

القانون المدني

د. ايمان بغدادي

المحور الثالث: العقد

TD
2027/2026

المحور الثالث: العقد

مقدمة موجزة

تعريف العقد:

توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني (إنشاء، نقل، تعديل، أو إنهاء إلتزام).

شروط قيام العقد:

1. وجود إرادتين أو أكثر
2. توافق الإرادتين على الأثر القانوني
3. إتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني

أنواع العقود (حسب تقسيم المشرع الجزائري):

1. العقد الملزم للجانبين: يتبادل فيه الطرفان الإلتزامات (كالبيع: البائع يلتزم بنقل الملكية، والمشتري يلتزم بدفع الثمن)
2. العقد الملزم لجانب واحد: يلتزم فيه طرف واحد فقط (كالهبة)
3. عقد المعاوضة: كل طرف يعطي مقابل ما يأخذه (البيع)
4. عقد التبرع: يعطي أحد الطرفين دون مقابل (الهبة)

أنواع العقود (حسب تقسيم الفقه)

1. من حيث التكوين

- العقد الرضائي: يكفي فيه التراضي بأي شكل (الغالبية العظمى من العقود)
- العقد الشكلي: يحتاج لشكل معين (كالرهن الرسمي، عقد الشركة)
- العقد العيني: يحتاج لتسليم الشيء (كالرهن الحيازي، العارية)

2. من حيث مدى تحديد الإلتزامات

- العقد المحدود: تكون الإلتزامات محددة بدقة
- العقد غير المحدود: تترك بعض التفاصيل لتقدير القاضي (كالوكالة)

3. من حيث مركز المتعاقدين

- عقد المساومة: يتفاوض الطرفان بحرية
- عقد الإذعان: يضع أحد الطرفين شروطاً مسبقة والطرف الآخر إما يقبل أو يرفض (عقود الكهرباء، الغاز، التأمين)

4. من حيث الأحكام

- العقد المسمى: نظمه القانون وحدد أحكامه (كالبيع، الإيجار)
- العقد غير المسمى: لم ينظمه القانون بعد، يترك لإرادة المتعاقدين

أركان العقد

الركن الأول: الرضا (التراضي)

الرضا يعني تطابق إرادتي المتعاقدين. ويتطلب:

• وجود الإرادة (صادرة عن شخص مميز)

• التعبير عن الإرادة (صراحة أو ضمناً)

• سلامة الإرادة من العيوب

مبدأ سلطان الإرادة: فحواه أن الإرادة هي مصدر الالتزام، وأن العقد شريعة المتعاقدين.

عيوب الرضا (أسباب تبطل العقد)

1. الغلط: وهم يقع في ذهن المتعاقد (مثل شراء ساعة على أنها ذهبية فإذا هي نحاسية)

يجب أن يكون الغلط جوهرياً (في محل العقد أو في صفة المشتري)

2. التدليس: خداع المتعاقد باستعمال طرق احتيالية (مثل إخفاء عيوب في السلعة)

3. الإكراه: الضغط على المتعاقد بتهديد يولد رهبة تدفعه للتعاقد

4. الإستغلال: استغلال طيش أو هوى جامح في المتعاقد للحصول على غبن فاحش

الركن الثاني: المحل

محل الالتزام هو ما يلتزم به المدين (إعطاء شيء، القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل).

شروط المحل:

• أن يكون ممكناً (غير مستحيل)

• أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين (تحديد الشيء بنوعه ومقداره)

• أن يكون مشروعاً (غير مخالف للنظام العام والآداب)

الركن الثالث: السبب

السبب هو الغرض المباشر الذي يدفع الشخص للالتزام.

الشرط الأساسي: أن يكون السبب مشروعاً (غير مخالف للنظام العام والآداب).

جزاء تخلف ركن من أركان العقد: البطلان**أنواع البطلان:**

البطلان المطلق البطلان النسبي

لتخلف ركن أساسي أو مخالفة النظام العام لتخلف شرط من شروط الصحة (نقص أهلية، عيب رضا)

لا يترتب عليه أي أثر ينتج آثاره لكنه قابل للإبطال

لا يحتاج لحكم قضائي (لكن يستحسن) لا يقرر إلا بحكم قضائي

لكل ذي مصلحة التمسك به لا يتمسك به إلا من شرع لحمايته

لا تصح إجازته يقبل الإجازة

آثار العقد

1. مبدأ نسبية العقد: العقد لا ينصرف أثره إلا إلى المتعاقدين (ليس للغير)
2. القوة الملزمة للعقد: "العقد شريعة المتعاقدين" (مبدأ أساسي)
3. حسن النية في التنفيذ: يجب تنفيذ العقد بحسن نية

استثناءات مبدأ القوة الملزمة:

- سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان إذا تضمنت شروطاً تعسفية
- نظرية الظروف الطارئة: إذا تغيرت الظروف الاقتصادية تغيراً فادحاً بعد العقد

انحلال العقد (الفسخ)

الفسخ هو إنهاء العقد بسبب عدم وفاء أحد الطرفين بالتزاماته.

شروط الفسخ:

- أن يكون العقد ملزماً للجانبين
- أن يخلف أحد الطرفين في التزامه
- أن يوفي طالب الفسخ بالتزاماته

أنواع الفسخ:

1. الفسخ الإتفاقي: يتفق الطرفان على اعتبار العقد مفسوخاً عند عدم الوفاء.
2. الفسخ القضائي: بحكم من القاضي بعد رفع دعوى.
3. الفسخ القانوني: عند استحالة التنفيذ بسبب قوة قاهرة.

ماهية العقد

نظم المشرع الجزائري أحكام العقد ضمن المواد 54 إلى 123 من القانون المدني، باعتباره من أهم مصادر الالتزام، إذ يقوم على توافق إرادتين أو أكثر بهدف إحداث أثر قانوني معين، وقد يتمثل هذا الأثر في إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ولا يقتصر العقد على مجرد وجود اتفاق بين الأطراف، وإنما يترتب آثاراً قانونية ملزمة لهم، بحيث يصبح كل طرف مطالباً باحترام ما التزم به وتنفيذه وفقاً لما يقتضيه القانون ومضمون العقد، ومن هنا تبرز أهمية تحديد مفهوم العقد وبيان عناصره وأهم أقسامه وعليه يثور التساؤل حول مفهوم العقد في القانون المدني الجزائري، وما هي أهم الأقسام التي يمكن أن ينقسم إليها؟

أولاً: تعريف العقد

يقصد بالعقد توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، سواء تمثل هذا الأثر في إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، ومن خلال هذا التعريف يتضح أن العقد يقوم أساساً على عنصرين جوهريين:

1. العقد توافق إرادتين أو أكثر:

يقوم العقد على توافق إرادتين أو أكثر، أي على التقاء إرادة أحد الأطراف بإرادة الطرف الآخر أو الأطراف الأخرى على نحو ينشأ عنه اتفاق قانوني، ولذلك يعد العقد تصرفاً قانونياً صادراً عن إرادتين أو أكثر، بخلاف التصرف بالإرادة المنفردة الذي يقوم على إرادة واحدة ويشترط في هذا التوافق أن تكون الإرادات متطابقة بشأن المسائل التي يتطلبها انعقاد العقد، بحيث تتجه إرادة كل طرف إلى إبرام العقد وترتيب آثاره القانونية.

2. اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني:

لا يكفي مجرد توافق إرادتين أو أكثر لقيام العقد، بل يجب أن تتجه إرادتا الأطراف إلى إحداث أثر قانوني معترف به قانوناً، كإنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه. فإذا انعدم قصد إحداث أثر قانوني، فلا نكون بصدد عقد بالمعنى القانوني، حتى وإن وجد اتفاق بين الأشخاص، كما هو الحال في الاتفاق على حضور وليمة غداء أو القيام بنزهة، إذ إن هذا الاتفاق لا يقصد منه إنشاء التزام قانوني يمكن إجبار أحد الأطراف على تنفيذه، وإنما يتعلق بمجرد علاقات اجتماعية أو مجاملات لا يترتب عليها أثر قانوني.

وبالتالي، فإن العقد في مفهومه القانوني لا يقوم بمجرد توافق إرادتين، وإنما يتطلب أن يكون هذا التوافق متجهاً إلى إحداث أثر قانوني، وهو ما يمنحه طابعه الإلزامي ويميزه عن الاتفاقات التي تقتصر آثارها على المجال الاجتماعي أو الأخلاقي.

