقد ليعود مبدأ الشكلية الذي كان سائد في الشرائع القديمة بمختلف قيوده للحد من مبدأ الحرية المطلقة في التعاقد ليتقلص مبدأ سلطان الإرادة بعد أن بلغ أوجه في ظل النظام الليبرالي في مرحله الأولى .

إن هذا التراجع و إن كان واضحاً جلياً بصفة خاصة في الدول الاشتراكية فإن الدول الليبرالية بدورها لم تكن بمنأى عن ذلك سيما بعدما الأزمة الاقتصادية النقدية التي عصفت بالنظام الاقتصادي للولايات المتحدة الأمريكية 1927م وأثارها الوخيمة في مختلف دول العالم.

فانعدام و غياب النقود من السوق أدى إلى الإفلاس معظم التجار الخواص و لإنقاذ الوضع استلزم الأمر تدخل الدولة لضخ أموالها في السوق الاقتصادية و مديد العون للتجار و الشركات التجارية الكبيرة بالأموال و هو ما حصل لكن الثمن كان غالياً و على حساب مبدأ سلطان الإرادة ذلك - كما سبق الإشارة إليه- ان تدخل الدولة في المجال الاقتصادي مختلف عن كفاءات و اساليب الأطر المتعارف عليها لدى الأفراد فالدولة كجهاز و إن كانت ليبرالية فهي تاجر يخطط ويضع استراتيجيات متوسطة و بعيدة المدى الحركية ضمنها تستلزم الإعتماد على ترسانة قانونية في جملها تبنى و تتشكل من قواعد قانونية أمره لا يجوز مخالفتها لتصبح المسألة و بالنتيجة العقود منظمة تنظيمياً محكماً لمنع الخروج عن أطرها مما سجل تراجع لمبدأ سلطان الإرادة كأساس القوة الملزمة للعقد فاسح المجال أمام مبدأ الشكلية ولو بصفة أقل هذه عن تلك التي يمر فيها التشريعات القديمة سيما القانون الرماني وإن ظل وإلى يومنا هذا مبدأ الرضائية هو الأصل والشكلية هي الاستثناء

هذا، وإن مبدأ سلطان الإرادة تترتب عنه أربعة نتائج أساسية تتمثل في⁽¹⁾:

1- إن الالتزامات الإرادية هي الأصل : أي أن الفرد لا يلزم إلا بما قصده هو وما أرادته هو فلا الالتزام في دمة الفرد رغما عن إرادته وإن كان لا بد من فرض بعض الالتزامات عليه فلا بد أن يكون ذلك في أضيق الحدود فالفرد أولى وأعلم بإدارة مصالح وأن العدالة لا تتحقق إلا في ضل التزامات إرادية.

2- الحرية في التعاقد : أي أن الفرد له حرية مطلقة في أن يدخل في علاقات تعاقدية أم لا ولا يمكن جبره في أي حال من الأحوال أو تحت أي ظرف من الظروف على الدخول في روابط تعاقدية و الحرية في التعاقد تعني من جهة ثانية ان إرادة الفرد وحدها كافية للإنتشاء ما تراه من تصرفات لا يحدها في ذلك حد سوى اعتبارات النظام و الآداب العامة و أن إرادة الفرد في إبرام العقود لا تحتاج إلى شكل معين تصب فيه.

3- العقد شريعة المتعاقدين : يراد به إن العقد يلزم أطرافه كالقاعدة القانونية سواء بسواء ومن تم لا يجوز لأي طرف أن يستقيل بإرادته منفردة من أجل تعديل أو إنهاء العقد وإن كان هذا المبدأ بغرض الأطراف فإن حتى منطقيا لا يجوز لأي طرف خارج عن العقد ولو كان القاضي يقوم بذلك.

4- الحرية في تحديد آثار العقد : ويقصد به أن لأطراف العقد الحرية المطلقة في تحديد الآثار القانونية لهاته الرابطة التعاقدية التي تجمعهما فالفرد يتعاقد وفقا لما يريد هو وبشروط التي يراها مناسبة.

1- انظر توسعا في الاسس التي يقزم عليها مبدء سلطان الارادة والقيود التي وردت عليه كل من:

- محمد صبري السعدي: مرجع سابق، ص 47.

- عبد المنعم فرج الصدة: مرجع سابق، ص 37 وما بعدها.

-توفيق فرج الصدة: مرجع سابق، ص 37 وما بعدها.

وبارتباطها و إن كانت أغلب التشريعات قد نظمت طائفة من العقود فإن للفرد الحق بين التنظيم أو الخروج عنه

القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة:

كما رأينا ان مبدأ سلطان الإرادة في أوجه ترتب عنه أربعة نتائج أساسية تتمثل في كون الالتزامات الإدارية هي الأصل في الحرية في التعاقد / الحرية في تحديد آثار العقد وأن العقد شريعة المتعاقدين غير أن تراجع المبدأ في ضل الفكر الاشتراكي والالتزامات الاقتصادية وتدخل الدول في المجال الاقتصادي جعل من المبدأ يعرف تراجعاً الامر الذي أدى إلى ظهور قيود على النتائج المترتبة عنه تتمثل في:

1- اتساع نطاق الالتزامات غير الإرادية على حساب الالتزامات الإرادية اد اصبح القانون والفعل غير المشروع والاثراء بالا سبب في صورتيه الدفع غير المستحق والفضالة اكثر المصادر المولدة للالتزام دون اتجاه ارادة الفرد الى تحمل هذه الالتزامات المفروضة بموجب هذه المصادر .

2 - فيما يتعلق الحرية في التعاقد ظهرت العقود الجبرية التي اصبح الفرد يجد نفسه مرغم على ابرامها مثل عقود التامين .

3- لم تعد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على اطلاقها فاعتبارات النظام العام و الآداب العامة سمحت للقاضي في كثير من الاحيان خاصة عند حدوث قوة قاهرة او ظرف طارئ يجعل من التزامات احد الطرفين مرهقة بالتدخل من اجل تعديل هذه الالتزامات زردها الى الحد المعقول او انهاها اصلا .

4- فيما يتعلق الحرية في تحديد اثار العقد ظهرت العقود المسماة المنضمة بموجب قواعد امرة من مثل عقد الايجار وعقد العمل اد ان المشرع قد تدخل ونظم هذه العقود من كافة جوانبها الى الحد التي اصبحت فيه وكأنها عقود نموذجية لا مجال لا رادة الاطراف على تنظيمها .

اركان العقد:

التراضي

يعتبر التراضي ركن أساسي وجوهري لقيام أي عقد وترتيب اثاره ، ذلك لا نه يتعلق بإرادة الأطراف ، فالعقد إذن مرتبط أساسا بهذا الركن وجودا وعدما فإن تخلق كان العقد باطلا بطلان مطلق .

ولا يكفي وجود التراضي أي الإرادة فحسب حتى يكون العقد صحيحا بل وجب أن يأتي سليما خاليا من أي عيب قد يشوه إرادته أطرافه فيفسدها وبالنتيجة يجعل من العقد برمته مهدد بالزوال ان تمسك من جاءت ارادته معيبة .

الامر الذي يستدعي منا الوقوف على وجود التراضي في مقام أول ثم تنتازل شروط صحته كل ذلك من خلال مبحثين .

المبحث الأول: وجود الإرادة

حتى يقوم ركن التراضي وجب أساسا وجود إرادتين على الأقل إرادة موجبة عارضة لعرض ما واخرى قابلة لهذا العرض ثم وجب التعبير عن هذه الإرادة ، ذلك أن مجرد الرغبة باعتبارها شيء معنوي كامن في نفس الإنسان لا يمكن الاطلاع عليها الا إذا تم الفصح عنها بإخراجها إلى الحيز الخارجي و إعلام المتعاقد الآخر بها و هي المسألة التي سنحاول الوقوف عندها من خلال مطلبين نعرض في الأول إلى وجود الإرادة والتعبير عنها ثم الى توافق الإرادتين في مطلب ثاني.

المطلب الأول : وجود الإرادة والتعبير عنها

كما اسلفت لا يكفي لقيام ركن التراضي وجود إرادتين أو أكثر، بل لا بد من الإفصاح عن هذه الإرادة حتى ترتب أثرها القانوني، ضف الى وجوب إعلام المتعاقد الآخر بها و هي المسألة التي سوف نتناولها بالتفصيل من خلال فرعين نعرض في الاول الى وجود الارادة و في الثاني الى التعبير عنها

الفرع الأول : وجود الإرادة :

تعتبر الإرادة أساس وقوام ركن التراضي، والإرادة مفادها الرغبة المقرونة بحس الإدراك فأساس الإرادة اذن هو الادراك واساس الادراك هو التميز أساس.

فالشخص الغير مميز لصغر سنه عديم الإدراك والمجنون وفاقد الوعي لسكر أو تخدير أو من أعدمته إرادته الذاتية تحت تأثير التنويم المغناطيسي أو الإيحاء معدم الإرادة⁽¹⁾.

اذن فالإرادة التي نهتم بها لقيام العقد هي الارادة المدركة المميزة والتي اتجهت الى احداث أثر قانوني يستوى ان يكون انشاء حق ، نقله ، تعديله أو إنهائه فلا عبرة أذن بالإرادة غير الجادة الهائلة و لا بالإرادة في دائرة المجالات الاجتماعية كأن يعد شخص صديقه بأن يحضر إلى عرسه أو يأتيه بهدية في عيد ميلاده و هكذا.

¹ - محمد صبري السعيد: مرجع سابق ، ص 77.

الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة

ورد في نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على ان " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية الأخرى"

من خلال نص هذه المادة يتضح بل يتأكد ان العقد لا ينعقد إلا بتوافر التراضي الذي يعد ركن جوهري لقيام و إتمام العقد.

والتراضي إذن و مما سبق يعني تطابق ارادتين ارادة موجبة (عارضة) و أخرى قابلة للعرض فإذا تطابقت ارادة الموجب و القابل دون تغيير في محتوى العرض الموجه من حيث طبيعته أو تعديله من طرف الموجه له أي القابل قام ركن التراضي و بالنتيجة العقد متى توافرت شروطه.

على اعتبار ان الارادة هي شيء كامن في النفس لا يمكن الاطلاع عليها الا اذا تم اخراجها الى الحيز الخارجي و تجسيدها في صورة مادية وجب ادن التعبير عنها و هو ما يمكن استخلاصه من نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري ادن المشرع من خلالها و لقيام العقد لم يكتف بالقول بأن العقد يتم بمجرد تطابق ارادتين بل ورد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ادن فالإرادة التي يعبر بها لقيام العقد و التي تحدث أثرها هي الارادة التي يتم التعبير عنها أولا , ثم ينبغي ان تأتي هذه الارادة سلبية غير معينة صادرة عن شخص مدرك و أهل للتصرف تعبر عن المقصد الحقيقي و الهدف الذي يتوخاه اطراف العقد و دون تأثير على المتعاقد سواء المتعاقد الآخر أو من الغير.

الأمر الذي يستدعي لتفصيل ركن التراضي ضرورة الوقوف على ثلاثة مسائل في غاية الأهمية منها وفي مقام اول التعبير عن الإرادة و في المقام الثاني كيفية توافق إرادة المتعاقدين و في المقام الأخير شروط صحة ركن التراضي.

قلنا سابقا إن الارادة التي تحدث أثرها هي الإرادة التي يتم التعبير عنها يفهم من ذلك أن الارادة أو الرغبة في التعاقد هي الأصل لكن و على اعتبارها شيء كامن في النفس لا يمكن الاطلاع عليها فإنه وجب إخراجها و تجسيدها في صورة مادية هذه الصورة أو الشكل هو ما يعرف بالتعبير عن الإرادة.

هذا والأصل في التعبير عن الإرادة أن يكون صادر عن الشخص أصالة عن نفسه , غير انه لا يوجد ما يمنع و في حالات قد تحول و قيام الشخص بداته في ابرام التصرف ان يعهد إلى شخص آخر القيام مقامه في ابرام التصرف هنا نكون امام صورة خاصة من صور التعاقد قد تعرف بالنيابة في التعاقد والتي سوف نتعرض اليها بالتفصيل عد حديثنا على الصورة الخاصة للتعاقد.

و في طريقة التعبير عن الارادة و رد في نص المادة 60من القانون المدني الجزائري " إن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة و بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالاته و يجوز ان يكون التعبير عن الارادة ضمنيا اذا لم ينص القانون او يتحقق او يتفق الطرفان على ان يكون صريحا "

من خلال نص هذه المادة يمكن الوقوف على نقطتين أساسيتين:

أولهما: ان المشرع لم يحدد شكل خاص للتعبير عن الارادة و من ثم جاز بأن يكون بأي طريقة تؤدي معناه ووظيفته فقد يكون باللفظ و قد يكون بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا (1) أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته عن مقصود صاحبه(2). او ضمنا (3) ما لم يوجد اتفاق او نص يقضي بخلاف ذلك

ثانيا: أن الأصل في التعبير أن يكون صريحا بسلوك إحدى الطرق المشار عليها أعلاه, غير أنه يجوز و بصراحة نص المادة 60من القانون المدني الجزائري أن يكون ضمنيا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك أو يتفق الطرفان على التعبير الذي ينتج أثره بينهما هو التعبير الصريح.

اذا كانت القاعدة العامة في التعبير عن الارادة وفقا لنص المادة 60من القانون المدني الجزائري أنه يمكن أن يكون في أي شكل من الأشكال صريحا أو ضمنيا فإن الاشكال التي قد تحدث والتي أسالت اقلام الباحثين تمثل في مدى اعتبار السكوت طريقا من طرق التعبير عن الارادة و هو الامر الذي يقتدي الوقوف عند هذه المسألة و تفصيلها.

