

المحاضرة رقم: 01

مدخل عام لنظرية الالتزام

أولا : أهمية نظرية الالتزام: إن لنظرية الالتزام أهمية عملية وأهمية علمية.

1- الأهمية العملية لنظرية الالتزام

- أنها تتضمن القواعد العامة التي تنظم العلاقات القانونية المتعددة والمتنوعة التي تنموج بها الحياة الاجتماعية،
- فهي أساس القانون المدني بل القانون الخاص بفروعه المختلفة وعلى الخصوص القانون التجاري الذي يعتبر قانونا عمليا للالتزامات المتشابكة،
- تستمد معظم فروع القانون العام كالقانون الإداري، والقانون الدولي العام الكثير من قواعدها من مبادئ نظرية الالتزام،
- هذا بالإضافة إلى الاتصال الوثيق بين نظرية الالتزام وبين الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تتفاعل داخل المجتمع.

2- الأهمية العلمية لنظرية الالتزام

- تظهر في كونها لا تتضمن سوى مبادئ كلية ليس فيها مكان لخصوصيات أو تفصيلات، فهي كما يقول الأستاذ بلانيول المجال الرئيسي للمنطق القانوني، حيث يواجه الالتزام في ذاته بصرف النظر عن الطبيعة الخاصة لموضوعه، وبذلك تتميز قواعد نظرية الالتزام بطابع نظري جعلها حقا خصباً للمنطق القانوني. وهكذا فإن نظرية الالتزامات تعتبر بمثابة العمود الفقري للقانون بجميع فروعه، وأن دراستها تعتبر من أهم الدراسات القانونية، ونظرا لهذه الأهمية فقد خصها المشرع الجزائري بكتاب بأكمله هو الكتاب الثاني: "الالتزامات والعقود"، (من المادة 53 إلى المادة 673 من القانون المدني).

ثانيا: تعريف الالتزام

تعددت تعريفات الفقه للالتزام، فعرف على أنه: "علاقة قانونية ذو قيمة مالية"، أو: "رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها المدين تجاه الدائن بمنح شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل"، وتسمى العلاقة القانونية ذات القيمة المالية بالالتزام إذا نظرنا إليها من جانب المدين، وهو شقها السلبي، في حين يطلق عليها تسمية حق الدائنية إذا نظرنا إليها من جانب الدائن أي شقها الايجابي. كما عرف أيضا بأنه: "واجب قانوني خاص يحمل المدين على القيام بأداء ذي قيمة مالية - عمل أو امتناع عن عمل - للدائن".

ولكن حتى وإن كان الالتزام علاقة قانونية ذو قيمة مالية، فهذا لا يعني أن كل الحقوق المالية تدخل في نطاقه، إذا يجب التمييز بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية، فالأولى سلطة مباشرة يخولها القانون للشخص على شيء معين، بينما الثانية رابطة قانونية بين شخصين أو أكثر يلتزم بمقتضاها أحدهم ويسمى المدين بالقيام بشيء لفائدة الطرف الثاني ويسمى الدائن. وهكذا فالحق العيني يخرج من نطاق الالتزام.

ثالثا: مواصفات الالتزام

يتميز الالتزام بالمواصفات التالية: فهو علاقة قانونية، ذات قيمة مالية، تربط بين شخصين.

1- الالتزام علاقة قانونية: فالالتزام يترتب آثار تتمثل في اكتساب الحقوق وتحمل واجبات نحو الغير تحظى باعتراف المجتمع وحمايته لها. عكس العلاقة الأخلاقية أو الأدبية أو الدينية.

2- الالتزام علاقة ذات قيمة مالية: فيجب أن يتعلق بواجب ذي طابع مالي، وهو الشيء الذي يلتزم به المدين وهو إما أن يكون بالإعطاء كما في التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري بقصد استيفاء ثمنه، أو بالعمل، كما هو التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر، أو بالامتناع عن العمل كما في التزام التاجر ألا يزاحم منافسا له في التجارة

3- الالتزام علاقة بين شخصين: يجب أن تكون هذه العلاقة بين شخصين موجودين ومعينين على الأقل وقت تنفيذ الالتزام أحدهما دائن والآخر مدين. وإذا كان الكل متفق على أن الالتزام علاقة بين شخصين فأكثر وأنها تتناول مصالح مالية، فهناك خلاف حول الأهمية التي يكتسبها كل عنصر، وفي هذا الصدد نميز بين تصورين، لنحدد من خلالهما موقف المشرع الجزائري.

أ- المذهب الشخصي:- المدرسة الفرنسية-

يرى الفقيه سافيني "أن الالتزام ليس إلا رابطة شخصية تخضع المدين للدائن "أي" سلطة للدائن على المدين "فالدائن بناء على هذا التعريف يمنح سلطة على شخص المدين تشبه إلى حد كبير السلطة التي يخولها الحق العيني لصاحبه، وبالتالي يستطيع الدائن وفقا لهذه السلطة واقتضاء للحصول على حقه

من المدين في حالة امتناعه عن التنفيذ أن ينفذ على جسم المدين، وهذا ما كان عليه الحال إبان القانون الروماني القديم، أما **بلانيول**، فهو يعرف الالتزام: "بأنه علاقة قانونية بين شخصين، بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدين"، يظهر من تعريف الفقيهين أن معيار الالتزام يتمثل في العلاقة الشخصية الموجودة بين الطرفين، والتي تحول للدائن نوعا من السلطة على شخص المدين، قد تقيد من حريته وقد تستغرقها تماما، فالمدين هو الشخص ذاته وليس ذمته المالية. ويترتب على هذا التصور عدة نتائج منها:

- لا يمكن إنشاء إلتزام دون وجود طرف دائن وآخر مدين وقت إنشائه؛

- الإرادة المنفردة ليست مصدر للالتزام، لأن أحد الشخصين غير موجود وقت إنشاء الالتزام، وهو الدائن عادة؛

لا يسمح بالاشتراط لمصلحة الغير، كما لا تجوز حوالة الدين و لا حوالة الحق.

ب - المذهب المادي: - المدرسة الجرمانية-

حيث تعطي الأولوية في الالتزام للعنصر المالي، لأن العلاقة القانونية هي علاقة بين ذمتين ماليتين قبل أن تكون علاقة بين شخصين، فالالتزام يمثل حقا في ذمة الدائن ودينا في ذمة المدين فهو علاقة مالية مستقلة عن طرفيها.

ويرى **جيبيرك** وهو من أشهر فقهاء الألمان أن فكرة الالتزام لا تتم بوجود الرابطة الشخصية بين الدائن والمدين بقدر ما تتم بمحل الالتزام، فالعنصر الأساسي في الالتزام هو محله بحيث أصبح الالتزام عنصرا ماليا أكثر مما هو رابطة شخصية، ويترتب على هذا التصور بعض النتائج منها:

- الاعتداد بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام؛

- جواز الاشتراط لمصلحة الغير وكذا حوالة الدين أو الحق .

ج- موقف المشرع الجزائري من المذهبين

اعتنق القانون المدني الجزائري النظرية الشخصية كالقوانين اللاتينية والعربية وجعلها هي الأصل، وهذا يظهر من خلال نص المادة 54 مثلا: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". ومع ذلك المشرع الجزائري لم يهمل الجانب الموضوعي و النظرية المادية بل أعطاها نصيبا من أحكامه. فنص على حوالة الدين، وعلى الوعد بالجائزة الموجه للجمهور، وعلى الاشتراط لمصلحة منتفعين لم يوجدوا بعد، وأخذ بمعايير مادية مثل معيار الغبن في البيع والقسمة، وأخذ بالإرادة الظاهرة في كثير من المواضيع بقصد استقرار التعامل بين الناس، كما فعل في بقاء التعبير عن الإرادة بعد موت صاحبه أو فقد أهليته. واعتبر الإرادة المنفردة مصدر للالتزام كما ما نصت عليه المادة 123 مكرر: "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير".

رابعا: **تقسيمات الالتزام:** تعددت تقسيمات الالتزام: هناك تقسيم من حيث الأثر وهناك تقسيم من حيث المحل وهناك تقسيم من حيث المصدر.

1- تقسيم الالتزام من حيث الأثر: يشمل تقسيم الالتزام من حيث الأثر: الالتزام المدني والالتزام الطبيعي.

أ- **الالتزام المدني:** وهو الالتزام الذي يستفيد من الحماية القانونية الكاملة، حيث يكون للدائن - إذا اقتضى الأمر - الحق في مطالبة المدين أمام المحاكم المختصة، وله كذلك أن يكرهه بشتى الطرق القانونية لتنفيذ التزامه.

ب- **الالتزام الطبيعي:** هو الالتزام الذي لا يستفيد من الحماية القانونية الكاملة، إذ لا يمكن إكراه المدين على تنفيذ التزامه. ويعتبر الالتزام الطبيعي من الحقوق الناقصة، أي الحقوق التي يعترف بها، غير أنه لا يعطي لصاحبها وسائل إكراه المدين على تنفيذها بل هي أصلا غير قابل للتنفيذ الجبري. فالالتزام الطبيعي إذن هو الالتزام قانوني حيث جعله المشرع محلا للوفاء، فلا يستطيع المدين أن يسترد ما أداه تنفيذا لالتزام طبيعي، كما أن تنفيذ الالتزام الطبيعي يعد وفاء لا تبرعا أو هبة، غير أن تنفيذه يكون دائما باختيار المدين ولا يخضع إلا لضميره. وفي هذا الشأن هناك من يرى أن الالتزام يتكون من عنصرين: - عنصر المديونية الذي يتضمن الدين. - وعنصر المسؤولية الذي يسمح بإكراه المدين على تنفيذ التزامه.

2- تقسيم الالتزام من حيث المحل: الالتزام من حيث المحل يشمل تقسيمين وهما التقسيم التقليدي والتقسيم الحديث.

أ- **التقسيم التقليدي:** هذا التقسيم ينظر فيه إلى نوع الأداء ذاته:

أ- **1- الالتزام بإعطاء أو منح:** وهو الالتزام بنقل حق عيني على عقار أو منقول، مثال ذلك التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع، وكذلك التزام المشتري بدفع الثمن، والتزام المستأجر بدفع الأجرة والمؤجر بتسليم المتزل إليه ليسكنه.

أ- **2- الالتزام بعمل:** ومضمونه أن يقوم المدين بعمل إيجابي معين لمصلحة الدائن، كالتزام الحامي برفع استئناف، والتزام المقاول ببناء مترل... إلخ. وقد

يكون العمل هو القيام بإبرام تصرف قانوني، كالالتزام الوكيل بأن يبرم العقد الذي تعهد بإبرامه نيابة عن موكله.

أ - 3- الالتزام بالامتناع عن عمل: ومضمونه أن يتمتع المدين عن عمل يملك القيام به قانونا، لولا وجود هذا الالتزام مثال ذلك: الالتزام بعدم المنافسة، والالتزام الرياضي إلا في النادي الذي يلعب فيه حتى نهاية مدة التعاقد، والالتزام المشتري لأرض ما بعد البناء فيها.

ب - التقسيم الحديث: يقوم التصنيف الذي استحدثه الفقيه الفرنسي ديموج Demogue مع مطلع القرن الماضي على النتيجة التي يتعهد بها المدين، فقد يلتزم نحو الدائن بتحقيق غرض أو نتيجة معينة، وقد يقتصر تعهده على بذل عناية فقط بغض النظر عن تحقق النتيجة أو عدم تحققها.

ب-1- الالتزام بتحقيق نتيجة: الالتزام بنتيجة أو الالتزام بتحقيق غاية هو التزام يتعهد المدين بمقتضاه بتحقيق نتيجة أو غاية محددة، وما لم يتحقق هذه النتيجة يكون المدين مسؤولا أمام الدائن لكونه لم يقوم بتنفيذ التزامه، فالشخص في مثل هذا الالتزام مدين بتحقيق نتيجة معينة، بحيث يفترض خطأه ومن ثم مسؤوليته لمجرد أن الغاية المنتظرة والتي هي محل التزامه لم تتحقق، كما نصت على ذلك المادة 176 ق.م. ومن أمثلة الالتزام بتحقيق نتيجة: التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع، والالتزام أمين النقل بتسليم البضاعة في المكان المتفق عليه.

ب-2- الالتزام ببذل عناية: لا يهدف الالتزام ببذل عناية أو الالتزام بوسيلة إلى تحقيق غاية معينة، وإنما يتعهد المدين ببذل جهد وعناية للوصول إلى الغرض، سواء أتحقق هذا الغرض أو لم يتحقق، فالطبيب مثلا يلتزم بمعالجة المريض دون أن يضمن الشفاء، ويتمثل محله في الجهد أو العناية التي يبذلها المدين في تنفيذ التزامه، وأما النتيجة التي ترمي إلى تحقيقها هذه الجهود فهي خارجة عن الالتزام في حد ذاته، وقد نصت المادة 172 ق.م على ذلك. ويجب أن يكون هذا المقدار من الجهد أو العناية المبذولة بقصد تحقيق الغرض مماثلا للجهد الذي يبذله الرجل العادي. وقد أخذ المشرع بهذا التقدير المجرد في عدة حالات، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 495 ق.م: "يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة، وأن يحافظ عليها مثلما يبذلها الرجل العادي"، ونصت المادة 576 ق.م: "يجب دائما على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي".