ملاحظات حول تعريف العقد في المادة 54 من القانون المدني الجزائري

تنص المادة 54 من القانون المدني الجزائري على أن العقد هو: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، ومن خلال هذا النص يمكن تسجيل مجموعة من الملاحظات الفقهية والقانونية حول صياغة المشرع الجزائري لتعريف العقد:

1 . التمييز بين العقد والاتفاق: يُلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح "الاتفاق" في تعريف العقد، وجعل العقد وسيلة يترتب عليها إنشاء الالتزام، وهو ما قد يوحي بأن نطاق العقد أضيق من نطاق الاتفاق، باعتبار أن الاتفاق قد ينصرف إلى إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، بينما جاء تعريف المادة 54 مركزاً بصورة أساسية على إنشاء الالتزام.

2. تعريف الالتزام بدلاً من تعريف العقد: يلاحظ أن نص المادة 54 لا يقدم تعريفاً دقيقاً للعقد بقدر ما يعرف الالتزام العقدي، إذ يبين أن الاتفاق يؤدي إلى إلزام شخص أو عدة أشخاص تجاه شخص أو عدة أشخاص آخرين بأداء معين، ومن ثم فإن النص يركز على الأثر الذي يترتب عليه العقد أكثر من تركيزه على ماهية العقد ذاته.

3 . استعمال مصطلحات تقليدية في تحديد محل الالتزام: استعمل المشرع في المادة 54 عبارات "منح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، وهي صياغة ذات طابع تقليدي للتعبير عن محل الالتزام، إلا أنها لا تعكس بصورة دقيقة وشاملة مختلف صور الالتزامات التي يمكن أن تنشأ عن العقد، الأمر الذي جعل جانباً من الفقه يرى أن صياغة المادة لا تستوعب بصورة كاملة المفهوم الحديث للعقد ومختلف الآثار القانونية التي يمكن أن يترتبها.

ثانياً . مجال العقد

يتمثل مجال العقد، بصفة أساسية، في الاتفاقات التي تهدف إلى إنشاء التزامات قانونية بين أشخاص القانون الخاص، ولذلك تخرج عن نطاقه الاتفاقات التي تخضع لقواعد القانون العام، مثل المعاهدات الدولية التي تبرم بين الدول وتخضع لأحكام القانون الدولي العام، وكذلك العلاقة النيابية التي تقوم بين النائب وناخبيه، والتي ينظمها القانون الدستوري.

كما تخرج من نطاق نظرية العقد المدني العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام مع الأفراد باعتبارها صاحبة سلطة عامة وتسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، إذ تعد هذه العقود من العقود الإدارية، وتخضع لأحكام القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري.

أما في نطاق القانون الخاص، فإن مجال العقد يتركز أساساً في الاتفاقات المتعلقة بالمعاملات المالية والذمة المالية للأشخاص، في حين تخرج عنه الاتفاقات المتعلقة بروابط الأحوال الشخصية، كالزواج، فرغم قيام الزواج على توافق إرادتين، هما إرادة الزوج وإرادة الزوجة، إلا أن آثاره الأساسية لا يحددها الطرفان بحرية، وإنما يتولى القانون تنظيمها وتحديدها، ولذلك يختلف الزواج عن العقد المدني ذي الطابع

المالي، ولا يعد عقدًا بالمعنى المقصود في نظرية العقد، وإن كان المشرع قد يستعمل في بعض المواضع مصطلح العقد للدلالة عليه.

ثالثاً: أركان العقد

يقوم العقد على 03 أركان وهي:

المطلب الأول: ركن التراضي

التراضي هو وجود تعبيرين عن إرادتين متطابقتين، وذلك بهدف ترتيب آثار قانونية، والتراضي لكي يتحقق له الوجود القانوني، أو إن صح التعبير، الظهور إلى حيث يعترف به المشرع، وجب توفر شروط معينة، فإذا توفرت تحقق وجوده، لكنه لا يكون مستقراً بشكل نهائي إلا بتوفر شروط أخرى نسميها شروط صحة التراضي، ولذلك سوف نعالج هذا المطلب في ثلاثة فروع كما يلي:

الفرع الأول: وجود التراضي

يعتد القانون بإرادة الشخص المميز، بمعنى من بلغ سن "13 سنة" (انظر في هذا الصدد المادة 42 من القانون المدني)، ولذلك فإن الصبي غير المميز لا يرتب القانون على إرادته أثراً في إنشاء العقد، فإذا وجد هذا التمييز وجب أن يكون هناك تعبيران لإرادتين متطابقتين، التعبير عن الإرادة الذي يأخذ المبادرة في التوجه نحو إنشاء العقد نسميه "الإيجاب"، والتعبير عن الإرادة الذي يستجيب لهذا الأخير فيأتي مطابقاً له نسميه "القبول"، وهذا ما جاء في نص المادة "59" من القانون المدني: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

وفي الفقه الإسلامي كذلك لا يعتد بعقد الصبي غير المميز، وكذلك من كان سكراناً، أو مجنوناً، وإذا كان هذا الأخير يفيق أحياناً ويجن أحياناً اعتبر ما تم عند الإفاقة صحيحاً وما تم أثناء الجنون غير صحيح.

ويمكن تعريف الإيجاب على أنه "تعبير يدل على اتجاه الإرادة بشكل بات إلى إنشاء العقد في حال اقترانه بإرادة مطابقة له".

ويوصف الإيجاب على أنه عرض كامل وجازم ويقصد بكونه كاملاً أنه وجب أن يتضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، فإذا كان العقد بيعاً وجب أن يتضمن الإيجاب تعيين المبيع وتقدير الثمن، وإذا كان العقد إيجاراً وجب أن يتضمن الإيجاب تعيين المبيع وتقدير الثمن، وإذا كان العقد إيجاراً وجب

أن يتضمن الإيجاب تعيين العين المؤجرة ومدة الإيجار، أما بالنسبة لضرورة كون الإيجاب عرضاً جازماً، فمعنى ذلك أنه لا يكون متضمناً ما يفيد التردد أو عدم التأكيد، مثل من يقول لآخر سأبيعك هذا المنزل بعد أن نتفاوض في خصوصه أو سأبيعك هذا العقار إذا دفعتمني ظروف لذلك (ظروف غير محددة)... الخ، كما لا يعتبر إيجاباً العرض المتعلق بإرادة محضة مثل أن يقول أحدهم لآخر سوف أبيعك هذه السيارة إن شئت أنا، ففي كل هذه الأمثلة لا نكون بصدد إيجاب.

وإذا افترق التعبير عن الإرادة لأحد الشرطين السابقين فإنه لا يرقى ليصبح إيجاباً، بل يكون مجرد دعوة للتعاقد، والتي لا يراد بها سوى الدخول في مفاوضات قد تنتهي بإيجاب وقد لا تنتهي، ومسألة التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد مسألة هامة من حيث أن الإيجاب إذا اقترن به قبول فإنه يؤدي إلى انعقاد العقد، في حين أن الدعوة إلى التعاقد لا يترتب القانون على وجودها أي أثر يذكر، ومثال الدعوة إلى التعاقد وضع البائع لسلعه في الواجهة دون بيان أثمانها، أو وضع المؤجر لإعلان يتضمن تأجير منازل في منطقة معينة ولكنها غير محددة على وجه دقيق (بيان الشارع والعمارة)... الخ.

أما القبول فهو التعبير عن الإرادة الذي يأتي مطابقاً للإيجاب وبه ينعقد العقد، والتعبير عن الإرادة سواء كان إيجاباً أم مقبولاً، قد يعبر عنه بطريقه صريحة وقد تكون ضمنية وسنتناول كلي الطريقتين فيما يلي:

أ. التعبير الصريح: هو ذلك التعبير الذي يتخذ وسيلة مخصصة في ذاتها بحسب ما جرى به العمل بين الناس، وقد يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، أو باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في دلالاته على مقصود صاحبه.

والتعبير الصريح بالكلام مثاله أن يقول شخص لآخر اجر لي منزل ببدل إيجار قدره "10000 دينار" شهرياً ولمدة سنة، فهذا تعبير صريح بالكلام عن الإيجاب، أما التعبير الصريح بالكتابة، فمثاله أن يرسل أحد لآخر رسالة يخبره فيها بأنه قد قبل عرضه شراء سيارته بالثمن الذي أعلنه سابقاً، فهذا تعبير صريح عن القبول بوسيلة الكتابة.

أما الإشارة المتداولة عرفاً فمثالها هز الرأس كدلالة على القبول، وقد يكون التعبير الصريح باتخاذ موقف يدل بشكل واضح على إرادة صاحبه، مثل توقف سيارات الأجرة في المحطة، وقد نصت على التعبير الصريح المادة "60/01" من القانون المدني.

يقول المشتري قبلت، أو بلفظ المضارع إن أريد به الحال، مثل: أبيع واشتري مع إرادة الحال، فإذا أراد المستقبل أو دخل عليه ما يدل على المستقبل كالسين وسوف، كان وعداً بالتعاقد.