بالمتعاقد كحالة بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة عقد الايجار فهو تعبير غير مباشر عن رغبته في تجديد عقد الايجار بنفس الشروط والمدة.

1-التعبير بالإشارة عرفا متاله هز الراس بطريقة افقية دلالة على الرفض وهزه بطريقة عمودية دلالة على الموافقة.

2-التعبير باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالاته عن مقصود صاحبه متاله. وقوف صاحب سيارة اجرة في المكان المخصص انقل المسافرين فهو دلالة على عرض يتمثل في استعداده لنقل المسافرين.

3-التعبير الضمني فهو التعبير الذي لا يستشف مباشرة من موقف مباشر للمتعاقد لا لبس فيه كما هو حال اتخاذ موقف لا يدع شك في دلالاته عن مقصود صاحبه الذي يعتبر تعبير صريح وانما يستشف من وقائع وظروف غير مباشرة احاطت

السكوت كطريقة للتعبير عن الارادة :

إن ما يجب التتويه إليه أولاً فيما يتعلق مدى اعتبار السكوت شكلاً من أشكال التعبير عن الإرادة أنه لا مجال للخلط بين السكوت و التعبير الضمني⁽¹⁾ فالأخير هو عمل ايجابي تشرف منه ارادة المتعاقد و لو بطريقة غير مباشرة أما السكوت فهو عدم فلا ايجاب و لا قبول.

وثانياً ان مدى اعتبار السكوت طريق من طرق التعبير عن الإرادة لا يطرح على الاطلاق فيما يتعلق الايجاب أي فيما يتعلق بالإرادة الاولى للتعاقد أي الموجب الذي يعرض عرضاً ما على متعاقد آخر أو متعاقدين آخرين إذ لا يمكن في أي حال من الأحوال ان نتصور أو نستنتج ان شخص ما في حالة سكوت عرض عرضاً ما و لكن اشكالية السكوت تطرح فيما يتعلق بالإرادة الثانية أي تعني القابل الذي يعرض عليه عرضاً ما من طرف الموجب فيسكت فهل يعتبر سكوته عن العرض و الايجاب المقدم له قبولاً أي موافقة على العرض أم رفضاً له؟ بمعنى آخر هل يجوز ان يكون السكوت قبولاً⁽²⁾؟

القاعدة العامة: السكوت المجرد عن أي ظروف أو ملابسات.

مبدئياً يمكن القول إن السكوت عدم أي انه لا يفيد القبول ولا الرفض أي انه لا يفيد القبول والرفض طبقاً للقاعدة الفقهية في الشريعة الإسلامية "لا ينسب لساكت قول".

الاستثناء:

يعتبر السكوت عن الرد عن الإيجاب بنص القانون أو في حاله معينه من صاحبه ظروف وملابسات معينه قبوله وهو ما يعرف بحالات السكوت الملابس وهو ما عبرت عنه بصراحة المادة 68 من القانون المدني الجزائري التي ورد فيها إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على ان الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً القبول فان العقل يعتبر قد تم اذا لم يرفض

1- محمد حسنين: المرجع السابق، ص. 24.

2- انظر تفصيلاً في مسألة السكوت:

عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، دار احياء التراث العربي، بيروت-لبنان، طبعة 1952، ص. 220 وما بعدها.

الإيجاب في وقت المناسب ويعتبر السكوت في الرد قبول إذا اتصل الإيجاب يتعامل سابق بين المتعاقدين إذا كان الإيجاب لمصلحه من وجه إليه من خلال المادة 685 قانون مدني جزائري يعتبر السكوت قبولا استثناء عن القاعدة العامة في حالتين.

- اولا: حاله ما إذا نص القانون صراحة عن ذلك:

كما يستشف من الفقرة الأولى من نص المادة 685 التي اعتبرت السكوت عن الرد عن الإيجاب في وقت مناسب قبول كما هو الحال في البيع بشرط التجربة في نص المادة 355 من القانون المدني الجزائري التي ورد فيها في البيع على شرط يجوز للمشتري ان يقبل المبيع او يرفضها وعلى البائع ان يمكنه من التجربة فائدة رفض المشتري المبيع يجب عليه ان يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فان لم يكن هناك اتفاق على المدة فهي معقولة يعينها البائع فإذا هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربه المبيع اعتبر سكوته قبولا.

ثانيا: حالات السكوت الملابس :

نص المشرع الجزائري في مجال المادة 685 قانون مدني على ثلاثة حالات للسكوت الملابس وهي:

1- إذا كانت طبيعة المعاملة او العرف التجاري يقضيان بذلك او غير ذلك من الظروف وكانت هناك دلالة على ان الموجب لم يكن ينتظر من القابل إعلان قبول كحاله عدم اعتراض العميل على كشف البيانات في ما يخص حركه حسابه البنكي المرسل اليه من طرف بنك في الوقت المناسب وذلك ان البنك لا ينتظر من العميل إعلان قبوله بالإعلان رفضه في وقت مناسب ان كان يعترض على البيانات الواردة بكشف ومن ثمة يعتبر السكوت قبولا.

2- اذا وجد بين الطرفين تعامل سابق هنا اذا ثبت ان المتعاقدين اعتاد على التعامل في ما بينهم حول بضاعة و خدمه معينه او تجارة معينه وصدر إيجاب جديد من الموجب للمتعاقد الآخر الذي يوجه إليه إيجاب ولم يعلن رفضه في الوقت المناسب اعتبر سكوته قبول

3- اذا كان في الإيجاب الموجه للقابل مصلحه خالصة للأخير والأمر هنا يتعلق بصفه عامه بعقود التبرع كما هو الحال في العرض الذي يوجهه الواهب للموهوب له.

أن حالات السكوت الملابس التي تضمنها المادة 68 من القانون المدني الجزائري اوردها المشرع على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر وبالنتيجة فانه يجوز للقاضي الذي يعرض عليه النزاع في مثل

هذه القضايا أن يستخلص القبول من اي سكوت أحاطه بظروف معينة جعلت ملابس يدل على القبول تطبيق القاعدة الفقهية في الشريعة الإسلامية "السكوت في معرض الحاجة بيان".

ان الحديث عن الإرادة التي تحدث أثارها القانوني يجعل من وجودها والتعبير عنها مسالتان غير كافيتان بل وجب إعلام المتعاقد الآخر بهذه الإرادة حتى ينعقد العقد.

-أثر اعلام المتعاقد الاخر بالتعبير عن الارادة:

سبق القول ان التعبير عن الإرادة الذي ينتج إرادته هو التعبير الذي يتم إعلام المتعاقد به ومن ثم فان التعبير إذا صدر عن صاحبه استقل عنه وصار له كيان قانوني مستقل عن صاحبه ومنه فان مات او فقد أهليته من صدر عن التعبير عن الإرادة سواء أكان موجبا او قابلا فلا اثر لذلك عن التعبير الذي أصدره ويرتب أثاره أن وصل الى علم من وجهه إليه وهي القاعدة التي نصت عليها المادة 62 من القانون المدني الجزائري التي ورد فيها "إذا مات من صدر عنه التعبير عن الإرادة فقد قبل ان ينتج التعبير أثره فان ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجهه إليه هذا ما لم يتبنى العكس من التعبير او من طبيعة التعامل"

من خلال استقراء النص المادة 62 من القانون المدني الجزائري نجد ان المشرع الجزائري⁽¹⁾ قد اخذ بالاتجاه الذي يرى ان التعبير عن الإرادة متى صدر عن صاحبه أصبح له كيان قانوني وظل موجودا ويرتب أثره ان اتصل بعلم من وجهه إليه حتى وان فقد من صدر عنه أهليته أو توفى، إلا اذا كانت طبيعة المعاملة تحول دون ذلك ويكون ذلك كلما كنا أمام متعاقد شخصيته محل اعتبار كحال تعاقد شخص مع طبيب على ان يجرى له عملية جراحية ويتوفى هذا الطبيب فانه وان قبل الطبيب عرض إجراء العملية الجراحية فانه ومن جهة ثانية لايمكن الزم ورثته بإجراء هذه العملية.

وعلى العموم ومن خلال تحليل نص المادة 62 من القانون المدني الجزائري نجدها في ما يتعلق بمسالة اثر الموت وفاقد الأهلية في التعبير عن الارادة أرست حكمين أساسيين يتعلقا بأثر الموت وفقد الأهلية في الإيجاب (الموجب) واثر الموت او فقد الأهلية في القبول (القابل) وأهملت فرض ثلث يشمل في حاله وفاه او فقد الأهلية في الشخص الذي وجه إليه التعبير عن الإرادة وهي الأحكام او الفروض التي سوف نعالجها كما يلي :

أولاً: اثر الموت او فقد الأهلية في الإيجاب (1)

الأصل انه متى صدر إيجاب عن الموجب استقل عنه ومنه فان توفي الموجب وفقد لأهليته قبل ان يصل الإيجاب إلى علم من وجه إليه (القابل) او بعده فان ذلك لا يؤثر على صحة الإيجاب ويرتب أثره وينعقد العقد إن قبله من وجهه إليه يلزم بإبرام العقد ورثة الموجب وهو ما أكدته المادة 62 من القانون المدني الجزائري ومنه حق لورثه الموجب الرجوع عنه كما كان لمورثهم قبل ان يصل الإيجاب.

اثر الموت او فقد الاهلية في القبول:

كما هو الحال في الإيجاب فانه إذا صدر قبول تم توفي القابل بعد ان وصل قبوله الى علم الموجب او قبل ذلك فان ذلك لا يؤثر على صحة ترتيب اثره ان وصل الى علم الموجب ويقوم العقد ويلزم بتنفيذه ورثته طبقا لا حکام المادة 62 من القانون المدني الجزائري

ثالثا اثر موت من وجه إليه التعبير او فقد الأهلية :

إذا كانت المادة 62 من القانون المدني الجزائري قد أرست قاعدة عامه في كون إن من صدر عنه تعبير عن إرادته موجبا كان او قابلا فان هذا التعبير يرتب أثره متى وصل إلي وجه إليه ويلزم الورثة بتنفيذه ، غير ان الإشكال الذي لم تتناوله هذه المادة يتمثل في حاله وفاة من وجه إليه التعبير عن الإرادة وتوفى او فقد أهليته ،هنا وجب ان نفرق بين ما إذا كان من وجه إليه التعبير هو الموجب او القابل .

1 - إذا كان من وجه إليه التعبير هو الموجب وتوفى او فقد أهليته فنص المادة 62 من القانون المدني الجزائري يطبق فيوجه القبول إلى الورثة و يرتب التعبير وينعقد العقد.

2- إذا كان من وجه إليه التعبير هو القابل في هذه الحالة وجب التفرقة بين ثلاثة حالات:

حالة ما إذا وصل التعبير -الإيجاب- إلى علم القابل وقبله فالعقد ينعقد منطقيا ويرتب الإيجاب أثره.وفقا لنص المادة 62 ق.م.ج.

وحاله ما إذا وصل الإيجاب إلى علم القابل ولم يعلن لا رفضه ولا قبوله ويموت أو يفقد أهليته فهنا يسقط الإيجاب و لا يرتب أثره لاعتباره رخصه شخصيه غير قابله للانتقال.

المطلب الثاني: توافق الإرادتين:

عرفنا مما سبق ان العقد هو توافق الإرادتين أو أكثر واتجاه هذه الإرادة الى إحداث اثر قانوني وقلنا ان العقد حتى يكون صحيحا لابد من توفر إرادتين على الأقل إرادة موجبه وأخرى قابلة ان الإرادة

1-أنظر توسعا في اثر الموت وفقد الاهلية في التعبير عن الارادة كل من: -محمد صبير السعدي: مرجع سابق ص.99

-عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق،ص.185 وما بعدها

التي يقيد بها هي الإرادة التي يتم التعبير عنها ومن ثم وجب ان تتوافق وتتطابق إرادة المتعاقدين حتى يقوم العقد

ان شرط توافق الإرادتين كعنصر أساسي لقيام ركن التراضي يمكن ان نستنتجه من خلال ماورد في نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري اذ ان المشرع ومن خلالها لم يكتفي بالقول إن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما بل أكد على تطابق الإرادتين.

وعلى العموم فان التوافق و تطابق الإرادة يتم عبر مراحل من صدور الإيجاب تم إعلان القبول وأخيرا افتراض القبول بالإيجاب ومن المسائل التي يحاول معالجتها من خلال ثلاثة فروع كما يلي:

الفرع الأول الإيجاب:

الإيجاب هو عرض بابت و نهائي يتضمن طبيعة العقد وجميع شروطه يتقدم به شخص يسمى الموجب الى شخص آخر يسمى القابل او الموجب له من اجل الحصول على قبول العرض و إبرام العقد. من خلال التعريف السابق اذا وحتى يكون العرض ايجابا وجب ان يكون باتا نهائيا فلا يكفي مجرد قبوله من طرف من وجه إليه لانعقاد العقد ومن ثم فان العرض المعلق على شرط المشيئة او المتضمن امكانية الرجوع عنه لا يعتبر ايجابا بل دعوة الى التعاقد وهي مرحلة تحضيرية سابقة لإبرام العقد⁽¹⁾. من جهة أخرى وجب أن يكون الإيجاب محددًا لطبيعة العقد المراد إبرامه وكافة شروطه او عناصره الجوهرية فمن حيث طبيعة العقد وجب تحديد ان كان بيع أو إيجار أو هبة. ومن حيث عناصره الجوهرية وجب في عقد البيع مثلا تحديد الشيء المباع وتمنه و ان كان إيجار وجب تحديد العين الموجبة و مده الإيجار و قيمه الإيجار وهكذا.

