

نص المشرع الجزائري على مصادر الالتزام في الكتاب الثاني تحت عنوان الالتزامات والعقود، فتناول من الفصل الأول من الباب الأول القانون م53 ق م ج، وفي الفصل الثاني العقد م54 إلى م123، وفي الفصل الثاني مكرر الإرادة المنفردة م123 مكرر والمادة 123 مكرر1 من القانون المعدل رقم 10/05 المؤرخ في 2005/6/20، وفي الفصل الثالث الفعل المستحق للتعويض م124 إلى م140 تناول فيها المسؤولية عن الأفعال الشخصية والمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية الناشئة على الأشياء، بمراعاة أن بعض النصوص القانونية معدلة وأخرى مضاف إليها بنص مكرر، وفي الفصل الرابع شبه العقود م141 إلى م159 ق م ج، حيث تناول فيها الإثراء بلا سبب والدفع غير المستحق والفضالة.

__ سنتناول في هذا الملخص نظرية العقد كمصدر للإلتزام في القانون المدني الجزائري فقط، دون المصادر الأخرى.

نظرية العقد كمصدر للإلتزام في القانون المدني الجزائري

العقد(تعريفه - مبدأ سلطان الارادة- تقسيمات العقود)

أولاً:تعريف العقد لغة: العقد في اللغة له معاني كثيرة منها الربط والشد والتوثيق والأحكام والقوة والجمع بين شيئين، مما يجمعه ويتضمنه في الواقع معنى الربط، يقال عقد الحبل إذا شددت طرفيه وربطت بينهما، وعقدت اليمين أو النية على فعل شيء أو تركه إذا أكدتها وقويتها.

وعلى هذا المعنى جاء قوله تعالى "لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان".

تعريف العقد اصطلاحاً:

العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على تحقيق أثر قانوني معين، هذا الأثر قد يكون إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، كأن يتفق البائع والمشتري في عقد البيع على التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري في مقابل التزام المشتري بدفع الثمن.

ثانياً: شروط قيام العقد: يتضح من التعريف أن العقد يقوم على ثلاث أمور أساسية:

الأول: لا بد من تواجد إرادتين أو أكثر لا إرادة واحدة، فلا ينشأ العقد إلا إذا اتفقت إرادة طرفين أو أكثر في أحداث أثر قانوني معين.

الثاني: لا بد من التوافق بين إرادة أطراف العقد على الأثر القانوني المقصود، فالعقد ينشأ نتيجة تطابق الارادات أو التراضي على ترتيب نفس الآثار القانونية.

الثالث: لا بد وأن يتجه هذا التوافق إلى إحداث أثر قانوني، أي إنشاء رابطة قانونية موضوعها إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو انقضائه.

ولا بد أن تتوفر لدى الأطراف، نية استخدام الجزء القانوني التنفيذي مضمون العقد، ويتحقق ذلك من خلال اتجاه الارادات إلى إحداث أثر يرضي عليه القانون الذي يكفل احترامه بواسطة.

ثالثاً: دور الإرادة في العقد(مبدأ سلطان الارادة، القوة الإلزامية للعقد).

ا. تعريف مبدأ سلطان الارادة:

مبدأ سلطان الارادة هو كفاية توافق إرادتين لإنشاء الالتزام أي لانعقاد العقد، وأن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى التزامات التي يربتها العقد أي أن معناه حرية الارادة في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها.

من خلال هذا التعريف يتضح أن مبدأ سلطان الارادة يتضمن قاعدتين أساسيتين هما:

1- قاعدة الرضائية: وتعني كفاية الارادة لإنشاء العقد والتصرف القانوني بصفة عامة، دون إلزامها بشكلية معينة.

2- حرية الارادة في تحديد آثار العقد: الارادة المشتركة للمتعاقدين حرة في تحديد الآثار المترتبة على العقد(الالتزامات)، فبنود العقد هي من وضع المتعاقدين دون تدخل طرف آخر، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

ii. التطور التاريخي لمبدأ سلطان الارادة:

لم تعرف الشرائع القديمة كالقانون الروماني أو القانون الكنسي مبدأ سلطان الارادة ولم يصل هذا المبدأ إلا بعد تطور طويل بالأخص فيما يتعلق بكفاية الارادة في إنشاء التصرف دون الحاجة إلى شكل معين.

ففي القانون الروماني كان لتوافق الارادتين غير كافية لإنشاء التصرف فكان لا بد من القيام بإجراءات شكلية لانعقاد العقود، وسادت هذه الفكرة في القانون الروماني في عصوره المختلفة رغم ظهور الرضائية كمبدأ في إنشاء العقود.

وخلال العصور الوسطى كانت للكنيسة دور كبير في مبدأ سلطان الارادة إذ تنادي باحترام العهود والمواثيق وقررت أن كل اتفاق ملزم ولو افتقر لعنصر الشكل، وفي القرن 17 أوضح المذهب الفردي مبدأ سلطان الارادة، فكان سبب ازدهاره من خلال اعتبار الفرد محور القانون وأساسه وبلغ أوجه في القرن التاسع عشر.

أما في العصور الحديثة بظهور المذهب الاجتماعي الذي يرى أنصاره أن أساس القوة الملزمة للعقد يرجع إلى ضرورة الانتاج والتوزيع التي تحتم إبرام العقود وضرورة الاستقرار في التعامل، وبتأثير المذاهب الاشتراكية التي أرجعت القوة الملزمة للعقد إلى القانون، فالقانون أن يضع قيوداً على حرية التعاقد إذا ظهرت اعتبارات اجتماعية تطلب ذلك لتحقيق المصلحة الجماعية وبالأخص الحالات التي لا تتحقق فيها

المساواة الفعلية بين طرفي العقد كما في العلاقة بين العمال وأرباب العمل، وخوّل للقاضي سلطة تعديل العقد في بعض الحالات فالإرادة يمكن أن تنشئ العقد ولكن في حدود القانون.

III. النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة: تترتب على مبدأ سلطان الإرادة عدة نتائج وهي:

- 1- الالتزامات الإرادية هي الأصل: لا يلزم الشخص إلا بإرادته.
- 2- حرية التعاقد: فالمتعاقد له الحق في التعاقد أو عدم التعاقد دون إجباره في ذلك.
- 3- الحرية في تحديد آثار العقد: ف أطراف العقد لهم كافة الحرية في تحديد شروطه وآثاره.
- 4- القوة الملزمة للعقد: فالعقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون، وأساسهما هي مبدأ سلطان الإرادة.
- 5- مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد: فالإرادة لا تلزم إلا صاحبها بمعنى أن العقد لا ينشئ الالتزام إلا في ذمة أحد المتعاقدين أو كلاهما فلا يكون انشاء التزام في ذمة الغير، الذي لم يكن طرفاً بالعقد.

رابعاً: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

- 1- القيود الواردة على حرية التعاقد وعدم التعاقد
 - أ- النظام العام والآداب العامة: إذا ابرم عقد يخالف النظام العام والآداب العامة، فيكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لا يرتب أي أكثر.
 - ب- حرية عدم التعاقد: قد قيدت مع العقود الجبرية، كالعقود (عقود الاذعان، التأمينات الجبرية، التأمين على حوادث السيارات).
- 2- القيود على حرية تحديد آثار العقد: من تأثير الأفكار الاشتراكية، إن قامت القوانين بتحديد بنود وشروط بعض العقود بقواعد أمرية، من ذلك عقد العمل الذي تكاد تكون كل أحكامه منظمة بموجب قواعد أمرية، وكذلك -عقد الشركة- عقد التأمين-
- 3- القيود الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد:

نظرية الظروف الطارئة. م(107ق م)، تعديل الشروط التعسفية في عقود الاذعان. (م110ق م).
- 4- القيود الواردة على مبدأ نسبيته الأثر الملزم للعقد:

هناك حالات خاصة تجعل آثار العقد تمتد إلى الغير بقوة القانون. م. 565 ق. م. 580 ق. م. 507 ق. م.
- 5- تراجع مبدأ الرضائية في العقود:

م59 عدم كفاية الإرادة لإنعقاد العقد، وبالتالي قيد مبدأ الرضائية بمبدأ الشكلية في بعض العقود.

مثال: م 324 مكرر1 من ق. م.

رابعاً: تقسيمات العقود

تقسيم العقد من وضع المشرع وتقسيم من وضع الفقه

تقسيم المشرع

المطلب الأول: العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

1- العقد الملزم للجانبين:

عرف المشرع العقد الملزم للجانبين في المادة 55 ق م "يكون العقد ملزماً للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضاً". 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- دائناً ومديناً نحو المتعاقد الآخر، فالبائع يكون مديناً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، وهو في نفس الوقت دائناً له (بسبب ما التزم به) بثمن هذا المبيع، وفي المقابل يكون المشتري مديناً للبائع بثمن المبيع، ودائناً له بنقل ملكية المبيع.

2- العقد الملزم لجانب واحد:

العقد الملزم لجانب واحد هو الذي يترتب التزامات على أحد المتعاقدين دون الآخر، بحيث يكون أحدهما دائناً والآخر مديناً المادة 56 ق م.

ثانياً: التمييز بينهما

- سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين، في حين أن السبب في العقد الملزم لجانب واحد هو التزام سابق أو بنية التبرع.