وأما الفائدة من هذا التمييز فهي تتعلق بعبء الإثبات: ففي الالتزام ببذل عناية يجب على الدائن أن يثبت أن المدين لم يبذل في تنفيذ التزامه الجهد أو العناية المطلوبة، وأما مسؤولية المدين في الالتزام بنتيجة فإنها تقوم لمجرد عدم تحقق النتيجة، دون حاجة لإثبات الخطأ.

3- تقسيم الالتزام من حيث المصدر

يشمل تقسيم الالتزام من حيث المصدر تقسيم المشرع ويقوم على السبب المباشر للالتزام وهناك تقسيم الفقه الحديث الذي يشمل المصادر الإرادية والمصادر غير الإرادية.

أ - تقسيم المشرع

يقصد بالمصدر السبب المباشر للالتزام، ولقد جاء في القانون المدني الجزائري في عرض الأسباب لمشروع الأمر المتضمن القانون المدني أنه بخصوص مصادر الالتزام اعتمدت اللجنة مشروع القانون الفرنسي-الإيطالي. هذا المشروع الذي صدر سنة 1927 تفاديا للنقائص والانتقادات التي وجهت للقانون المدني الفرنسي والقانون المدني الإيطالي، وقد تأثر هذا المشروع بالتقنيات العصرية خاصة تلك المستعملة في القانون الألماني والسويسري، وعند الاطلاع على التقنين الجزائري المدني يتضح لنا أن المشرع لم يأخذ بالمشروع الفرنسي-الإيطالي، بل بقي متأثرا بالقانون الفرنسي، فأقر المصادر التالية: القانون، والعقد، والفعل المستحق للتعويض، وشبه العقود.

ب - تقسيم الفقه الحديث: فتقسيم الفقه الحديث يشمل المصادر الإرادية، والمصادر غير الإرادية.

ب-1- المصادر الإرادية

هي تلك التي تكون فيها الإرادة السبب المنشئ للالتزام سواء كان ذلك بإرادة منفردة أو باتفاق إرادتين. ويطلق كذلك على هذه المصادر الإرادية تسمية الأعمال أو التصرفات القانونية والتي تنقسم بدورها إلى قسمين: أ - العمل أو التصرف القانوني من جانب واحد، أو الالتزام بإرادة منفردة ب - العقد.

ب-2 المصادر غير الإرادية

تتمثل المصادر غير الإرادية في الأقوال أو الأفعال الإرادية وغير الإرادية المنشئة للالتزام، والتي يترتب عليها القانون آثارا، ففي حالة الفعل الإرادي تنسب الآثار للفعل لا للإرادة، لأن الفاعل لا يرغب في إنشاء الالتزام، أما بالنسبة للقول فإنه يكون دائما إراديا، غير أن إرادة الشخص لم تنصرف إلى تحمل الالتزام بل انصرفت إلى التعدي على شخص فقط، وقد تكون هذه المصادر غير الإرادية أفعالا أو أقوالا غير مشروعة، وقد تكون أفعالا نافعة كالفضالة، وقد تكون من فعل الطبيعة، ويطلق على هذه الأقوال والأفعال تسمية الوقائع القانونية، وتتميز عن الوقائع المادية التي لا يترتب عليها القانون آثارا.

المحاضرة رقم: 02

المصادر الإرادية للالتزام

المقصود بمصدر الالتزام سبب نشوئه، أي الواقعة التي يترتب على حدوثها نشوء الالتزام، وقد قسم فقهاء القانون منذ القدم مصادر الالتزام إلى خمسة مصادر وهي: العقد، وشبه العقد، والجرعة أو الجنحة، وشبه الجريمة، والقانون. وقد صنف فقهاء القانون هذه الأقسام الخمسة في طائفتين: مصادر إرادية للالتزام، وتضمن العقد، والإرادة المنفردة، ومصادر غير إرادية، وتضمن الفعل المستحق للتعويض، والإثراء بلا سبب، والقانون.

نظرية العقد (من المادة 54 إلى المادة 123 قانون مدني)

يشكل العقد أحد أهم مصادر الالتزام إطلاقاً، باعتباره الوسيلة المفضلة والأكثر استعمالاً في تنظيم العلاقات التبادلية الاقتصادية في المجتمعات الليبرالية، كما يعد بالنسبة للمجتمعات الاشتراكية وسيلة لتنفيذ المخططات الاقتصادية. وسنتناول دراسة العقد من خلال أربع أبواب: الأحكام العامة، تكوينه، آثاره، انحلاله.

الباب الأول: الأحكام العامة للعقد (من المادة 54 إلى 58 قانون مدني)

الفصل الأول: تعريف العقد

العقد لغة: كلمة تفيد الربط بين أطراف الشيء وجمعها، وأما بين الكلامين فيراد به العهد. وقد عرفه المشرع من خلال المادة 54 من القانون المدني الجزائري بقوله: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما"، وواضح أن هذا التعريف يتضمن العقد والالتزام معاً، ذلك أنه إذا كان موضوع العقد هو إنشاء الالتزام فموضوع الالتزام هو عمل إيجابي أو سلبي.

ملاحظة: إذا كان كل عقد اتفاق فليس بالضرورة أن يكون كل اتفاق عقد، فحتى يكون كذلك يجب: - أن يكون خاضعاً لأحكام القانون المدني بصفته الشريعة العامة، - وأن يكون متعلقاً بمصالح مالية. وتأسيساً على ذلك يخرج من دائرة العقود الاتفاقات التي يبرمها أشخاص القانون العام، مثل المعاهدات الدولية والعقود الإدارية وكذلك العقود الواردة في قسم الأحوال الشخصية كالزواج والتبني. - وأن يهدف إلى إحداث آثار قانونية أي أن يحدث وضعاً جديداً يترتب حقوق وواجبات لم يكسبها ولم يتحملها المتعاقدان من قبل، وما لم يهدف الاتفاق إلى إحداث هذه الآثار فلا يعد عقداً.

الفصل الثاني: تطور نظرية العقد

إن نظرية العقد يحكمها مبدأ أساسي يسمى بـ "مبدأ سلطان الإرادة"، وقد إزدهر هذا المبدأ في ظل المذهب الفردي، ثم شهد الكثير من التقييدات في ظل المذهب الاجتماعي.

أولاً: إطلاق مبدأ سلطان الإرادة في ظل المذهب الفردي

شهد مبدأ سلطان الإرادة وبالنتيجة حرية الأفراد في التعاقد مع مطلع القرن السابع عشر رواجاً وتجسيدا هائلاً، وذلك على إثر تفشي المذهب الفردي، الذي لعبت فيه الثورة الفرنسية - التي اعتنقت مذهب روسو -، دوراً رائداً في ترسيخه وتوطيد دعائمه، ودانت له السيطرة والسيادة في المجال السياسي والاقتصادي والقانوني إلى أن بلغ ذروته خلال النصف الأول من القرن التاسع عشر. فقد انحصرت سلطات الدولة في أضيق الحدود احتراماً للحرية الفردية، واقتصرت على القيام بدور سلبي بحيث لا تتدخل إلا بالقدر اللازم للمحافظة على الأمن حتى باتت تعرف بالدولة الحارسة. وعلى الصعيد الاقتصادي، فإن تقديس الحرية الفردية بات يعني إقرار الحرية الاقتصادية الكاملة، أي ترك المجال الاقتصادي مفتوحاً أمام النشاط الفردي الحر. وأما في دائرة القانون، جرى التعبير عن الحرية التي تسود المذهب الفردي من خلال اعتناق مبدأ سلطان الإرادة الذي مفاده أن الإنسان لا يلزم إلا بمحض إرادته وفي الحدود التي يريدها وبالكيفية التي يختارها.

وقد استند مبدأ سلطان الإرادة في هذه الفترة على عدة اعتبارات: فمن ناحية، فإن أحداً لا يمكن أن يسعى بإرادته إلى أمر لا يتفق مع مصالحه والعقد باعتباره تعبير عن إرادة الأشخاص لا بد أن يكون مطابقاً ومحققاً لمصالحهم. فما يقبله الشخص بإرادته لا بد أن يكون عادلاً. وفي هذا الصدد يقول الفيلسوف "فوييه": "من قال عقداً فقد قال عدلاً".

ومن ناحية ثانية، فإن الحرية العقدية القائمة على سلطان الإرادة هي خير سبيل لتحقيق الانتعاش الاقتصادي. ولذلك فإن أي نزعة تدخلية من جانب الدولة بفرض القيود على النشاط الاقتصادي بعيداً عن حرية المبادرة الفردية، إنما هو عمل سيئ ولا بد أن ينتهي إلى عرقلة النمو الاقتصادي.

ثانيا: تقييد مبدأ سلطان الإرادة في ظل المذهب الاجتماعي

لقد كان لتغلغل وانتشار المبادئ الاشتراكية والاجتماعية، الأثر البالغ في تغير وظيفة الدولة من جانبين: أولهما أنها أصبحت تتدخل في الميدان الإقتصادي عن طريق تسييره أو توجيهه مما جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد أصبحت توصف بالدولة المتدخلة. وتمثل الجانب الثاني في تكفل الدولة واهتمامها بحماية المتعاقد الضعيف اقتصاديا و إجتماعيا، مما جعل العقد يخرج من نزعة الفردية إلى نزعة جماعية، حيث أصبح العقد الذي كان يعتبر مجرد شأن للمتعاقدين يهم المجتمع ككل، فالعقد يعتبر وسيلة من وسائل الحياة الجماعية، وأداة لتحقيق النفع العام.

* فبعدما كان الشخص لا يلزم إلا بمحض إرادته، أصبح القانون يفرض عليه بعض العقود (العقود الإجبارية أو المفروضة) - كعقد التأمين -

* وبعدما كان المتعاقد حرا في إختيار كيفية إبرام العقد تطبيقا لمبدأ الرضائية، تدخل المشرع وفرض الشكلية في بعض العقود كعقد بيع العقار مثلا.

* وبعدما كان المتعاقد يفرض الشروط التي يريدها، أصبح القانون يتولى تنظيم بعض العقود ويحدد مضمونها فيما تسمى بالعقود المنظمة كعقد العمل الذي يحدد فيه سن العمل، ومدة ساعات العمل، وأيام الراحة والعطل السنوية، والأجر الأدنى... إلخ. وعقد الاستهلاك الذي فرض فيه المشرع مجموعة من الالتزامات لحماية المستهلك (الالتزام بالضمان، الالتزام بالسلامة، الالتزام بالمطابقة، الالتزام بالإعلام). وعليه يمكن القول أن هذه التقييدات قد ساهمت في الانتقال من سلطان الإرادة إلى سلطان القانون.

ونشهد اليوم توجه جديد في وظيفة الدولة حيث أصبحت تسمى بالدولة الضابطة، هدفها ضبط التوازن بين مختلف الفاعلين في السوق.

الفصل الثالث: تقسيمات العقود

هناك تقسيم من وضع المشرع وتقسيم من وضع الفقه.

المبحث الأول: تقسيم المشرع

اعتمد المشرع في تصنيف العقود على التقنين المدني الفرنسي الذي ميز بين العقد الملزم للجانبين، والعقد الملزم لجانب واحد، والعقد المحدد والعقد الاحتمالي، وعقد المعاوضة وعقد التبرع.

المطلب الأول: العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

أولا: التعريف

1- العقد الملزم للجانبين:

عرف المشرع العقد الملزم للجانبين في المادة 55 ق م: "يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا."، فالعقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي هو ذلك العقد الذي يترتب على عاتق المتعاقد بين التزامات متقابلة ومرتبطة بعضها ببعض، بحيث يكون كل متعاقد - وفي نفس الوقت - دائنا ومدينا نحو المتعاقد الآخر، فبالباع يكون مدينا بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، وهو في نفس الوقت دائنا له) بسبب ما التزم به (بشمن هذا المبيع، وفي المقابل يكون المشتري مدينا للبائع بشمن المبيع، ودائنا له بنقل ملكية المبيع.

ملاحظة: إن تقابل الالتزام لا يعني دائما ان العقد ملزم للجانبين، بل يجب أن تنشأ هذه الالتزامات المتقابلة في وقت واحد - أي وقت إبرام العقد - كعقد الوديعة الذي يلزم المودع لديه بحفظ الشيء لمدة معينة ثم يردّه، ويلتزم المودع مقابل ذلك بتسليم الشيء ودفع الأجرة. وأن تكون الالتزامات من مصدر واحد، أي نفس العقد مثال السابق: أن التزام المودع برد النفقات مصدره القانون وليس عقد الوديعة، ومن ثم لا يعتبر عقد الوديعة المجانية عقد تبادليا، رغم تقابل الالتزامات أي التزام المودع لديه بحفظ العين المودعة والتزام المودع برد المصاريف.