كما يجب ان يكون العرض واضحا موجها الى شخص معين او عدة أشخاص او على عامه الناس ذلك لان القصد من الإيجاب هو إقامة علاقة عقديه مع طرف آخر يقره ويقبله.

انواع الايجاب:

الأصل في الإيجاب هو الإيجاب العادي الذي يجوز فيه للموجب ان يعدل عنه قبل ان يصل إلى علم الموجه اليه او انه وصل الى علم من وجه اليه غير انه لم يصدر قبوله .

هذا غير انه و في حالات قد يأتي الإيجاب ملزما بحيث لا يجوز للموجب العدول عنه وان لم يقترن به قبول ذلك في حالة ما اذا كان الإيجاب مقترن بمدة أي حدد أجل معين للقابل للرد فيه عن الإيجاب وهو معبرته عنه صراحة المادة 63 من القانون المدني الجزائري الذي ورد فيها " إذا عين اجل للقبول التزم الموجب بالبقاء إيجابه الى انقضاء هذا الأجل وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال او من طبيعة المعاملة.".

وعليه فان صدر ايجابا باتا و نهائيا متضمن طبيعة العقد وكافه شروطه ترتب عنه صلاحيته بأن يقترن به قبول مطابق ويقوم العقد و يبقى اثر الإيجاب قائما لا يسقط فان سقط أصبح غير صالح لان يقترن يقترن به قبول وان صدر قبول بعد سقوط الإيجاب لا ينعقد العقد⁽²⁾.

-سقوط الايجاب:

ان الحديث عن سقوط الإيجاب يستدعي التطرق بين الإيجاب العادي والإيجاب الملزم

-سقوط الإيجاب العادي غير الملزم :

يسقط الإيجاب العادي الذي يكون أساسه بين المتعاقدين حاضرين في مجلس العقد في حالتين:

1-حاله ما إذا من انفض مجلس العقد دون ان يقترن بالإيجاب قبول.

2-حاله ما إذا رجع عنه الموجب قبل أن يقترن به قبول.

3-حاله إذا ما رفضه من وجه إليه.

فان صدر قبول بعد سقوط الإيجاب اعتبر إيجاب جديد موجه إلى مصدر الإيجاب الأول فان قبله انعقد العقد.

- 1- احمد السعيد الزريقي: نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدة القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، منشورات جامعة الكويت، ع3 س 25، الكويت، 2001، ف3، ص 211 و ما بعدها.
- 2- محمد صبري السعيد: مرجع سابق ص 108.

-سقوط الإيجاب الملزم :

يسقط الإيجاب الملزم المقترن بمدته والذي عادة ما يكون بين المتعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد واحد في الحالات التالية:

1- إذا رفضه من وجه اليه.

2- إذا انقضت المدة المحددة للإيجاب دون أن يقترن به قبول.

ان القبول الذي يعدل في طبيعة الإيجاب او شروطه تعبير إيجاب جديد.

القبول: القبول هو الإرادة الثانية في العقد وهو التعبير الثاني البات والنهائي المتضمن قبول عرض الموجب.

والأصل في القبول إذن ان يأتي مطابقا للإيجاب من غير زيادة او نقصان او تبديل فان تضمن خلاف ذلك فانه لا يعتبر قبول بل إيجاب جديد يحتاج الى قبول حتى يقوم العقد في إذا عرض مثلا شخص على آخر أن بيع سيارته من نوع بيجو لسنة 2014 بمبلغ مليون دينار فوافق الشخص الثاني على ذلك على ان يكون ثمن البيع تسعمئة ألف دينار فان هذا الرد لا يعتبر قبول لأنه عدل في الإيجاب وبالنتيجة لا يقوم العقد ويعتبر الرد هنا إيجاب جديد وهو الأمر الذي أكدته المادة 66 من القانون المدني الجزائري التي ورد فيها" لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا" ومن ثم يكفي وجود قبول مقترن بالإيجاب حتى يقوم العقد بل وجب ان يكون القبول مطابقا للإيجاب.

تطابق الإيجاب والقبول:

قلنا ان القبول الذي يترتب اثره القانوني هو القبول الذي يأتي مطابقا للإيجاب دون زيادة اونقصان بدون تعديل له فأساس اقتران القبول بالإيجاب هو المطابقة التامة مع وجوب اتصال القبول علم الموجب فان سقط الإيجاب لأي سبب من الأسباب قبل وصول القبول الى علم الموجب فان العقد لا ينعقد ان اقتران القبول بالإيجاب من حيث مكانه و زمانه يختلف باختلاف ما اذا كان المتعاقدان يجمعهما

مجلس عقد واحد وهو ما يعرف بالتعاقد بين حاضرين وما اذا كان لا يجمعهما مجلس واحد وهو ما يعرف التعاقد بين غائبين او بالمراسلة وهو الأمر الذي يجب الوقوف عنده لما له من اثار قانونيه مهمة على مسار العقد.

التعاقد بين حاضرين (مجلس العقد):

تعرض المشرع الجزائري لهذه الصيغة في التعاقد بموجب نص المادة 64 من القانون المدني الجزائري ورده فيها " اذا صدر بالإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد اجل للقبول فان الموجب يتحلل من إيجابه اذا لم يصدر القبول فورا وكذلك اذا صدر الإيجاب من شخص إلي آخر عن طريق الهاتف او أي طريق مماثل غيره ان العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورا ان ما لم يوجد ما يدل على ان الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول وكان القبول صدر قبل ان ينفض مجلس العقد."

ان مجلس العقد⁽¹⁾ هي فكره من صنع فقهاء الشريعة الإسلامية تأكيد منهم على الرابطة الثنائية للعقد و إن اختلفوا في تحديد فكره خيار المجلس الذي ينشا الحق لأحد المتعاقدين أو كلاهما بالعدول عن التعاقد فذهب فريق الى اشتراط ان يكون القبول فوريا بمجرد صدور الإيجاب فإن صدر فورا تم العقد لكنه يبقى غير لازم إلى حين انقضاء مجلس العقد في حين ذهب فريق آخر إلى انه لا يشترط القبول الفوري للإيجاب للموجب إن يأخذ الوقت الكافي لإعلانه قبوله طالما لم يصدر من المتعاقدين ما يدل على اعتراضهم فام انفض مجلس العقد سقط الإيجاب وقبل انفضاضه أن صدر قبول قام العقد و الزم بين طرفين.

و هما الرأيان الذي جمع بينهما المشرع الجزائري بشرط أن يكون القبول فورا ما لم يرتبط بأجل غير ان العقد يتم وراء تراضي القابل في إعلان قبوله قبل أن ينفض مجلس العقد و لم يوجد أثناء ذلك ما يفيد ان الموجب قد عدل عنه قبل اقتران القبول بالإيجاب وجعل من التعاقد بالهاتف او باي طريقه مماثلة تعاقدية عن طريق حكم ويعتبر تاريخ ومكان إبرام العقد هنا واحدا فمن حيث المكان المتعاقدان جمعهما مجلس واحد ومن حيث تاريخ إبرام العقد وهو احد ذلك ان تاريخ صدور القبول هو تاريخ علم الموجب به.

التعاقد بين الغائبين: (التعاقد بالمراسلة)

إذا كان الموجب والقابل لا يجمعهما مجلس عقد واحد حقيقة أو حكماً فإن طريقه التعاقد بينهما تكون بالمراسلات البريدية أو برقيه أو بواسطة شخص ينقل الإيجاب للقابل والقبول للموجب في مثل هذه

1 - انظر توسعا في ذلك : محمود عبد المجيد مغربي: أحكام العقد في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، المكتبة الحديثة، طرابلس، لبنان، سنة 1988، ص 54 و ما بعدها.

الحالة فإنا إبرام والقيام العقد يأخذ شوطاً زمانياً ومكانياً متعدد حتى يتطابق القبول بالإيجاب ومن ثم فإن السؤال الذي يطرح نفسه يتعلق بزمان ومكان انعقاد العقد سيما و أن المسألة لها أثارها القانونية المهمة في ما يتعلق بتاريخ بداية سريان العقد والقانون الواجب تطبيق والجهة القضائية المختصة في حاله قيام نزاع بين الطرفين.

أن مسألة تحديد مكان وزمان انعقاد العقد تنازعت أربعة نظريات⁽¹⁾ نتناولها في ما يلي عارضين موقف المشرع الجزائري في ما يتعلق بهذه المسألة.

1- نظريه إعلان القبول :

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد في المكان والزمان الذي يصدر فيه القبول وأن كان مثل هذا الرأي يحقق السرعة في المعاملات غير أن ما يؤخذ عنهم هو خروجها عن القواعد العامة ذلك أن الأصل أنه لا يكفي تعبير في الإرادة القيام العقل استواء كانت مسألة إيجاب وقبول فلا بد من أن يعلمه متعاقد الآخر بالإيجاب أنه كان قابلاً بالقبول أن كان موجوباً في العقد أو تطابق الإرادتين كما أن الإرادة التي تعبر به الإرادة التي تنتج أثارها القانوني هي الإرادة التي يتم إعلام المتعاقد الآخر بها فتلزمه.

- نظريه تصدير القبول :

أن أصحاب هذه النظرية وأن كانوا من حيث المنطلق يوافقون أصحاب نظريه إعلان القبول غير إنهم أضافوا شرط آخر ألا وهو تصدير القبول بصفه تامة، ومن ثم فإن القابل أن أعلن قبوله ثم قام بتصديره للموجب بموجب رساله بان أودعها مكتب البريد أو تلكس أو غيرها من الوسائل المماثلة قام العقد في ذلك الزمان والمكان.

ان ما يعاب على هذا الاتجاه انه لا يفرق كثيرا عما ذهب اليه أنصار نظريه إعلان القبول ذلك ان الرسالة هي ملك لصاحبها وله بعد إذاعها ان يستردها باعتباره مالك لها ويستحيل على الموجب أن يعلم بذلك.

1-انظر توسعا: محمد صبري السعيد: مرجع سابق، ص 113 و ما بعدها.

- نظريه استلام القبول:

وفقا لهذه النظرية فانه لا يكفي إعلان القبول وتصديره حتى يقوم العقد بل وجب ان يستلم الموجب القبول فان استلام الرسالة او البرقية فان القابل لا يستطيع استردادها وبالنتيجة العدول عن قبوله، وبالتالي يقوم العقد في المكان والزمان الذين يستلم فيهما الموجب القبول.

ومن ثم فالعلم بالقبول من عدمه لا يؤثر في إبرام وقيام العقد إذ يعتبر الوصول هنا قرينه على العلم بالقبول. ان ما يؤخذ عن هذه النظرية هو كونها حاولت المزج بين نظريتين نظريه إعلان القبول وتصديره بما لها من ميزة عدم استطاعة القابل استيراد قبوله وهنا يؤخذ عليها الانتقادات الموجهة لنظريه إعلان القبول ونظرية تصديره وفي نفس الوقت تأخذ بنظريه العلم بالقبول وان جعلت الاستلام قرينه له وهو الأمر الذي يخالف الواقع في حقيقة الأمر فقد يحدث ان يستلم الشخص الرسالة في زمان معين ومكان معين ولا يطلع على مضمونها الا في زمن لاحق ومكان اخر وهو ما يضعف هذا الرأي.

نظريه العلم بالقبول:

يرى أنصار هذه النظرية انه لا يكفي للقول بان العقد قام في زمان ومكان معين ان يعلن المتعاقد الآخر قبوله او يصدره ويستلمه المتعاقد الآخر بل وجب ان يعلم به من وجه إليه ويطلع على محتواه واذا كان العلم الحقيقي من الصعب إثباته فان الوصول قرينه على العلم به وهي قرينه بسيطة على من يدعي خلافها إثبات العكس.

موقف المشرع الجزائري:

اخذ المشرع الجزائري على غرار اغلب التشريعات بنظريه العلم بالقبول اد ورد في المادة 67 من القانون المدني الجزائري "يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب

بالقبول ما لم يوجد اتفاق او نص يقضي بغير ذلك، و يفترض ان الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان الذين وصل فيهما القبول ".
.

ان حكم المادة 67 من القانون المدني الجزائري في حقيقة الأمر جاء مطابقا لنص المادة 61 التي ورد فيها .

" ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه ويعتبر وصول التعبير قرينه على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

ان تحديد زمان ومكان إبرام العقد هي مسألة قانونيه في غاية الأهمية فمن خلال تحديد زمان العقد يمكن معرفه وتحديد تاريخ بداية سريان العقد ومنه معرفه و تحديد القانون الواجب التطبيق الذي ابرم في ظله العقد ،كما انه ومن ناحية أخرى فانه وفي حاله شهر الإعسار أو الإفلاس لا تسري في حق الدائنين التصرفات التي تبرم بعد شهر الإعسار او الإفلاس.

أما عن أهميه تحديد مكان العقد سيما ما يتعلق بمسألة التعاقد بالمراسلة فانها تتجلى من حيث تحديد المحكمة المختصة الناظرة في النزاعات الناشئة عن العقد ، ثم من حيث تطبيق قواعد الإسناد المتعلقة بالقانون الدولي الخاص عند تنازع القوانين حيث يخضع العقد بصفه عامه الى قانون الدولة التي ابرم فيها طبقا لنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري ويخضع من حيث الشكل الى قانون الدولة الذي تم فيها طبقا لنص المادة 19 من ذات القانون.