وإذا نظرنا إلى عقد البيع في الفقه الإسلامي كعينة، لوجدنا جواز أن يكون الإيجاب والقبول بكل ما يدل على رضا المتبايعين، من كلام وكتابة وإشارة، ومن ثم فانه يجوز بيع المعطاة، وصورته أن يعطي المشتري الثمن ويأخذ منه شيئاً بدون لفظ منهما، أو بلفظ واحد دون الآخر، فكل ما يدل على رضا النفس يتحقق به البيع.

ب. التعبير الضمني: التعبير الضمني هو الذي نستدل فيه على الإرادة بطريقه غير مباشرة، فبالرغم من عدم وجود تعبير واضح عن الإرادة بحسب المؤلف بين الناس، إلا أن الوضعية التي يتخذها الشخص لا يمكن تفسيرها إلا بأنها تعبر عن إرادة محددة، ومثال ذلك بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مده الإيجار، فهذا يعد بمثابة تعبير ضمني (تعبير عن إيجاب) عن رغبته في تجديد الإيجار.

والأصل أن للتعبير الضمني نفس قيمه التعبير الصريح، غير أن القانون في بعض الأحيان يستلزم أن يكون التعبير في شكل معين، ومثال ذلك واضح في العقود الشكلية، كما انه قد يشترط احد الأشخاص أن يكون التعبير الموجه له تعبيراً صريحاً، مثل بعض الباعة الذين يشترطون تقديم طلب كتابي من اجل بيع شيء معين، ولقد نصت على التعبير الضمني المادة "02/60" من القانون المدني الجزائري.

ج.مدى صلاحية السكوت كطريق للتعبير عن الإرادة: إن دراسة السكوت من حيث مدى صلاحيته للتعبير عن الإرادة، إنما يقتصر على القبول، حيث لا يتصور أن يكون الإيجاب بطريق السكوت، ما دام انه تعبير يبادر به صاحبه من اجل الحصول على رضا يطابقه فينقذ العقد، ومن ثم فإن الإيجاب كان لابد أن يكون بموقف ايجابي بارز، سواء كان بمظهر صريح أم ضمني، والأصل إن السكوت لا يعبر به عن القبول، إذ لا يمكن ترتيب آثار قانونيه عن المواقف السلبية، وإلا عد ذلك عبئاً على إرادة الأشخاص حيث وجب عليهم الإفصاح كلما وجه إليهم عرض معين، وإلا اعتبروا راضين به، ونجد أن المشرع الأردني قد نص صراحة على عدم صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة كقاعدة عامه مع وجود استثناءات، وذلك في المادة 01/ 95 من القانون المدني الأردني (القانون رقم 43 لسنة 1976) حيث جاء نص الفقرة كما يلي: "لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولاً".

غير انه وان كانت القاعدة هي عدم الاعتداد بالسكوت للتعبير عن القبول إلا أن هناك استثناءات على هذه القاعدة حيث يأخذ السكوت حكم القبول وهذه الحالات هي:

الحالة الأولى: حالة وجود نص قانوني: إذا وجد نص قانوني يعتبر السكوت في حالة محددة قبولاً، فانه يأخذ هذه القيمة ومثال ذلك ما نصت عليه المادة "355" من القانون المدني، في خصوص البيع بشرط

التجربة، حيث يعتبر المشتري قابلاً بالمبيع إذا قام بتجربته، وانتهت المدة المتفق عليها لإعلان الرفض دون الإفصاح عن إرادته.

الحالة الثانية: حالة وجود اتفاق بين الطرفين: في هذه الحالة تتجه إرادة الطرفين إلى اعتبار السكوت قبولا، ومثال ذلك في عقد إيجار يتفق فيه على أن المستأجر إذا لم تكن له الرغبة في تجديد الإيجار، وجب عليه أن يعلم المؤجر بذلك في الأسبوع الأول لآخر شهر، فإذا سكت المستأجر خلال الأسبوع إلى نهايته (الأسبوع الأول من الشهر الأخير) اعتبر سكوته بمثابة قبول لتجديد الإيجار.

الحالة الثالثة: حاله السكوت الملابس: السكوت الملابس هو ذلك السكوت الذي تحيط به ظروف ترجع تفسيره بالقبول، وحالات السكوت الملابس نصت عليها المادة "68" من القانون المدني، وتتمثل في:

أ) إذا كان العرف التجاري يجري على اعتبار السكوت قبولا:

ومثال ذلك إرسال البنك للعميل بيانا بالحساب الجاري، فإذا سكت العميل مده مناسبة، اعتبر سكوته اعتمادا لهذا البيان.

ب) إذا كان هناك تعامل سابق بين الطرفين مفاده أن الموجب لا ينتظر ردا بالقبول:

ومثال ذلك أن يعتاد تاجر التجزئة على طلب السلعة من تاجر الجملة، فيرسل له هذا الأخير السلعة دون أن يرد بالقبول، فإذا حدث وإن طلبها بعد ذلك وسكت تاجر الجملة دون إرسال السلعة اعتبر سكوته قبولا، وذلك اعتبارا لما جرى به التعامل بينهما.

ج) إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه:

إذا كان الإيجاب يصب حتما في مصلحة الموجب له بحسب ما هو معروف بين الناس، فانه لا مبرر يجعله يرفضه، ولذلك فإن السكوت في هذه الوضعية يحمل في الغالب على دلالة القبول، ومثال ذلك أن يعرض الموجب على الموجب له أن يتبرع له بشيء معين، حيث يكون الإيجاب هنا لمصلحة الموجب له، ومثاله أيضا أن يعرض الكفيل على الدائن أن يكفله فهنا يكون الإيجاب متمحضا لمصلحة الدائن، فإذا سكت هذا الدائن اعتبر سكوته قبولا.

- **عدم مطابقة الإرادة الظاهرة للإرادة الكاملة في النفس:** قد يحدث أن يكون التعبير عن الإرادة سواء إيجابا أم قبولا في مظهر خارجي لا ينطبق فيه مع الإرادة الكامنة في النفس، وهنا تثار مشكلة في تحديد

الإرادة التي يأخذها المشرع بعين الاعتبار، هل هي الإرادة الحقيقية الكامنة في النفس، أم تلك المعبر عنها والتي برزت العالم الخارجي؟

أخذت المدرسة اللاتينية بالإرادة الحقيقية (الباطنة) دون التعبير الظاهر، ولقد تعرضت هذه النظرية إلى الكثير من النقد خصوصا من المدرسة الألمانية، التي تعول على الإرادة الظاهرة، وترى بأن القانون لا يهتم ببواطن النفوس، وإنما يهتم بالظواهر الاجتماعية.

أما موقف المشرع الجزائري من النظريتين فنجد انه اخذ بالإرادة الباطنة كقاعدة، وبالإرادة ظاهرة كاستثناء، ومن مظاهر الأخذ بالإرادة الباطنة ما يلي:

1. أن الغلط والتدليس والإكراه باعتبارهم عيوباً تؤدي إلى إرادة ظاهرة غير مطابقة للإرادة الحقيقية، فإن المشرع أتاح إمكانية إهدار التعبير الظاهر الذي يقوم على وجود عيب من هذه العيوب، بأن جعل العقد قابلاً للإبطال.

2. أن المشرع الجزائري في حاله ثبوت صوريه العقد، نجده يأخذ بالإرادة الحقيقية، أو بمعنى آخر بالعقد الحقيقي، فهو الذي يكون نافذاً في حق المتعاقدين وخلفهما العام (المادة 199 مدني جزائري).

بطلان العقد بطلان مطلقاً إذا تبين أن الإرادة الحقيقية لها دافع غير مشروع، بمعنى يتعارض مع النظام العام والأدب العامة، فرغم أن الإرادة الظاهرة لم تتضمن مثل هذا الدافع، إلا أنه إذا ثبت أن الدافع الكامن في النفس لا يتلاءم مع النظام العام والآداب العامة، فإن المشرع يأخذ بهذا الدافع الكامن في النفس (الإرادة الباطنة) ومن ثم بطلان العقد بطلاناً مطلقاً.

أما مظاهر اخذ المشرع الجزائري بالإرادة الظاهرة فتتمثل في:

(1) أن القانون الجزائري أجاز لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الظاهر.

(2) أن المشرع الجزائري جعل التعبير عن الإرادة ينتج أثره باتصاله بعلم من وجه إليه، حتى ولو ثبت بعد ذلك أنه تراجع عنه، طالما أن التراجع كان لاحقاً لاتصال التعبير بالمتعاقدين الآخرين، وهنا نلاحظ بأن الإرادة الحقيقية هي العدول، والإرادة الظاهرة هي إبرام العقد.