2- العقد الملزم لجانب واحد:

عرفه المشرع في المادة 56 ق م: "يكون العقد ملزما لشخص واحد أو لعدة أشخاص، إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الآخرين". فالعقد الملزم لجانب واحد هو الذي يترتب التزامات على أحد المتعاقدين دون الآخر، بحيث يكون أحدهما دائنا والآخر مدينا.

ثانيا: التمييز بينهما

- سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر في العقود الملزمة للجانبين، و في العقد الملزم لجانب واحد السبب هو التزام سابق أو نية التبرع.
- إذا امتنع المتعاقد عن تنفيذ التزامه جاز للمتعاقد معه في العقود التبادلية دون العقود الملزمة لجانب واحد أن يطالب بفسخ العقد.
- عند امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه يحق للمتعاقد الثاني أن يتمتع بدوره عن تنفيذ ما لزم به إذا كان العقد ملزما للجانبين، وهذا ما يسمى

" بالدفع بعد التنفيذ " وهذا غير ممكن في العقود الملزمة لجانب واحد.

- إذا استحالت تنفيذ العقد الملزم للجانبين، يتحمل المدين هذه التبعة، في حين يتحملها الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد.

المطلب الثاني: العقد المحدد والعقد الاحتمالي

أولا: التعريف

1- العقد المحدد: عرفه المشرع في نص المادة 57 فقرة 01 ق م: "يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له". فهو العقد الذي تكون فيه التزامات وحقوق المتعاقدين معينة ومحددة وقت إبرامه كعقد البيع الذي لا ينعقد ما لم يكن المبيع والثلث محددين.

2- العقد الاحتمالي: عرفه المشرع في نص المادة 57 فقرة 02 ق م: "إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر". فعلى عكس ما يحدث في العقد المحدد، لا يعرف المتعاقد في العقد الاحتمالي أو عقد الغرر - وقت انعقاد العقد - المقدار الذي يعطيه مقابل المقدار الذي يأخذه أو العكس، لأن هذا المقدار المقابل متوقف على حادث مستقبلي غير محقق الوقوع، أو تاريخ وقوعه غير محقق، إن الاحتمال أو الغرر المتمثل في حظ الربح أو الخسارة هو عنصر من عناصر العقد الاحتمالي بحيث يعني حتما ودائما كل المتعاقدين. وقد نظمها المشرع تحت عنوان "عقود الغرر"، وذكر منها: القمار والرهان، والمرتب مدى الحياة، وعقد التأمين.

ثانيا: أهمية التمييز بينهما

على عكس العقد المحدد يقوم العقد الاحتمالي على غرر، أي احتمال الكسب أو الخسارة ومن ثم يستبعد تطبيق أحكام الغبن على العقود الاحتمالية.

المطلب الثالث: عقد المعاوضة وعقد التبرع

أولا: التعريف

1- عقد المعاوضة:

عرف المشرع عقد المعاوضة في نص المادة 58 ق م: "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما". يتسم هذا التعريف بالمعوض إذ يخلط بين العقد التبادلي الذي يترتب التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين، وعقد المعاوضة الذي ينظر إليه من زاوية أخرى، وهي وجود عوض يتحصل عليه المتعاقد مقابل الالتزام الذي يتحمله، وبمعنى آخر فإن عقد المعاوضة هو ذلك العقد الذي يتحصل فيه المتعاقد على فائدة ذات قيمة مالية مقابل تنفيذ التزامه، بحيث لا يفتقر عند تنفيذ ما التزم به، فالبائع مثلا لا يفتقر لأنه يتحصل على الثمن الذي يعوض قيمة المبيع.

2- عقد التبرع:

تقابل عقود المعاوضة عقود التبرع التي لم يشر إليها المشرع الجزائري، ويعتبر العقد من عقود التبرع إذا التزم المتعاقد بمنح شيء أو القيام بفعل دون الحصول على مقابل ذي قيمة مالية، حيث يلتزم المدين نحو الدائن بقصد التبرع، كما هو الحال في العارية المجانية.

وتنقسم عقود التبرع إلى عقود تفضيل وعقود هبات، ففي عقد التفضيل يؤدي المتبرع فائدة دون أن يتخلى عن ملكية ماله، كالعارية حين يستفيد المستعير من استعمال الشيء دون أن يخلى المعير عن حقه في ملكية الشيء، أما في الهبات فإن المتبرع يتخلى عن ملكية ماله لفائدة المتبرع له، وقد عرف المشرع الهبة في المادة 202 من قانون الأسرة: "الهبة تملك بلا عوض"، فيقتضي عقد الهبة إذن تنازل المتبرع عن حقه الملكية لفائدة المتبرع له مجانا.

ثانيا: أهمية التمييز بينهما

- إن الغلط في الشخص يؤثر على صحة عقد التبرع لأن شخصية المتبرع له تكون - عادة - محل اعتبار على عكس عقود المعاوضة.

- تسمح المادة 192 ق م بالطعن في عقود التبرع عن طريق الدعوى البولصية حتى في الحالات التي يكون فيها المتبرع له ذي نية حسنة، في حين لا يمكن الطعن في عقود المعاوضة إلا إذا صدر عن المدين غش، وكان الطرف الآخر قد علم بذلك.

- تكون مسؤولية المتبرع عادة أخف من مسؤولية المعوض ونذكر على سبيل المثال المادة 592.

المبحث الثاني: تقسيم الفقه للعقود

المطلب الأول: من حيث تكوين العقود: تنقسم العقود من حيث تكوينها إلى ثلاثة أنواع العقد الرضائي، العقد الشكلي، العقد العيني :

أولا: العقد الرضائي: هو العقد الذي ينعقد بمجرد حصول اتفاق بأية كيفية كانت ودون إتباع شكل أو صيغة معينة. إن مبدأ الرضائية الذي تمخض

عن مبدأ سلطان الإرادة يترجم حرية المتعاقدين فيما يخص كيفية التعبير عن إرادتهما، فالعقد الرضائي ينشأ بمجرد تلاقي إرادتين سواء أكان التعبير عنهما شفاهياً، أو حركياً، أو كتابياً فالعبرة بالاتفاق ذاته لا بالطريقة التي تم بها.

ثانياً: العقد الشكلي: هو العقد الذي يشترط انعقاده إضافة إلى ركن التراضي احترام شكلية معينة وتعد هذه الشكلية ركناً من أركان العقد بحيث يمنع إغفالها قيام العقد وهذا ما قرره المشرع مثلاً: المادة 418 ق م " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كانت باطلاً "... والمادة 883 لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي "...

ثالثاً: العقد العيني: هو العقد الذي يشترط لانعقاده - زيادة على التراضي - تسليم الشيء محل العقد وما لم يتم هذا التسليم لا ينعقد العقد، ويعتبر تسليم الشيء ركناً من أركان العقد، وقد تفرض من قبل القانون، أو قد يشترطها المتعاقدان كأن يتفقا مسبقاً على أن تسليم الشيء واجب لانعقاد العقد إن مثل هذه العقود ضئيلة جداً، ويمكن على سبيل المثال ذكر عقد العارية في القانون الفرنسي الذي لا ينعقد إلا بتسليم المعير للمستعير الشيء المعار.

المطلب الثاني: من حيث تنفيذ العقود: يميز القانون بين العقود الفورية والعقود الزمنية

أولاً: التعريف

1- العقد الفوري: هو العقد الذي تحدد فيه التزامات المتعاقدين بغض النظر عن وقت تنفيذها، حيث لا يؤثر الزمن على مقدار الالتزامات التي يرتبها العقد على عاتق المتعاقدين، ويتم - عادة - تنفيذ هذه العقود دفعة واحدة وعلى الفور مما يبرر تسميتها هذه: كبيع جريدة مثلاً حيث يتسلم المشتري الجريدة فوراً ويدفع في نفس الوقت ثمنها. ولكن تأخير التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتالية بإرادة المتعاقدين المحضة لا ينال حتماً من طبيعة العقد، فبيع سيارة يتم تسليمها بعد 06 أشهر من يوم إبرام العقد لا ينال من الطبيعة الفورية للعقد، لأن عملية البيع لا تقتضي في حد ذاتها هذا الأجل من جهة ولأنه لا يؤثر على مقدار التزام المشتري ولا البائع من جهة أخرى، حيث يبقى هذا التأخير ملزماً بتسليم سيارة من نوع معين في أجل معين ومقابل ثمن معين، وإن طال هذا الجدل أو قصر فإنه لا يغير من التزامات الطرفين، ولا يعتبر عامل الزمن هذه الحالة عنصراً جوهرياً للعقد وإنما هو عنصر عرضي .

2- العقد الزمني: أو العقد الممتد هو الذي يكون فيه عنصر الزمن جوهرياً، حيث تقاس به التزامات المتعاقد أو محل العقد، فتكون التزامات المتعاقدين مقترنة دائماً بالزمن، ففي عقد الإيجار تحدد الأجرة على أساس مدة الانتفاع بالأماكن المؤجرة، ويكون مرتب العامل متصلاً ومرتباً تماماً بمدة العمل، فالعبرة في هذه النوع من العقود هي بالزمن، لأن على أساسه يحدد مقدار التزامات المتعاقد ولا يرجع تدخل عامل الزمن إلى إرادة المتعاقدين بل يفرضه طبيعة الأداءات بالاتفاق على بناء مسكن يقتضي حتماً مدة من الزمن لتنفيذه. ومن خصائص هذه العقود أن تنفيذها يستمر مدة من الزمن.

ثانياً: أهمية التمييز بينهما

- تكون العقود الزمنية عموماً قابلة للمراجعة بسبب الظروف الطارئة على عكس العقود الفورية؛

- ينسحب أثر الفسخ بالنسبة للعقود الفورية إلى الماضي بينما يرتب الفسخ أثره بالنسبة للعقود الزمنية في المستقبل فقط؛

- لا يؤثر وقف تنفيذ العقد الفوري مدة من الزمن في التزامات المتعاقدين من حيث مقدارها، على عكس العقود الزمنية، فإذا توقفت جريدة عن الصدور لمدة فصل فإن التزامات وحقوقها نحو المشتركين تنقلص بقدر الأعداد التي كانت ستصدر خلال الفصل؛

- إذا كانت المدة غير محدودة في العقود الزمنية يمكن إنهاؤها بإرادة منفردة .

المطلب الثالث: من حيث مساواة المتعاقدين: بعد تردد طويل انتهى الفقه إلى التمييز بين عقد المساومة وعقد الإذعان:

أولاً: التعريف

1- عقد المساومة: يترجم عقد المساومة النموذج التقليدي للعقد، حيث يتمتع فيه كل متعاقد بحرية كاملة في وضع شروط العقد وبنوده، إذ يساهم كل متعاقد في صنع الاتفاق، وله الحق في تقديم عروض تكون قابلة للنقاش من قبل المتعاقد الثاني.

2- عقد الإذعان: هو عقد يجلي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، يفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها، وترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي.

ثانياً: أهمية التمييز بينهما

- طبقاً لنص المادة 70 ق م، فإنه يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررّة أي قبول اضطراري بسبب التفاوت الاقتصادي بين

المتعاقدين، بينما يكون القبول في عقود المساومة مطابقا تماما للإيجاب ونتجاً عن حرية تامة. ولذلك فإن قبول الإيجاب مع إضافة أو إنقاص شرط في عقود المساومة يعد إيجاباً جديداً في حين يعتبر مثل هذا التعديل رفضاً في عقد الإذعان.

- يمكن للقاضي في عقد الإذعان - دون عقود المساومة - تعديل الشرط التعسفي، أو إعفاء المذعن من تنفيذه. المادة 110 ق م.

- يؤول الشك لصالح المدين، في حين يجب أن يكون تأويل العبارة غير ضار بمصلحة المذعن دائماً كان أو مديناً .

المطلب الرابع: من حيث الأحكام التي تدير العقود: يميز الفقه من هذه الزاوية بين العقد المسمى والعقد غير المسمى:

أولاً: التعريف

1- العقد المسمى: هو العقد الذي تولى المشرع تسميته وتعريفه وتنظيم أحكامه مثال العقود المتعلقة بالملكية (البيع، المقايضة، عقد شركة...)، أو العقود المتعلقة بالانتفاع (الإيجار و العارية) أو عقود الغرر أو الكفالة.

2- العقد غير المسمى: العقد غير المسمى هو العملية العقدية التي لم يتول المشرع تنظيمها ولا تسميتها ولا تعريفها بعد فهي عقود يصيغها المتعاقدان، خاصة وأن إرادتهما مستقلتان وحرتان لا يقيدهما إلا النظام العام وحسن الآداب.

ثانياً: أهمية التمييز بينهما

- يلتزم طرفا العقد بالقواعد الآمرة المنظمة للعقد في العقود المسماة، بينما يلتزم المتعاقدان في غير المسماة بالقواعد العامة التي تدير كل العقود فقط.

- يعتد القاضي في العقود المسماة بالقواعد المكملة عند إغفال المتعاقدين مسألة في العقد، في حين يبحث عن نية المتعاقدين في العقود غير المسماة.