المطلب الثاني: شروط صحة ركن التراضي :

قلنا ان التراضي او الارادة التي تحدث أثارها القانوني هي الإرادة الجادة التي يتم التعبير عنها وإعلام المتعاقد الآخر بها والتي تتطابق مع إرادة اخرى، فان توافرت كل هذه العناصر في مقام اول ، قام اول ركن من أركان العقد الا وهو التراضي وان تخلف كان العقد باطلا بطلانا مطلقا .

غير انه وان توفرت كل الشروط وقام ركن التراضي في انه في حالات قد يصاحب إرادة احد المتعاقدين او كلاهما عيب يفسد الإرادة و لكن لا يعدمها بما لا يعدم ركن التراضي لكن يجعله معيبا وبالنتيجة يقع العقد قابل للإبطال ، ومن ثم وحتى يكون التراضي صحيح وجب ان تصدر هذه الإرادة عن شخص ذي أهلية غير متأثرة بأي ظرف من الظروف التي تجعلها مخالفة لما اراده المتعاقد حقيقة في غير تلك الظروف.

الامر الذي يستلزم منا البحث في عيوب الإرادة التي لا تعدم ركن التراضي ولكن تفسده فتجعل من العقد قابل للإبطال وهذه العيوب هي نقص الأهلية، الغلط، الإكراه، الاستغلال، التدليس والغبن.

- الفرع الأول الأهلية :

الأهلية هي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالح بان تثبت له الحقوق او تثبت عليه الواجبات وتصح منه التصرفات⁽¹⁾ .

وعلى العموم يمكن القول ان الأهلية هي قدره الشخص على كسب الحقوق وتحمل الالتزامات والتي من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذلك .

مما سبق يمكن ان نقسم الأهلية كما استقر على ذلك الفقه الى أهليه وجوب وتمثل في كسب الحقوق والالتزامات وأهلية أداء وهي وقدره وصلاحيه الشخص على القيام و مباشرة التصرفات بنفسه و التي من شأنها ان تحمله التزاما او تكسبه حقا بشكل يعتد به القانون.⁽²⁾

وتعتبر الأهلية مسألة قانونيه من النظام العام وهو ما أكدته المادة 45 من القانون المدني الجزائري التي ورد فيها " ليس لاحد التنازل عن أهليته ولا تغيير في أحكامها" .

والأهلية المتعلقة بركن التراضي هي أهلية الأداء والتي مفادها قدره الشخص على مباشرة التصرفات القانونية وفقا للشكل الذي يعتد به القانون.

اما أهلية الوجوب فليست لها علاقة بالإرادة ومن تم وجب تفصيل أهلية الأداء في هذا المقام.

ان أهلية الأداء والتي يقصد بها صلاحية و قدره الشخص على القيام بالتصرفات القانونية ومباشرتها بنفسه مناطها إذن أن يكون الشخص مميزا عارفا وعالما مسبقا لما يعود عليه بالنفع والضرر، فان كان شخص فاقد للتمييز انعدمت أهلية أدائه وكان التصرف الذي اجره قابلا للإبطال لذلك فان أهلية الأداء تتدرج بتدرج السن في ما يتعلق الشخص الطبيعي،⁽¹⁾ ومن ثم فان الشخص ان بلغ سن معين كان مميزا وأهلا لإبرام التصرفات القانونية ، فان لم يستكمل هذا السن كان ناقص أهلية ، وقد يبلغ الشخص سن التمييز لكن تلحقه بعض العوارض فتفسد أهليته او تعدمها فينعدم تميزه وفي هذا اثر في العقود التي يبرمها .

1- محمود عبد المجيد المغربي: المرجع السابق، ص 82..

2- عبد المجيد الحكيم: الكافي في شرح القانون المدني الاردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، ج1، مصادر الالتزام، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، ص.05.

1- تدرج الأهلية بالتدرج السن :

يمر الإنسان في حياته بأربعة ادوار رئيسيه تتفاوت فيها درجه أهليته من حيث العدم والنقص والكمال وتتمثل في:

* الدور الاول الجنين :

وهي مرحله يتشكل فيها الإنسان جنينا في بطن أمه متى تبت انه حي وفي هذه المرحلة يكون له أهلية وجوب ناقصة لكن ليست له أهلية أداء على الإطلاق .

* الدورة الثاني الصبي غير المميز:

هذه المرحلة تلي مرحله الجنين وتبدأ من الميلاد الى بلوغ سن معينه و هي سنه الثالثة عشر في التشريع الجزائري فتبت له أهلية وجوب كاملة لكن يكون عديم الأهلية لانعدام التمييز ومن ثم فان كل التصرفات التي يباشرها سواء أكانت نافعة نفعاً محضاً له او ضارة او دائرة بين النفع والضرر لا يعتد بها القانون وتقع باطله كما أكدت ذلك المادة 42 من قانون الأسرة التي ورد فيها" من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني يسمى تبقى المادة 42 من القانون المدني الجزائري تعتبر جميع تصرفاته باطله " .

ومن ثم هيأ القانون لهذا الصبي غير المميز من يتولى شؤونه ويقوم مقامه في إبرام التصرفات وهو الولي أو الوصي وهو ما أكدته المادة 81 من القانون الأسرة الجزائري بقولها "من كان فاقداً للأهلية او ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانون ولي أو وصي وطبقاً لأحكام القانون".

الدور الثالث الصبي المميز:

ويبدأ هذا الدور من بلوغ الصبي السنة الثالثة عشره سنة الى ما قبل اكتمال التاسعة عشر سنه وهي سن الرشد في التشريع الجزائري طبقاً لنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

1- أما الشخص المعنوي فبمجرد و جوده يكون كامل الأهلية و فقا للسند الذي أنشأه.

في هذه المرحلة يكون الصبي مميزا وثبت له أهلية أداء ناقصة، ومن ثم كانت له أهلية اغتناء كاملة فتكون التصرفات النافعة نفعاً محضاً له تصرفات صحيحة إما التصرفات الضارة فإنها تقع باطله كون الصبي هنا ليست له أهلية افتقار .

أما فيما يخص التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتقع قابلة للإبطال لمصلحته ان تمسك بإبطالها عند بلوغ سن الرشد او قبل ذلك أن تمسك بالبطلان من يقوم بإدارة شؤونه وهو ما أكدته صراحة المادة 83 من قانون الأسرة الذي ورد فيها "من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقاً لنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري تكون تصرفاته نافذة اذا كانت مترددة بين النفع والضرر في حاله النزاع يرفع الأمر للقضاء".

الدور الرابع الصبي البالغ سن الرشد:

وفي هذه المرحلة يبلغ الصبي سن التاسعة عشره فيستكمل سن الرشد ومن ثم تثبت له أهلية أداء كاملة اي أهلية اعتناء وافتقار شريطه ان يكون متمتعاً بكامل قواه العقلية فإن بلغ سن الرشد وكان مجنون او معتوها او سفيها استمرت حاله الولاية على ماله لوليه أو وصيه كما ورد النص على ذلك في المادة 44 من القانون المدني .

غير انه وفي حالات معينه والمسألة تخضع لتقدير القاضي فان الصبي الذي لم يبلغ سن الرشد وكان مميزا و وجد ما يفيد قدرته على مباشرة التصرفات وتحمل الخسائر جاز ترشيده كما ورد النص على ذلك بموجب المادة 84 من قانون الأسرة التي ورد فيها "للقاضي ان يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة وله الرجوع في الاذن اذا ثبت لديه ما يببر ذلك".

عوارض الأهلية:

قد يبلغ الشخص سن الرشد لكن يلحقه عارض ما سواء في عقله كالجنون او في جسمه بحيث يجعله غير قادر على التعبير عن إرادته أو يعدمها أو ينقصها وبالنتيجة تكون تصرفاته باطلة.

1- عوارض الأهلية التي تصيب العقل: (الجنون، العته)

ان العوارض الذي قد تلحق بالشخص عند بلوغه سن الرشد في الحقيقة هي صفات غير ذاتية للإنسان بل طارئة تمس بأهلية الأداء لما لها من تأثير على إدراكه وبالنتيجة التي تميزه وتتمثل هذه العوارض في الجنون والغفلة والسفه⁽¹⁾.

- **الجنون:** الجنون هو اختلال في قوة التمييز بين الأمور الحسنة والقبیحة المدركة للعواقب فتعطل أفعالها ولا تظهر آثارها.

المجنون إذا هو عديم الأهلية فاقد التمييز أي فاقد الإدراك وبالنتيجة تتعدم أهليته.

- العته:

اما العته فهو يحدث خلل في العقل أيضا ينتج عنه ان يكون الشخص الذي أصابه قليل الفهم مختلط الكلام ، فاسد التدبير الا انه ليس عنيفا جسديا ولفظيا مع الغير⁽²⁾.

هذا وقد رتب المشرع الجزائري على العته باعتباره عارض من عوارض الأهلية يلحق بعقل الإنسان فيعطله حكما ورد في نص المادة 42 من القانون المدني التي جاء فيها "ان العته يأخذ حكم الجنون اي يعدم أهلية صاحبه (لا يكون أهلا لمباشره حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون."

لكن يلاحظ من جهة أخرى أن المادة 43 من ذات القانون جعلت المعتوه في حكم السفیه في حاله ما اذا كان السفه لم يخل بالعقل بصفه نهائية ولم يفقد الإنسان من خلالها كامل إدراكه أو تميزه وإنما يؤثر على اهليه الشخص فيجعلها ناقصة وهو ما عبرت عنه المادة 43 بقولها " كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفیها او معتوها يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون."

1- Simon, la nullité des actes juridiques trouble Montale , R . T. D. CIV. 1974 .P. 707.

2- محمود عبد المجيد المغربي: مرجع سابق، ص 95.

-2 عوارض الأهلية التي تلحق الإنسان في جسمه:

ورد في نص المادة 80 من القانون المدني الجزائري انه " اذا كان الشخص اصم ابكم، او اعمى الصم، او اعمى ابكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن ارادته جاز للمحكمة ان تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته".

فمن خلال هذا النص قد يحدث ان يلحق الانسان عاهة تصيبه في جسمه و ليس في عقله فتجعله غير قادر على التعبير عن ارادته بنفسه ووفقا للشكل الذي يتطلبه القانون و من ثمة كانت الحاجه الى تدخل شخص اخر يساعده في ذلك. فان ابرم التصرف دون مساعدة كان ما مباشره قابل للإبطال لمصلحته، ومن ثم فانه يأخذ حكم ناقص الأهلية.

وتقرير المساعدة القضائية وفقا لنص المادة 80 يقتضي ان يكون الشخص مصاب بعاهتين في نفس الوقت فلا يكفي اذا عاهة واحده.

-الفرع الثاني: الغلط:

الغلط هو وهم يقوم في ذهن المتعاقد يحمله على اعتقاد غير الواقع⁽¹⁾ ومن ثم يفسد اراده المتعاقد ويجعل من العقد قابل للإبطال.

هذا وقد تناولت الغلط العديد من النظريات غير ان المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي أخذ بالنظرية الحديثة التي جعلت من الغلط الدافع الجوهرى اساسا لها اما الغلط غير الجوهرى فلا يؤخذ به حيث جاء في المادة 81 من القانون المدني الجزائري انه " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت ابرام العقد ان يطلب ابطاله" ونصت المادة 82 من ذات القانون على انه "يكون الغلط الجوهرى اذا بلغ حد من الجسامه بحيث يمتنع مع المتعاقد على ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

1-انظر كل من:

-François Terré , Philippe Simulé et Yves Liqueste : Droit Civil, Les Obligations, Précis Dalloz, Paris,1993,N°236, 185

- عدنان ابراهيم السرحان و نوري حمد خاطر - المرجع السابق، ص 119 و 120.

ويعتبر الغلط جوهريا على الاخص اذا وقع في صفة للشيء يا راها المتعاقد انها جوهرية ، او يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد وحسن النية.

اذا وقع في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته وكانت تلك الذات او هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

نص المادة 83 على انه " يكون العقد القابل للإبطال لغلط في القانون اذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 82 و 83 ما لم يقضي القانون بغير ذلك " ورد في المادة 84 انه " لا يؤثر في صحة الغلط مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط" ونصت المادة 85 على انه " ليس لمن وقع في غلط ان يتمسك به على وجه يتعارض ما يقضى به حسن النية ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذي قصد ابرامه اذا اظهر الطرف الاخر استعدادا لتنفيذ هذا العقد ".

من خلال المواد السابقة سيما متعلقة بنص المادة 81 و 82 من القانون المدني الجزائري يتضح انه يلزم لإبطال العقد للغلط توافر شرطان يكون اساسا الغلط جوهريا ان يتصل بالمتعاقد الاخر.

-الشرط الاول: ان يكون الغلط جوهريا:(1)

وفقا لهذا والشرط ليس كل غلط يقع فيه المتعاقد يجعل من العقد قابل للإبطال بل يجب ان يكون الغلط جوهريا اي الدافع الى التعاقد فلو علمه المتعاقد ما ابرم العقد.

ويكون الغلط جوهريا على الاخص على سبيل المثال وليس الحصر كما ورد في نص المادة 82 من القانون المدني الجزائري اذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقد كذلك او يفترض انها كذلك واذا وقع كذلك في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته وكان ذلك هو السبب الرئيسي في التعاقد .

ومن امثله الغلط في صفة جوهرية ما يلي:

1-C.virien :de l'erreur déterminante et substantielle T. R. D. CIV. 1992. P . 305 et.s.