- إذا امتنع المتعاقد من تنفيذ التزامه جاز له 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 يمتنع بدوره عن تنفيذ ما التزم به إذا كان العقد ملزماً للجانبين، وهذا ما يسمى "بالدفع بعد التنفيذ" وهذا غير ممكن في العقود الملزمة لجانب واحد.

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

المطلب الثاني: العقد التبادلي والعقد الإحتمالي

العقد التبادلي نصت عليه المادة 57 ف1 ق م، يكون العقد تبادلياً متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلاً لما يمنح أو يفعل له،

العقد الاحتمالي (عقود الغرر) يكون العقد احتمالياً حسب ما ورد في الفقرة 2 من المادة 57 من ق م "...إذا كان الشيء المعادل محتويًا 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.

مثال: ذكر المشرع تحت عنوان "عقود الغرر"، والرهن والمترتب مدى الحياة، وعقد التأمين وتقوم هذه على الربح والخسارة.

المطلب الثالث: عقد المعاوضة وعقد التبرع

1- عقد المعاوضة:

عرف المشرع عقد المعاوضة في المادة 58 ق م "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما"، يتسم هذا التعريف بالغموض 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، فبائع مثلاً 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 مجاناً.

ثانياً: 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 اخف من مسؤولية المعاوض ونذكر على سبيل المثال المادة 592.

تقسيم الفقه

المطلب الأول: من حيث تكوين العقود

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

أولاً: العقد الرضائي

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: 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 هذه الشكلية من قبل القانون، وقد 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 المعبر للمستعمر 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 متتابعة بإرادة المتعاقدين المحضبة 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 ولأنها لا تؤثر على مقدار التزام المشتري ولا البائع من جهة أخرى، حيث يبقى هذا الأخير 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:

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 ومرتبلاً تماماً بمدة العمل، فالعبرة في هذه النوع من العقود هي بالزمن، لأنه على أساسه يحدد مقدار التزامات المتعاقد ولا يرجع تدخل عامل الزمن إلى إرادة المتعاقدين بل تفرضه طبيعة الأداءات فالاتفاق على بناء مسكن يقتضي حتماً مدة من الزمن لتنفيذه.

ومن خصائص هذه العقود أن تنفيذها يستمر مدة من الزمن، كالانتفاع بالعين المؤجرة الذي يستمر طوال المدة المتفق عليها، وتكون بصدد عقد محدود إذا تم تعيين مدة العقد، وأما إذا أغفل المتعاقدان هذه المسألة فيكون العقد غير محدود المدة، وقد يتفق المتعاقدان على تكرار أداء الشيء .

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 التزاماتها 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

- 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 يملي 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

- يعد القبول في عقد الإذعان مجرد تسليم بشروط مقررة أي قبول اضطراري بسبب التفاوت الاقتصادي بين المتعاقدين، بينما يكون القبول في عقود المساومة مطابقاً تماماً للإيجاب وناتجاً عن حرية تامة.
- يمكن للقاضي في عقد الإذعان -دون عقود المساومة- تعديل الشرط التعسفي، أو إعفاء المذعن من تنفيذه.
- يعد قبول الإيجاب مع إضافة أو إنقاص شرط في عقود المساومة إيجاباً جديداً في حين يعتبر مثل هذا التعديل رفضاً في عقد الإذعان.
- 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 المسى والعقد غير المسى:

1- العقد المسى: هو العقد الذي تولى المشرع تسميته وتعريفه وتنظيم أحكامه مثال العقود المتعلقة بالملكية (البيع، المفاوضة، عقد شركة...) أو العقود المتعلقة بالانتفاع (إيجار العارية) أو الغرر أو الكفالة.

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

ثانيا: أهمية التمييز بينهما

- يلتزم طرفا العقد بالقواعد الآمرة المنظمة للعقد في العقود المسماة، بينما يلتزم المتعاقدان في العقود غير المسماة بالقواعد العامة التي تدير كل العقود فقط.
- يعتد القاضي في العقود المسماة بالقواعد المكملة عند إغفال المتعاقدين مسألة في العقد، في حين يجب عليه البحث عن نية المتعاقدين في العقود غير المسماة.

المطلب الخامس: من حيث انصراف آثار العقد نميز في هذا السياق بين العقد الفردي، والعقد الجماعي:

- 1- العقد الفردي: هو العقد الذي يتم بين شخصين أو أكثر وتنصرف آثاره إلى أطراف العقد فقط.
- 2- العقد الجماعي: لم يعرف العقد الجماعي انسجام العقد الفردي، حيث لا تزال حدوده غير واضحة فهناك من يرى أن الصبغة الجماعية تنصرف إلى مرحلة تكوين العقد، ومنهم من يرى أنها تنصرف إلى الآثار الجماعية للعقد، وفي الحقيقة فإن العقد الجماعي نوعان:

- النوع الأول: وهو العقد الذي يتم بين "عدة أشخاص" ليس لهم مصالح متناقضة، بل رغباتهم متحدة، كعقد الشركة، أو العقد المكون لجمعية حيث يلتزم الأقلية برأي الأغلبية.
- النوع الثاني: والمسمى "بالاتفاقات الجماعية" وهو قد يتم بين أطراف لهم مصالح متناقضة كالاتفاقات التي تتم بين النقابات وأرباب العمل، وتنصرف آثارها إلى كل العمال بما فيهم أولئك الذين لم يرضوا بمضمونه.

أركان العقد

أولاً: ركن الرضاء "le consentement" التراضي

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

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

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

ويتعين لتوافر الرضاء وجود الإرادة، فإذا انعدمت الإرادة انعدام الرضاء واستحال توافر التراضي نتيجة لانعدامه، فلا يتوفر لرضاء إذا اصدر عن غير مميز كالمجنون وصغير السن، وفاقد الوعي بسبب عرض مرض أو سكر أو تحذير أو تنويم، فهؤلاء عديموا الإرادة.

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

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

- وجود الإرادة والتعبير عنها.

- تطابق الإرادتين.

- بعض صور خاصة للتراضي.

- وجود الإرادة والتعبير عنها:

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

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

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

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

- بالإرادة في دائرة المجاملات الاجتماعية، كدعوة صديق إلى وليمة، أو التعهد لآخر لتقديم خدمة مجانية، وكل الاتفاقات التي تقوم داخل الأسرة دون أن تنطوي على نية الالتزام.

- ولا بالإرادة الهازلة أو المقترنة بتحفظ يعلمه الشخص الآخر، ولا بالإرادة المتعلقة على المشيئة ولا الإرادة الصورية، فليست هناك في هذه الصور إرادة جدية بل أنها غير موجودة أصلا، فهي لم تتجه إلى إحداث إثار قانوني معين.

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

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

أ- طرق التعبير عن الإرادة

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

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

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

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

فيجوز حينئذ أن تكون التعبير عن الإرادة ضمنياً م 60 ق م ج، إلا إذا أستلزم المشرع في أن يكون صريحاً أو أتفق الطرفان على ذلك باتخاذ شكلاً معنياً.

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

السكوت هو موقف سلبي بحت لا يمكن التعبير به عن الإيجاب، لأن الإيجاب هو العرض الذي يتقدم به أحد المتعاقدين لآخر تاركاً له أمر قبوله أو رفضه؛ وهو أول مرحلة من مراحل العقد، فالعرض يتضمن بياناً واضحاً "لطبيعة الصفقة وشروطها" والسكوت لا يمكن أن يكون وسيلة لهذا البيان.

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

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

ومن المسائل والفرضيات العلمية التطبيقية لعدم اعتبار السكوت قبولاً:

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

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

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

بعض حالات السكوت التي تعتبر قبولاً

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(ب) الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها

"الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة"

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

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

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

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

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

ج) الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانوني

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

د) أثر الموت أو فقد الأهلية في التعبير عن الإرادة

- سابقا كان في ظل القوانين القديمة المسلم به أن موت من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقدته الأهلية قبل أن ينتج التعبير اثره يؤدي ذلك إلى سقوط التعبير، فالتعبير باعتباره مظهرا للإرادة يسقط بسقوطها، ومن ثم يستحيل معها تطابق الإرادتين، وهذا الموقف هو تغليب للإرادة الباطنة التي تنتهي بموت صاحبها، أو أنها تزول بفقده لأهليته.

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

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

تطابق الإرادتين "تطابق التعبير عنهما" نصت م 59 ق م ج أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"

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

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

- أن يتبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتهما "إيجاب وقبول"

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

معنى تطابق الإرادتين هو توافقهما واقتراضهما على جميع جزئيات الإيجاب حقيقة لا وهما لأن انعدام التوافق حينئذ ينعدم التطابق فينعدم التراضي والعقد، وبالتالي فإن تطابق الإرادتين قانونا هو اقتران الإيجاب بقبول له.

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

تطابق الإرادتين بين حاضرين "مجلس العقد": سواء كان حضور المتعاقدين ماديا أو حكما، وقد سعى المشرع الجزائري هذا التطابق في م 64 ق م ج مجلس العقد، فيجب أن يقترن القبول بالإيجاب فورا قبل زوال وحل المجلس، ومن أمثلة ذلك التعاقد بطريق، الهاتف، فالأصل أن يصدر قبولا فورا بعد صدور الإيجاب، ما دام الموجب لم يحدد أجلا للقبول حينئذ طالما لم يصدر قبولا فإن للموجب الحق في التراجع عن إيجابه، ولكن يستثنى من ذلك قانونا فإنه يجوز تأخير صدور القبول طالما أن المجلس منعقد والموجب مازال باقيا على إيجابه لأنهما منشغلين بالتعاقد.