المحاضرة رقم: 03

الباب الثاني: تكوين العقد (من المادة 59 إلى المادة 105 قانون مدني)

حتى يتكون العقد وينعقد إنعقادا صحيحا، لا بد له من تحقق ثلاث أركان وهي: التراضي، والمحل والسبب، ويضاف إليها ركن رابع في بعض العقود وهو الشكلية. وبخصوص المشرع الجزائري فإنه استعمل مصطلح شروط العقد، وهو بهذا قد أحلط بين الركن والشرط، فالركن يتعلق بوجود العقد ويترتب عن تخلفه البطلان المطلق، والشرط يتعلق بصحة الرضا، ويترتب عن تخلفه قابلية العقد للإبطال.

الفصل الأول: التراضي

ينص القانون المدني الجزائري في المادة 59 منه على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". من هذا النص يتضح أن العقد لا ينعقد إلا بتوافر طرفيه، بحيث يتبادل كل طرف فيه قبول مع الطرف الآخر... ولا بد أن تكون إرادتهما متطابقة تماما، وكما هو معروف أن الإرادة التي تنتج آثارها القانونية هي الإرادة الواعية الصحيحة التي لا يشوبها أي مانع أو عيب يعدها أو ينقصها. وعليه بعد تناول مسألة وجود التراضي التي تعد ركنا، يجب أن يكون التراضي صحيحا .

المبحث الأول: وجود التراضي

تعد الإرادة عنصرا جوهريا في التراضي الذي يتم عن طريق تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين.

المطلب الأول: الإرادة أساس التراضي

الإرادة ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن المفكر في اتخاذ موقف أو قرار يستند إلى أسباب واعتبارات معقولة، مما يستدعي وجود الإدراك وحسن التدبير عن صاحب الإرادة، ويميز علماء النفس بين عدة صور للإرادة، أما القانون لا يعتد إلا بالإرادة الجدية.

الفرع الأول: الإرادة الجدية

يقصد بالإرادة الجدية، تلك الإرادة الصادرة عن شخصية قانونية تتمتع بالأهلية، وأن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث آثار قانونية .

أولا :إرادة شخصية قانونية مؤهلة

أ - اكتساب الشخصية القانونية:

الأشخاص القانونية نوعان: الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري أو المعنوي، والشخص الطبيعي هو الإنسان، ومنذ سقوط نظام الرق الذي كان يحرم العبيد من الشخصية القانونية، وباستثناء بعض المحكوم عليهم ببعض العقوبات الجنائية، كالموت المدني، أصبح كل إنسان، يتمتع بالشخصية القانونية من يوم ولادته إلى يوم وفاته، أما الشخص الاعتباري فليس له وجود حقيقي، فوجوده مفترض فقط . وقد نصت المادة 49 قانون مدني: "الأشخاص الاعتبارية هي: الدولة والولاية والبلدية؛ المؤسسات والدواوين العامة، ضمن الشروط التي يحددها القانون؛ المؤسسات الاشتراكية، والتعاونيات، والجمعيات، وكل مجموعة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية.

ب - أهلية التعاقد:

تضمنت المواد 42 إلى 44 ق م القواعد العامة التي تحكم الأهلية، وتضمن المادة 78 المبدأ الذي يقضي بأن: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون". ويكون الشخص عديم الأهلية إذا انعدمت لديه الإرادة المدركة كالصبي غير المميز والمجنون، و المعتوه، ومثل هؤلاء لا يمكن أن تنسب إليهم إرادة يعتد بها القانون.

ثانيا :انصراف الإرادة إلى إحداث آثار قانونية

يجب أن تنصرف إرادة الشخص إلى إحداث آثار قانونية، أي أن يكون راجعا في ارتباط بحالة قانونية، فالإرادة الجدية هي التي يسعى من خلالها إلى تحمل واجبات نحو شخص آخر، أو اكتساب حقوق على الغير، أو التنازل عن حقوق مكتسبة، فيلتزم صاحبها بواجبات تنفذ جبرا إذا اقتضى الأمر.

الفرع الثاني: الصور المختلفة للإرادة: إن الإرادة كما سبق مسألة نفسية، يتم الكشف عنها بطرق التعبير المختلفة لفظا أو كتابة... الخ، وقد يحدث أحيانا أن لا يعبر اللفظ أو الكتابة أو الإشارة عن المعنى الحقيقي الذي كانت تتجه إليه الإرادة، فيثار حينها التساؤل حول أي الإرادتين يعتد ويأخذ بها، الإرادة النفسية الباطنة أم الإرادة الظاهرة كما تم التعبير عنها ؟ وفي سبيل ذلك ظهرت نظريتين نعرضهما ثم بين موقف المشرع الجزائري فيما يلي:

أولاً: آراء الفقهاء

1- أنصار الإرادة الباطنة: يستند أصحاب هذا الرأي على عدة أدلة نذكر منها:

- يتضح من مضمون المادة 59 ق م أن المشرع يشترط تطابق الإرادتين ولو كانت العبرة بالتعبير عن الإرادتين لقال المشرع: "العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان تعبيرين متطابقين عن إرادتيهما".

- تقرر المادة 81 ق م الغلط كعيب من عيوب الرضا وهذا يعني لاعتداد بالإرادة الباطنة، حيث أن الغلط هو وهم يقوم في ذهن الشخص.

- تشترط المادة 97 ق م مشروعية السبب، والتطرق إلى هذه المسألة - أي المشروعية - يقتضي فحص الباعث أو الدافع للتعاقد، وهذا يعني كذلك أن العبرة بالإرادة الباطنة.

- بمقتضى المادة 98 الفقرة الثانية فإن: "السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورة السبب ... وتنفذ أحكام هذه المادة أن العبرة بالإرادة الباطنة وإلا تثبت صورة السبب.

- تلزم الفقرة الثانية من المادة 111 ق م القاضي عند تأويله للعبارات الغامضة في العقد بالبحث عن " النية المشتركة" فالعبرة إذن هي بالإرادة الباطنة.

2- أنصار الإرادة الظاهرة: يستدل أصحاب هذا الرأي بالحجج التالية:

- أشار المشرع في المواد 59 و 60 و 61 ق م إلى التعبير عن الإرادة الذي يقصد به صراحة الإرادة الظاهرة.

- ترتب أحكام المادة 62 ق م آثار على التعبير عن الإرادة الصادر من شخص فقد أهليته أو توفي بعد ذلك، ولو كانت العبرة بالإرادة الباطنة لسقط التعبير عن الإرادة بمجرد وفاة صاحبه أو فقدائه لأهليته.

- يشترط في إبطال العقد بسبب التدليس أو الإكراه الصادر من غير المتعاقدين، أن يكون المتعاقد عالماً بذلك علماً حقيقياً أو حكماً، وهذا يعني أن أساس العقد هو الإرادة الظاهرة.

- يلتزم القاضي طبقاً للمادة 111 ق م بعبارة العقد الواضحة والتي تمنعه من البحث عن إرادة المتعاقدين، وهذا أن العبرة بالإرادة الظاهرة.

- تسمح المادة 198 ق م لدائني المتعاقدين والخلف الخاص - إذا كانوا حسني النية - أن يتمسكوا بالعقد الصوري، أي الإرادة الظاهرة.

- أما بخصوص المادة 98 الفقرة الثانية ق م المتعلقة بالسبب، فالمبدأ فيها هو الاعتداد بالإرادة الظاهرة، والاستثناء هو الرجوع إلى الإرادة الباطنة..

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من النظريتين (الإرادة التي يمكن التعرف عليها)

يتضح من الحجج السالفة الذكر، والتي تقدم بها الفقهاء دعماً لآرائهم، أن أحكام القانون المدني تتأرجح بين نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة، والراجح أن الإرادة التي يعتد بها المشرع هي الإرادة الباطنة الخالية من كل غش والتي تتفق مع العرف، وظروف المعاملات، والثقة التي يرحوها كل متعاقد. فالعبرة إذن ليست بنظرية وإرادة أحد المتعاقدين دون الآخر، وإنما بنظرتهما المشتركة التي يتم الاتفاق عليها. فلا تكون العبرة بالإرادة الباطنة كما يريد صاحبها، ولكن بالإرادة الباطنة كما يفهمها الغير، وهذا يتطلب ثقة متبادلة بين المتعاقدين والنية الحسنة منها. وبالتالي فإن المشرع لم يأخذ لا بالإرادة الظاهرة ولا بالإرادة الباطنة المحضة، وإنما يأخذ بما يسمى بالإرادة التي يمكن التعرف عليها عند التعبير عنها.

الفرع الثالث: التعبير عن الإرادة

أولاً: طرق التعبير عن الإرادة: لقد جسدت المادة 60 ق م مبدأ الرضائية، وأعطت للشخص الحرية التامة في الكيفية التي يعبر بها عن إرادته، فقد تكون باللفظ، أو الكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفاً، أو باتخاذ موقف.

- اللفظ: كل كلام يتفوه به الشخص مباشرة أو بواسطة الهاتف، وبأي لغة كانت بشرط أن يفهمها المتعاقدان.

- الكتابة: عرقية أو رسمية، بخط اليد أو بالآلة الراقنة، في شكل رسالة أو تيلكس أو تيليغراف، أو في شكل الكتروني.

- الإشارة المتداولة عرفاً: كهز الرأس أفقياً ويدل على الرفض، أو هزه عمودياً ويفيد الموافقة.

- اتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالاته: كعرض البضائع للبيع، أو توقف سيارة الأجرة في محطة المسافرين

- التعبير الصريح والتعبير الضمني في ضوء الأحكام القانونية

لقد أعطى المشرع بعض الصور للتعبير الضمني، منها ما جاء في المادة 318 ق م التي تنص: "ويعتبر إقراراً ضمناً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً للوفاء بالدين". ولقد أخذ المشرع بنفس الحل في المادة 590 ق م إذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة

مع علم المؤجر اعتبر الإيجار قد تجدد بالشروط الأولى... ويعتبر هذا التجديد الضمني مجرد امتداد للإيجار الأصلي." وتنص المادة 192 من قانون الأسرة: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها." وخلاصة القول يبدو أن المشرع، في ضوء هذه الأحكام، قد أخذ بالتعريف التقليدي الذي يبدو أن التعبير الصريح هو الذي يتم عن طريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة، بينما ينحصر التعبير الضمني في اتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالته.

ثانياً: آثار التعبير عن الإرادة:

1- وقت حدوث الآثار القانونية: تنص المادة 61 ق م: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك". إذا كان طرفي العقد في نفس المجلس فإن التعبير ينتج أثره حين صدوره، أما إذا كان التعاقد برسالة مثلاً، فلا ينتج التعبير أثره (القبول)، إلا عند اتصاله بعلم من وجه إليه، وقد وضع المشرع قرينة بسيطة مفادها أن وصول التعبير دلالة على العلم به، وهي قرينة قابلة لإثبات العكس.

ملاحظة هامة: إن هذه القاعدة تكون ذات أهمية عملية إذا كان التعبير عن الإرادة قبولاً أو إلتزاماً بإرادة منفردة، أما إذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً فتكون القاعدة عديمة الفائدة، لأن وفاة الموجب أو فقدانه لأهليته سيمنع حتماً القبول من ترتيب أثره، فهو لن يصل إلى علم الموجب.

2- أثر موت الشخص أو فقدانه لأهليته، على التعبير الصادر عن إرادته: تنص المادة 62 ق م: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل". ومعنى هذا أن موت المعبّر أو فقدانه لأهليته لا يؤثر على صحة التعبير، فينتج أثره وقت اتصاله بعلم من وجه إليه، غير أن هذا الحكم يستبعد في حالتين:

- إذا تعارضت طبيعة التعامل مع هذه القاعدة، كأن يكون شخص المتعاقد محل إعتبار. (كالتعاقد مع طبيب جراح، أو فنان، أو محامي... الخ).
- إذا كان التعبير يتضمن ما يخالف هذه القاعدة، كأن يحتاط صاحب التعبير لنفسه، فيقيّد آثار التعبير عن إرادته ببقائه على قيد الحياة أو كامل الأهلية.

المحاضرة رقم: 04

المطلب الثاني: تطابق الإرادتين

يقصد بتطابق الإرادتين، تطابق الإيجاب مع القبول.

الفرع الأول: الإيجاب

أولاً: مفهومه: هو العرض الصادر من شخص يعبر بوجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد، وعليه ينعقد العقد في كثير من الحالات بناء على دعوة موجهة من أحد الطرفين أو دعوة موجهة إلى الجمهور كالإعلان عن البضائع عن طريق الصحف، أو العرض في وجهات المحلات، غير أن الدعوة إلى التفاوض لا تعد إيجاباً رغم أنه يشكل عمل مادي .

- يكون التعبير عن الإرادة إيجاباً متى توفر الشرطان الآتيان:

- أن يكون التعبير دقيقاً ومحدداً: فيجب أن يحتوي الإيجاب قطعاً على المسائل الجوهرية: ففي عقد البيع مثلاً تحديد الثمن والمبيع.
- وأن يكون باتاً من جهة أخرى (يعبر عن الإرادة القطعية).