-محمد صبري السعيد: مرجع سابق، ص 169 و ما بعدها.

- عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص 170 و ما بعدها.

في صفة جوهرية مثال ان يشتري شخص انيه معينه على اساس انها تحفه اثريه ثم يتضح انها مجرد تقليد.

في ذات المتعاقد كان يقوم شخص في التبرع بمال لشخص اخر معتقدا انه من عائلته ثم يتضح غير ذلك.

-في صفة من صفات المتعاقد- كان يقوم شخص في تأجير مسكنه لشخص اخر لأنه متزوج كما يتضح انه اعزب.

الشرط الثاني: اتصال الغلط بالمتعاقد الاخر:

في حقيقه الامر هذا الشرط لم تشر اليه المادة 82 من القانون المدني الجزائري صراحه غيره انه يمكن استخلاصه من ذات النص اد ورد» يعتبر الغلط جوهري اذا وقع في صفة للشئء يراها المتعاقدين جوهريه "

ومن ثم فان التساؤل الذي يطرح نفسه هل الغلط الفردي لا يعتد به.

الغلط المشترك :

الاصل اذا ان الغلط الذي يعتد به والمفسد للإرادة والذي يجعل من العقد قابل للإبطال هو الغلط المشترك اي الغلط الذي يقع فيه كلا المتعاقدين في نفس الوقت عند ابرام العقد، كان يتقدم شخص الى شراء الساعة معتقدا انها من صنع سويسري وبييعها له البائع معتقدا انها سويسرية ثم يتضح انها ليست كذلك ، ومن ثم فان طالب المشتري ابطال العقد فان ذلك لا ينافي العدالة ولا يزعزع استقرار المعاملات.

-**الغلط الفردي:** الغلط الفردي يفترض ان احد المتعاقدين فقط هو من توهم غير حقيقه الشئء، كان يتقدم الشخص كما ورد في المثال السابق الى شراء ساعه معتقدا انها من صنع سويسري لكن البائع لم يقع في مثل هذا الغلط هنا الاصل انه لا يمكن للمشتري ان يتدرب بهذا الغلط لإبطال العقد، الا اذا كان المتعاقد الاخر البائع يعلم بان المشتري وقع في غلط ،وفي هذه الحالة يكون سيئ النية ،وبالنتيجة لا يمكن ان يحتج بخلاف ذلك او كان من السهل عليه اكتشاف ذلك كان يجعل من سعر الساعة سعر مرتفع يوحي على انها سويسرية الصنع ،وبالنتيجة يسهل عليه معرفه ان من يتعاقد معه يعتقد انها سويسرية الصنع.

-الغلط في القانون:

القاعدة ان الجهل بالقانون لا يعذر به احد فالقوانين التي تعتبر من النظام العام لا يقبل من الشخص الادعاء بجهله بقواعدها واحكامها ،غير انه وفي غير ذلك يمكن للشخص التمسك بالغلط في القانون للإبطال العقد .

غيره ان ابطال العقد للغلط في القانون كما ورد في نص المادة 83 من القانون المدني الجزائري يشترط ان تتوفر فيه شروط الغلط في الواقع اي وجب اتصاله بصفة جوهرية في الشيء اوفي ذات المتعاقد او صفة من صفاته ومن امثله ذلك:

- مثال عن الغلط في القانون في صفة جوهرية في شيء : كان يتعهد شخص بالوفاء بدين سقط بالتقادم وفقد احد عناصره الا وهو المسؤولية وصار دين مدني طبيعي معتقدا ان القانون يلزمه بذلك.

-مثال عن الغلط في القانون في صفة جوهرية في ذات المتعاقد :

كان يقوم شخص بالتبرع لإمرأة كان متزوج بها طلقها ثلاث من اجل استعادتها الى عصمته معتقدا انها لا تزال زوجته في حين ان الطلاق صار بائنا بينونه كبرى وهي اصبحت محرمة عليه.

-مثال عن الغلط في ذات المتعاقد:

كان يقوم شخص بالإتفاق على عمه معتقدا ان القانون يلزمه الإتفاق عليه كوالده سواء بسواء.

وعلى العموم يجب عدم الخلط بين الغلط في القانون والجهل به الغلط في القانون هو العلم الخاطئ ام الجهل به فهو عدم العلم به اساسا. (1)

كما انه لا يجوز التمسك بالغلط المادي الذي يرد في الحساب او الطباعة وهذا النوع من الاخطاء وجب تصحيحه كما ورد نص على ذلك في المادة 84 من القانون المدني الجزائري هدا من جهة.

ومن جهة اخرى فانه لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض و مبدا حسن النية فان تمسك المتعاقد في ابطال العقد للغلط وابدى المتعاقد الاخر حسن نيته في اصلاح الوضع ،كأن يعرض وكما

1- محمد صبري السعيد: مرجع سابق، ص 175.

ورد في الأمثلة السابقة البائع تقديم ساعه سويسرية الصنع بدل المقلدة فان المشتري يلزم بالعقد لان التمسك بالإبطال هنا يتعارض وحسن النية والعيب يكون قد زال.

ويعترض جانب من الفقه⁽²⁾ على مثل هذا الحكم مؤسسين رايهم انه وطالما كان للمتعاقد حق

ابطال العقد للغلط فان القول ان ذلك لا يجوز متى تبين ان العاقد الاخر ابدى استعدادة لتصحيح

الوضع، سيما اذا كان رد الاخير سيئ النية فان في ذلك حماية للعاقد سيئ النية من إبطال العقد بما يجعل من سوء النية مغامرة ناجحة وعليه وجب اعطاء العاقد الذي وقع في غلط حق ابطال العقد مع التعويض او الفسخ.

الفرع الثاني التدليس:

كما ورد في الفقه الاسلامي التدليس او التغيرير لغة هو الخداع و في المعاملات المالية هو ايهام

في بما يرغب في التعاقد او هو ايهام الشخص بغير الحقيقة باستعمال طرق احتياليه من اجل حمله على التعاقد. (1)

وقد نصت المادة 86 و 87 من القانون المدني الجزائري على احكام التدليس حيث وارد في المادة 86 انه " لا يجوز ابطال العقد للتدليس الا اذا كانت الحيل التي لجا اليها احد المتعاقدين والنائب عنه من الجسامة بحيث ولولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد .

و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، اذا ثبت ان المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة او الملابسة ."

ورد في المادة 87 انه (اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه ان

يطلب ابطال العقد ما لم يثبت ان المتعاقد الاخر كان يعلم او كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا التدليس".

1- من مثل: -عبد المجيد الحكيم: مرجع سابق، ص.98 وما بعدها.

-وحيد الدين سوار: مصادر الالتزام، ج1، منشورات جامعة دمشق، 1993-1992، ص.23.

من خلال ما ورد في النصين السابقين يمكن استخلاص عناصر التدليس وهما العنصر الموضوعي والتمثل في استعمال طرق احتياليه والعنصر المعنوي النفسي وهو كون هذه الطرق والوسائل التدليسيه قد ادت الى تظليل المتعاقد الاخر و دفعته الى ابرام العقد.

العنصر الاول: استعمال طرق احتياليه

يقصد بالطرق الاحتيالية كل فعل او قول يؤدي الى وقوع احد الاشخاص في غلط يعيب ارادته.(1)

ولا يشترط ان ترقى هذه الوسائل التدليسية و تبلغ من الجسامة حد ما تستلزمه جريمة النصب والاحتيال في القانون الجنائي، بل يكفي ان تؤدي الى تضليل الشخص ودفعه الى التعاقد ويراعى في تقدير اثر الحيلة المشكلة للتدليس المعيار الشخصي، المهم هو تأثر الشخص بالحيلة حتى ولو كانت لا تؤثر على غيره من الناس. (2)

والاصل ان مجرد الكذب لا يرقى الى مستوى التدليس الا اذا انصب على واقعه لها اهميتها عند المتعاقد الاخر بحيث ما كان ليتعاقد لولا التأكيدات غير الصحيحة التي صدرت في شأنها كما لو اعطى المؤمن له في عقد التأمين للمؤمن بيانات كذبة عن مرض اخر بسيط لا يؤثر على العقل في حين اخفى مرضه الخطير المؤثر على العقد(3).

ويعتبر تدليسا كذلك السكوت عمدا عن واقعه معينه إذا ثبت ان المتعاقد الاخر ما كان ليبرم العقد لو انه علمها، فقيام شخص مثلا ببيع قطعه ارضيه لشخص اخر وكان البائع عالما بانه يمنع اقامه مصانع على هذه الارض فانه سكوته عمدا عن هذه الواقعة يعتبر تدليس وهكذا.

العنصر الثاني: العنصر المعنوي :

حتى يمكن ابطال العقد للتدليس لا يكفي توافر العنصر المادي المتمثل في استعمال طرق التدليسية و فقط، بل يجب ان يكون لهذه الطرق المادية التدليسية وقع و اثر على نفس المتعاقد الاخر فيقدم على

1- خليل احمد حسن قداد: مرجع سابق، ص 56.

2- عدنان ابراهيم السرحان و نوري حمد خاطر : المرجع السابق، ص.15.

3- محمد صبري السعيد: مرجع سابق، ص 178.

ابرام العقد بمعنى اخر وجب توافر نية الاضرار في المتعاقد الاخر فان انعدمت هذه النية والخذع المتعاقد الاخر بعمل ما فليس امام المخدوع ابطال العقد للتدليس وانما له ان يتمسك بإبطال على اساس الغلط ذلك ان المتعاقد الاخر لم يقصد التغيرير به على الاطلاق، فإبراز التاجر لبضاعته في احسن صورة والترويج لها بشكل مقبول لا يعتبر تدليس ان انبهر المشتري بذلك واقدم على التعاقد. من خلال ما سبق تبيانه يمكن القول ان التمسك بالتدليس وصولا الى ابطال العقد يستلزم توافر شرطين اساسيين.

-الشرط الاول:وجب ان يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد:

ان المادة 86 من القانون المدني الجزائري اشترطت ان تكون الحيل التي لجأ اليها احد المتعاقدين او النائب عنه من الجسامة لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد ،ومن ثمة فان لم تبلغ هذه الحيل درجة من الجسامة او لم تكن هي الدافع لإبرام العقد كان تبين ان المتعاقد الاخر كان سيبرم العقد وان لم يضل فلا يكون هنا للتدليس اثره على صحة العقد.

الشرط الثاني: يجب ان يصدر التدليس عن المتعاقد الاخر

ورد في نص المادة 87 من القانون المدني الجزائري " اذا صدر تدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه ان يطلب ابطال العقد ما لم يثبت ان المتعاقد الاخر كان يعلم او كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا التدليس."

وعليه وجب ان يكون التدليس صادر عن المتعاقد ذاته او عن نائبه فإن صدر التدليس من شخص اخر اجنبي عن العقد و لم يكن المتعاقد الاخر على الاقل عالم بذلك ، فانه لا يجوز التمسك بالتدليس للإبطال العقد.

الفرع الثالث الإكراه :

يعرف الإكراه على انه ضغط على شخص يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد.

وعرف على انه استخدام وسائل ضغط غير مشروع تحدث في نفس المتعاقد رهبة تحمله على

التعاقد دون رضاه(1).

والاكراه المفسد لإرادة المتعاقد والاكراه المفسد الإرادة المتعاقد و يجعل من العقد قابل للإبطال قد يكون اكراه مادي، كان يقوم الشخص بالاعتداء على شخص آخر بالضرب لحمله على إبرام عقد معين أما الاكراه المادي الذي يعدم الرضا فمثاله ان يمسك الشخص بيد شخص آخر لوضع توقيعه عنوة و لا يعتبر عيب من عيوب الرضا ولكن عنصر معدم للإرادة اصلا، فلا يقوم ركن التراضي على الاطلاق. ومن ثم فان الاكراه المفسد لإرادة المتعاقد دون اعدامها هو الاكراه الذي يترك جانبا و قدر و لو صغير من الحرية والاختيار وان كان ذلك هو الدافع الى التعاقد ، ومن ثم فان المجال الخصب للإكراه المفسد للإرادة هو الاكراه المعنوي، كان يهدد شخص آخر بحرق منزله ان لم يتعاقد معه وهذا النوع من الاكراه لا يعدم الإرادة على الاطلاق ولكن يفسدها.

ويراعى في ذلك جنس مع من وقع عليه الاكراه و سنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الاخرى التي من شأنها ان تؤثر في جسامه الاكراه كما ورد ذلك في نص المادة 2/88 من القانون المدني الجزائري ، ومن ثم يكون المشرع قد اخذ بمعيار ذاتي لقيام حاله الرهبة والخشية الدافعة الى التعاقد فمايمكن ان يرهب شخص قد لا يرهب شخص آخر و للقاضي سلطه تقديرية للقول ما اذا كان الشخص تحت سلطان رهبة من عدمها يقررها من خلال ظروف الحال التي احاطت بالمتعاقد و جنسه وسنه ودرجه وعيه وثقافتهالخ.

وحتى يقوم الاكراه لابد من توافر مجموعه من الشروط هي:

شروط الاكراه :

1- اجراء التعاقد تحت رهبة تولدت في نفس المتعاقد دون وجه حق ورد النص على هذا الشرط بموجب المادة 88 من القانون المدني الجزائري "يجوز ابطال العقد لإكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان

1. انظر كل من

- انور سلطان: المرجع السابق، ص 105.

TRETLHARD la violence comme vice de consentement en droit compare; mélangés

laborde-lacoste-3.1963.p.419.et.s.

رهبة بنيه بعثها المتعاقد الاخر في نفسه دون حق3.