(3) أن التدليس إذا كان قد صدر من غير المتعاقدان، فإنه لا يؤدي إلى إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر على علم بهذا التدليس، وهنا نلاحظ بأن هذا المشرع قد أهمل الإرادة الحقيقية للمدلس عليه، إذ أن إرادته الحقيقية هي عدم التعاقد، واخذ بإرادته الظاهرة.

- **الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثاره:** إن التعبير عن الإرادة سواء كان إيجاباً أم قبولاً، لا يكتمل له الكيان القانوني إلا باتصال هذا التعبير بمن وجه إليه، وتظهر أهميته ذلك بصفة غالبية بالنسبة للتعاقد بين شخصين لا يجمعهما مكان واحد، حيث يثور التساؤل عن الوقت الذي يصبح فيه الإيجاب ملزماً لصاحبه ولا يستطيع العدول عنه (الإيجاب في التعاقد بين غائبين دائماً ملزم لمدة معينة)، وكذلك بالنسبة للقبول متى يصبح ملزماً لصاحبه ولا يجوز العدول عنه، بنص المادة "61" من القانون المدني فإن التعبير سواء كان إيجاباً أم قبولاً هو تعبير لا يكتمل إلا عن طريق الاتصال بالطرف الآخر، بمعنى أنه لكي يكتمل له الكيان القانوني وجب اتصاله بعلم من وجه إليه، ولذلك نقول بأن التعبير عن الإرادة هو تعبير "واجب الاتصال".

ومن ثم يمكن القول بأن الإيجاب لا يكتمل له الوجود إلا باتصاله بعلم الموجب له، أما قبل ذلك فلا أثر له، فإذا قام شخص بإرسال رسالة تتضمن إيجاباً وقبل اتصال هذه الرسالة بعلم الموجب له بعث الموجب رسالة أخرى يعدل فيها عن إيجابه، فاتصلت بعلم الموجب له قبل اتصال الإيجاب بعلمه، فهذا لا يكتمل للإيجاب كيانه القانوني، أما لو وصلت رسالة الإيجاب قبل رسالة العدول فإن الإيجاب ينتج أثره ويصبح ملزماً للموجب (ملزم مده معقولة) ولا أثر لرسالة العدول، ونفس الأمر بالنسبة للقبول فطالما أن القبول لم يتصل بعلم الموجب فإنه لا يكتمل له كيانه القانوني، ومن ثم فإن العقد لا ينعقد إلا باتصال القبول بعلم الموجب.

- صورته انعقاد العقد في التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين:

(1) **التعاقد بين حاضرين:** إذا كان المتعاقدان يجمعهما مكان واحد، وصدر من أحدهما إيجاب، فإنه ينبغي علينا تحديد الوقت الذي يضل فيه الإيجاب صالحاً لأن يقترن بت قبول فينعقد بذلك العقد، وهنا وجب التمييز بين الإيجاب الذي يقترن بمدة لإعلان القبول، وهذا ما نسميه بـ "الإيجاب الملزم"، حيث يتعين على الموجب البقاء على إيجابه إلى غاية انقضاء المدة المحددة لإعلان القبول أو الرفض، أما إذا لم يكن الإيجاب ملزماً، فإن الإيجاب في التعاقد بين حاضرين يسقط في الحالات الآتية:

- **الحالة الأولى:** إذا رفضه من وجه إليه، بمعنى أن الموجب له يعلن عدم رغبته في التعاقد على أساس هذا الإيجاب، أو يرفض التعاقد بتاتا.

- **الحالة الثانية:** إذا صدر عن الموجب له رد فيه تعديل للإيجاب، حيث يصبح هذا الرد بمثابة إيجاب جديد يحتاج إلى قبول، ومثال ذلك أن يعرض شخص على آخر بيعه سيارة ب 4 مليون دينار (400 مليون سنتيم) فيصدر الرد من الموجب له بشرائها بمبلغ 03 مليون دينار، فيكون هذا الرد متضمنا لتعديل في الإيجاب، ومن ثم يصبح إيجابا جديدا، وأما الإيجاب الأول فإنه يسقط.

- **الحالة الثالثة:** إذا كان قد صدر الإجابة وقبل اقترانه بالقبول، عدل عنه الموجب، فهنا أيضا يسقط الإيجاب، وهذا ما لم يكن إيجابا ملزما يتعين البقاء عليه مدة معينة.

- **الحالة الرابعة:** إذا لم يصدر القبول، وانفض مجلس العقد بين الطرفين، كأن يفترقا أو انفض حكما كأن ينصرفا من الحديث عن موضوع العقد إلى أمر آخر لا علاقة له به، حيث يسقط الإيجاب بعد هذا الانقضاء، وهذا ما يفهم من نص المادة 64 من القانون المدني.

ملاحظه: إذا كان الإيجاب ملزما فإنه يسقط بانقضاء المدة المحددة لإعلان القبول أو الرفض دون أن يتحقق القبول خلالها، ويسقط كذلك ولو قبل انتهاء هذه المدة إذا رفضه الموجب له.

(2) التعاقد بين غائبين: هنا يكون التعاقد بين شخصين لا يجمعهما مكان واحد أو ان صح التعبير لا يضمهما مجلس العقد، مثل التعاقد عن طريق المراسلة، ولأن التعبير عن الإرادة هو تعبير واجب الاتصال كما عرفناه، فإن الرسالة التي تتضمن الإيجاب لا تحقق لهذا الأخير وجوده القانوني إلا باتصالها بالموجب له، وعلى هذا الحال أمكن للموجب أن يعدل عن إجابته طالما أنه لم يتصل (قبل أن تصل رسالة الإيجاب إلى الموجب له) بالطرف الآخر، وكذلك الحال مع القبول حيث أن القبول لا ينتج أثره إلا باتصاله بعلم الموجب، وقبل ذلك يمكن للقابل أن يرجع فيه.

- **أثر الموت أو فقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة:** قد يحدث أن يتوفى من صدر منه التعبير عن الإرادة أو يفقد أهليته، وذلك قبل أن يكتمل للتعبير وجوده القانوني، باتصاله بعلم من وجه إليه، سواء كان هذا التعبير إيجابا أم قبولا، حيث يطرح السؤال هنا حول قيمه هذا التعبير بعد أن يتصل بعلم من وجه إليه، ولقد عالجت هذه الحالة المادة 62 من القانون المدني، واعتبرت أن موت أو فقدان أهلية من صدر منه التعبير عن الإرادة، لا يمنع من استكمال التعبير لكيانه القانوني إذا ما اتصل بعلم من وجه إليه، لكن الأمر يحتاج إلى تفصيل بحسب وفاة الموجب أو الموجب له، وذلك على النحو الآتي:

- **الحالة الأولى: حالة وفاة الموجب:** إذا توفي من صدر منه الإيجاب قبل اتصال الإيجاب بعلم الموجب له، فإن وصول الإيجاب بعد ذلك يحقق لهذه الأخير وجوده القانون، وإذا اقترن هذا الإيجاب بقبول من الموجب له، فإن العقد لن ينعقد لأنه يستحيل إن يتصل القبول بعلم الموجب ما دام أنه مات، والتعبير عن الإرادة كما سلف الذكر، هو تعبير واجب الاتصال فلا يكتمل وجوده القانوني إلا بعلم من وجه إليه.

- **الحال الثانية: حاله وفاة الموجب له:** إذا توفي الموجب له قبل اتصال الإيجاب بعلمه، فإن الإيجاب لن يتحقق له وجوده القانوني، مادام أنه يستحيل اتصاله بعلم الموجب له باعتبار أنه مات، أما إذا اتصل بعلم الموجب له ثم توفي هذا الأخير قبل إبداء قبوله، فإن الإيجاب يتحقق له كيانه القانوني، وينتقل حق القبول إلى ورثته، أما إذا كان الموجب له قد أعلن قبوله ثم مات قبل اتصال القبول بعلم الموجب، فإن العقد ينعقد باتصاله بعلمه بعد ذلك، ولا تؤثر في ذلك الوفاة.