تطابق الإرادتين بين غائبين: طالما أن مجلس العقد غير منعقد والاتصال بالهاتف منقطع وغير متحقق فيكون التعاقد بينهما غيبيا يعرف بالمراسلة "بالبريد" البرقية"، أن عن طريق رسول.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني، البعض تمسك بفكرة إعلان القابل لقبوله، والبعض الآخر تمسك بفكرة من وقت تصدير القابل لقبوله، آخرون تمسكوا بفكرة من وقت تسليم القبول للموجب، بينما أخذ آخرون بفكرة العلم بالقبول من الموجب.

المذهب الأول/ إعلان القابل بالقبول:

وفقا لهذا المذهب فإن العقد يكون تاما ومنعقد بمجرد إعلان القابل لقبوله للإيجاب، لأنه تتحقق معه تطابق الإرادتين "الإيجاب والقبول". ومن عيوب هذا المذهب أنه يمكن أن لا يعلم الموجب بالقبول الصادر من القابل، بل وقد يعدل الموجب عن إيجابه قبل علمه بالقبول، كما قد يعدل القابل عن قبوله قبل علم الموجب بالقبول، وذلك بإرساله العدول للموجب.

المذهب الثاني/ تصدير القابل لقبوله:

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

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

المذهب الثالث/ تسليم القبول للموجب:

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

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

المذهب الرابع/ علم الموجب بالقبول:

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

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

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

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

- ومن نتائج الأخذ بهذا المذهب "مذهب العلم بالقبول"

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

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

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

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

بعض صور التراضي:

يقصد بصور التراضي هي بعض التطبيقات الخاصة لتطابق الارادتين، وهي كثيرة جدا أهمها:

النيابة في التعاقد م 73 إلى 77 ق م ج

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

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

- تسمح لراغبي التعاقد والذين تمنعهم ظروفهم الخاصة من ابرامها بأنفسهم إبرامها عن طريق النيابة "النائب" كالمريض أو المسافرين، أو عن ذوي عدم الخبرة.
- قد يكون نظام النيابة القانونية مفروضا على الشخص في نقص أهلية أو انعدامها كجنون أو عته أو لصغر السن.

شروط النيابة: أهم الشروط هي

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

الوعد بالتعاقد م 72/71 ق م ج

تعريفه: يعرف الوعد بالتعاقد طبقا للمادة 71/ ق م ج بأنه اتفاق يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، أو أنه اتفاق يلتزم أحد طرفيه نهائيا بمقتضاه إزاء الطرف الآخر بأن يبرم معه عقدا معنيا، حددا معا عناصره الأساسية، إذا فصح هذا الاخير خلال مدة معينة عن إرادته في إبرامه، ويطلق على الوعد بالتعاقد اسم العقد المراد إبرامه مستقبلا، كأن يقول وعد بالبيع، وبالشراء بالإيجار، كما أن الوعد بالتعاقد قد يكون ملزم لجانبين ولجانب واحد، رغم أن الاصل والغالب أن الوعد بالعقد هو

عقد ملزم لجانب واحد هو الواعد الذي يلتزم بإبرام عقد إذا أعلن الموعد له على قبوله خلال مدة معينة "رغم ما قيل حول أنه ملزم لجانبين فهذا في حقيقة هو عقد عادي أرجئ تنفيذه فقط للمستقبل".

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

- تطابق إرادة الواعد والموعد له.
- أن يعين في الوعد بالتعاقد جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه مستقبلا كالمبيع والثمن في عقد البيع، والعين المؤجرة والمدة وبديل الايجار في عقد الايجار.
- أن تعين المدة التي يجب إبرامه خلالها.
- وإذا اشترط القانون شكلا معيناً للعقد المراد إبرامه، يجب مراعاة ذلك في الوعد بالتعاقد كالوعد ببيع عقار، أو رهن رسمي وإلا كان الوعد باطلا.
- يجب أن يكون الواعد بالغا للأهلية القانونية للعقد المراد إبرامه بخلاف الموعد له فيكفي فيه وقت الوعد أن يكون مميزا، وأهلا لذلك العقد عند إبرامه مستقبلا.

إثار الوعد بالعقد: يترتب على الوعد بالعقد التزاما في ذمة الواعد بإبرام العقد اذا تحققت جميع شروطه، ولكن حقا شخصا للموعد له. ولا يحتاج من الموعد له بعد قبوله بإبرام العقد أن يصدر رضاء جديد من الواعد، فهو ملزم بتنفيذ الوعد "إبرام العقد" وإذا رفض تنفيذه قام الحكم محل العقد، متى حار الحكم قوة الشيء المقضي به م 72 ق م ج.

التعاقد بالمزايدة م 69 ق م ج:

وفقا لنص المادة 69 ق م ج فإن العقد لا يتم في عقود المزايدات إلا برسو المزداد، بل ويسقط المزداد بمزاد أعلى منه ولو كان باطلا، من أمثلة هذه العقود، البيوع الجبرية عن طريق القضاء، أو الإدارة، والبيوع الاختيارية علنية أو سرية "وفق مظاريف مغلقة" ويعتبر ما يصدر عن المكلف بالمزايدة مجرد دعوة الى التعاقد، وليس ايجابا، لأن الايجاب يكون عن طريق التقديم بالعطاء والذي يسقط بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا أو قابلا للأبطال، أما القبول الذي يعقد به العقد هو الذي يتقدم به أحد المزايدين بأعلى عطاء، فيكون حينئذ إيجابا بالمزايدة لأنه يتضمن كافة العناصر الجوهرية للعقد، كما أن رسو المزداد أو المناقصة على عطاء معين، فيمثل القبول، ومن ثم ينعقد العقد بعلم مقدم العطاء برسو المزداد عليه.

وقد نص عن ذلك المشرع الجزائري في نص م 69 ق م ج: "لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزداد، ويسقط المزداد بمزاد أعلى ولو كان باطلا"

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

- كما يكون قابلا للإبطال إذا تقدم بالعطاء ناقص أهلية بسبب السن قاصر مميز.

ويكون سبب البطلان أو القابلية للإبطال والتي لا تؤثر على سقوط العطاء السابق عليه، أن هذا الأخير هو انقضاء المدة التي يظل من قدم العطاء السابق ملزما خلالها بالبقاء على إيجابه.

التعاقد بالعربون م 72 مكرر ق 10/05 ق م ج:

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

وقد يدفع أحد المتعاقدين وقت التعاقد عربونا غالبا نقودا للمتعاقد الآخر، ويكون هدف العربون إما تقرير حق العدول لكليهما، أو لتأكيد قيام العقد عن طريق تعجيل دفع جزء من الثمن الذي يلزم به أحدهما.

وقد اختلف القوانين في مسألة العربون بناء على الدالتين السابقتين، فالقوانين اللاتينية تأخذ بالدلالة الأولى "حق العدول" بينما القوانين الجرمانية فهي تنتهج الدلالة الثانية "تأكيد العقد".

وقد نص المشرع الجزائري على أحكام العربون في نص المادة 72 مكرر ق 101/05 الصادر في 20/6/2005 بقولها "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولولم يترتب على العدول أي ضرر".

التعاقد بالإذعان "عقود الإذعان" م 110/70 ق م ج:

رغم أن الأصل في التعاقد حرية كل متعاقد في المناقشة والمساومة، لكن هناك نوعا من العقود يفتقد فيها هذا المبدأ والأصل، بحيث يضع أحد أطراف العقد شروطا مسبقة للعقد، وللمتعاقد الآخر. إما القبول أو الرفض بكليهما، فيكون العقد أقرب إلى التسليم والإذعان منه إلى الرضا السليم.

من أمثلة ذلك عقود الاشتراك في الكهرباء والغاز، والماء، والهاتف، النقل، التأمين.

وتتميز عقود الإذعان بصفات أساسية أهمها:

- أن العقد يتعلق بسلعة أو خدمة أساسية لا يمكن الاستغناء عنها.

- يكون أحد أطراف العقد محتكرا للسلعة احتكارا فعلياً أو قانونياً.

- يقوم الطرف المذعن بعرض سلعته مسبقا وفق شروط محددة سلفا لا يقبل مناقشتها وتكون الشروط في مصلحة المذعن "الموجب".

ورغم اختلاف الفقهاء في تحديد طبيعة هذه العقود بين من ينكر عنها العقد، وبين من يؤيد هذه الصفة العقدية، وأنه عقد حقيقي يخضع على مسألة تطابق الارادتين، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 70 ق م ج.

"يحصل القبول في عقد الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"

إلا أن المشرع الجزائري حمى الطرف المذعن من تعسف الطرف المذعن، حيث نص في المادة 110 ق م ج " ... جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفق ما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"

ب صحة التراضي:

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

الأهلية la capacité

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

أنواعها: تنقسم الأهلية إلى نوعين أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

أهلية الوجوب: هي عبارة عن صلاحية الشخص لأن تثبت الحقوق المشروعة له أو عليه، ومعيارها هو الذمة المالية، فتكون محلا للحقوق والالتزامات، والذمة المالية هي صفة شرعية كما يرى علماء الشرع الإسلامي، أو أنها أمر تقديري اعتباري يفرض موجودا ليكون محلا للحقوق والالتزامات، وتثبت أهلية الوجوب للشخص بمجرد ولادته حيا.