وتعتبر الرهبة قائمة على بنية اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها ان خطر جسيما يهدده او احد اقربائى في النفس او الجسم او شرف او المال.

ويراعى في تقدير الاكراه جنس من وقع عليه الاكراه وحالته الاجتماعية والصحية ، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها ان تؤثر في جسامه الإكراه".

والرهبة هي الخشية والخوف من وقوع الأذى اذ تقوم في ذهن المتعاقد فتحمله على التعاقد معتقدا ان خطرا جسيما محقق به في جسمه او ماله او في نفسه او في نفس او جسم او شرف او مال احد اقربائه.

هذا وقد اخذ المشرع الجزائري بمعيار ذاتي في ما يتعلق بالرهبة التي تقوم في نفس المتعاقد اذ منح للقاضي سلطه مراعات وتقرير ما اذا كانت هناك رهبة دفعت الشخص الى التعاقد ام لا، وذلك من خلال النظر الى سن و جنس المتعاقد المكره وصحته وظروفه الاجتماعية وغيرها من الظروف التي تساعد على كشف ذلك ، كل ذلك مع مراعاة ان تكون الوسيلة المستعملة في الاكراه غير مشروعه تهدف الى الوصول الى حق غير مشروع ،ومن ثم فان استعمال وسائل مشروعة لتهديد الشخص وصولا الى حق مشروع لا يعتبر اكراه ، كما هو الحال في انذار المدين بالوفاء والا وقعت اجراءات الحجز على امواله.

الشرط الثاني: ان تكون الرهبة هي الدافع الى التعاقد :

لا يكفي في إبطال العقد و استعمال وسيله التهيب من طرف شخص معين في مواجهه شخص اخر لحمله على التعاقد ، بل يجب ان تنتج أو يصاحب هذه الوسيلة قيام رهبه وخشيه في نفس المتعاقد بحيث تكون الدافع إلى إبرام العقد، ومن ثم إذا ثبت إن المكره كان سيبرم التصرف ولو في غياب استعمال هذا الضغط او ثبت ان وسيله الإكراه ما كانت لتحمل المتعاقد الأخر على إبرام العقد فانه لا يجوز الاحتجاج بذلك وصولا إلى إبطال العقد.

هذا مع ملاحظة إن مجرد النفوذ الأدبي كسلطة الأب على ابنه او سلطه الزوج على زوجته او سلطه الرئيس على المرؤوس فإنها لا ترقى إلى درجة الإكراه الذي يفسد ركن التراضي إلا إذا كان هذا النفوذ الممارس يهدف إلى تحقيق هدف غير مشروع.

كما ان الرهبة قد تكون من صنع ظروف خارجية طبيعية لا علاقة لها بالغير، غير انه يتم استغلالها من شخص معين لحمل من كان تحت سلطان هذه الرهبة إلى التعاقد وصولا إلى حق غير

مشروع كأن يكون شخص في حاله غرق فيشترط عليه آخر، من اجل إنقاذه إن يبرم معه عقد معين ، أو يقدم له مبلغ مالي نظير انقاذه وهكذا

وفي هذه الحالة تكون الرهبة هي التي دفعت إلى التعاقد ومن ثم جاز إبطال العقد للإكراه.

الفرع الثالث: الاستغلال والغبن:

يعتبر الغبن المظهر المادي للاستغلال ، ويقصد به عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه ومن ثم لا يمكن تصور وجود الغبن الا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية ذلك ان العقود الاحتمالية من طبيعتها ان يلحق غبن بأحد المتعاقدين اما في عقود التبرع احد الطرفين دائما يعطي قيمه مالىه دون مقابل.

والاصل ان الغبن دائما ما يتصل بالاستغلال باعتباره المظهر المادي له غيره انه المشرع جعل الغبن عيب من عيوب الإرادة مستقل عن الاستغلال في حالات معينه كما هو الحال في بيع العقار في بما يزيد عن الخمس من قيمته او القسمة بغبن مما يجاوز الخمس كما ورد النص على ذلك صراحة بموجب المادة 358 و 359 من القانون المدني الجزائري.

اما الاستغلال فيعرف على اساس انه استغلال حاله ضعف نفسية تتمثل في طيش بينا او هو من خلال التعريف السابق يمكن القول ان الاستغلال المفسد للإرادة المتعاقد والمعتبر عيب من

جامح في ذات المتعاقد لحمله على التعاقد ينتج عنه غبن فاحش

من خلال هذا التعريف يمكن القول ان الاستغلال المفسد للإرادة والمعتبر عيب من عيوب الإرادة هو الاستغلال الذي يتوفر فيه عنصران، عنصر مادي و اخر معنوي نفسي:

العنصر المادي للاستغلال:

يتمثل العنصر المادي للاستغلال في حاله عدم التكافؤ بين الاداء الذي يقدمه كل متعاقد للآخر ويشترط إن يكون هذا الفارق شاسعا وفاحشا.

العنصر النفسي :

لا يكفي توفر العنصر المادي المتمثل في عدم التكافؤ بين الأدائين وصولا لإبطال العقد لعيب الاستغلال ، بل يجب اثبات ان الطرف المغبون اقدم على ابرام العقد نتاج طيش بين او هوى جامح يتمثل في شعور ملح وعنيف نحو شخص اخر، يجعل من الشخص غير قادر على التحكم في بعض التصرفات كحاله الشعور العنيف الذي قد يشعر به زوج طاعن في السن اتجاه زوجته الشابة فتستغل هذه الزوجة هذا الضعف لتصل الى ابرام عقد هبه اين يتبرع لها بكامل ماله.

ركن المحل :

اضافة الى ركن التراضي وحتى يكون العقد صحيحا منتجا لأثاره وجب توافر ركن ثاني الا وهو محل الالتزام.

ومحل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به والمدين يلتزم اما بعمل او بامتناع عن عمل ذلك ان الالتزام بنقل حق عيني ما هو إلا تدخل ايجابي من طرف الدائن يتم بموجبه نقل الملكية ومن ثم فهو لا يختلف تماما عن الالتزام بعمل.

هذا ويمكن ان نستشف من خلال نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري ان محل الالتزام في العقد هو منح او فعل او عدم فعل شيء معين.

فاذا كان المشرع الجزائري اخذ بالرأي الغالب في الفقه في كون الالتزام بنقل حق عيني هو مجرد صورته للالتزام بعمل وبالنتيجة لم يذكره كصوره قائمه بذاتها لمحل الالتزام، فانه ومن جهة أخرى نقله الحرفي وتقليده للمشرع الفرنسي جعله يقع في خطأ في رأينا عندما جعل المنح "Donation" صورة مستقلة للالتزام مع العلم ان المنح صورة لمحل الالتزام في العقد التي يراد بها تسليم او اعطاء مبلغ نقدي وهي صورته لا تخرج عن اطار الالتزام بعمل باعتباره فعل ايجابي ثم يتدخل المدين.

وكان على المشرع الجزائري ان يكتفي بالنص على الالتزام بعمل او امتناع عن عمل كصورتين لمحل الالتزام فقط.

هذا وعلى العموم يلاحظ ان المشرع الجزائري قد نص على المحل وافرد احكامه من خلال المواد 92 الى 98 من القانون المدني الجزائري.

مما سبق يتضح جليا ان المقصود بالمحل كركن من اركان العقد هو محل الالتزام وليس محل العقد ذلك ان المسالة فيها خلاف وجب الوقوف عندها.

فمحل العقد (1) هو العملية القانونية المراد تحقيقها منه والعمليات التي تصلح ان تكون محلا للعقد غير محدودة وفقا لمبدأ الرضائية في العقود، فللمتعاقدين ان يعقدوا ما شاءوا من العقود و دليل في ذلك تعدد العقود المسماة التي نظمها المشرع الجزائري على غرار الدول الأخرى، بالإضافة إلى العقود غير المسماة التي يمكن الاتفاق عليها والتي لا تخضع الى اي قيد سوى اعتبارات النظام والآداب العاميين.

اما محل الالتزام وكما سبق تعريفه فهو الاداء المالي الذي يلتزم به المدين والذي قد يكون عمل او امتناع عن عمل وعليه يمكن ان يكون محل الالتزام جائز التعامل فيه غير ان محل العقد غير جائز كما هو الحال في العقود التامين سابقا والتي لم يكن جائز التعامل بها لتعارضها ومخالفاتها لأحكام الشريعة الإسلامية وان كان اليوم هذا النوع من العقود وعلى رأسها عقد التامين على الحياه من الجائز. التعامل بها وهي من العقود المسماة في التشريع الجزائري محل الالتزام فيها جائز ومشروع كونه يتعلق بمبلغ مالي نقدي(2).

على العموم في ما يخص مشرعنا وفيما يتعلق بالمحل كركن من اركان العقد من خلال استقراء نصوص المواد 92 الى 98 من القانون المدني الجزائري فان المحل المعتبر ركن من اركان العقد هو محل الالتزام، وليس محل العقد.

هذا ولا يكفي وجود المحل حتى يقوم العقد صحيحا بل لا بد من ان يتوافر هذا المحل على مجموعة من الشروط الصحيحة وإلا كان محل الالتزام باطلا ومن ثم بطل العقد برمته.

شروط المحل: بالرجوع الى نص المواد 92 الى 98 من القانون المدني يمكن أن نستخلص مجموعه من الشروط لواجب توافرها في المحل حتى يكون صحيحا وبالنتيجة منشأ لأثاره وهي:

1-انظر كل من: -عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر: المرجع السابقص.162.

-خليل احمد حسن قدادة: مرجع سابق، ص. 72.

2-انور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، منشورات الجامعة الاردنية، طبعة اولى، عمان، سنة 1987، ص93.

-الشرط الأول: ان يكون المحل ممكن غير مستحيل⁽¹⁾

بالرجوع إلى نص المادة 93 من القانون المدني الجزائري نجد ان المشرع الجزائري اشترط ان يكون محل الالتزام ممكن وغير مستحيل والا كان العقد الباطل بطلان مطلق، والاستحالة هنا القصد منها الاستحالة المطلقة القائمة وقت إنشاء العقد أي بالنسبة للكافة، على خلاف الاستحالة النسبية التي تكون بالنسبة للمدين فقط، ولا يهم بعد ذلك ان كانت الاستحالة قانونيه او طبيعية.

أما الاستحالة التي تأتي بعد انعقاد العقد فالجزاء المترتب عنها ليس البطلان المطلق وإنما الانقضاء بفسخ العقد⁽²⁾

كما لا يكفي ان يكون محل الالتزام ممكن غير مستحيل بل يشترط أن يكون موجود وقت إبرام العقد كلما كان محل الالتزام متعلق بشيء من الأشياء.

فإذا قام شخص ببيع حصته في تركه قريبه لشخص آخر، ثم اتضح انه ليس وريثا لهذا الشخص، أو أن شخصا آخر قام ببيع سيارة لشخص آخر ثم اتضح أن هذه السيارة قد تعرضت الى حادث جعلها غير صالحه على الإطلاق قبل إبرام العقد، فالوجود يتعلق دائما بالأشياء النوعية المحددة بذاتها أما الأشياء المثالية من مثل القمح والشعير والذرى. الخ، فانه دائما ما يتصور وجودها لتوافرها في السوق⁽³⁾

التعامل في الشيء المستقبل :

قلنا انه يجب أن يكون المحل موجودا حتى يقوم العقد والأصل أن يكون وجود المحل عند إبرام العقد لكن هذا لا يعني عدم جواز التعامل في الأشياء المستقبلية متى كان الشيء محتمل الوجود وهو ما أكدته المادة 92 من القانون المدني الجزائري التي ورد فيها " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا "

1- مع العلم ان بعض من الفقه درج على اصطلاح ان يكون ممكنا عوض موجود و نرى ان الوجود يفيد المعنى اكثر من ممكنا ذلك ان الالتزام بإعطاء مبلغ نقدي هو دائما ممكنا و لكن قد لا يكون موجودا تحت يد الدائن فيكون بالنتيجة المحل ممكنا لكن غير موجود و بالنتيجة يكون المحل قد فقد احد شروطه و الامكان مرتبط بالوجود

2- محمد حسنين: الوجيز في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص64.

3- محمد صبري السعدي: مرجع سابق، ص.207.

ذلك ان الشيء المستقبل ممكن الوجود وهو الأمر الذي لا يتعارض والشرط الأول ومثاله أن يتفق الفلاح على بيع محصوله الذي سيتم جنيه في موسم الحصاد، أو كان يتفق شخص على بيع منزله في طور التشييد و هكذا.

غيره انه ما يلاحظ في ما يتعلق هذه الأنواع من البيوع أنها بيوع غير نافذة و ذلك أنها معلقة على شرط تحقق المحل أي أنها موقوفة على شرط وهو وجود محل العقد وان كان العقد يبرم من تاريخ الاتفاق وليس من تاريخ تحقق المحل أي أن العقد يسرى بأثر رجعي.

الشرط الثاني أن يكون المحل معين أو قابل للتعين:

حتى يكون المحل صحيحا وجب أن يكون معين أو على الأقل قابل للتعين نافيا للجهالة الفاحشة التي من شأنها أن تؤدي إلى قيام نزاع بين المتعاقدين.

وتعين المحل يختلف باختلاف نوعه وطبيعته ،فإذا كان محل الالتزام معين بذاته أي من الأشياء القيمة وجب تحديد صفاته ومميزاته الذاتية فالسيارة تحدد بنوعها وتاريخ أول استعمال، رقمها التسلسلي وقوه محركها والطاقة المستعملة لسيرها و لونها...الخ.