- **تحديد زمان ومكان انعقاد العقد:** لا تتور مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بالنسبة للتعاقد بين شخصين حاضرين، إذ ينعقد العقد في الزمان الذي يعلن فيه الموجب له القبول، وفي المكان الذي يوجد فيه مجلس العقد، لكن هذه المسألة تتور بالنسبة للتعاقد بين شخصين غائبين، ذلك أن التعبير عن القبول يستغرق وقتاً منذ إعلانه إلى غاية اتصاله بعلم الموجب، حيث يطرح سؤال الآتي: ما هو الوقت الذي يعتبر فيه العقد منعقداً؟ هل منذ إعلان القبول أم منذ تصديره (إيداع الرسالة بالبريد)، أم منذ اتصاله بعلم الموجب؟ كما يطرح السؤال بشأن المكان الذي يعتبر قد انعقد فيه العقد، هل هو مكان وجود الموجب؟ أم مكان وجود الموجب له؟ وقبل أن يحسم المشرعون في هذه المسألة ظهرت نظريات مختلفة، كل واحدة منها يحاول أصحابها تأسيس إجابته على اعتبارات معينة، ويمكن تلخيص أهم النظريات في ما يلي:

1. **نظرية إعلان القبول:** يرى أصحاب هذه النظرية أنه يكفي وجود إرادتين متطابقتين لكي ينعقد العقد، ومن ثم لم تشترط وجوب اتصال القبول بعلم الموجب، ولذلك يعتبر العقد قد انعقد من الوقت الذي يعلن فيه الموجب له القبول.

2. **نظرية تصدير القبول:** يرى أصحاب هذه النظرية أن الزمان الذي ينعقد فيه العقد هو ذلك الذي يخرج فيه القبول من يد الموجب له، فإذا كانت النظرية السابقة ترى مثل أن العقد ينعقد بعد كتابته الموجب له لرسالة القبول (إعلان القبول)، فإن هذه النظرية ترى أن القبول لا يكون نهائياً إلا إذا تم وضع رسالة

القبول في صندوق البريد، ومن ثم ينعقد العقد في هذا الوقت (على سبيل المثال)، ويمكن القول بأن هذه النظرية تتفق مع السابقة في أساسها.

3. نظريه استلام القبول: يرى أصحاب هذه النظرية أن القبول لا يكون نهائياً، إلا إذا تسلمه الموجب، وحينئذ لا يستطيع القابل العدول عنه، ولا يؤثر في ذلك عدم علم الموجب به بعد تسلمه، ومن ثم يتحدد تاريخ إبرام العقد من يوم استلام القبول.

4. نظريه العلم بالقبول: يرى أصحاب هذه النظرية أنه لا يكفي للقول بأن العقد قد انعقد أن يتحقق وجود إرادتين متطابقتين، بل وجب أن يعلم كل طرف في العقد بحصول هذا التطابق، أصحاب هذه النظرية يتخذون من استلام القبول قرينه على العلم به.

- **أهميه تحديد زمان ومكان انعقاد العقد:** تظهر أهميه تحديد زمان انعقاد العقد في عدة مسائل، نذكر منها مثلاً، أن الوقت الذي تنتقل فيه ملكيه الشيء المحدد بالذات يتوقف على تاريخ انعقاد العقد، حيث تعتبر داخلة في ملكية المشتري منذ تاريخ الإبرام، كذلك في احتساب مده تقادم دعوى البطلان المطلق تكون بداية احتساب المدة محددة من تاريخ إبرام العقد، وكذلك بالنسبة لاحتساب مدة سقوط دعوى إبطال العقد على أساس الاستغلال، حيث يتعين رفع الدعوى خلال سنه بداية من تاريخ إبرام العقد.

أما مكان انعقاد العقد فتظهر أهميته في عدة جوانب، منها ما يتعلق بقواعد القانون الدولي الخاص، حيث يتحدد القانون الواجب التطبيق على العقد إما بالذي اختاره المتعاقدان، فإن لم يوجد، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، فإن لم يتحقق ذلك، يطبق قانون مكان إبرام العقد (ماذا 18 من القانون المدني)، كما أن القانون المطبق على شكل التصرفات القانونية، هو قانون المكان الذي تم فيه العقد (المادة 19 من القانون المدني).

- **موقف المشرع الجزائري من النظريات السابقة:** وفق المادة "67" من القانون المدني، فإن المشرع الجزائري قد اخذ بنظرية العلم بالقبول، حيث اعتبر أن العقد ينعقد في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، وافترض المشرع أن الموجب يعلم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول، ولكنه افتراض قابل لإثبات العكس، فقد يثبت أن الموجب لم يعلم بالقبول في الزمان الذي وصل فيه إلى عنوانه، ومن ثم يتحدد زمان انعقاد العقد من زمان العلم لا من زمان الوصول، وقد يثبت أيضاً أن الموجب قد علم بالقبول في مكان خارج العنوان الذي وصل فيه القبول.

وقد وجدت في حدود ما اطلعت عليه، إن الفقه الإسلامي في ما يتعلق بالتعاقد بين غائبين يعتبر أن العقد منعقدا في الزمان الذي يعلن فيه الموجب له القبول، سواء كانت وسيلة التعاقد هي المراسلة الكتابية أو عن طريق رسول أم كان التعاقد عن طريق فاكس أو برق...الخ.

الفرع الثاني: صور خاصة للتراضي

إن الصورة التقليدية المألوفة في انعقاد العقد، هي أن يتم بين ذوي الشأن، وإن تتجه إرادة ذوي الشأن إلى إنشائه في الحاضر لا تحديد ذلك في المستقبل، غير أن هذه الصورة قد لا تستجيب لكثير من المقتضيات العملية، حين يكون صاحب الشأن ليس بمستطاع له أن يبرم العقد بنفسه لمانع معين، ومن ثم يكون الحل الوحيد هو تحديد شخص ينوب عنه، ونحو ذلك وجد نظام النيابة ليزال الصعاب العملية التي تحول دون حضور صاحب الشأن لإبرام العقد بنفسه، كما أنه في بعض الأحيان لا يستطيع الشخص أن يبرم عقدا في الحاضر لسبب ما، من قبيل ذلك عدم الجاهزية، كمن يريد أن يشتري شيئا نادرا ولا يستطيع استكمال الثمن إلا بعد مدة معينة، فلا مناص له من الحصول على وعد بالبيع يضمن له الشراء، ما دام أن الواعد يلتزم له بذلك في مده معينة، ومن ثم وجد نظام الوعد بالتعاقد، وسنعالج نظام الوعد بالتعاقد والنيابة في هذا الفرع، وقبل ذلك نتطرق إلى التعاقد بالمزاد بشكل موجز، وذلك في الآتي:

أولاً: التعاقد بالمزاد: قد يحدث أن يكون الطريق المؤدي إلى إبرام العقد ليس الطريق الشائع المألوف، بالتقاء شخصين وتفاوضهما حول إبرام عقد معين وإنما عن طريق مغاير هو التعاقد عن طريق المزاد، حيث يعرض شيء للبيع مثلا، ويأتي أشخاص ليقدم عروضاً بالثمن، والعرض الأخير الذي لا يزيد عليه احد هو الذي في العادة يرسو عليه المزاد، فينعقد العقد.

ولعله يجدر في الصورة السابقة من التعاقد، تحديد الإيجاب والقبول، فالإجابة هو العطاء الذي يتقدم به الشخص، وليس السعر الذي يفتح به المزاد، إذ أن هذا الأخير هو مجرد دعوة إلى التعاقد، والإيجاب يظل قائما إلى غاية أن يقدم عطاء يفوقه في القيمة، حيث يسقط الإيجاب ولو كان هذا العطاء باطلا (المادة 69 من القانون المدني)، ويكون على الوصف الأخير إذا كان صادرا من ناقص أهليه أو محجور عليه...الخ.

أما القبول في المزاد، فهو ليس إقبال المزاد، بل هو تقرير إرساء المزاد، إذ قد يحدث أن يقل المزاد هنا أن يرسو على احد، وعندئذ لا يتحقق القبول، وإذا حدث أن اقل المزاد بعد عطاء معين، دون عذر مقبول يجيز إهمال العطاء الأكبر، فإنه يمكن للشخص أن يطالب بتعويض على أساس العمل غير المشروع.

وبالنسبة للمزادات التي يشترط فيها صاحب الشأن، حرية رفض أو قبول أي عطاء، فلا يتم إرساء المزاد إلا بعد أن يستعمل صاحب الخيار حقه.

ثانياً: الوعد بالتعاقد: الوعد بالتعاقد هو عقد يلتزم بموجبه الواعد بإبرام عقد في المستقبل، إذا أبدى الموعود له رغبته في ذلك خلال مده معينة، ويتميز الوعد بالتعاقد عن الإيجاب الملزم من حيث أن الأول مصدره العقد في حين أن الثاني مصدره الإرادة المنفردة.

والوعد بالتعاقد قد يكون هدفه إبرام عقد بيع أو إيجار...الخ، ويشترط فيه توافق تعبيرين لإرادتين متطابقتين، كما يشترط فيه أن يتضمن الاتفاق على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه في المستقبل (المادة 71/ 01 من القانون المدني)، فإذا كان العقد بيعاً وجب أن يتم الاتفاق على الثمن والمبيع، وإذا كانت إيجاراً تعين الاتفاق على العين المؤجرة وبذل الإيجار ومدة الإيجار، ومن حيث الأهلية فإنه يلزم في الواعد أن يكون أهلاً لإبرام العقد الموعود به، أما الموعود له فلا تشترط فيه الأهلية اللازمة إلا حين إبرام العقد الموعود به.