وهناك أهلية الوجوب الكاملة وهي تثبت للشخص في سائر الحقوق والالتزامات، أما أهلية الوجوب الناقصة فهي تثبت للجنين قبل ولادته، حيث له فقط الحقوق دون الالتزامات.

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

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

" ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها"

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

ويتوقف بلوغ التمييز أملا على عامل السن، لذلك تختلف أهلية أدائه تبعا لتدرج سنه، وأهم هذه الأدوار:

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

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

الدور الثالث/ الصبي المميز: يبدأ هذا الدور بمجرد بلوغ الصبي سن 13 سنة كاملة إلى حين بلوغ 19 سنة كاملة، وهي سن الرشد القانوني، وتبث له في هذا الدور أهلية أداء ناقصة، فله أهلية الاعتناء كاملة والتي تعود بالنفع عليه دون حاجة إلى تدخل وليه أو وصيه، فيقوم بهذه التصرفات بنفسه كقبول الهبة، أما الأهلية الافتقار فهي معدومة عنده كأن يتبرع أو يوصى لغيره فهي باطلة مطلقا، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر الصادرة منه فتقع قابلة للإبطال وقابلة للإجازة لمصلحته وأهلية أدائه ناقصة م 83 ق أ ج مثل البيع والمقايضة.

الدور الرابع/ البالغ الرشيد: تبدأ بلوغ الشخص 19 سنة كاملة غير محجوز عليه لعارض من عوارض الأهلية م 40 ق م ج، بمعنى يجب أن يكون متمتعا بجميع قواه العقلية، فيعتبر كاملا لأهلية الأداء وجميع تصرفاته صحيحة.

وخارج هذه الأدوار خرج المشرع الجزائري بنص خاص يتعلق بالصبي المميز المأذون بالتصرف " الترشيد المسبق" والتي نظم المشرع الجزائري أحكامه بالتفصيل من حيث شروط الاذن ونطاقه ومدى جوار الرجوع فيه في قانون الاسرة الجزائري م 84 ق أ ج.

عوارض أهلية الأداء: هي عبارة عن أمور تدرك البالغ الرشيد، تؤدي إلى انعدام أهلية الأداء أو نقصانها، وبعض العوارض تصيب عقل الإنسان وإدراكه وتمييزه فتعدمه "الجنون ، العته" وأخرى تلحق الإنسان وتصيب تديره فتتنقص أهلية أدائه " السفه والغفلة".

العوارض التي تصيب العقل

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

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

2 العته: فهو كالجنون عبارة عن خلل يصيب العقل ولكنه يختلف عنه في أنه لا يكون مصحوبا بهياج، ولكن صاحبه يكون كالمجنون فاقدا لأهلية الأداء وجميع تصرفاته باطلة، حتى وأن كان بعض فقهاء الشرع الإسلامي يعطون للمعتوه حكيمين الاول أنه عديم أهلية الأداء والثاني أنه ناقصها وما ينطبق على المجنون من أحكام قبل وبعد بلوغ سن الرشد تنطبق على المعتوه م 1/42 ق ج، م 85 ق أ ج.

العوارض التي تصيب الإنسان في تديره

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

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

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

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

1 المانع الطبيعي: العاهة المزدوجة أو الضعف الجسماني الشديد:

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

وبالتالي فصاحب العاهتين ليس ناقصا لأهلية الأداء ولا عديمها، لأن إرادته سليمة، ولكن يتعذر عليه بسبب هذا المانع التعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً، أو أنه يخشى الانفراد بالتصرف.

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

كما أن المساعد القضائي ليس نائباً عن تقرر مساعدته، بل أن التصرف ينعقد باسم وإرادة صاحب العاهتين، ويقتصر دور المساعد على ترجمة إرادة صاحب العاهتين.

وإذا صدر تصرف ممن تقرر مساعدته قضائياً وبدون حضور المساعد، ولكن بعد تسجيل قرار المساعدة يكون تصرف صاحب العاهتين قابلاً للإبطال لمصلحته م 80/2 ق م ج.

2 المانع المادي: الغيبة

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

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

3 الحكم بعقوبة جنائية:

إن هذا المانع من ممارسة الحقوق المالية، تكون عبارة عن عقوبة تكميلية لعقوبة أصلية في مواد الجنابات، تحرمه فترة اعتقاله من إدارة أمواله.

ولكن يبقى الشخص متمتعاً بكامل الأهلية، فتختار له المحكمة المختصة نائباً عنه "قيماً" لإدارة أمواله، ويبقى الأخير خاضعاً في جميع تصرفاته في أموال المحكوم عليه إلى رقابة محكمة محل إقامة الجاني:

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

التمييز بين أهلية الأداء وغيرها من المصطلحات

من أهم المصطلحات التي قد تشتبه بأهلية الأداء:

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

1- أهلية الأداء وحالات المنع القانونية:

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

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

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

2- أهلية الأداء والولاية:

الأهلية هي صلاحية الشخص في القيام ببعض التصرفات التي تكسبه حقاً أو تحمله التزاماً بينما الولاية فهي صلاحية الشخص "الولي، الوصي" القيام ببعض الأعمال القانونية دون أن يترتب عليها أي اثر في ذمة الولي بل، تنصرف إلى ذمة المولى عليه كالقاصر، فالولاية: إذن تنتج أثارها في حق الغير.

عيوب الرضاء

الفرق بين الإرادة الغير موجودة والإرادة المعيبة

عدم وجود الإرادة يعني أن من باشر التصرف كان فاقداً للإرادة، أو أن إرادته لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني وفي الحالتين يكون التصرف غير منعقد ويقع باطلاً كمن باشر التصرف صبي غير مميز أو مجنون أو معتوه.

أما الإرادة المعيبة فهي إرادة موجودة لكنها لم تصدر عن بينة واختيار، ولذلك فهي لا تحول دون إبرام ووجود التصرف إنما إرادة الشخص غير سليمة، وله الحق في إبطال التصرف.

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

1: L'erreur

هو وهم يقع في ذهن المتعاقد، يكون له الدافع على التعاقد كأن يشتري شيئا أثريا ثم يتضح أنه مقلد.

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

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

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

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

ومن شروط الغلط المؤثر في الإرادة:

* أن يكون الغلط جوهريا.

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

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

2 التبدليس le dol: هو عبارة عن استعمال أحد المتعاقدين لطرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه، وتدفعه إلى التعاقد أو أنه ايقاع الشخص المدلس عليه في الغلط، يكون هو الدافع له على إبرام العقد.

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

بعض أوجه الاختلاف بين الغلط والتدليس:

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

2/ لا يقترن الوهم الدافع للتعاقد في عيب الغلط بوسائل احتيالية، بخلاف وهم التدليس فهو مصحوب دائما بتلك الوسائل التدليسية.

عناصر التدليس وشروطه: فهو يقوم على عنصرين أحدهما مادي والثاني شخصي.

العنصر المادي: وهو استعمال أحد المتعاقدين لحيل تدليسية تغليطيه قصد وقوع المتعاقد معه في الغلط.

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

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

أثر التدليس الواقع من غير المتعاقدين: الاصل في التدليس أنه -يقع من أحد المتعاقدين أو نائبه على المتعاقد حتى يمكن المطالبة بإبطال العقد.

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

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

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

أما إذا كان الإكراه مادياً، فهو يعدم الإرادة بتاتا كما مسك يد شخص وتهديده وإلزامه بتوقيع على وثيقة ما، فيكون العقد منعقد لكنه باطلاً والإرادة منعدمة.

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

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

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

العنصر الشخصي: هو أن يبعث التهديد خوفاً في نفس المتعاقد، ويراعي في تقدير هذا العنصر جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، وظروف المكان والزمان.

أما من حيث شروط الإكراه: فيجب توفر الشروط التالية:

1/ استعمال وسائل إكراه تهدد بخطر جسيم محقق.

2/ أن تكون الرهبة والخوف هو الدافع للتعاقد.

3/ اتصال الإكراه بالمتعاقد معه "وحتى نائبه".

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

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

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

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

بينما يعرف الغبن هو عدم التعادل أو عدم التساوي بين ما يأخذه الشخص وما يلتزم بإعطائه، أو أنه الخسارة الفاحشة التي تلحق أحد المتعاقدين، ومن أمثلة ذلك استغلال البعض طيشا بينما في صغيري السن "المميزين" الحديثي العهد بالإرث فيعقدون معهم عقودا تتضمن غبنا فاحشا بهم.

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

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

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

كما أن كل تغير في أثمان العقارات بعد انعقاد العقد وتغير ظروف السوق، حتى وإن تحقق غبنا في الثمن لأحد المتعاقدين فلا نكون أمام غبن بل أمام ما يعرف بالظروف الطارئة.

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

الأول: هو أن يكون هناك تفاوت صار ما بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه بمعنى هناك اختلاف في عدة التزامات كل متعاقد.

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

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

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

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

والطيش البين هو خفة عقلية تدفعه للتعاقد بسرعة، كان يرث شخص مالا كبيرا وأخذ ينفق منه بسفه، فيستغل غيره ذلك ويبيعه سلعه بأسعار باهضة، أو يشتري منه أشياء بأثمان زهيدة، أو يقرضه بفائدة ربوية مثلا.