أما إذا كان محل الالتزام نقودا فإنها تحدد بنوعها ومقدارها كما تم النص على ذلك بموجب المادة 95 من القانون المدني الجزائري.

الشرط الثالث : أن يكون محل الالتزام مشروعاً :

و هو الشرط الذي أكدته المادة 96 من قانون المدني الجزائري التي اشترطت عدم مخالفة محل الالتزام للنظام والآداب العامين وإلا كان العقد باطلا.

المطلب الثاني السبب:

السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد اليه المتعاقد من تعاقد.

ومن ثم فهو يختلف ويتميز عن المحل فالأول إذن هو الإجابة على السؤال لماذا التزم المتعاقد؟ ام الثاني المحل هو الإجابة عن السؤال بماذا التزم المتعاقد ، وفي ما يتعلق ركن السبب ومدى اشتراطه كركن أساسي من عدمه يلاحظ أن المسألة تنازعتها نظريتان نظريته تقليديه و نظريته حديثة من صنع وعمل القضاء

النظرية التقليدية في السبب⁽¹⁾:

هذه النظرية يرجع أصلها إلى القانون الروماني، اخذ بها التشريع الفرنسي ابتداء من القرن السابع عشر، و يقصد بالسبب في فقه هذه النظرية الغرض القريب المباشر الذي قصده الملتزم من وراء التزامه ولا عبء بالأغراض الأخرى الثانوية التي هي مجرد قواعد تدفع للالتزام، ومن ثم البائع في عقد البيع يقصد بتحملة الالتزام بنقل ملكيه، الحصول عن الثمن وهو الغرض الأساسي المباشر اما الأغراض الثانوية التي دفعت الى التعاقد فهي تختلف من شخص الى آخر فقد يكون الباعث هو استعمال هذا المال في التجارة أو من اجل بناء مسكن جديد او من اجل انفاقه وهكذا.

السبب في النظرية التقليدية يختلف باختلاف العقد المراد إبرامه ففي العقود الملزمة للجانبين فان سبب التزام المتعاقد هو سبب التزام المتعاقد الاخر، فمثلا سبب التزام المؤجر هو التزام المستأجر بدفع بدل الايجار و سبب التزام المستأجر هو سبب التزام المؤجر بوضع العين المؤجرة تحت يد المستأجر للانتفاع بها و في عقود التبرع فان السبب يكون دائما نيه التبرع دون البواعث والاهداف التي دفعت اليها. وفي العقود العينية فان السبب يتجسد في واقعه التسليم على اعتبار ان التسليم في مثل هذه العقود يعتبر شرط لقيامها وحتى يقوم ركن السبب في فقه النظرية التقليدية اشترط انصارها توافر ثلاثة شروط و هي أن يكون السبب موجودا و صحيحا و مشروعاً.

نقد النظرية:

لاقت النظرية التقليدية في السبب انتقادات شديدة نفقد عيب عنها انها نظرية غير صحيحة و غير منطقية ذلك لان الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين و التي تنشأ في وقت واحد لا يمكن ان يكون كل منها سبب للأخر، لأن ذلك يؤدي منطقيا الى القول ان كل التزام سابق للأخر و لاحق له في نفس

: انظر توسعا في مفهوم النظرية كل من -

صبري محمد السعدي: المرجع السابق، ص 218 و ما بعدها -

عدنان ابراهيم السرحان و نوري حمد خاطر: المرجع السابق، ص 183 وما بعدها -

-R. Prévert: de l'influence de la technique qui le but des instruction juridiques, paris,

1974-1- sd.1953, n.1

الوقت.

أما في العقود العينية فان التسليم ليس هو السبب، ذلك ان التسليم ليس شرط، بل ركن لقيام العقد هذا من جهة.

ومن جهة أخرى أخذ على هذه النظرية أنها عديمة الفائدة ذلك ان بطلان العقد لعدم وجود السبب او صورتيه او عدم مشروعيته، انما يتداخل مع البطلان لانعدام الرضا او عدم مشروعيه المحل.

النظرية الحديثة للسبب :

قامت هذه النظرية على أنقاض النظرية التقليدية، ويرى انصارها انه لا يجب الوقوف عند الغرض المباشر الذي يهدف المتعاقد الوصول اليه بل وجب البحث عن الدوافع والبواعث العميقة و غير المباشرة التي دفعت بكلا المتعاقدين الى ابرام العقد .

السبب اذا في فقه النظرية الحديثة هو الدافع الى التعاقد اي هو الذي ادى الى ارتضاء التحمل بالالتزام شريطه ان يكون المتعاقد الاخر عالما بهذا الدافع او كان على الاقل يفترض انه عالما به، وهو الباعث المشترك بين طرفي العقد ، ومن ثم مثلا لو اشترى شخص مسكن بغية استخدامه واعداده للقمار او الدعارة ومن تم التزامه بدفع الثمن فهنا لا مجال للشك ان الباعث او الغرض المباشر هو الحصول على ملكيه المسكن وهو غرض مشروع غير مخالف للنظام والآداب العامة ، ولكن هنا يجب عدم التوقف عند الدافع المباشر كما تفعل النظرية التقليدية بل وجب تقصي الغرض الثاني الذي استهدفه المشتري من خلال عمليه الشراء، الا وهو استعمال المسكن كالدور للقمار أو الدعارة ، وهو غرض غير مشروع يمكن اعتماده لإبطال العقد، شريطه إن يكون المتعاقد الاخر عالما به او على الاقل كان باستطاعته كشفه.

موقف المشرع الجزائري من النظريتين:

على غرار معظم التشريعات الحديثة اخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة لسبب العقد، حيث نصت المادة 97 من القانون المدني الجزائري على انه "اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع او لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا "

المشرع الجزائري يأخذ بالسبب وجعل منه ركن جوهرى فادا تخلف او كان غير مشروع كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ومن ثم فان السبب في التشريع الجزائري هو الدافع الى التعاقد والهدف من ذلك هو حمايه المجتمع من نشوء العقود مخالفه للنظام العام والآداب العامة.

اثبات السبب:

ورد في نص المادة 98 من القانون المدني الجزائري " كل التزام مفترض له سبب مشروعاً ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك " .

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي ان للالتزام سبب آخر مشروع ان يثبت ما يدعيه".

ومن ثم فإن عبء إثبات مشروعيه السبب لا يقع على عاتق الدائن وهو غير مطالب بإثبات مشروعيه السبب وإنما يقع على من يدعي خلاف ذلك، ومن ثم وجب على الأخير اثبات عدم مشروعيه السبب طبقاً للقاعدة العامة البينة على من يدعي، وعليه إقامة الدليل على ذلك.

- المبحث الثالث : جزاء الاخلال بشروط انعقاد العقد وصحته:

قلنا ان العقد هو توافق ارادتين او أكثر و اتجاه هذه الإرادة إلى إحداث اثر قانوني ، وعرفنا انه حتى يكون العقد صحيحاً منشئاً لأثاره وبتوافر شروط الانعقاد -اركان العقد - وشروط صحه ركن التراضي وهي الأهلية وخلو أراده المتعاقدين من العيوب التي قد تلحق بها فتعيبها وهي الغلط التدليس الاكراه الاستغلال والغبن .

فإذا تخلف شرط من شروط انعقاد العقد او شرط من شروط صحه العقد وقع العقد باطلاً كأن لم والاثر ان يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد.

والاصل انه البطلان هو النوع واحد ، غير انه و لاعتبارات تاريخية وأخرى تشريعية ، درج الفقه على التمييز بين نوعين من البطلان، مطلق نسبي ، ومن ثم اختلفت اسباب تقرير كل منهما والحالات المستوحية لكل نوع وصاحب الحق في التمسك به ، وهو الامر الذي يستوقفنا في هذا المبحث اذا تتعرض الى أسباب البطلان وكيفية تقريره، ثم نتناول اثار البطلان ، كل ذلك في ثلاثة مطالب كما يلي :

المطلب الاول اسباب البطلان

قلنا ان الاصل ان هناك نوع واحد من البطلان يترتب كجزء عن تخلف شرط من شروط انعقاد العقد او صحته ، فيكون العقد عدم أي انه لم ينشئ أصلاً ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فيسترد كل منهما ما أداه.

لكن الفقه وكما سبقت لأشاره إليه ميز بين نوعين من البطلان ، مطلق ونسبي، فما معيار التمييز بين النوعين من البطلان و ماهي حالات تقرير كل منهما ؟

الفرع الاول: معيار التمييز بين نوعي البطلان:

وفقا للنظرية التقليدية⁽¹⁾ التي عرفها القانون الروماني ثم القانون الفرنسي القديم و ما اخذ به

المشرع الجزائري ينقسم البطلان الى بطلان مطلق ونسبي.

- البطلان المطلق هو اعتبار العقد كأن لم يكن ويكون في حاله تخلف ركن من اركان العقد التراضي، المحل، السبب والشكل في العقود الشكلية وركن التسليم في العقود العينية أو في حاله تخلف شرط من شروط صحه المحل والسبب .

- اما البطلان النسبي فهو الجزاء المترتب على تخلف شرط من شروط صحه ركن التراضي وهي الأهلية الغلط ، التدليس، الاكراه، الاستغلال والغبن.

هذا وتعتبر المصلحة المراد حمايتها من خلال تقرير البطلان النسبي والمطلق معيار التمييز بين نوعي البطلان ، فكلما كانت المصلحة المراد حمايتها عامه تمس بالمجتمع كلما كنا امام بطلان مطلق أما إذا كانت المصلحة المراد حمايتها خاصة ، تتعلق بفرد واحد اي احد المتعاقدين كنا امام بطلان نسبي.

الفرع الثاني حالات البطلان⁽²⁾:

¹- انظر كل من:

- محمد حسنين: الوجيز في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص 76.

- yvaine buffelan – lanor : droit civil, Ed. misson, 3^{ed}, paris,1986, p64. -

2 انظر كل من:- عدنان ابراهيم السرحان و نوري حمد خاطر: المرجع السابق، ص 100.

- عبد المنعم البدرابي: النظرية العامة للالتزامات، ج01، مصادر الالتزام 1971، ص 343 وما بعدها.

-1 حالات البطلان المطلق : نكون امام بطلان مطلق اذا:

-تخلف ركن التراضي اما لعدم توافق الارادتين او كان المتعاقدان أو احدهما عديم الأهلية للصغر سنه أو الى وجود عارض من عوارض الأهلية.

-تخلف ركن المحل إما لعدم وجوده اصلا او كان غير معين او مستحيلا أو خارج عن دائرة التعامل.

-تخلف السبب فادا انعدم او لم يوجد سببه اوكان غير مشروع كان العقد باطلا بطلان مطلق.

-إذا تخلف ركن الشكلية (الرسمية) من كتابه العقد لدى موظف مختص وتسجيله واشهاره متى تطلب القانون ذلك او اتفق عليه المتعاقدين.

-2حالات البطلان النسبي:

-اذا شابه اراده المتعاقدين عيب من عيوب التراضي وهي الغلط والتدليس ، الاكراه ، الاستغلال والغبن .

-اذا كان احد المتعاقدين ناقص الأهلية أي حاله الصبي المميز الذي بلغ سن الثالثة عشر ولم يكمل سن الرشد اي تسعة عشرة سنة كما هو الحال في التشريع الجزائري.

*الفرع الثالث: حالات خاصه للبطلان :

عرفنا ان البطلان هو الجزاء الذي رتبته القانون على تخلف شرط من شروط انعقاد العقد او شرط من شروط صحته ، فادا تخلف شرط من شروط العقد (وهي اركان العقد وشروط صحه المحل والسبب) كان العقد باطلا بطلانا مطلقا وان تخلف شرط من شروط صحه التراضي ، بان جاءت اراده احد المتعاقدين او كلاهما معيبه بعيب من عيوب التراضي من مثل الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال والغبن اوكان احد المتعاقدين ناقص اهليه ، كان العقد قابل للإبطال .

لكن ما يلاحظ ان المشرع الجزائري على غرار كاهه التشريعات الاخرى وفي حالات معينه قرر بطلان العقد ليس لتخلف ركن من الركان و لا لتخلف شرط من شروط صحته وانما لاعتبارات اخرى تهدف الى حمايه احد المتعاقدين في مواجهه المتعاقد الاخر وهو ما يعرف بالبطلان الخاص.

هذه الحالات منها ما يقع العقد فيها باطل بطلان مطلق ومنها ما يكون العقد فيها باطل بطلان

نسبي.

ومن بين حالات البطلان المطلق الخاص ما ورد في نص الماده402 من القانون المدني

الجزائري التي نصت على انه " لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحاميين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط إن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله او بعضه اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون اعمالهم في دائرتها والا كان البيع باطلا)،

ومن ذلك ايضا ما ورد النص عليه في المادة 403 من القانون المدني الجزائري التي ورد فيها (لا يجوز للمحامين ولا للمدافعين قضائيين إن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها سواء أكان تعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها وألا كانت المعاملة باطلة).

فمنع التعامل هنا وترتيب البطلان كجزاء عن المخالفة هو منع عام مطلق فلا يصح العقد هنا ولا يمكن اجازته.

ومن بين حالات البطلان الخاص النسبي ما أورده المادة 410 من القانون المدني الجزائري التي نصت على ان " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق او نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة، إن يشتري باسمه مباشرة او باسم مستعار ولو عن طريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونيه اخرى."