كما يجب أن يتضمن الوعد بالتعاقد مدة معينة يتعين أن يبدي الموعود له رغبته خلالها إذا أراد إبرام العقد الموعود به، وإذا كان العقد الموعود بإبرامه في المستقبل عقداً شكلياً، فإنه يتعين أن يفرغ عقد الوعد في الشكل الرسمي، وإلا كان باطلاً (المادة 71/ 02 من القانون المدني).

وعن آثار الوعد بالتعاقد، ولأنه عقد ملزم لجانب واحد وهو الواعد، فإنه يترتب التزاماً على عاتقه بإبرام العقد الموعود به إذا أبدى الموعود له رغبته في ذلك، ولأن الموعود له ليس له قبل إبداء الرغبة سوى حق شخصي، فإن ثمار الشيء الذي قد يكون محلاً للالتزام تبقى من حق الواعد، وذلك لأن الموعود له ليس له أي حق عيني على الشيء، غير أن إتلاف الشيء أو التصرف فيه يجعل تنفيذ الوعد لالتزامه مستحيلاً، ومن ثم فإذا هلك الشيء بخطئ الواعد ثم أبدى الموعود له رغبته في التعاقد، فإن الوعد تقوم مسؤوليته العقدية ويلتزم بتعويض الموعود له عما أصابه من ضرر، أما إذا كان هلاك الشيء بسبب قوة قاهرة، فإن التزام الواعد ينقضي، ومن ثم لن يقوم العقد الموعود به.

وإذا أبدى الموعود له رغبته في خلال المدة المتفق عليها، فإن العقد الموعود به عقد من هذا التاريخ لا من تاريخ الوعد، ولا نحتاج إلى رضا جديد من جانب الواعد، وإذا امتنع الواعد عن إبرام العقد الموعود به، فإنه يجوز للموعود له أن يستصدر حكماً من القضاء يقوم مقام العقد (المادة 72 من القانون المدني).

إذا مات الموعود له قبل إبداء الرغبة انتقل حقه إلى ورثته، كما ينتقل الالتزام الواعد بالبقاء على وعده طيلة المدة المتفق عليها إلى ورثته.

ثالثاً: النيابة في التعاقد: النيابة هي قيام شخص يوصف بالنائب بالحلول محل شخص يوصف بالأصيل لإبرامي عقد باسم هذا الأخير ولحسابه، والنيابة قد تنشأ عن طريق العقد وأبرز تطبيقها هو عقد الوكالة، كما قد تنشأ النيابة مباشرة عن نص القانون، مثل ولاية الولي على ناقص الأهلية أو نيابة الوصي أو القيم.

وتقتصر دراستنا على النيابة الاتفاقية، أي التي تكون عن طريق العقد، فنبين شروطها وأثارها في ما يلي:

أ. شروط النيابة:

1. حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل: يترتب على حلول إرادة النائب محل إرادته الأصيل، أن تصبح إرادته هي المعتبرة في نظر القانون، وهذا ما يميز النائب عن الرسول، فالرسول ليس بنائب من حيث أنه يقتصر دوره على نقل إرادة أحد الطرفين إلى الطرف الآخر، ولا يهم ما قد يعتري إرادته من عيوب، ما دام أنه نقل التعبير إلى المرسل إليه بشكل دقيق، قد يكون عديم الأهلية أو مغفلاً، ولذلك تكون إرادة المرسل هي الواجب النظر إليها دون النظر إلى إرادة الرسول، أما في النيابة فوجب النظر إلى إرادة النائب فلا ينعقد العقد إذا كان فاقداً للتمييز، والتعاقد وعن طريق الرسول هو تعاقد بين غائبين، بينما التعاقد عن طريق النيابة هو تعاقد بين حاضرين إذا جمع النائب والمتعاقد معه مجلس واحد.

مما سبق فانه إذا وقع النائب في غلط كان العقد قابلاً للإبطال، ولو ثبت أن الأصيل لم يعتري إرادته مثل هذا العيب، ومثال ذلك أن يكلف الأصيل نائبه شراء سيارة من أي نوع كانت، دون اكتراث بمكان صنعها، فإذا اشترى النائب سيارة من نوع معين بدافع أنها مصنوعة في ألمانيا، ثم بعد العقد اكتشف غير ذلك، فإذا نظرنا إلى إرادة الأصيل لوجدناها غير معيبة إذ كان يستوي عنده أن تكون السيارة مصنوعة في ألمانيا أو غيرها، ومن ثم لا يكون العقد قابلاً للإبطال، إما لو نظرنا إلى إرادة النائب لوجدناها معيبة بالغلط، لأن دافعه إلى التعاقد كان مكان صنع السيارة، ومن ثم يكون العقد قابلاً للإبطال، ولأن إرادة النائب هي التي تؤخذ بعين الاعتبار فإن العقد يكون قابلاً للإبطال تأسيساً على هذا المثال.

2. أن يتصرف النائب باسم الأصيل: لكي تتصرف أثار العقد الذي يبرمه النائب إلى الأصيل، وجب أن يتصرف النائب باسم الأصيل، ذلك إن عدم إعلان النائب بصفته يترتب عنها عدم الانصراف العقد إلى الأصيل، وإنما تتصرف أثار العقد في هذه الحالة إلى هذا النائب، وليس ذلك معناه أن التصرف باسم

الأصيل في العقد شرط شكلي لا مفر منه، إذ يكفي أن يعلم من تعاقد مع النائب أن هذا الأخير يبرم عقدا لصالح شخص آخر.

غير أن هناك حالات بالرغم من عدم علم المتعاقد مع النائب بالنيابة، إلا أن آثار العقد تتصرف إلى الأصيل، الحالة الأولى إذا كان من تعاقد مع النائب يفترض علمه بالنيابة، ومثال ذلك الشراء من المحلات التجارية الكبيرة، حيث يفترض في المشتري أن يعلم بأن الباعة في الغالب ليس سوى نواب عن غيرهم، حيث لا يستطيع أن يتفرغ الأصيل في مثل هذه الحالات لجميع أعمال البيع، أما الحالة الثانية إذا كان من تعاقد مع النائب يستوي عنده أن يتعاقد مع نائب أو الأصيل، ومثال ذلك الباعة في المحلات التجارية حيث يستوي عندهم أن يتعاقد مع المشتري الذي يكون أصيلا عن نفسه، أما مع المشتري الذي يكون نائبا عن غيره، ففي الحالتين السابقتين تتصرف آثار العقد الذي يبرمه النائب مباشرة إلى الأصيل على الرغم من عدم تصرف النائب باسم الأصيل.

3. أن يلتزم النائب بحدود النيابة: يتعين على النائب أن يلتزم حدود النيابة التي اتفق عليها في عقد النيابة، فإذا حدث وان تجاوزها فإن العقد الذي يبرمه يصبح غير نافذ في حق الأصيل، كما لا يلزم هذا العقد النائب، إذ أنه لم يقصد أن يلزم نفسه، ويدخل في إطار تجاوز النيابة كذلك تعاقد النائب بعد انتهاء النيابة، ولا يبقى سوى رجوع من تعاقد مع النائب بالتعويض على هذا الأخير، غير أن هناك حالتين استثنائيتين ينفذ فيهما العقد في حق الأصيل بالرغم من تجاوز النائب لحدود النيابة، الحالة الأولى هي حاله إقرار الأصيل للعقد، وفي هذه الحالة يسري اثر العقد عليه من يوم إبرامه لا من يوم الإقرار.

أما الحالة الثانية فتكون عندما تنتهي النيابة دون علم نائب ومن تعاقد معه، مثل أن يعزل الموكل وكيله دون علم هذا الأخير، أو أن يموت الموكل دون علم الوكيل، وهذا شكل من أشكال النيابة الظاهرة التي تحمي حسن النية.

ب. آثار النيابة: إذا تمت النيابة وفق شروط السابقة، فإن العقد الذي يبرمه النائب تتصرف آثاره مباشرة إلى الأصيل، ومن ثم لن تنشأ أي علاقة بين النائب والغير، ولا يستطيع النائب أن يطالب الغير بتنفيذ ما ترتب عن العقد، إلا إذا كانت النيابة شاملة التنفيذ أيضا، وفي هذه الحالة فإن النائب يوجه المطالبة باسم الأصيل، كما لا ينشأ أي التزام على عاتق النائب فما على الغير سوى توجيه المطالبة إلى الأصيل.