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

مجال الاستغلال واثرو وجوده:

فمن حيث مجال الاستغلال/ فإنه ينتشر كثيرا في عقود المعارضات، وعقود التبرع، والعقود الاحتمالية فنجد الاستغلال متحققا في عقود المعارضات لعقد البيع والشراء والمقايضة. وفي عقود التبرع حيث يلتزم شخص بارادته الإعطاء دون أن يأخذ مقابلا بذلك. وفي العقود الاحتمالية كعقود الغرر، والتأمين، والرهان، وفيها قد تتحقق الخسارة لأحد المتعاقدين وهي خسارة محققة الحدوث مستقبلا، أو كبيع منزلا فخما بثمن هو عبارة عن إيراد مرتب مدى حياة البائع، ويكون الثمن النهائي لا يتناسب مع الثمن الحقيقي للمنزل خصوصا إذا توفي البائع عاجلا.

ومن حيث أثر وجود استغلال/ فرغم أن المشرع الجزائري نص على إجازة القاضي الحكم بإبطال العقد بناءا طلب المغبون بسبب الاستغلال إلا أن المشرع نفسه أقر للقاضي الحق في إنقاص بعض التزامات الطرف المغبون إلى الحد الذي يرفع معه الغبن، كما يكون للطرف الغابن الحق في عرض على المغبون ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن م3/90 ق م ج.

على أنه يجب على الطرف المغبون إذا توفرت شروط الاستغلال "الغبن" أن يرفع دعواه خلال سنة من تاريخ انعقاد العقد وإلا كانت دعواه غير مقبولة م2/90 ق م ج.

ركن المحل l'objet

لقد اختلف الفقهاء في مدى اعتبار المحل والسبب ركنان في العقد أم في الالتزام - منهم من يذهب إلى اعتبار المحل ركننا في الالتزام المترتب على العقد، لا ركننا في العقد. - منهم من يذهب إلى اعتبار المحل عنصرا من عناصر الإرادة، لأن الإرادة الحرة الواعية والمعتبرة قانونا هي التي تتجه إلى التعاقد وهي على بينة بالمحل ومدركة بالسبب. - بينما ذهب فقهاء آخرون أن للعقد محل وللالتزام محل آخر، ومحل العقد هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء التعاقد، وإذا كانت آثار التعاقد هي إنشاء التزامات، فإن هذه الأخيرة ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد.

- وفي الواقع وباعتبار أن العقد هو أحد مصادر الالتزام الإرادية، فيقتضي ذلك أن يتوفر للعقد أركانه من رضا ومحل وسبب، وباعتبار أن العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، فإن ذلك يعني أن ركن العقد الرئيسي هو الرضاء، أي الإرادة التي اتجهت إلى إحداث أثر قانوني يقصدانه وهذا الأثر لا يتحقق إلا بإرادة موجودة وواعية وحررة تدري بمحل العقد، وبسببه، بمعنى أن الإرادة يكون لها تصور نحو الشيء الذي أقدمت عليه والغاية أو السبب من ذلك، فتكون الإرادة حينئذ هي ركن العقد الرئيسي، بينما المحل والسبب في العقد فيعتبران من عناصر الإرادة.

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

وهكذا فإن محل الالتزام هو أمرا ماديا محسوسا، أو هو عمل إيجابي أو سلبي يلتزم به المدين من أمثلة التزام بعمل التزام مهندس معماري تقديم تصميم هندسي لمستشفى أو عمارة. من أمثلة الالتزام بإعطاء شيء "حق" التزام البائع نحو المشتري بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه ومن أمثلة الالتزام بالامتناع عن عمل التزام تاجر نحو تاجر بعدم المنافسة.

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

- فيجب أن يكون محل الالتزام ممكنا أو قابلا للإمكان "غير مستحيل"

- يجب أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعين

- يجب أن يكون محل الالتزام مشروعاً "غير مخالف للنظام العام والآداب.

الشرط الأول/ يجب أن يكون محل الالتزام ممكنا غير مستحيل

فإذا كان محل الالتزام إعطاء شيء يجب أن يكون هذا الشيء موجوداً، وإذا كان محله عملاً أو امتناعاً عن عمل يجب أن يكون ذلك ممكناً، فالوجود في الالتزام بإعطاء شيء يقابل الإمكان في الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل.

فإذا كان محل الالتزام غير موجود ولا ليس ممكناً، يكون مستحيلاً ومن ثم يكون الالتزام باطلاً، نصت م 93 ق 10/05 م ج، "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته..... كان باطلاً بطلاناً مطلقاً"

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

وتختلف الاستحالتان المطلقة عن النسبية خصوصاً نحو أثرهما على الالتزامات والعقود.

فالاستحالة المطلقة هي التي تكون نحو جميع الناس ولا تقتصر على المدین، ویترتب على ذلك انه یمنع قیام الالتزام ویكون العقد باطلا. وتتضمن الاستحالة المطلقة نوعین استحالة طبیعیة وأخرى قانونیة تبعا لمصدرها فالاستحالة الطبیعیة فیهی التي یرجع سببها على طبیعة المحل نفسه كأن یتعهد شخص بتحریک جبل، أو القیام بعمل كان قد قام به سابقا. أما الاستحالة القانونیة فیهی التي ترجع سببها إلى قواعد القانون، كأن یتعهد محام باستئناف حکم كان میعاد الاستئناف قد انقضى.

على أنه یشترط فی الاستحالة المطلقة والتي تحول وقیام الالتزام وتجعل العقد باطلا أن یكون وقت الاستحالة هو وقت التعاقد، فإذا جاءت لاحقة لانعقاد العقد، فیهی لا تمنع من قیام العقد والالتزامات المترتبة علیه، ویصبح الأمر فقط متعلقا باستحالة تنفيذ، فیؤدي ذلك لانقضاء الالتزام وانفساخ العقد من تلقاء نفسه، إذا لم یکن للمدین ید فی الاستحالة وإلا حکم علیه التزام التعویض.

أما الاستحالة النسبیة فیهی تقوم بالنسبة للمدین فقط دون غیره من الناس، ولا یمنع ذلك من قیام الالتزام والعقد كتعهد مدین برسم لوحة فنیة وهو یجهل فنون الرسم، ویستوي فی هذه الاستحالة أن تكون وقت التعاقد أو لاحقة له، فیجوز للدائن أن یطلب بالتنفیذ من الغير وعلى نفقة المدین، كما یجوز له طلب التنفیذ عن طریق التعویض إذ كان العقد ملزم لجانبین.

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

كما یعنی قابلیة محل الالتزام للوجود أنه فی إمكان الشخص "المدین" القیام بهذا الالتزام العقدي فلا یكون مستحیلا. على انه یلاحظ أن شرط وجود محل الالتزام وقت التعاقد لیس شرطا مستقلا فی محل الالتزام، بل إنه أمرا لازما لتحقق شرط الإمكان، فإذا تعلق العقد بشيء محدد لکنه لم یوجد أصلا أو أنه هلك قبل التعاقد، فإن العقد لا ینعقد، فإن وجد الشيء وقت التعاقد ثم هلك، فالعقد ینعقد صحیحا، وإن أمکن فسخه لعدم تمکن المدین من تنفیذ التزامه.

كما یطرح شرط وجود محل الالتزام إشکالیة تتمثل فی ما هو حکم المشرع فی التعامل على شيء مستقبلي؟

لقد أجاز المشرع الجزائري المعاملات فی الأشياء المستقبلیة رغم أنها غیر موجودة وقت التعاقد، ولكنه ربط تلك الإجازة بأن یكون محل الالتزام المستقبلي محقق الوجود، نصت م 1/92 ق م ج "یجوز أن یكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا"

وبالتالي فإن التعامل فی الأشياء المستقبلیة هو جائز وأنها ممکنة الوجود، والتعامل فیها شائع بین الناس، على أن المعاملة تبقى معلقة على شرط واقف وهو تحقق وجود الشيء مستقبلا، أضافت م 2/92 لا یجوز التصرف فی ترکه شخص على قید الحیاة ولو برضاه، ویتبرر العقد باطلا.

الشرط الثاني/ يجب أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعين

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

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

- فإن كان محل الالتزام يتعلق بشيء من الأشياء المعينة بذاتها "القيمية" فيجب أن تحدد ذاتية الشيء بدقة بحيث لا تختلط مع غيرها فالمنزلة مثلاً يعين بموقعه وبعده غرفه وبما يحيط به من علامات.

وإذا تعلق المحل بشيء لا يعين إلا بنوعه، فيجب تعيينه بجنسه "جنسيته" ونوعه ومقداره ودرجة جودته كبيع 10 طن قمحا جزائرياً من صنف متوسط المادة 94 ق. م. ج.

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

وإذا كان محل الالتزام نقوداً، فيلتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لتغيير قيمتها فيما بعد أي تأثير على تنفيذ الالتزام المادة 95 ق. م. ج.

ويضاف في تعيين الشيء القيمي "المعين بالذات" فيكون أيضاً عن طريق تمييزه عن غيره بمواصفات وخصائص تميزه عن غيره ولا يختلط بغيره فتعيين مسكن مثلاً يكون بتعيين موقعه ومساحته وعدد طوابقه، وبما يحيط به من أشياء أخرى. وكل تخلف لهذا التعيين يجعل العقد باطلاً مطلقاً.