و ورد في المادة 411 من القانون المدني الجزائري " لا يجوز للسماسة ولا للخبراء إن يشتروا الاموال المعهودة اليهم ببيعها او تقدير قيمتها، سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار." البطلان الذي قرره هنا المشرع هو بطلان نسبي من نوع الخاص ويستفاد ذلك من خلال ما ورد في نص المادة 412 من القانون المدني الجزائري التي نصت " يصح البيع في الاحوال المشار إليها في المادة 410 و 411 إذا اجازه من تم البيع لحسابه."

فالمنع هنا ليس عام مطلق لإمكانية إجازة التصرف من الشخص الذي تقرر له هذا الحق.

ومن بين حالات البطلان النسبي كذلك ما ورد في نص المادة 397 من القانون المدني فيما يتعلق ببيع ملك الغير .

المطلب الثاني: كيفية تقرير البطلان :

عرفنا من خلال ما سبق ان البطلان هو الجزاء المدني الذي رتبته المشرع على تخلف شرط من شروط الانعقاد أو الصحة ويختلف نوع البطلان الذي يلحق العقد باختلاف اساس كل نوع من نوعي البطلان ومن ثم فان الفرق بينهما يمتد الى الاشخاص الذين لهم حق التمسك به وكذا من حيث تصحيحه بالاجازه أو التقادم ، وهي المسائل التي نفضلها في الفرعين التاليين كما يلي:

الفرع الاول: صاحب الحق في التمسك بالبطلان :

ان صاحب الحق في التمسك بالبطلان يختلف باختلاف ما اذا كان البطلان المراد تقريره مطلق او

نسبي :

1-العقد الباطل بطلان مطلق: ان العقد الباطل بطلان مطلق لتخلف ركن من اركانه او شرط من شروط صحه المحل او السبب هو عقد معدوم اي كأن لم يكن اصلا.

وبترتب على ذلك عدم وجود حاجه إلى إيقاع بطلانه لأنه حاصل من تلقاء نفسه ولكن قد ينازع احد المتعاقدين في هذا البطلان مما يقتضي عرض المسالة على المحكمة.(1)

وعلى اعتبار ان تقرير البطلان المطلق يهدف الى حمايه مصلحه عامه فان المشرع جعل لكلا المتعاقدين وللغير حق التمسك به ، كما انه يجوز للقاضي حامي المشروعيه حق تقريره وان لم يطلب منه المتعاقدين أو الغير صاحب المصلحة ذلك متى كشف ذلك ولو بصفه عرضيه ، وهو الامر الذي عبرت عنه صراحة نص المادة 102 من ق.م.ج. التي ورد فيها " اذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، جاز لكل ذي مصلحة إن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة إن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد."

من خلال ما ورد في نص المادة السابقة يتأكد ويتضح لنا جليا ان صاحب الحق في التمسك بالبطلان المطلق هما المتعاقدين ذلك ان مصلحه كل منهما قائمه كما يجوز للغير اي كل شخص ولو لم يكن طرف في العقد حق التمسك به متى كانت له مصلحه في ذلك ، شريطه إن تكون هذه المصلحة متصلة بسبب البطلان، فلا يجوز ان يتمسك جار بطلان عقد ايجار بين جاره المؤجر والمستأجر لان له فهنا المصلحة قائمه على أساس ان الغرض من استعمال العين المؤجرة غير مشروع و لا محال انه سوف يضر بهذا الجار، كما يجوز للمحكمة إن تقضي بالبطلان المطلق ولو من تلقاء نفسها باعتبار ان القضاء حامي النظام والآداب العامين.

مصلحة في ان يتخلص من المستأجر و بالعكس إذا كان الغرض من الاستئجار هو فتح العين المؤجرة لاستعمالها كمحل لممارسه الدعارة والقمار...الخ(1)

1- عدنان ابراهيم السرحان و نوري حمد خاطر: المرجع السابق، ص 201.

هذا ويكون تقرير البطلان اما، عن طريق دعوى يرفعها المتعاقد أو الغير صاحب المصلحة أمام المحكمة المختصة من اجل استصدار حكم يقضي بذلك او في صورته دفع كما في حاله ما اذا تمسك احد المتعاقدين بتنفيذ العقد وطالب المتعاقد الاخر بالتنفيذ ، فهنا يجوز للمتعاقد الاخر ان يدفع بعدم التنفيذ لوجود سبب من اسباب البطلان المطلق.

هذا ويجوز التمسك بالبطلان المطلق في اي مرحله كانت عليها الدعوى ويمكن إثارته ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا.

البطلان النسبي :

قلنا ان العقد الباطل بطلان نسبي هو عقد صحيح منشأ الإثارة مهدد بالزوال لوجود علة صاحبه ومن ثم فان صاحب الحق في التمسك بالبطلان النسبي هو المتعاقد الذي وقع في عيب من عيوب التراضي ، وعليه لا يجوز للمتعاقد الأخر التي جاءت إرادته سليمة حق التمسك به ، كما لا يجوز للغير الذي لم يكن طرفا في العقد حق التمسك به ولا يجوز للقاضي ان يقضي به من تلقاء نفسه ، وهو الأمر الذي أكدته المادة 99 من ق.م.ج ، التي ورد فيها " اذا جعل القانون لاحد المتعاقدين حقا في ابطال العقد فليس للمتعاقد الاخر ان يتمسك بهذا الحق".

فالبطلان النسبي اذا ، وعلى خلاف البطلان المطلق يهدف الى حمايه مصلحه خاصه.

والحق في التمسك بالبطلان النسبي ينتقل الى خلف العام وهم الورثة والخلف الخاص وهو المشتري وكذا الى دائني المدين، فيكون لهم حق التمسك به باسم مدينهم عن طريق استعمال الدعوى غير المباشرة بخلاف البطلان المطلق اين يجوز لدائني المدين المطالبة بالإبطال باستعمال الدعوى المباشرة إي بأسمائهم مباشره.

الفرع الثاني: سقوط الحق في التمسك بالبطلان (الإجازة والتقادم):

قلنا فيما سبق أن العقد الباطل بطلان مطلق هو عقد عدم وانه قرر لحماية مصلحه عامه ، ومن ثمة لا يمكن تصحيحه لا بالإجازة ولا بالتقادم ، خلافا للعقد القابل للإبطال الذي ينشأ عقد صحيح مرتب لأثاره ولكن مهدد بالزوال ، وبما أن البطلان النسبي يهدف إلى حماية مصلحه خاصة فانه يمكن أن يصحح بالا جازة والتقادم.

أولا الإجازة :

ورد في نص المادة 100 من ق.م.ج ، " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون الاخلال بحقوق الغير".

و الإجازة هي عمل أو تصرف قانوني لاحق عن إبرام العقد صادر بإرادة منفردة من احد المتعاقدين الذي أعييت إرادته يضيفي على العقد الباطل صحته.⁽¹⁾

ويشترط في الإجازة التي تزيل العيب عن العقد القابل للإبطال وتصحيحه أربعة شروط موضوعيه

هي :

1- لإعمال الإجازة وجب إن نكون إما عقد قابل للإبطال أي عقد باطل بطلان نسبي ذلك إن الإجازة لا تلحق العقد الباطل بطلان مطلق.

2- يجب إن تكون الإجازة صادرة عن احد المتعاقدين الذي أعييت إرادته ، سواء لنقص أهليته أو لعب العيب الغلط، او الاكراه او التدليس أو الاستغلال أو الغبن.

3- وجب ان يكون المجيز عالما بالعيب أولا ، ثم تتجه نيته إلى تصحيح العقد و تثبته.

4-يشترط في الإجازة التي تضيفي على العقد القابل للإبطال صحته أخيرا ، إن يكون العيب قد زال ، ففي الاكراه مثلا ، ان لم ينقطع واجاز المتعاقد العقد تحت الضغط والتهديد ضل العقد قابل للإبطال.

هذا ولا يشترط القانون في الإجازة شكل معين فقد تكون صريحة او ضمنية ، كتابتا أو مشافهة ويخضع إثباتها للقواعد العامة الخاصة بإثبات التصرفات كما يستفاد ذلك من نص المادة 100 من من القانون المدني ، ومن ثم إذا توافرت شروط الإجازة الموضوعية السالفة الإشارة إليها تحسن العقد القابل

1- انظر في تعريف الايجارة كل من :

- محمد حسنين، مرجع سابق، ص 81.

- عبد المنعم البدر اوي: النظرية العامة للالتزامات، ج1، مرجع سابق، ص 350.

- جميل الشرفاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1981 ، ص 384.

- توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام، ج01 في مصادر الالتزام الطبعة 02، 1980 - 1981، ص 244.

للإبطال و أصبح عقد صحيحا باثر رجعي ، اي من تاريخ ابرامه وليس من تاريخ صدور الإجازة كما ورد النص على ذلك صراحة في نص المادة 100 من ق.م.ج، التي ورد فيها (تستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيه العقد).

هذا و يجب الإشارة في الأخير إن الإجازة تختلف عن تصرف قانوني آخر مشابه لها والأمر يتعلق بالإقرار .

والإقرار هو عمل قانوني لاحق عن إبرام العقد يصدر عن شخص خارج إطار العقد يضيف على العقد الباطل صحته فوجه الخلاف بين الإقرار والإجازة الإيجاز يصدر عن احد المتعاقدين الذي أقر البطلان لمصلحته أم الإقرار فيصدر عن شخص أجنبي عن العقد كما هو الحال في بيع ملك الغير فادا قام "أ" من الناس ببيع سيارة ل "ب" وتثبيت في ما بعد إن السيارة ليست ملك لي "أ" وإنما لشخص آخر هو "ج" فهنا العقد باطلا بطلان نسبي ولكن من نوع خاص وجاز للمالك الحقيقي إن يقر التصرف فيصح العقد .

وعلى غرار الإجازة فان العقد القابل للإبطال هنا يصح بأثر رجعي أي يعتبر العقد صحيح من تاريخ إبرامه وليس من تاريخ صدوره والأمر كذلك في ما يتعلق إقرار الأصيل لتصرفات النائب التي تجاوز فيها حدود نيابته و هكذا.

ثانيا التقادم:

ورد في المادة 101 من قانون المدني الجزائري " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات و يبدأ سريان هذه المدة في حاله نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب و في حاله الغلط أو التدليس من اليوم من الذي يكتشف فيه وفي حاله الإكراه من يوم انقطاعه. غير انه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو اكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد "

ونصت المادة 102 من القانون المدني الجزائري على انه " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة إن يتمسك بهذا البطلان و للمحكمة إن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالا جازه وتسقط دعوى البطلان بمضي 15 سنة من وقت إبرام العقد " .

من خلال المواد السابقة نلاحظ إن المشرع الجزائري فرق بين البطلان النسبي والمطلق في ما

يتعلق بتقادم الدعوى من حيث المدة والآثار المترتبة كما يلي :

1- في العقد الباطل بطلان مطلق:

العقد الباطل بطلان مطلق عدم ومن ثم فهو لا يصحح بالتقادم مهما طال عليه الزمن ولا يزول البطلان عن العقد بمضي المدة (1)، غير ان دعوى التمسك بالبطلان تسقط بالتقادم بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ إبرام العقد ذلك لان الأوضاع تكون قد استقرت ومضى عليها وقت طويل.

غيره إن العقد يبقى باطلا، فالتقادم لم يصححه ما في الأمر انه دعوى تقرير البطلان تكون قد سقطت .

هذا غيران العقد الباطل بطلان مطلق إذا لم ينفذ وحدث إن مضي على إبرامه ما يزيد عن 15 سنة و طالب احد المتعاقدين المتعاقد الآخر تنفيذ العقد ن جاز للمتعاقد الآخر التمسك بالبطلان وله ان يدفع بعدم التنفيذ مهما كانت المدة التي مرت على إبرام العقد ، ذلك إن الدفع أبدية والدعوى مؤقتة.

2- في العقد الباطل بطلان نسبي

ورد في المادة 101 من القانون المدني الجزائريلا يجوز لمن تقرر لمصلحته الإبطال طلبه بعد مضي المدة المحددة إذ يعتبر ذلك بمثابة التنازل عن الحق في التمسك بالبطلان و تتقادم دعوى البطلان النسبي بمضي خمسة سنوات بالنسبة للغلط والتدليس تبدأ من تاريخ كشف العيب و بمضي خمسة سنوات في حاله نقص الأهلية من تاريخ بلوغ ناقص الأهلية سن الرشد أو زوال سببها أو من يوم وفاة القاصر . و بمضي خمس سنوات بالنسبة للإكراه من تاريخ انقطاعه وفي كل الحالات لا يجوز بإبطال العقد لغلط أو تدليس أو إكراه بمضي عشر سنوات من تاريخ إبرام العقد هنا يؤخذ اقصر الحليين.

وبمضي سنة واحده من يوم إبرام العقد في ما يتعلق الاستغلال كما ورد النص على ذلك بموجب المادة 90 من القانون المدني الجزائري فعلى غرار العقد الباطل بطلان مطلق تسقط دعوى التمسك بالبطلان النسبي بمرور مده زمنية محده ومن ثم لا يقبل رفع دعوى قضائية بعد انقضاء هذه المدة ، غيره إن العقد الباطل بطلان نسبي هنا يصح ويكمن للتقادم نفس الاثر الذي يترتب عن لإجازة ، ويبقى الحق للمتعاقد الذي شاب إرادته عيب من عيوب التراضي الحق في الدفع بعدم إبرام العقد إن لم ينفذ وان مضت المدة المقررة لذلك وهي عشر سنوات من تاريخ إبرام العقد(2).

1- عدنان ابراهيم السرحان و نوري حمد خاطر: المرجع السابق، ص 202.

2- محمد صبري السعدي: مرجع سابق، ص 256 - 257.