الفرع الثالث: صحة الرضا

إذا تحقق وجود التراضي، فلا يكفي ذلك لثبات العقل بصفه نهائية بل يجب أن تكون هناك الأهلية اللازمة، بالإضافة إلى خلو الإرادة من العيوب المتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، وستقتصر دراستنا على عيوب الإرادة، بينما نحيل الأهلية إلى كتب نظريه الحق.

-الغلط:

نصت عليه المادة "81 من القانون المدني"، ويعرف الغلط على انه وهم يقع فيه الشخص فيدفعه إلى التعاقد، وإذا كان الوهم الذي وقع فيه المتعاقد وهما تلقائيا، سمي بالغلط البسيط، إذا كان الوهم قد نجم عن تزييف من شخص آخر، سمي الغلط هنا بالغلط الناشئ عن التدليس، ولقد كانت النظرية التقليدية في الغلط بين ثلاثة أنواع من الغلط:

الأول: الغلط المانع أو الحائل: وهو الغلط الذي يحول دون قيام العقد من أساسه، وذلك لعدم توافق الإرادتين، ومثال ذلك أن يعتقد المستأجر انه استأجر المنزل "أ" بينما كان المؤجر يقصد المسجد "ب".

الثاني: الغلط المعيب للرضا: وهذا الغلط يترتب عنه قابلية العقد للإبطال، ويتحقق هذا الغلط إذا وقع في ماله الشيء، أو في شخص متعاقد إذا كانت شخصيته محله اعتبار.

الثالث: الغلط غير المؤثر: ومثاله الغلط في القيمة والباعث، حيث لا يؤثر هذا الغلط في العقد، ومن ثم لا يؤدي إلى قابليته للإبطال.

أما النظرية الحديثة الغلط فإنها لا تعترف بالغلط المانع، وترى أن الغلط الذي يعيب الرضا هو الغلط الجوهرى، الذي يدفع المتعاقد إلى إبرام العقد، فلولا له لما أقدم على التعاقد، ومن ثم فإن معيار الغلط وفق النظرية الحديثة هو معيار ذاتي لا موضوعي.

شروط الغلط في القانون المدني الجزائري:

أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة للغلط، وهي تجيز إبطال العقد إذا كان الغلط هو الدافع إلى التعاقد، ولإبطال العقد على أساس الغلط في القانون الجزائري يلزم توفر شرطين هما:

الشرط الأول: أن يكون الغلط جوهريا: ويكون الغلط جوهري كما سبق ذكر ذلك، إذا كان هو الدافع إلى التعاقد، وصور الغلط الجوهري يمكن تلخيصها فيما يلي:

(1) الغلط في صفه من صفات الشيء: هنا يتوهم متعاقد بان الشيء يتضمن صفه معينه، وعلى هذا الأساس يبرم العقد، كم يشتري سيارة على أساس أنها أصلية الطلاء ثم بعد ذلك يكتشف انه أعيد طلائها حديثا، فهذا غلط في صفه من صفات الشيء، أو كمن يشتري عصفورا معتقدا انه يغرد ثم يتبين انه من سلالة أخرى.

ورغم أن مشرع الجزائري لم ينص على حاله الغلط في ذات الشيء، إلا انه في نظري لا يوجد ما يبرر عدم قابلية العقد للإبطال، إذا كان الغلط منصبا على ذاتية الشيء، ومثال ذلك أن يشتري شخص من احد باعة الأشياء المميزة، معطفا معتقدا انه كان ملكا لأحد المشاهير (والحال هنا أن هذا المشهور قد لبس معطفا عاديا موجودا مثيله في السوق، إلا أن الشخص يريد ما ارتداه المشهور دون غيره)، ثم يكتشف عكس اعتقاده.

(2) الغلط في ذات المتعاقد أو في صفه من صفاته: يكون الغلط جوهريا أيضا، إذا كان الدافع إلى التعاقد هو ذات المتعاقد معه أو صفته، ومثال ذلك أن يهب شخص لآخر مبلغا من المال، معتقدا انه من أقاربه ثم يكتشف عدم وجود القرابة، والغلط في ذات المتعاقد يكون تأثيره بصفه عامه في عقود التبرع، أما في عقود المعاوضة فلا يؤثر الغلط الاستثناء.

كما يؤثر الغلط في صفه المتعاقد إذا كانت هذه الصفة هي الدافعة إلى التعاقد، وذلك مثل من يؤجر منزله لشخص على أساس صفه استقامة سلوكه، ثم يتبين لاحقا انه منحرف، ويمارس سلوك منافية للأداب في العين المؤجرة، ومثاله أيضا أن يتعاقد شخص مع آخر على أساس صفته كمهندس، ثم يكتشف بأنه لا يتمتع بهذه الصفة.

(3) الغلط في القيمة: يؤدي الغلط في القيمة إلى قابلية العقد للإبطال، إذا تبين أن القيمة هي الدافع إلى التعاقد، وكان هناك فرق فادح بين القيمة المتوهمة والقيمة الحقيقية حيث يؤثر تأثيرا كبيرا، مثل أن يتفق صاحب بضاعة مع صاحب سفينة على أن تكون أجرة النقل إما بحساب الحجم وإما بحساب الوزن، طبقا لما يختاره صاحب السفينة، فيختار الأخير أن تكون الأجرة بالحجم، ثم بعد ذلك يتبين بان أجرة الحجم تزيد على أجرة الوزن بأضعاف عديدة، ولم يكن صاحب البضاعة يدرك ذلك، بدليل انه رفض الاتفاق مع صاحب سفينة أخرى على أجرة تقل كثيرا عن الأجرة المطالب بها.

(4) الغلط في الباعث: ومثاله أن يبيع شخص عقارا معتقدا انه في مرض الموت، ثم يشفى لاحقا من هذا المرض، فهنا يجوز إبطال العقد للغلط في الباعث، لان الدافع إلى التعاقد هو الاعتقاد بقرب الأجل.

ومن ثم جاز التمسك بإبطال العقد لغلط في القانون، إذا كان يتعلق بقاعدة قانونية مكملة، والمثال الشائع للغلط في القانون (وإن كان يتعلق بقاعدة أمرة)، هو أن يهب شخص لإمرأة معينة مبلغا من المال، معتقدا أن زواجه بها صحيح، فإذا به يكتشف نقيض ذلك، ويستثني المشرع من الطعن بالغلط في القانون بعض الحالات، منها عقد الصلح.

الشرط الثاني: أن يكون الغلط مشتركا: يرى الكثير من شراح القانون، انه يشترط لإبطال العقد على أساس الغلط، أن يكون كلا المتعاقدين قد وقعا في نفس الغلط، أما إذا كان الغلط مقتصرًا على من وقع فيه، فإنه لا مجال لإجابته إلى طلبه، لما في ذلك من تهديد لاستقرار المعاملات، حيث يفاجئ الطرف الآخر ببطلان العقد بعد أن إطمأن لصحته.

ويمكن القول بان العقد لا يكون قابلا للإبطال على أساس الغلط، إلا إذا كان المتعاقد الآخر، قد وقع في نفس الغلط، أو علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبين، ومثال الغلط المشترك أن يشتري شخصا عقارا لبناء مصنع معين، ثم يتبين بان الإدارة المختصة لا تسمح بهذا النوع من المصانع في هذه المنطقة لاعتبارات تتعلق بالبيئة، ويكون البائع متوهما أيضا وقت البيع بأنه لا مجال للمنع.

هذه هي شروط الغلط الذي يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، فإذا توفرت تعين على من يدعي الغلط أن يثبت انه غلط جوهري، وكذلك وجب عليه أن يثبت بأن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل أن يعلم بالغلط.

لا ينبغي التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية، فإذا أراد المتعاقد الآخر تنفيذ العقد وفق ما كان يعتقد من وقع فيه الغلط، فإنه لا يكون هناك مبرر للإصرار على الإبطال، فمن يشتري لوحة على أنها أصلية، ثم يكتشف بأنها مقلده، فانه يعد متعسفا في استعمال حقه إذا طالب بالإبطال مع عرض المتعاقد الآخر ببيعه اللوحة الأصلية (المادة 85 من القانون المدني)

(5) الغلط في القانون: نصت المادة "83 من القانون المدني" على أن الغلط في القانون يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع، ولا يصطدم الغلط في القانون مع قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون، لأن هذه القاعدة إنما تنصرف إلى القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والتي على رأسها القواعد الجنائية

-التدليس:

إذا كان الغلط هو وهم تلقائي يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، فإن التدليس هو غلط يتسبب فيه شخص وذلك بقيامه بإخفاء الحقيقة من أجل دفع الشخص إلى التعاقد، ولقد قامت فكرة التدليس في القانون الروماني على ضرورة منح المتعاقدة المدلس عليه، دفعا ودعوى، ليس بسبب تعيب رضاه وإنما كجزاء يوقع على الشخص الذي صدر منه التدليس.