الشرط الثالث/ يجب أن يكون محل الالتزام مشروعاً:

نصت المادة 93 ق 10/05 ق م ج على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته أو مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً" فإذا كان محل الالتزام إعطاء شيء، وجب أن يكون الشيء داخلاً في دائرة التعامل، وإلا كان باطلاً وترجع سببية عدم القابلية للتعامل في الشيء إلى سببين الأول طبيعة الشيء والثاني حكم القانون، وهذا بالنظر إلى الغرض الذي خصص له الشيء أو لمخالفته للنظام العام والآداب م 682 ق م ج.

وإذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل، وجب أن يكون العمل مشروعاً والامتناع مشروعاً ويكون العمل أو الامتناع عن العمل غير مشروع إن كان ذلك مخالفاً لنص قانوني أمر أو أنه متعارض مع النظام العام والآداب العامة.

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

يعرف بعض الفقهاء السبب بأنه الغاية المباشرة التي يقصد إليها الملتزم من التزامه الإرادي "وبالتالي فالسبب هو من عناصر الإرادة رغم ما ذهب إليه البعض من الفقهاء والقوانين من كون السبب أمراً له وجود مستقل عن الإرادة، ويشترطون في السبب على غرار محل الالتزام أن يكون له وجود وصحيح وأن يكون مشروعاً، رغم أن المشرع الجزائري لم يشترط في السبب إلا شرط المشروعية رغم كونه شرطاً أو ركناً في الالتزام وفي العقد.

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

- كما للسبب في نظرية الالتزام معنيين مختلفين:

- الأول: السبب هو المصدر الذي يستمد منه الالتزام وجوده، بمعنى السبب المنشئ للالتزام

- الثاني: هو الغاية أو الغرض الذي يرمي إليها الملتزم من وراء قبوله تحمل الالتزام

- كما يختلف سبب الالتزام عن سبب العقد، من حيث أن سبب الالتزام هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وتحقيقه من وراء تحمل بالالتزام، بينما سبب العقد فهو الدافع الباعث إلى التعاقد، وهو باعث رئيسي وشخصي.

على أن نظرية السبب قد أثارت جدلاً فقهيًا كبيراً واختلافاً حول مفهوم السبب، وتحديد ماهية السبب القانونية "حيث من الفقهاء من يعتبره ركناً في الالتزام، وآخرون أنه ركناً في العقد، وفريق ثالث يعتبره عنصراً من عناصر الإرادة"

وقد انقسم الفقهاء حول تحديد مفهوم السبب إلى نظريتي الأولى تقليدية والثانية حديثة.

النظرية التقليدية في السبب: ترى النظرية أن السبب هو الغرض المباشر الذي يريد المدين تحقيقه بالتزامه، وإذا تعددت الأغراض فإن السبب الذي يقف عنده هو الغرض المباشر الذي يريد تحقيقه من

وراء تحمله بالالتزام، وقد وضع "دوما" أسسا للنظرية. بأن السبب المقصود هو السبب القصدي، وأغفل الباعث الدافع، فيكون حينئذ للعقد عدة دوافع، أما الالتزام فليس له إلا سببا واحدا لا يتغير للنوع الواحد من الالتزام. وفي العقود الرضائية كعقد الهبة والتبرع وعقد البيع سبب الالتزام هو إتمام العقد في عقد البيع وهو نية التبرع في عقد الهبة.

ومن أهم خصائص السبب وفق النظرية التقليدية:

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

ومن أهم عيوب النظرية التقليدية:

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

النظرية الحديثة في السبب:

ذهب فقهاء النظرية وبعض أحكام القضاء الفرنسي والعربي إلى اعتبار الباعث هو سبب الالتزام ما دام كان معروفا للمتعاقدين، وهذا حتى وإن لم يكن جزءا من اتفاقهما. ومن جهة القضاء فهو يحدد السبب بأنه السبب الدافع للملتزم بما التزم، ويقتصر على الدافع الرئيسي من إبرام العقد. على أنه لا يشترط في السبب الدافع للتعاقد إلا شرط المشروعية، ونظرا لأن الباعث الدافع للتعاقد هو مسألة شخصية بين الأشخاص، وأنه بعيد عن العقد، لذلك فإن القضاء يشترط للحكم ببطلان العقد أن يكون المتعاقد الآخر عالما بهذا الباعث.

نظرية السبب في القانون المدني الجزائري:

يلاحظ على موقف المشرع الجزائري في السبب هو أن يكون للعقد سبب، وأن يكون السبب مشروعاً، وكل تخلف لذلك يكون العقد باطلا م 98/97 ق م ج ثم إن المشرع يعتد بأن لكل من الالتزام والعقد سببا مختلفا، لأنه يأخذ بفكرة ازدواج السبب، ولكنه لم يصرح بالتفرقة بينهما، وقد أخذ بمبادئ النظرية الحديثة والمتعلقة بفكرة الدافع المشروع، ولهذا فهو ذاتي شخصي يختلف بين العقود.

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

الفرضية الأولى/ ذكر السبب في العقد:

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

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

الفرضية الثانية/ عدم ذكر السبب في العقد:

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

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

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

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

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

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

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

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

بينما البطلان "المطلق" يكون العقد غير صحيح ولا نافذا نحو المتعاقدين ونحو الغير.

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

- البطلان المطلق هو جزء قانوني لانعدام ركن من أركان العقد كانهاء الأهلية، أو انعدام المحل أو السبب أو كونهما غير مشروعان.

- بينما البطلان النسبي فهو أصلا ناتج عن تخلف شرط من شروط الصحة كنقص في الأهلية أو عدم سلامة الإرادة بسبب بعض العيوب كالغلط التدليس الإكراه الاستغلال.

- العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يرتب أي أثر في الحال ولا في المستقبل وهو منعدم من الناحية القانونية، بخلاف العقد الباطل نسبيا فهو عقد صحيح يرتب جميع أثاره نحو المتعاقدين لكنه مهدد بالإبطال، وقابل للإجازة، فإذا تقرر إبطاله فيزول الوجود القانوني للعقد وتزول جميع أثاره وبأثر رجعي ويعتبر كأنه لم ينعقد.

- العقد الباطل مطلقا ليس في حاجة إلى حكم يقرره، وإذا رفعت رغم ذلك دعوى الإبطال فإن القاضي يحكم به تلقائيا، بل من حق كل ذي مصلحة التمسك بالبطلان "كالخلف العام أو الخاص وحتى جميع الدائنين العاديين وغير العاديين".

- عكس ذلك في العقد الباطل نسبيا، فلا يتقرر إلا بالتراضي أو التقاضي، ولا يتمسك به إلا من تقرر البطلان لمصلحته، كما لا تستطيع المحكمة أن تحكم به إلا إذا طلب منها ذلك م 99 ق م ج .

- العقد الباطل مطلقا لا تلحقه الإجازة ولا يزول بالتقادم، حتى وإن كانت دعوى البطلان تسقط به بمرور 15 سنة من وقت إبرامه م 102 ق م ج.

- بخلاف البطلان النسبي فتلحقه الإجازة، ويصححه التقادم م 101/100 ق م ج، بمرور 5 سنوات، و10 سنوات من وقت التعاقد م 101 ق م ج.

- يمكن في العقد القابل للإبطال تصحيحه بإدخال عنصرا جديدا عليه يؤدي قانونا إلى تأكيد صحته "كرفع الغبن عن المغبون بتكملة الثمن إلى $\frac{4}{5}$ ثمن المثل في بيع العقار" م 1/358 ق م ج بخلاف العقد الباطل مطلقا فلا يمكن تصحيحه لأنه نشأ معدوما، بل يجب إعادة إنشائه من جديد وبعقد جديد".

أنواع البطلان ومن له الحق في التمسك بالبطلان:

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

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

- الانعدام inexistence وهو العقد الذي يفتقد إلى أحد أركانه "الرضا المحل، السبب".

البطلان المطلق nullité absolue وفيه يكون المحل والسبب متوفران، ولكن تتخلف بعض شروطهما.

ورغم ما وجه لهذا الاتجاه "التقليدي" في تفرقة بين الانعدام والبطلان المطلق من كونهما يشتمان من حيث أثرهما. فالبطلان المطلق يترتب أصلا على تخلف أحد أركان العقد أو شرط من شروطه، وهو بطلان بنص القانون "بقوة القانون" م 2/92 ق م إن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان برضاه، ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، ولا يترتب عليه أي أثر ولا تصححه الإجازة ولا التقادم.

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

أما من حيث من له الحق التمسك بالبطلان:

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

أما بالنسبة للعقد القابل للإبطال: باعتباره عقدا صحيحا منتجا لجميع أثاره إلى أن يحكم بإبطاله وبالتالي فيجب على صاحب الحق في الإبطال أن يرفع دعوى إبطال ويحكم له بذلك م 99 ق م ج:

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

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

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

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

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

وبالتالي فإن شروط تحول العقد هي:

- بطلان العقد الأصلي أو إبطاله.

- أن يتضمن هذا العقد أركان عقد آخر.

- أن تنصرف نية المتعاقدين إلى هذا العقد.

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

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

وبالتالي فإن شروط إنقاص العقد هي:

- أن يكون العقد في شق منه فقط باطلا أو قابلا للإبطال "كإبطال شرط منه".