ثانياً: إلزامية الإيجاب: نص المشرع بين الإيجاب المقترن بأجل، والإيجاب الصادر في مجلس العقد

1- الإيجاب المقترن بأجل: تنص المادة 63 ق م: "إذا عين أجل للقبول، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل. وقد يستخلص

الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة". فمن خلال هذا النص لا يمكن للموجب أن يعدل عن إيجابه ما لم ينقض الأجل المحدد.

2- الإيجاب الصادر في مجلس العقد: تنص المادة 64 ق م: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول، فإن

الشخص يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل. غير أن العقد ينعقد ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينقض مجلس العقد". ومعنى هذا أنه صدر القبول فوراً أصبح الموجب ملزماً بالبقاء على إيجابه، ومع ذلك وحتى ولو لم يصدر القبول فوراً فإن الإيجاب يبقى ملزماً مادام الموجب لم يتحلل من إيجابه وصدر القبول قبل أن ينقض مجلس العقد.

ثالثاً: سقوط الإيجاب

- في الإيجاب المقترن بأجل يسقط إما: بانقضاء الأجل دون صدور القبول، أو رفض الموجب له للإيجاب قبل نهاية الأجل المحدد للقبول.

- في الإيجاب الصادر في مجلس العقد يسقط إما: بانقضاء مجلس العقد دون صدور القبول، أو عدول الموجب عن إيجابه قبل أن ينقض المجلس.

الفرع الثاني: القبول

هو الرد الإيجابي من طرف الموجب له. فهو الإرادة الثانية في العقد إذ لا ينعقد العقد إلا باتفاق إرادتين وعلى هذا الأساس فإن لصحة القبول يستلزم توفر شرطين: أن يكون مطابقاً تماماً للإيجاب، وأن يصدر قبل سقوط الإيجاب. وللقبول بعض الصور الخاصة.

أولاً: مطابقة القبول للإيجاب: الأصل أن يكون التطابق كلي، ويجوز في حالات استثنائية التطابق الجزئي:

1 - الأصل: التطابق الكلي: فيجب أن يكون القبول مطابقاً تماماً للإيجاب، ومعناه صدور القبول بالموافقة على كل المسائل التي تضمنها الإيجاب، ويستوي أن تكون هذه المسائل رئيسية أو ثانوية أي أن يكون بالموافقة على جميع الشروط دون زيادة أو نقصان أو تغيير أو تعديل، فإذا تضمن رد الموجب له إضافة أو حذفاً فهذا يعد رفضاً للإيجاب، وهو في نفس الوقت إيجاب جديد بحاجة إلى قبول طبقاً للمادة 66 ق م.

2 - الاستثناء: الاتفاق الجزئي: يكون الاتفاق الجزئي منسجماً للعقد إذا توفرت فيه الشروط الآتية طبقاً لما نصت عليه المادة 65 ق م. وهي:

- اتفاق المتعاقدين على جميع المسائل الجوهرية. - إثارة مسائل تفصيلية دون الاتفاق عليها. - اتفاق المتعاقدين على أن يتفقا على هذه المسائل التفصيلية لاحقاً. - عدم اشتراطهما أن عدم الاتفاق على هذه المسائل التفصيلية لاحقاً يمنع قيام العقد.

وفي حال الاختلاف بعد قيام العقد على أحد المسائل التفصيلية، فإن المحكمة تفصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة، ولأحكام القانون (القواعد المكملة في العقود المسماة)، والعرف، والعدالة.

ثانياً: صدور القبول قبل سقوط الإيجاب:

معناه أنه يجب أن يكون الإيجاب ما يزال قائماً، فإذا كانت هناك مدة للإيجاب صريحة أو ضمنية تعين أن يصدر القبول قبل فوات هذه المدة، وإلا اعتبر

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

السكوت الملائس: نصت على هذه الحالة **المادة 68 ق م**: "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

ثالثا: صور خاصة للقبول

1- القبول في البيع بالمزاد العلني: وفق نص **المادة 69 ق م** لا ينعقد العقد إلا برسو المزاد، ويسقط المزاد بمزاد أعلى منه ولو كان باطلاً.

2- القبول في عقد الإذعان: وفق نص **المادة 70 ق م** يكون بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها.

الفرع الثالث: زمان ومكان تطابق الإرادتين

إن التعاقد بين غائبين هو الذي لا يجمع المتعاقدين في مجلس واحد يجعل بينهما اتصالا مباشرا حيث تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به. ويقع التعاقد بين غائبين عن طريق المراسلة أو رسول وقد يصدر القبول في مكان ويتم العلم به في مكان آخر، ومن هنا يثور التساؤل عن زمان وعن مكان التعاقد، وأهمية تحديدهما.

أولا: أهمية تحديد الزمان والمكان

1- أهمية تحديد المكان:

- قد يعتد المشرع بمكان إبرام العقد لتحديد المحكمة المختصة إقليميا للفصل في النزاع ومن ذلك نص **المادة 40 فقرة 08** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وكذا **المادة 39 فقرة 03** من نفس القانون.

- قد يستند المشرع إلى مكان إبرام العقد الدولي لتحديد القانون الواجب التطبيق، كما جاء في **المادة 18 فقرة 03 ق م**.

2- أهمية تحديد الزمان:

- يبدأ سريان بعض المواعيد من وقت تمام العقد: ومثاله دعوى الاستغلال ترفع في مدة سنة من يوم إبرام العقد **المادة 90 فقرة 02 ق م**. ودعوى الغبن في مدة **03 سنوات** من يوم إبرام العقد **المادة 358 ق م**.

ثانيا: تحديد الزمان والمكان:

لقد انقسم الفقه إلى أربع نظريات:

نظرية إعلان القبول والتي ترى بأن العقد ينعقد بقبول الإيجاب ممن وجه إليه، **ونظرية تصدير القبول** والتي ترى بأن العقد ينعقد بتصدير القبول إلى الموجب، **ونظرية تسليم القبول**، والتي ترى بأن العقد ينعقد في الوقت الذي يتسلم فيه الموجب فعلا القبول، **ونظرية العلم بالقبول** والتي ترى بأن العقد ينعقد في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول. وقد أخذ المشرع الجزائري في **المادة 67 ق م** **نظرية العلم الحكمي** الذي يستخلص من وصول القبول إلى الموجب، إذ تنص: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

الفرع الرابع: أهم الصور الخاصة للتراضي

وهي المقصود بالتطبيقات الخاصة بالتراضي وأهما النيابة في التعاقد، الوعد بالتعاقد، التعاقد بالعربون، التعاقد الإلكتروني.

أولا: النيابة في التعاقد:

هي إبرام شخص يسمى النائب عملا قانونيا لحساب شخص آخر وباسمه يسمى الأصيل بحيث ينتج هذا العمل القانوني آثاره مباشرة في ذمة الأصيل. وتنقسم النيابة من حيث مصدر سلطة النائب إلى اتفاقية (عقد الوكالة)، وقضائية (نيابة المقدم عن المحجور عليه)، وقانونية (نيابة الولي عن القاصر).

ويشترط لقيام النيابة ثلاثة شروط وهي:

- أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل عند إبرام العقد: ومعنى هذا أن إرادة النائب يجب أن تكون إرادة سليمة خالية من العيوب، فالعبرة في تقدير صحة العقد هي بسلامة إرادة النائب وليس الأصيل، فحتى ولو كان الأصيل عديم أو ناقص الأهلية فهذا لا يؤثر في صحة العقد وفقا للمادة **73 ق م**.
- أن يتعاقد النائب باسم ولحساب الأصيل: فالنائب لا يتعاقد باسمه، وإنما يباشر عملية التعاقد باسم الأصيل طبقا لنص **المادة 74 ق م**، ومن ثم

وجب أن يكون المتعاقد معه على علم بصفة النائب طبقا لنص **المادة 75 ق م**.

- أن يلتزم النائب حدود نيابته: فمسند النيابة سواء العقد أو القانون يحدد للنائب حدود ونطاق النيابة أي مجال التصرفات التي يمكنه إبرامها، فعقد الوكالة في النيابة الاتفاقية تحدد فيه مهمة الوكيل بدقة، وقانون الأسرة حدد صلاحيات الولي والمقدم والوصي. ولذلك فإن التصرفات التي يبرمها النائب خارج حدود نيابته لا تنصرف إلى الأصيل بل يتحملها النائب إلا إذا أقرها الأصيل.

هل يجوز تعاقد الشخص مع نفسه؟: إن المشرع الجزائري و طبقا لنص **المادة 77 ق م** يمنع تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل، لكن يجوز ذلك في حالة مراعاة قواعد التجارة، أو إجازة الأصيل لذلك لاحقا.

ثانيا: الوعد بالتعاقد:

الوعد بالعقد وفق ما تصرح به **المادة 71 ق م**، اتفاق يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، فالوعد بالتعاقد عقد بمعنى الكلمة يهمل بإبرام عقد آخر وهو العقد الموعود به وهذا الوعد قد يكون ملزما لجانبين، كما قد يكون ملزما لجانب واحد،

- ويشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد: الشروط العامة لكل عقد على اعتبار الوعد بالعقد عقد، وشروط خاصة نصت عليها **المادة 71 ق م** وهي:

أن تعين في الوعد جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه. وأن تعين المدة التي يجب خلالها إظهار الرغبة في التعاقد، وإذا اشترط القانون لتمام العقد النهائي (العقد الموعود به) استفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الوعد بالتعاقد. (إذا كان العقد المستقبلي بيع عقار مثلا فهو من العقود الرسمية فيجب إفراغ الوعد أيضا في شكل رسمي والا كان الوعد باطلا).

آثار الوعد: يمر الوعد بمرحلتين:

المرحلة الأولى: تكون في الفترة مابين وقت إبرام الوعد و إظهار الموعود له رغبته في التعاقد في الوعد الملزم لجانب واحد، أو حلول الميعاد المحدد لإبرام العقد في الوعد الملزم لجانبين، في هذه المرحلة يترتب التزام شخصي على الواعد يتمثل في بقاء الواعد على التزامه بإبرام العقد المستقبلي.

- في هذه المرحلة لا يملك الموعود له سوى حق شخصي تجاه الواعد وهو مساءلة الواعد مدنيا في حال الإخلال بالتزامه، ومن ثم يبقى الشيء محل الوعد ملكا للواعد وله أن يتصرف فيه وتحمل تبعه هلاكه، ولا يملك الموعود له أي حق أو صلاحية على هذا الشيء.

المرحلة الثانية: تبدأ بعد إظهار الموعود له رغبته في الوعد الملزم لجانب واحد، أو حلول الميعاد المحدد لإبرام العقد في الوعد الملزم لجانبين، وهنا يصبح الواعد ملزما بتنفيذ وعده أي إبرام العقد الموعود به، فإذا رفض ذلك يكون قد نكل وهنا وجب الرجوع إلى نص **المادة 72 ق م**: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد". فطبقا لهذا النص فإن الموعود له يمكنه رفع دعوى قضائية، والقاضي إذا تأكد من توافر شروط الوعد وخاصة ماتعلق منها بشكل الوعد، فإنه يصدر حكما يقوم مقام العقد، أي لا يكون الموعود له بحاجة إلى حضور وموافقة الواعد على إبرام العقد المستقبلي، وإنما الحكم القضائي يحل محل العقد المستقبلي، غير أنه في بعض الحالات يكون الواعد قد تصرف في الشيء محل الواعد وانتقلت ملكيته إلى الغير حسن النية، كأن يتم بيع العقار بموجب عقد رسمي وتم شهوره بالحفاظة العقارية، هنا القاضي قد يتعذر عليه الزام الواعد بالتنفيذ العيني لعدم إمكانيته حماية للغير حسن النية، فلا يبقى حينها للموعود له سوى المطالبة بالتنفيذ بمقابل.

ثالثا: التعاقد بالعربون: العربون مبلغ من المال أو منقول من نوع آخر يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت التعاقد لممارسة حقه في العدول، أو لتأكيد انعقاد العقد خلال مدة زمنية محددة.

دلالة العربون: أو على ماذا يدل دفع العربون؟: للعربون دلالتين:

- 1- دفع العربون كمقابل للحق في العدول،** فإذا عدل من دفعه فقده، وإذا عدل من دفعه رده ومثله. وهذا مانصت عليه **المادة 72 مكرر ق م**.
- 2- دفع العربون لتأكيد انعقاد العقد،** وهنا يكون المبلغ المدفوع جزءا من الثمن، ولا يمكن لأي من المتعاقدين العدول، وإلا أمكن للمتعاقد الآخر إلزامه بتنفيذ العقد مادام ذلك ممكنا. - على أنه إذا لم يتفق المتعاقدان على المقصود من دفع العربون، فإنه وطبقا **للمادة 72 مكرر ق م**. يجب اعتباره بمثابة حق في العدول.

رابعا: التعاقد بواسطة الانترنت

إن التعاقد عبر شبكة المعلومات العالمية لا يختلف على العموم مع طريقة التعاقد التقليدية، فبدل التعبير عن الإرادة بالكتابة على الورق، يكون التعبير بكتابة

ترسل بواسطة وسائل الكترونية. ويتم التعاقد الالكتروني بوسيلتين أساسيتين: إما عرض للجمهور بواسطة الصفحة الإعلامية العالمية الواب، أو بواسطة عرض موجه لشخص في البريد الالكتروني.