- أن يتمسك صاحب المصلحة بالإبطال بإبطال هذا الشق فقط.

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

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

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

- الحالة الأولى/ حالة استعمال القاصر طرقا احتيالية لإخفاء نقص أهليته قياسا على أحكام التدليس م 86 ق م ج.

- الحالة الثانية/ حالة حق المشتري حسن النية في التعويض جراء إبطال بيع ملك الغير م 399 ق م ج، ويؤسس الحق في التعويض على أحكام المسؤولية التقصيرية م 124 ق م ج، طالما أن العقد أبطل.

آثار العقد

آثار العقد "نطاقه ونسبية آثاره"

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

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

نسبية أثر العقد "العقد شريعة المتعاقدين"

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

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

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

انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين: يعني هذا الانصراف هو اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات المترتبة على العقد، ويتحقق هذا وفق ما اتجهت إليه إرادتهما بعد انعقاد العقد، وهذا ما نصت عليه 54 ق 10/05 من القانون المدني:

"العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". كما نصت م 106 ق م ج من أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون. وكما نصت المادة 108 ق م ج على أنه ينصرف العقد في آثاره إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث.

انصراف آثار العقد إلى الخلف العام والخاص

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

المقصود بالخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية كلها أو في حصة منها، كالوارث والموصى له بحصة في التركة كالربع والثلث، وتكون الخلافة العامة بعد الموت وتتحقق عن طريق الميراث والوصية.

المقصود بالخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه حقا قائما في ذمة السلف، سواء كان الحق عينيا أو شخصيا كالمشتري والموهوب له، وصاحب حق الانتفاع والدائن المرتهن برهن رسمي والمحال له.

انصراف أثر العقد إلى الخلف العام والحالات المستثناة من ذلك:

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

المبدأ انصراف أثر العقد إلى الخلف العام / باعتبار أن مجال وموضوع الانصراف يتمثل في الحقوق والالتزامات العقدية، فهي تمتد وتنطبق على المتعاقدين وإلى خلفهما بعد وفاتهما.

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

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

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

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

1- إذا نص القانون صراحة على انقضاء العقد "زواله" بوفاة المتعاقد ومن أمثلة ذلك انتهاء الوكالة بوفاة الموكل أو الوكيل م 586 ق م ج، وفي عقد شركة الأشخاص بوفاة أحد أشخاصها م 1/439 ق م ج مالم يتفق باقي أعضاء الشركة على بقائها حتى مع ورثة المتوفى ولو كانوا قسرا م 1/439 ق م ج.

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

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

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

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

ومن أمثلة الخلف الخاص المشتري مع البائع والمرتهن مع الراهن، والمحال له مع المحيل، والناشر مع المؤلف، وعلى ذلك ووفقا لنص م 109 ق م ج فإن الخلف الخاص لا ينتقل إليه سوى شيء من الأشياء ويكون اثر انصراف العقد متعلقا بهذا الشيء. ولكن من شروط انصراف أثر العقد نحو الخلف الخاص هي:

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

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

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

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

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

فمن حيث الحق المكمل للشيء/ فهي الحقوق التابعة والمرتبطة بالشيء وتعتبر من مستلزماته كحق

الارتفاق على عقار، بل ويمتد إلى عدة حقوق كالحق في التأمين أو الضمان للوفاء بالديون.

ومن حيث الالتزام المحدد للشيء/ فهي التي تضيق في حدود سلطة صاحب الحق، كالالتزام صاحب متجر بعدم منافسة غيره، أو غلق المتجر يوماً في الأسبوع، وعدم تصدير صاحب المتجر لمنتجاته.

انصراف آثار العقد للدائنين/

اختلف فقهاء القانون في مدى اعتبار الدائن العادي خلفاً عاماً أم خلفاً خاصاً أم أنه ليس بخلف.

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

ومع ذلك فإن الدائن يتأثر بالعقود التي يبرمها مدينه إما إيجاباً إذا زادت حقوق المدين وإما سلباً إن نقصت حقوقه ومن ثم يتأثر ضمانه العام.

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

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

- فالخلف العام يكون من الغير إذا أثبت أن سلفه قد تصرف وهو في مرض الموت مثلاً، أو أن الوصية كانت قد تجاوزت حدودها المسموح به شرعاً.

- والخلف الخاص يعتبر من الغير لا ينصرف إليه أثر العقد، في حالة إبرام العقد وكان الشيء قد انتقل إلى هذا الخلف، أو كان الحق أو الالتزام الناشئ عن العقد غير مكمل للشيء في الحقوق، وغير محدد في الالتزامات.

- ويعني عدم انصراف آثار العقد نحو الغير، عدم انتفاعه به وعدم الإضرار به.

معنى أن العقد لا يضر الغير، والاستثناءات المترتبة عليه

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

فمن حيث الاستثناءات عن المبدأ/ فهي كثيرة وأهمها:

- يسري قانوننا الصلح مع التاجر المفلس على جميع الدائنين حتى وإن لم يوافق البعض منهم.

- يسري نظام عقد العمل الجماعي على طائفة العمال حتى من لم يوافق عليه منهم.

- دعوى المقاول الفرعي وعماله بالرجوع على رب العمل بقدر ما هو مدين للمقاول الأصلي م 565 ق م ج "وهو استثناء قانوني".

- إن عقود الإرادة التي يعقدها غير المالك، أو من الذي زالت ملكيته بفعل فسخ العقد أو إبطاله، تنفذ في حق المالك الحقيقي وهذا استقرارا للمعاملات.

- ومن حيث أن العقد ينفع الغير/ يمكن للمتعاقدين وبالاتفاق بينهما على كسب الغير حقا من الحقوق المترتبة على العقد ولكن دون أن يحمله بأي التزام، وهذا ما نص عليه المشرع في نص م 113 ق م ج ضمن الاشتراط لمصلحة الغير بإحكامه وشروطه القانونية.

مدى أثر العقد "القوة الملزمة للعقد"

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

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

تعين مضمون العقد "القوة الملزمة للعقد"

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

تعين مضمون العقد/ التعيين يتطلب معرفة تفسير العقد وتحديد نطاقه

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

- فإذا كانت عبارات العقد واضحة يكون تفسيرها إلى الحد الذي يكون معه تطبيق القاضي لحكم العقد.

- إما إذا كانت العبارات غير واضحة تعين على القاضي تفسيرها عن طريق الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، كأن تكون العبارات غامضة أو متناقضة أو تحتمل أكثر من معنى.

- وعند الشك في معرفة نيتيها المشتركة، تعين على القاضي تفسير الشك في مصلحة المدين، إلا في عقود الإذعان فيجب تفسير الشك في مصلحة الطرف المدعى ولو كان دائناً.

تحديد نطاق العقد/ بعد تفسير العقد فإنه يحتاج إلى تحديد نطاقه، بمعنى معرفة آثاره، بعدم الاكتفاء بما ورد في العقد وفق النية المشتركة بل يتجاوز ذلك إلى ما يعتبر من مستلزمات العقد طبقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

- فمن حيث قواعد القانون "المكتملة"، فإنه استكمالاً لآثار العقد وفق القانون، طالما لم يتفق المتعاقدان على مخالفة القواعد المكتملة، فتعتبر هذه الأخيرة واجبة التطبيق لأنها جزء من أحكام العقد، كعدم تحديدهما لكيفية تسليم المبيع، وزمانه، ومكانه، أو كيفية انتقال الملكية ووقتها.

- من حيث قواعد العرف المكتملة، والتي تنشأ وتطبق عندما لا نجد نص قانونياً تشريعياً، وحتى القواعد العرفية المفسرة التي توضح إرادة المتعاقدين الحقيقية.

- من حيث العدالة/ كفرض القاضي استكمالاً لآثار العقد التزاماً على صاحب العمل بأن يوفر للعامل وسائل الحماية والوقاية من أخطار العمل، قبل إلزامه بتوفيرها وفق القانون.

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

المبدأ العام في العقد تنفيذه بحسن نية/ يتضمن المبدأ:

مبدأ العقد شريعة المتعاقدين: فيقوم العقد بينهما مقام القانون في تنظيم علاقاتهما التعاقدية والقاضي يطبقه كما يطبق القانون بشأنهما. يترتب على المبدأ:

- لا يجوز تعديل العقد ولا نقضه إلا باتفاق المتعاقدين يستثنى من ذلك في بعض العقود أنه يمكن لأحدهما إلغاء العقد في عقود الوكالة العارية، الوديعة، وفي العقود غير محددة المدة.

- لا يستطيع القاضي نقض العقد أو تعديله باعتبارات العدالة، إلا إذا قرر ذلك القانون، من ذلك في الشرط الجزائي، وفي نظرية ميسرة في أجر الوكيل وفي عقود الإذعان.

مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد: يهيمن حالياً في القوانين الحديثة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد:

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

الاستثناء الأول/ سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان:

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

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

الاستثناء الثاني/ سلطة القاضي في تعديل العقد لظروف طارئة:

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

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

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

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة/ أهم الشروط :

- أن يكون العقد متراخي في تنفيذه.
- أن تطرأ حوادث استثنائية عامة بعد انعقاد العقد.
- أن تكون الحوادث الطارئة ليس في الوسع توقعها.
- أن يصبح تنفيذ العقد مرهقا بظهور تلك الحوادث الطارئة.