غير أن هذا النوع من التعاقد يثير بعض الصعوبات العملية وهي تتعلق خصوصا بـ:

- تحديد شخص التعاقد من جهة فبالنسبة للمتعاقدين يتبادلان إرادتهما عن طريق الهوية الالكترونية، غير أن هذه الهوية ليست حقيقية، فهي من اختيار الشخص نفسه ولا تخضع لأية مراقبة أو مصادقة، فقد يكون التعاقد قاصرا مما ينال من سلامة الرضا. كما أن القبول عادة ما يكون بالضغط على الزر المبين على الشاشة تحت بند قبلت، فيكون الرضا شبه آلي دون ترو أو تفكير. وقد تدخل المشرع لتنظيم هذا النوع من العقود الالكترونية على ثلاث مراحل:

1- على مستوى القانون المدني بموجب تعديل سنة 2005، حيث وسع المشرع من مفهوم الكتابة بحيث تشمل الكتابة على الورق والكتابة الالكترونية وذلك في نص المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 01 قانون مدني.

2- سنة 2015 بإصدار القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، حيث حدد من خلاله المشرع شروط التوقيع وكيفية توثيق هوية الموقع وإثبات قبوله، كما حدد أيضا كيفية إثبات الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني والموقع وهو التصديق الالكتروني.

3- سنة 2018 بإصدار القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية، حيث حدد المشرع من خلاله شروط ممارسة التجارة الالكترونية، ومجالها حيث منع بعض المعاملات في نص المادة 03 منه وهي: لعب القمار والرهان واليانصيب، المشروبات الكحولية والتبغ، المنتجات الصيدلانية، المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية، كل سلعة تستوجب عقد رسمي.

المحاضرة رقم: 05

المبحث الثالث: صحة التراضي

لكي يستقر العقد نهائيا أن يكون التراضي صحيحا . وذلك بأن يكون التراضي صادرا من ذي أهلية وسليما من عيوب الإرادة، وهي الغلط والتدليس والإكراه، والاستغلال ولقد أضاف إليها المشرع الجزائري الغبن في المادة 91 ق.م غير أن الغبن في حقيقته ليس عيبا في الإرادة ولكنه عيب في العقد.

المطلب الأول: الغلط (المادة 81 ق م إلى المادة 85 ق م)

أولا: مفهومه: الغلط هو وهم يقوم في ذهن شخص يحمله على اعتقاد غير الواقع بمعنى أن تصور غير الحقيقة، وقد حاول المشرع الجزائري في المواد من 81 إلى 85 ق.م التوفيق بين قواعد القانون في قيام العقد على رضا صحيح ومقتضيات التعامل التي تتنافى مع جواز مفاجأة التعاقد بإبطال العقد، وعليه اشترط في الغلط الذي يوجب إبطال العقد أن يكون **جوهريا** طبقا لنص المادة 81 ق م، ويكون الغلط جوهريا إذا بلغ من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط طبقا لنص المادة 82 فقرة 01 ق م.

ثانيا: صور الغلط الجوهرية:

1- الغلط في صفة الشيء: نصت المادة 82 فقرة 02 ق م: "ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يرها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية.

2- الغلط في ذات أو صفات المتعاقد: نصت المادة 82 فقرة 03 ق م: "إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

3- الغلط في القانون: الغلط في القانون طبقا لنص المادة 83 ق.م. يعني أنه يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون. إذا توفرت فيه شروط الغلط طبقا لنص المادة 81 ق.م. غير أن هناك استثناءات ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 465 ق م: "لا يجوز الطعن في الصلح لغلط في القانون."

4- الغلط في الباعث: إن الغلط في الباعث بمفهوم النظرية الحديثة في السبب يخضع لنظرية الغلط الجوهرية دون سواها.

5- الغلط في القيمة: بالنظر إلى أحكام القانون المدني الجزائري، فإنه لا يمكن القول بالأخذ به كسبب من أسباب الإبطال، خاصة وأن المشرع الجزائري قد عالج مسألة التفاوت في الإلتزامات بين المتعاقدين، من خلال الغبن كعيب في بعض العقود فقط - حالة استثنائية، كما أنه إعتد بالاستغلال كعيب من عيوب الإرادة في المادة 90 ق.م.ج، ولكن لا يكفي هنا مجرد التفاوت في الإلتزامات ولكن يجب أن يكون التفاوت ناجما عن استغلال طيش بين أو هو المتعاقد المغبون.

ملاحظة: إذ وقع غلط في الحساب أو في الكتابة فإنه لا يؤثر في صحة العقد، ويكتفي باستدراكه وتصحيحه، وقد نصت على ذلك المادة 84 ق م بقولها: "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط وكذلك الأمر في زلات القلم في الكتابة فهي لا تؤثر في صحة العقد ولكن تصحح.

ثالثا: شروط التمسك بالغلط: طبقا لنص المادة 85 ق.م. فإنه لا يجوز لمن وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يستوجبه حسن النية، ولذلك فهو ملزم بالبقاء على العقد إذا أظهر المتعاقد الآخر حسن نيته واستعداده لتنفيذ العقد وفق ما كان يقصده المتعاقد الذي وقع في الغلط.

المطلب الثاني: التدليس (المادة 86 ق م إلى المادة 87 ق م)

أولا: تعريفه: التدليس أو الخداع هو استعمال حيلة توقع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، فهو غلط مدبر.

هل يغني عيب الغلط عن عيب التدليس: استقرت النظرية التقليدية على أن التدليس الذي يؤدي إلى إبطال العقد ينبغي أن يوقع المتعاقد في غلط، ولذلك رأى كثير من الفقهاء أن الغلط يغني عن التدليس، بل إن هناك تشريعات وضعية اكتفت بالغلط ولم تنص على التدليس. ولكن الذي يظهر أن نظرية الغلط لا تغني عن نظرية التدليس لما يأتي: - الغلط يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، أما التدليس فهو غلط مستثار. - الغلط في القانون لا يبطل عقد الصلح، في حين يمكن إبطاله عن طريق التدليس. - الغلط يترتب عنه الإبطال بينما التدليس الإبطال مع التعويض.

ثانيا: شروطه: شروط التدليس هي:

- استعمال طرق احتيالية بقصد الإيقاع بالغلط. - أن يكون الاحتياي دافعا لإبرام التصرف. - اتصال الاحتياي بالطرف الآخر.

ثالثا: عناصر التدليس: يتكون التدليس من عنصرين: عنصر مادي، وعنصر معنوي:

1-العنصر المادي: يتمثل العنصر المادي في الوسائل المختلفة التي تستعمل لتضليل المتعاقد ودفعه لإبرام العقد.

أ- **الحيل:** الحيل هي شتى الأعمال والأفعال والطرق المختلفة التي يستعين بها المدلس لإخفاء الحقيقة عن المدلس عليه وإيقاعه في غلط يحمله على إبرام العقد. فالعبرة في الحيل هي تضليل المتعاقد، بغض النظر عن الوسيلة المستعملة والتي لا يمكن حصرها .

ب- **الكذب:** قد يلجأ المدلس إلى الكذب لإخفاء حقيقته، ولا تعد الأكاذيب تدليسا إذا لم تعد ماهو مألوف بين الناس، إذ هناك من الكذب ماهو مباح والذي يدخل في باب مدح السلع والإشهار التجاري.

ج- **السكوت العمدي:** -الكتمان:- تنص **المادة 86** **فقرة 02** **ق م:** " يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

2-العنصر المعنوي: يتمثل العنصر المعنوي في نية التضليل والخداع عند المدلس، ويقضي هذا العنصر أن يكون الغرض من الحيل المستعملة بشتى أنواعها خداع المدلس عليه إيقاعه في غلط يدفعه للتعاقد .

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

المطلب الثالث: الإكراه (المادة 88 ق م إلى المادة 89 ق م)

أولا: مفهوم الإكراه: الإكراه هو ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد، والإكراه بهذا المعنى يفسد الرضا ولا يعدمه، فإرادة المكره موجودة، ولكنها معيبة بفقدانها لأحد عناصرها الأساسية وهو عنصر الحرية والاختيار. ولقد عرفه المشرع الجزائري في **المادة 88 ق م:** "بأنه الرهبة التي تبعت دون حق في نفس أحد المتعاقدين فتحمله على التعاقد".

يتضح من خلال نص المادة 88 أن العبرة في الإكراه ليس بالوسائل والتهديدات التي يلجأ إليه المتعاقد، وإنما العبرة بما تحدثه في نفس المتعاقد من رهبة وخوف، وقد اشترط المشرع أن تكون الرهبة بينة من جهة، وأن تكون بدون وجه حق أي غير مشروعة من جهة أخرى.

1- الرهبة البينة: حدد المشرع المقصود بها في **المادة 88** **فقرة 02 ق م:** "وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال...".

أ- **الخطر الجسيم:** هو خطر ذو عواقب وخيمة يخشاه المتعاقد نظرا لما قد يصيبه هو أو أحد أقاربه بإما بقتله أو حرق ممتلكاته، أو اختطاف أحد أبنائه أو أقاربه، أو التهديد بالمساس بشرفه أو عرضه، وتقاس جسامته الخطر بمعيار ذاتي حسب ماجاء في **المادة 88** **فقرة 03 ق م:** "ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه". فما قد يخيف الغني قد لا يخيف الفقير، وكذا الصحيح والمريض، وكذا الذكر والأنثى.

ب- **الخطر المحدق:** هو الذي قد يقع بين لحظة وأخرى، أما إذا كان مجرد خطر بعيد متراخي فإنه لا يفسد الرضا.

2- الرهبة غير المشروعة (بدون وجه حق): يشترط أن تكون الرهبة غير مشروعة بدفع المتعاقد إلى إبرام عقد لا يرغب فيه، لكن أحيانا قد تكون هناك رهبة مشروعة إذا ما أبرم العقد مثالا نتيجة:

أ- **النفوذ الأدبي الموجود بين المتعاقدين:** كعلاقة الأبوة بين الأب والابن، أو المصاهرة، أو علاقة الزوجية، أو العلاقة الوظيفية، فما يوجد بين هؤلاء من احترام وسلطة أدبية لا يعد إكراها لكونه مشروعا ومألوف. طالما كانت الغاية مشروعة أما التعسف واستغلال هذه السلطة فيعيب الرضا.

ب- **التهديد باستعمال حق:** الأصل أنه لا يعد التهديد باستعمال الحق إكراها، بشرطين:

- أن يكون الغرض مشروعا من جهة، كأن يهدد الدائن مدينه بحجز أمواله إذا لم يقوم برهن مسكنه ضمانا للدين، إما إذا تم تهديد السارق مثالا بتقديم الشكوى إذا لم يقوم بالاعتراف كتابة بدين أضعاف المبلغ المسروق، عنا الغرض غير مشروع ومن ثم يكون الرضا معيب.

- أن تكون الوسيلة مشروعة: فإذا كان الغرض مشروعا بينما الوسيلة غير مشروعة فيعد إكراها كان يلجأ المسروق إلى استعمال العنف لحمل السارق على الاعتراف كتابة بالمبلغ الذي سرقه. فهنا الغرض مشروع بينما الوسيلة غير المشروعة فيكون الرضا معيبا.

ثانيا: **الإكراه الصادر من الغير:** تنص **المادة 89 ق م** على أنه: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد،

إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه."

سؤال: هل يعد استغلال حالة الضرورة إكراها؟: يقصد بحالة الضرورة الضغط الذي تولده أحداث أو ظروف اقتصادية أو اجتماعية أو طبيعية تهيأت صدفة واستغلها الطرف الآخر لإبرام عقد لم يكن ليبرمه المتعاقد في الظروف العادية. كأن يرم الشخص عقد قرض بشروط مجحفة كونه بحاجة ماسة لأموال لأجراء عملية جراحية مستعجلة. حقيقة لم ينص المشرع على هذه الحالة في القانون المدني، بل اشترط أن يكون الإكراه مصدره المتعاقد أو الغير، ولكن معظم الفقه يرى بأن لامانع من اعتبار حالة الضرورة معيبة للرضا، طالما أن العبرة هي بسلامة الرضا.

المطلب الرابع: الاستغلال (المادة 90 ق م إلى المادة 91 ق م)

تنص **المادة 90 ق م** على أنه: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخرين، وتبين أن المتعاقدين المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقدين المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات المتعاقدين الآخرين..."

أولا: مفهوم الاستغلال:

الاستغلال لغة: هو الانتفاع من الغير بدون حق.

أما اصطلاحا: فهو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض، فللاستغلال إذن عنصران عنصر مادي وعنصر نفسي.

أ- العنصر المادي: قد يكون إما:

- التفاوت بين الالتزام والعوض: يتضح من **المادة 90 ق م**، أن للتفاوت صورتين: فقد يكون ما بين التزامات المغبون، وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد، كما هو الحال في عقود المعاوضة، وقد يكون التفاوت ما بين التزامات المغبون والتزامات المستغل كما هو الحال في العقود التبادلية، لكن إذا كانت العبرة هنا هي بتعادل ما التزم به المتعاقد مع ما تلقاه مقابل ذلك، فإن الكلام ينحصر في عقود المعاوضة دون غيرها. ويعتد المشرع الجزائري بالتفاوت الكثير، والذي يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في تقديره.

ب- انعدام العوض: يثار التساؤل عن مدى تطبيق نظرية الاستغلال على عقود التبرع، وبالرجوع لنص **المادة 90 ق م**، فإنها لم تستبعد هذه العقود من مجال تطبيقها، إذ العبرة بالدرجة الأولى هي بالضعف النفسي للمغبون، بينما الاختلال في تعادل التزامات المتعاقدين يعتبر النتيجة المترتبة على عملية الاستغلال، ومن ثم فإن العنصر المادي في عقود التبرع، يتمثل في الفرق بين الالتزامات التي يتحملها المتبرع والغاية المعنوية التي يسعى إلى تحقيقها، والتي تظهر في المقدار غير المألوف للمال المتبرع به من جهة، وثروة المتبرع من جهة أخرى، وهذا الأقرب لأحكام **المادة 90 ق م**.

2- العنصر النفسي: للعنصر النفسي مظهران، يتمثل المظهر الأول في الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقدين المغبون و يتمثل المظهر الثاني في استغلال المتعاقد معه لهذا الضعف.

أ- الضعف النفسي: يعتد المشرع في الضعف النفسي بحالتين هما: الطيش البين، و الهوى الجامح .

الطيش البين: هو حالة نفسية تعتري الشخص فتجعله يتخذ قرارات بدون تبصر كافي. ويتميز الطائش بالتسرع في تصرفاته دون حساب عواقبها.

الهوى الجامح: هو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد فتتال من سلامة القرارات التي يتخذها، فيميل النفس واشتهاؤها شيء ما، أو شخصا معينا يندفع معه المتعاقد المغبون ويسعى في تحقيق رغباته دون تبصر ومهما كان الثمن، غير مبالٍ بالأضرار التي قد تلحقه.

ب - استغلال ضعف المغبون: زيادة على الضعف النفسي، تشترط **المادة 90 ق م** أن يستغل المتعاقد هذا الضعف، فيدفع المتعاقد المغبون إلى إبرام العقد، والاستغلال هو الاستعمال الملائم لظروف معينة قصد الحصول على فائدة. وعليه فإن ما يقوم به المستغل هو عمل غير مشروع قد يسأل عنه مدنيا وأحيانا جنائيا. وقد نتساءل عن مدى تحقق الاستغلال إذا كان المتعاقد المستفيد لا يعلم بالطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد المغبون، وتعاقد معه بحسن النية، معتقدا أنه قام بعملية راجحة لا غير؟.

الراجح أن التفاوت الكبير بين التزامات المتعاقدين يفترض الاستغلال، فيستفيد المغبون من حماية قانونية. وإذا ثبتت سوء نية المتعاقد المستفيد يلزم زيادة على ذلك بتعويض الضرر الذي لحق المغبون .

ثانيا: الجزاء الذي يترتب على الاستغلال

إذا تحقق الاستغلال بعنصره المادي والمعنوي، فإنه يمكن للمتعاقد المغبون أن يطالب بإبطال العقد أو الإنقاص من التزاماته .
أ - دعوى الإبطال:

الإبطال حق للمغبون: طبقا لنص المادة 90 ق م، فإنه لا يجوز للمتعاقد المستغل أن يتمسك بإبطال العقد، ولا يمكن للقاضي أيضا أن يحكم به من تلقاء نفسه، حيث نصت: "... جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد ...".

السلطة التقديرية للقاضي: إذا تقدم المغبون بدعوى الإبطال وتأكد لدى القاضي تحقق الاستغلال فهل يلزم بالإبطال أم له أن يقضي بإنقاص التزام المتعاقد المغبون فقط ؟ إن مبادئ التقاضي تقيد القاضي بطلبات المتخاصمين، ومعنى ذلك أنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بأكثر من طلبات الخصوم، في حين يجوز له أن يقضي بأقل منها، وعليه يعتبر إنقاص التزام المتعاقد المغبون أقل درجة من إبطال العقد ، فللقاضي إذن أن يحكم بالإنقاص من التزامات المغبون عوض الإبطال، إلا إذا رأى القاضي بأن الإبطال أحسن وسيلة لرفع الغبن.

توقي دعوى الإبطال: طبقا لنص المادة 90 فقرة 03 ق م: فإنه يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذ عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن.

ب - دعوى الإنقاص:

إلى جانب إبطال العقد أقر المشرع وسيلة ثانية لرفع الغبن، تتمثل في الإنقاص من التزامات المتعاقد المغبون. ويلزم القاضي بدعوى الإنقاص التي يتقدم بها المغبون، حيث لا يمكنه أن يقضي بإبطال العقد لأنه أكثر مما طلب منه، وليس للقاضي إذن إلا أن ينقص من التزامات المغبون إذا تحقق وجود الاستغلال، أو أن يرفض الدعوى إذا لم يتحقق الاستغلال.

ج - ميعاد رفع الدعوى: طبقا لنص المادة 90 فقرة 02 ق م: فإنه يجب أن ترفع الدعوى (إبطال أو انقاص) خلال سنة من تاريخ إبرام العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

ثالثا: أحكام الغبن (عيب في بعض العقود)

طبقا لنص المادة 91 ق م فإنه: "يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود".

أ - مفهوم الغبن: هو العنصر المادي في الاستغلال أي عدم التعادل أو التفاوت بين ما يعطيه العاقد وما يحصل عليه، أو هو عدم التعادل بين الأداءات المتبادلة، ولم يأخذ به المشرع كقاعدة عامة في كل العقود، بل هو حالة استثنائية في بعض العقود فقط احتراماً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومنها:

1 - الغبن في بيع العقار: طبقا لنص المادة 358 ق م: "إذا بيع عقارا بغبن يزيد عن الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع"، ويجب أن ترفع دعوى تكملة الثمن خلال مدة 03 سنوات من يوم انعقاد البيع طبقا لنص المادة 359 ق م.

2 - الغبن في عقد المقايضة: وهذا بمقتضى نص المادة 415 ق م التي بتطبيق أحكام عقد البيع على عقد المقايضة.

3 - الغبن في عقد القسمة: وهذا بمقتضى نص المادة 732 ق م: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس ... ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذ أكمل المدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته".

مثال: إذا بيع عقار بثمن قدره 380 مليون سنتيم، ثم تبين أن ثمن المثل هو 500 مليون سنتيم فهنا نتبع الخطوات الآتية:

- حساب مقدار التفاوت: ثمن المثل (500 مليون سنتيم) - ثمن البيع (380 مليون سنتيم) = 120 مليون سنتيم

- حساب الخمس: $100 = 5/1 \times 500$

- نقارن بين مقدار التفاوت ومقدار الخمس فنجد: $100 < 120$ أي التفاوت يزيد عن الخمس فهنا يوجد غبن

- نرفع دعوى تكملة الثمن: القاضي يحكم بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل: أي التكملة إلى 400 مليون سنتيم، أي يحكم القاضي على المشتري بدفع مبلغ إضافي للبائع قدره 20 مليون سنتيم.

المحاضرة رقم: 06

الفصل الثاني: المحل (المادة 92 ق م إلى المادة 95 ق م)

يعتبر المحل الركن الثاني من أركان العقد، وقد وقع الخلاف بين الفقه حول ما إذا كان المقصود هو محل الالتزام أم محل العقد، والراجح وفق ما يرى الاستاذ علي فيلاي ان العبرة تكون بمحل الالتزام لان العقد ليس له في الحقيقة محل بل يرتب آثارا تتمثل في إنشاء التزامات، فلفظ "محل العقد" غير صحيح بل استعمل من ايجاز الحذف فقط، والأصح أن يقال: "محل الالتزام الناشئ عن العقد"، الذي يشترط فيه المشرع ثلاث شروط: أن يكون موجودا أو ممكنا، أن يكون معيناً، وأن يكون مشروعاً.

المبحث الأول: وجود أو إمكانية المحل

يعتد بشرط الوجود اذا تعلق محل الالتزام بنقل حق عيني أو مالي آخر أي التزام بمنح، ويعتد بشرط الامكان اذا تعلق بالتزام بفعل أو امتناع.

المطلب الأول: وجود المحل

يجب أن يكون الشيء محل الالتزام موجودا قبل نشوء الالتزام أو أثناءه حتى ينعقد العقد، وعدم وجود الشيء وهو حالة نادرة تحول دون قيام العقد لتخلف ركن من أركانه، ويرجع انعدام الشيء إلى حالتين: انعدام الشيء أصلاً أو هلاكه.

الفرع الأول: انعدام الشيء أصلاً أو هلاكه

أي إن الشيء محل الالتزام لم يكن موجوداً أصلاً، ولن يوجد مستقبلاً، كأن يبيع شخص سيارة غير موجودة تماماً، أما هلاك الشيء فمحل الالتزام كان موجوداً إلا أنه هلك، ويكون الهلاك إما بإتلاف أو إفساد أو استهلاك الشيء مادياً كاحتراق سيارة محل البيع، أو بفقدان الشيء لخصائصه ومميزاته التجارية، بحيث يصبح غير صالح للاستعمال. فإذا هلك الشيء قبل انعقاد العقد أو أثناءه يكون المحل غير موجود، أما إذا هلك الشيء بعد انعقاده فإن ذلك لا يؤثر على صحة العقد الذي ينشأ صحيحاً كما قضت بذلك **المادة 369 ق م**: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا بد للبائع فيه سقط المبيع واسترد المشتري الثمن...". ففي هذه الحلة يسقط البيع ولا يكون باطلاً، حيث يتعلق الأمر هنا بتحمل تبعة الهلاك، فبطالان العقد لا يكون إذن إلا بهلاك الشيء قبل إبرام العقد أو خلاله.

الفرع الثاني: المحل المستقبلي

يرجع التردد في إباحة التعامل في الأشياء المستقبلية إلى الغرر الذي قد ينطوي عليه مثل هذا التعامل، لأن الشيء المستقبل قد يوجد وقد لا يوجد، كبيع الثمار قبل نضجها، فقد تنضج مستقبلاً وقد لا تنضج. كما أن بيع المعلوم في الشريعة الإسلامية باطل، غير أنه إلى جانب هذه الاعتبارات الأخلاقية كثيراً ما تدعو الحياة الاقتصادية إلى التعامل في الأشياء المستقبلية فقد يلجأ أصحاب المراكب الصناعية إلى بيع قسط من منتوجاتهم قبل إنتاجها.

*** فالقاعدة:** يجب أن يكون محل الالتزام الناشئ عن العقد موجوداً قبل انعقاد العقد أو على الأقل وقت انعقاده

*** استثناء:** أجاز المشرع في نص **المادة 92 ق م** أن يكون محل الالتزام الناشئ عن العقد شيئاً مستقبلاً ومحققاً، وقد اشترط المشرع ضرورة أن يكون وجود المحل في المستقبل محققاً، والهدف من ذلك تفادي الغرر ما أمكن، فغالبا يكون المحل محققاً إذا كان يتوقف على تدخل المدين وإرادته ولا يتوقف على عامل طبيعي أو خارجي آخر ككسرة شقة لم يكتمل بناؤها بعد، أما إذا كان الوجود يتعلق بعوامل أخرى لا يتحكم فيها المتعاقدان فيكون غير محقق ككسرة ثمار قبل نضجها.

*** غير أن المشرع وإن أجاز التعامل في المحل المستقبلي، فإنه قد منع التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة واعتبره باطلاً ولو كان ذلك برضاه بموجب نص **المادة 92** فقرة **02 ق م**، وذلك لما فيه من مضاربة على حياة المورث.**

*** باستثناء عقد الوصية الذي يعد تعاملاً في تركة الإنسان قيد حياته، ومع ذلك أجاز المشرع في قوله: "إلا في الأحوال المنصوص عليها قانوناً".**

المطلب الثاني: المحل الممكن

إذا كان الالتزام يتمثل في عمل شخصي يتعهد به المدين فلا بد أن يكون ممكناً، وقد نصت على ذلك **المادة 93 ق م**: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً". والاستحالة نوعان: نسبية ومطلقة.

الفرع الأول: الاستحالة النسبية: لا يمنع هذا النوع من الاستحالة انعقاد العقد، لأن المحل يكون غير ممكن بالنسبة للمتعاقد لاعتبارات شخصية تخصه دون غيره كمرض أو لقلة الخبرة أو المهارة... إلخ، في حين يكون ممكناً بالنسبة للغير، وقد يبرأ المدين بسبب الاستحالة النسبية من التنفيذ العيني، غير

أنه يلزم بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه طبقا للمادة 176 ق م.