سلطة القاضي إزاء العقد إذا توفرت شروط الحادث الفجائي/ إذا توفرت الشروط السابقة لنظرية الظروف الطارئة على العلاقة العقدية، يكون للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة المتعاقدين:

- إما إن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

- وإما أن يختار القاضي إنقاص بعض الالتزامات.

- وقد يحكم بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ.

إنحلال العقد: (جزء الإخلال بالعقد)

(1) تعريف فسخ العقد

فسخ العقد هو الوسيلة التي تؤدي إلى إنهاء العقد. يعتبر الفسخ كجزء لعدم تنفيذ أحد الأطراف لإلتزاماته التعاقدية وهو إنحلال الرابطة التعاقدية وإلغائها والرجوع إلى الحالة التي كان عليها المتعاقدين قبل إبرام العقد (كأن العقد لم يكن)

(2) شروط فسخ العقد

لفسخ العقد لابد من توفر الشروط التالية:

1- أن يكون العقد محل الفسخ ملزم للجانبين يجب أن يكون العقد المراد فسخه ملزم للجانبين، بحيث تقع الإلتزامات التعاقدية على عاتق كل الأطراف المتعاقدة، إذ لا يمكن أن يفسخ العقد الملزم لطرف واحد، وهذا ما نصت عليه المادة 119 من القانون المدني الجزائري: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه..."

2- عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه لكي يتم فسخ العقد يجب أن يكون أحد الأطراف قد أخل بالتزامه ولم يوف به إما كلياً أو جزئياً أو يكون تأخر في التنفيذ.

3- وفاء طالب الفسخ بالتزامه على طالب الفسخ أن يكون قد وفى بالتزاماته أو مستعداً على الأقل بالوفاء حتى يكون له الحق في طلب الفسخ، لأنه من غير المعقول أن يطلب الطرف فسخ العقد إذا كان هو مثل الطرف الآخر لم يوفى بالتزامه.

(3) انواع فسخ العقد تتعدد أنواع فسخ العقد حسب الظروف التي يمر بها هذا الأخير فقد يكون الفسخ باتفاق الأطراف المتعاقدة وقد يتم الفسخ باللجوء إلى القضاء أو يتم الفسخ بطريقة قانونية بمجرد استحالة التنفيذ.

1- الفسخ الاتفاقي نصت المادة 120 من ق م ق على هذا النوع من الفسخ: بحيث " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفى من الاعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين."

من خلال نص هذه المادة نجد أن العقد يصبح مفسوخا بمجرد عدم الوفاء بالالتزامات من طرف أصحاب العقد كما يستوجب إعدار الطرف الآخر حتى ولو كان هذا الفسخ إتفاقي.

2- الفسخ القضائي في حالة ما إذا تماطل (تقاعس) المدين عن تنفيذ التزاماته بعد اعذاره من طرف الدائن القاضي يحكم بفسخ العقد، وإذا تبين عسر المدين يمنح له القاضي مهلة لتنفيذ التزامه مع مراعاة عدم إلحاق أي ضرر بالدائن من هذه المهلة.

وهذا ما نصت عليه المادة 119 من القانون السابق الذكر: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين اجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات."

- في حالة فسخ العقد يتم إعادة الحالة إلى ما كانت عليها سابقا قبل ابرام العقد (وهذا ما يسمى بالأثر الرجعي) وفي حالة ما استحالة الرجوع وجب تقديم التعويض من طرف المدين للدائن (وهو عبارة عن مبلغ مالي يمنح من أجل جبر الضرر الذي لحق بالطرف الآخر يتم تقديره من طرف القاضي). وهذا ما أكدته المادة 122 من نفس القانون: " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض."

3- الفسخ القانوني

إن فسخ العقد بقوة القانون مرتبط بعنصر الإستحالة وبهذا ينحل العقد دون الحاجة إلى تدخل القضاء و دون الحاجة إلى الإعدار أو رفع دعوى طلب الفسخ، فالإستحالة في هذه الحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه ويقع عبئ الإثبات على عاتق هذا الأخير.

نجد المادة 121 من القانون المدني الجزائري نصت على الفسخ القانوني إذ يكون: " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذ ما انقضت معه الالتزامات المقابلة له ويفسخ العقد بحكم القانون.

ثانيا: استعمال فسخ العقد وأثاره

يعتبر فسخ العقد من حق المتعاقد المضرور، ويتحقق عند عدم وفاء المتعاقد الآخر بالتزاماته، لذا وضع المشرع الجزائري طريقة إستعمال هذا الحق لجبر الضرر عنه وبين الآثار المترتبة عن هذا الفسخ.

1- استعمال فسخ العقد

وجب على الدائن من أجل الحصول على حقه في فسخ العقد أن يقوم بإعذار المدين بالطريقة التي تلائمها وبعدها رفع دعوى قضائية في حالة عدم التنفيذ.

1- الإعذار

يمتاز الإعذار بأهمية بالغة، إذ يعد ملزما من أجل استفاء المتعاقد(الدائن) حقه في التعويض، وهذا ما أكدته المادة 179 من ق م التي تنص على أنه: " لا يستحق التعويض الا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك." فعلى المتعاقد أن يقوم بإعذار المتعاقد الآخر(المدين) قبل رفع دعوى فسخ العقد، لأن الإعذار يحقق عنصر العلم لدى المتعاقد الآخر(المدين) بضرورة تنفيذ ما على عاتقه من التزامات، ويتم الإعذار عن طريق البريد أو المحضر القضائي أو بالطريقة التي يراها المتعاقد (الدائن) مناسبة لذلك.

نصت المادة 180 من القانون المدني الجزائري على أنه يمكن أن: "يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على إتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى إجراء آخر."

فالإعذار يعطي القوة القانونية لدعوى فسخ العقد عند رفعها. ولا يعفى من هذا الإجراء إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 181 من ق م المتمثلة في:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين.

- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر

- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه."

2- رفع دعوى فسخ العقد

يحق للمتعاقد (الدائن) أن يقوم برفع دعوى قضائية يطالب فيها بفسخ العقد بعدما أعذر المتعاقد الآخر (المدين) ولم يقم بأية إستجابة. فالإعذار لا يكفي وحده لفسخ العقد بل لابد من هذا الإجراء لأنه يحمي حق الدائن من الضياع.

يمكن للدائن العدول عن رفع الدعوى قبل إصدار الحكم النهائي، كما يمكن للمدين المبادرة بتنفيذ التزاماته قبل صدور الحكم النهائي أيضا. للقاضي سلطة تقديرية في منح مهلة للمدين حسب الظروف.

2) آثار فسخ العقد

عند فسخ العقد يترتب آثار قانونية، بعضها تتعلق بالمتعاقدين وبعضها الآخر ترتبط بالغير.

1- آثار الفسخ بالنسبة للمتعاقدين

ينتج فسخ العقد أثر بالنسبة للمتعاقدين بحيث يتم إرجاع الحالة إلى ما كانت عليها قبل إبرام العقد، ففي حالة ما إذا كان العقد يتمحور حول البيع مثلا فإن المشتري يرجع المبيع للبائع و البائع يرجع له الثمن.

وفي حالة ما إذا تغيرت الأسعار في الأسواق بإنخفاضها خلال الفترة التي بقي المبيع في يد المشتري جاز للبائع مطالبة المشتري بالمبلغ الإيضافي جراء الضرر الذي لحقه.

أما إذا تعذر الرجوع الى الحالة الأولى قبل إبرام العقد وبتالي استحالة استرجاع السلعة فإن القاضي يحكم بالتعويض لصالح المضرور طبقا لنص المادة 122 ق م.

2- آثار الفسخ بالنسبة للغير

لا يسري آثار فسخ العقد على المتعاقدين فقط، بل يسري كذلك في حق الغير، فإذا مثلا تعلق العقد بعقد البيع فإن البائع له الحق في استرجاع مبيعه حتى ولو كان المشتري قد باعها لشخص آخر، فللمشتري الثاني أن يرجع المبيع للبائع لان العقد قد تم فسخه وهذا ما يسمى بالأثر الرجعي لفسخ العقد. فبتالي تزول جميع الحقوق التي تقع على المبيع كحق الانتفاع. وعلى الدائن الذي تقرر الفسخ لصالحه أن يقوم بشهر دعوى الفسخ (الحكم) وفقا لقواعد الشهر العقاري.

يمكن لحق الغير أن يكون قائما ولا يتأثر بدعوى الفسخ في الحالات التالية :

- في حالة ما إذا كان الغير اكتسب حقا عينيا على منقول أو عقار بحسن نية وتم شهره حسب القانون.

- في حالة ما إذا ترتب للغير الرهن الرسمي وتم قيده قبل رفع دعوى الفسخ.

- في حالة اكتساب الغير للحق بحسن النية من عقود الإدارة.

- في حالة اكتساب الغير للحق بالتقادم المكسب.

كل هذا لا يعني أن حق الدائن ضائع لأن القانون حفظ له حقه وفقا للمادة 122 من القانون المدني الجزائري السابق الذكر.

* الدفع بعدم التنفيذ/ ومضمونه: هو حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين اذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، اذا ما طالبه المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، أن يمتنع عن التنفيذ طالما لم يتم المتعاقد الأول بتنفيذ التزامه نصت عليه المادة 123 ق م ج .