الفرع الثاني: الاستحالة المطلقة: يمنع هذا النوع من الاستحالة قيام العقد تماما، لأن الاستحالة ترجع إلى ذاتية المحل نفسه، بحيث يتعذر على كافة الناس القيام بمثل هذا العمل، ويكون المحل غير ممكن في مواجهة الجميع لاعتبارات موضوعية لا علاقة لها بشخص المتعاقد وقدراته. كأن يلتزم الشخص بالتنازل عن اسمه بمقابل، أو أن يلتزم محام بالطعن في قرار بعد انقضاء أجل الطعن، ويشترط حتى يبطل العقد أن تكون هذه الاستحالة المطلقة سابقة أو معاصرة لنشوء الالتزام، أما إذا طرأت بعد نشوء الالتزام فإنها لا تنال من صحته وإنما تجعل تنفيذه مستحيلا، فينقضي الالتزام طبقا للمادة 307 ق م.

المبحث الثاني: تعيين المحل

إن تعيين المحل أمر ضروري وطبيعي لوجود الالتزام، فإذا كانت معالم وحدود الالتزام غير واضحة يكون المدين غير مقيد بعمل أو الامتناع عن فعل أو بمنح شيء ما.

المطلب الأول: طرق تعيين المحل

أولا: تعريف أو وصف القيميات

يقصد بالقيميات الأشياء التي لا يوجد ما يماثلها في السوق ولا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، ويتم تعيينها بواسطة تعريفها أو عن طريق وصفها فلقد أخضعت المصالح الإدارية بعض الأشياء بتعريف إداري منظم من أجل تعيينها، كترقيم السيارات وعناوين المنازل، والأسماء التجارية. وقد نصت المادة 952 ق م: "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه....".

ثانيا: تعيين جنس ومقدار المثليات

يقصد بالمثليات الأشياء التي يوجد ما يماثلها في السوق ويقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وتنص المادة 94 ق م: "إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا". وأضاف المشرع في الفقرة الثانية: "وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط". إذن يتطلب تعيين المثليات حتما تحديد جنسها، ومقدارها، واحتياطا تعيين جودتها.

ثالثا: مبدأ القيمة الاسمية

تقضي أحكام المادة 95 ق م بأنه: إذا كان محل الالتزام نقود، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير. ومفاد هذه القاعدة أن المدين بمبلغ معين من النقود يكون ملزما برد المبلغ بغض النظر عن قيمة النقود الحقيقية وقت ردها وهذا ما يعرف بـ "مبدأ القيمة الاسمية".

المبحث الثالث: مشروعية المحل

إضافة إلى شرط الوجود والتعيين يجب أن يكون المحل مطابقا للنظام العام وحسن الآداب، ويترب على تخلف هذا الشرط الذي تضمنته المادة 93 ق م بطلان العقد. فإذا تعلق المحل بالالتزام بمنح أو نقل ملكية شيء فوجب أن يكون مما يجوز التعامل فيه، وإذا تعلق بالقيام بفعل أو الامتناع فوجب أن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

المطلب الأول: قابلية المحل للتعامل

يكون المحل غير مشروع ويبطل العقد إذا انصب على شيء غير قابل للتعامل، أو كان خارجا عن دائرة التجارة، والمقصود بذلك الأشياء التي تكون غير صالحة للتداول بين الناس، فلا تباع ولا تؤجر ولا تستعار ولا تستعمل استعمالا خاص ويرجع ذلك إلى طبيعة الشيء ذاته أو لحكم القانون.

الفرع الأول: الأشياء الغير قابلة للتعامل بطبيعتها

بمقتضى أحكام المادة 682 ق م فإن الأشياء التي لا يمكن التعامل فيها بطبيعتها هي: "تلك التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها". وبعبارة أخرى تكون الأشياء خارجة عن دائرة التعامل كلما استحالت حيازتها كأشعة الشمس أو مياه البحر أو الطيور الطليقة... إلخ.

الفرع الثاني: الأشياء الغير القابلة للتعامل بحكم القانون

وهي أشياء قابلة للحيازة الفردية وقابلة للتعامل بطبيعتها، غير أن القانون يمنع التعامل فيها بسبب الأخلاق، أو النظام العام، أو لاعتبارات أخرى مثل

النفع العام كالطرق والجسور والسكك الحديدية. فالأخلاق مثلا لا تسمح بالتعامل في جسم الإنسان، ولا في حياته ولا في صحته فهو من الأشياء المقدسة، فلا يباع ولا يشتري ولا يكون محلا للتمليك وهذا هو أيضا سبب حظر التعامل في الأعضاء والأنسجة.

المطلب الثاني: عدم مخالفة المحل للنظام العام والآداب

إن النظر إلى مشروعية محل الالتزام بعمل أو بعدم فعل شيء ما، يتم في ضوء مقتضيات النظام العام وحسن الآداب. ويقصد بالنظام العام مجموع المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية العليا في مجتمع ما في زمن ما، أما الآداب العامة فيقصد بها الأخلاق العليا في المجتمع، ويتميز النظام العام بتغيره من زمن إلى زمن، بل قد يختلف في الزمن الواحد من مجتمع إلى مجتمع آخر.

الفصل الثاني مكرر: السبب (المادة 97 ق م إلى المادة 98 ق م)

استحدثت المشرع الجزائري سنة 2005 بمناسبة تعديله للقانون المدني، عنوانا جديدا في الفقرة 02 مكرر بعنوان السبب، حيث كان سابقا يدرج المواد المتعلقة بهذا الركن ضمن ركن المحل، في حين أنهما ركنان مستقلان، وقد عرف مفهوم السبب تطورا من النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة.

المبحث الأول: النظرية التقليدية للسبب (السبب القسدي)

أولا: مفهومه: المقصود بالسبب في مفهوم النظرية التقليدية هو السبب القسدي، أي الغاية المباشرة أو الغرض المباشر. والسبب هو النتيجة الأولى التي يتحصل عليها المتعاقد عند تنفيذه التزامه، فالسبب القسدي بالنسبة للمشتري أو الغرض المباشر من تسديد الثمن هو امتلاك المبيع، أما بالنسبة للبائع فالغاية الأولى من تنفيذ التزامه هي الحصول على ثمن البيع، فالسبب بالنسبة لهذه النظرية هو سبب الالتزام وليس سبب العقد، وقد يتمثل سبب الالتزام في محل التزام المتعاقد الآخر، أو في الاستلام المسبق للشيء محل التعاقد أو الوفاء بالتزام سابق، أو في نية التبرع.

ثانيا: خصائص السبب القسدي: يتميز السبب القسدي ببعض الخصائص منها:

- السبب أمر داخلي للعقد، بل هو عنصر من عناصره فلا وجود لعقد هبة بدون نية التبرع، ولا وجود لالتزام البائع بنقل حق ملكية المبيع دون التزام المشتري بدفع الثمن، ويترتب على تخلف هذا الركن أي السبب انعدام العقد؛
- السبب واحد في كل صنف من العقود: فلا يتغير بتغير محل المعاملة، ففي كل العقود التبادلية مثلا سبب التزام المتعاقد هو محل التزام المتعاقد معه، كما أن السبب في جميع عقود التبرع هو نية التبرع؛
- السبب أمر موضوعي: باعتباره الغرض المباشر فإن السبب القسدي لا يتأثر بنوايا المتعاقدين.

ثانيا: شروط السبب القسدي

- وجود السبب: فهو ركن في العقد يترتب على تخلفه بطلان العقد
- صحة السبب: يجب أن يكون السبب صحيحا ، ولذلك يمكن تصور الغلط في السبب، أو صورة السبب.
- مشروعية السبب: وذلك بان يكون مطابقا للنظام العام والآداب العامة.

ثالثا: نقد النظرية التقليدية

على الرغم من الحجج التي قدمها فريق السببين الذي يتزعمه الفقيه الفرنسي كاييتان، إلا نظرية السبب القسدي هوجمت من طرف الفقهاء الذين ينتمون إلى مذهب اللاسبين الذي يتزعمه الفقيه بلانيول، ذلك أن تصور النظرية التقليدية ينسجم تماما مع مبادئ مذهب الفردية، الذي يكرس الحرية الفردية، حيث تكمن الوظيفة الأولى المسندة للسبب في حماية حرية المتعاقد هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه إذا كانت هذه النظرية صحيحة فيما يتعلق بوجود السبب فإنها لا تسمح بمراقبة مشروعيته لأن الوقوف عند الغرض المباشر دون النظر في الدوافع الشخصية للمتعاقدين يمنع مراقبة مشروعية السبب، الذي لا يمكن حينئذ إلا أن يكون مشروعاً، ولقد كانت هذه الانتقادات إلى جانب متطلبات المجتمع الحديث وراء ظهور تصور جديد للسبب.

المبحث الثاني: النظرية الحديثة للسبب (الباعث أو الدافع للتعاقد)

أولا: مفهوم الباعث: على عكس النظرية التقليدية أصبحت العبرة بسبب العقد لا بسبب الالتزام وأصبح الدافع هو السبب وليس الغرض المباشر، ويتمثل الالتزام في الاعتبار النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد فهي المبررات التي كانت وراء عزم وتصميم المتعاقدين على إنجاز العملية العقدية، وتختلف هذه الدوافع باختلاف الأشخاص وقد تعددت وتفاوتت من حيث أهميتها، فتكون حينئذ بالدافع الرئيسي وليس بالثانوي ولا يعتد إلا بالباعث الذي لولاه لما أقدم المتعاقد على إبرام العقد.

ثانيا: خصائص الباعث: يتميز الباعث أو الدافع بالخصائص التالية:

- الباعث أمر شخصي ونفسي يتعلق بنوايا المتعاقدين.
- الباعث أمر خارج عن عملية التعاقد، وهذا يستدعي البحث عنه خارج العقد مما يزيد في صعوبة إثباته فهو أمر نفسي غير واجب الإفصاح عنه.
- الباعث أمر متغير يختلف باختلاف الأشخاص والتصرفات القانونية، فقد يشتري المتعاقد محلا للتجارة أو للصناعة أو لتوسيع ثروته العقارية أو للترع به ليتيم... إلخ، وقد يفترض المتعاقد نقودا تلبية لحاجات عائلته وقد يفترضها من أجل المقامرة وقد يتبرع المرء بشيء ما ابتغاء مرضاة الله.

ثالثا: شروط الباعث

يخضع الباعث لشروط واحد وهو المشروعية، حيث يسمح النظر في مشروعية الباعث بمراقبة المعاملات من حيث مطابقتها للنظام العام الأخلاقي، والأدبي، والاقتصادي، والاجتماعي... إلخ. ولم تهتم النظرية الحديثة بوجود الباعث لسبب بسيط وهو أن التصرف دون باعث أمر لا يعقل إلا بالنسبة للشخص غير المميز، إلا أنها اهتمت بمشكلة صحة السبب، لكون الصورية وسيلة يلجأ إليها لإخفاء الحقيقة التي قد تكون غير مشروعة. وعليه فإن النظرية الحديثة كفيلة بمراقبة مشروعية السبب في حين أنها لا تهتم بوجوده، والغرض من ذلك هو تقديم حماية المجتمع على حماية الفرد،

المبحث الثالث: موقف المشرع الجزائري

يتحدد موقف المشرع من خلال الشروط التي يخضع لها السبب بمقتضى أحكام المادتين 97 و 98 ق م، حيث يظهر أن اهتمام المشرع قد انصب على مشروعية السبب، فالمادة 97 ق م تبطل العقد: "...لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب...". وأما المادة 98 ق م فتقتضي في فقرتها الأولى: "كل التزام مفترض أنه له سببا مشروعاً". وفي فقرتها الثانية: "السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه". فالعبرة إذن بمشروعية السبب لا بوجوده، مما يفيد أن المشرع أخذ بالنظرية الحديثة.

المبحث الرابع: إثبات السبب

إن المتعاقدين غير ملزمين بذكر السبب في العقد، خاصة وأن المشرع يفترض وجوده ولكن إذا تم ذكره فالمشرع يفترض أنه السبب الحقيقي ما لم يتم الدليل على غير ذلك.

أولا: افتراض السبب غير المذكور: تنص المادة 98 فقرة 01 ق م: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يتم الدليل على غير ذلك." فإغفال المتعاقدين ذكر السبب لا يمنع قيام العقد، حيث يفترض القانون وجود السبب ويعفي المشرع المتعاقد من إثبات وجوده، ولكن هذه قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها. أي ليس للعقد سبب مشروعاً. ويتحمل المتعاقد المدين - الذي يطعن في العقد بالبطلان - عبء إثبات السبب، أو عدم مشروعيته بكل الوسائل.

ثانيا: افتراض حقيقة السبب المذكور: تنص المادة 98 فقرة 02 ق م: "...ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإن قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعي". لقد وضع المشرع قرينة قانونية أخرى مفادها أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، وهذه كذلك قرينة بسيطة، حيث يجوز للمدين أن يثبت صورية السبب، التي تقتضي وجود سببين: سبب ظاهر، وهو السبب المذكور في العقد، وسبب خفي، وهو السبب الحقيقي، ويتحمل المدين عبء إثبات الصورية طبقا لقواعد الإثبات. كما يمكن لمن يهمه الأمر - إذا تحققت الصورية - أن يثبت أن للالتزام سببا آخر مشروعاً.