ولأن التدليس غلط مستثار، فإن هناك من الشراح من يرى أنه لا جدوى من وضع قواعد قانونية خاصة به، بل كان ينبغي الاكتفاء بتطبيق القواعد الخاصة بالغلط، لكن من تمسك بضرورة بقاء القواعد الخاصة بالتدليس، يرون أن وجه الاختلاف بين الغلط والتدليس يكمن في مسألتين، الأولى هي أن التدليس يسهل فيه الإثبات، والمسألة الثانية، هي أن التدليس باعتباره عملا غير مشروع، فإنه يستوجب تعويضا لصالح المدلس عليه، وهو الأمر الذي لا نجده في الغلط.

وفي الحقيقة أن نظريته التدليس لها أهميته في الأنظمة التي تأخذ بالنظرية التقليدية في الغلط، حيث تقتصر هذه القواعد عن تحقيق العدالة، عندما يكون هناك غلط في القيمة أو غلط في الباعث، حيث لا تعترف بهذه النظرية التقليدية كما سلف الذكر، وأمام هذا القصور فلا مندوحة من الالتجاء إلى نظريته التدليس لإبطال العقد، إذا كان مشوبا بغلط في القيمة أو الباعث تسببت فيه طرق احتيالية لجأ إليها الشخص.

ويقوم التدليس على عنصرين، الأول نفسي وهو نية التظليل، والثاني مادي وهو القيام بما يجعل المتعاقد الآخر منخدعا.

العنصر النفسي ويتمثل في نية التضليل الصادرة من المتعاقد الآخر، ولا تتوفر نية التظليل إذا كان المتعاقد قد انخدع بمظاهر ثراء، أو سذاجة المتعاقد الآخر، إذا لم يكن هذا الأخير له نية التظليل.

العنصر المادي ومعناه أن يسلك المدرس سلوكا خارجيا يؤدي إلى إيهام المدلس عليه، ولا يشترط أن يرقى هذا السلوك إلى جريمة النصب، بل يكفي أن ينتهج المثلث طرقا غير أخلاقيا بحسب ما هو متعارف عليه بين الناس، ولذلك قامت في القانون الحديث التفرقة بين التدليس المسموح والتدليس المذموم، فالأول لا يؤثر في العقد لأنه قد يتعلق بالمهارة في الحرفة، أما الثاني فهو الذي يؤثر في العقد ويجعله قابلا للإبطال.

وقد يتحقق التدليس بالكذب، إذا كان هذا الأخير يتناول بيانات هامة بالنسبة للمتعاقد الآخر، مثل الادعاء كذبا بأن سيارة لم يسبق لها التعرض لحادث جسيم، في حين أنها تعرضت في الحقيقة، مما يدفع الشخص لشرائها بناء على هذا الادعاء الكاذب، فهذا يعد بمثابة تدليس يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، أما الفعل الذي يتخذ شكل المبالغة ولا يتجاوز المألوف، مثل الامتداح المفرط للسلعة بغرض بيعها...الخ، فلا يشكل في اغلب الحالات تدليسا، ما دام انه لم يتناول نقطه يعلق عليها المتعاقد الآخر أهميه كبيرة.

وإذا كان الأصل إن الكتمان هو وضع سلبي لا يكفي لانخداع المتعاقد الآخر، إلا انه إذا كان هناك نص القانوني يوجب الإفصاح عن حالة ما، أو كان طبيعة العقد تستلزم أن يذكر المتعاقد معلومات معينة، فإن الكتمان في هذه الحالة لقد أدى إلى انخداع المتعاقد الآخر، ومن ثم يعد تدليسا في هذه الحالة، ومثال ذلك في عقد على الحياة، حينما لا يكشف المؤمن له بأنه يعاني من مرض الخطير، وفي مراحل المتقدمة (المادة 86 / 02).

شروط التدليس: يشترط في التدليس لكي يكون سببا في قابلية العقد للإبطال شرطين هما:

الشرط الأول: أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد: وهذا ما جاء في نص المادة "86 / 01" من القانون المدني، يجب أن تكون المظاهر الكاذبة التي تسبب فيها المتعاقد الصادر منه التدليس هي التي حملت المدرس عليه على إبرام العقد، وينظر في مدى تأثير الوسائل إلى شخصية المدلس عليه، من حيث سنه وذكائه وجنسه، لا إلى الوسيلة المستعملة في التدليس، فما يندفع به شخص غير متعلم لا يؤدي إلى انخداع شخص له مستوى دراسي معين، ومن ثم كان المعيار في ذلك هو معيارا ذاتيا لا موضوعيا.

فإذا ثبت بأن التدليس ليس هو الدافع إلى التعاقد، بأن كانت الحيل التي لجأ إليها المتعاقد غير كافية لتظليل المتعاقد الآخر، فإن العقد لا يكون قابلا للإبطال.

ويفرق شراح القانون بين التدليس الدافع إلى التعاقد، وبين التدليس العارض، فالأول هو الذي يؤثر في العقد فيجعله قابلا للإبطال، أما الثاني فهو تدليس لم يصل إلى درجة دفع متعاقد إلى إبرام العقد، إذ كان سوف يقدم على إبرامه في جميع الأحوال، وإنما يقتصر تأثيره على جعل المتعاقد يقبل بشروط اشد عليه، ومن ثم لا يؤدي إلى القابلية للإبطال، وإنما يؤدي إلى أحقيه المطالبة بالتعويض، على أساس المسؤولية التقصيرية.

الشرط الثاني: أن يكون التدليس متصلاً بالمتعاقد الآخر: الأصل أن يصدر التدليس من المتعاقد الآخر، لغرض حمل المتعاقد الأول على إبرام العقد، وهذه هي الصورة المألوفة للتدليس، غير أنه في بعض الحالات يكون شخص من الغير هو المتسبب في التدليس، وهنا يصور التساؤل حول تأثير ذلك العقد، ومثال ذلك أن يقوم "سمسار" بالكذب على المشتري لدفعه لشراء منزل معين، فينخدع هذا الأخير بكلامه، فيبرم العقد نتيجة لذلك، فهنا نلاحظ بأن التدليس لم يصدر من البائع وهو طرف في العقد، بل صدر من شخص أجنبي عن العقد وهو "السمسار" (وهو الوسيط الذي يسعى بين شخصين بغية تحقيق عقد معين ويأخذ أجرة هي في العادة نسبه مئوية من قيمه الصفقة)، فما تأثير هذا التدليس على العقد؟

أجابت على هذا الأمر المادة "87 من القانون المدني"، وجاء في محتواه أن التدليس لا يكون مؤثراً في هذه الحالة على العقد، إلا إذا كان المتعاقد الآخر (في المثال البائع) عالم بهذا التدليس أو كان من المفروض أن يعلم، ومن ثم فإن العقد يكون غير قابلاً للإبطال، إذا ثبت أن البائع في المثال السابق لم يكن يعلم بوجود التدليس، ولم يكن من المفروض أن يعلم به، ولا يبقى في هذه الحالة، إلا رجوع المدلس عليه على "السمسار" بالتعويض.

أما إذا ثبت أن البائع كان من المفروض أن يعلم بوجود التدليس، كان يكون البائع قد سبق له التعامل مع هذا السمسار، وشائع على هذا الأخير استعمال طرق غير أخلاقية لدفع الأشخاص إلى إبرام العقود، ففي هذه الحالة يكون العقد قابلاً للإبطال، ولا مجال للبحث في حاله اشتراك الغير مع المتعاقد الآخر في التدليس، إذ يكون التدليس هنا في حكم الصادر من المتعاقد الآخر.

والتدليس يصادر من النائب لا يعتبر تدليساً صادراً من الغير، فلا يشترط لإبطال العقد علم الأصيل أو افتراض علمه بهذا التدليس.

-الإكراه:

الإكراه ومعناه قيام شخص بممارسه ضغط النفس على شخص آخر ليحمله على إبرام عقد معين (نصت عليه المادة 88 من القانون المدني)، والإكراه وقد يكون إلحاق أذى حال، بمعنى يقع على الشخص في الحال مثل ممارسه التعذيب أو التهديد بالسلاح لحمل شخص على إبرام عقد معين، وقد يكون الإكراه عن طريق التوعد بإلحاق الأذى في المستقبل إذا لم يبرم الشخص عقداً معيناً.

ومن حيث صور الأذى، قد يكون هذا الأخير ماديا كأن يمس جسم الإنسان أو ماله، وقد يكون أذى معنويا، بأن يمس شرف الإنسان وسمعته، وفي جميع الحالات يعتبر الإكراه عيبا في الرضا، ما دام أنه يبعد خوفا يحمل الشخص مضطرا إلى إبرام عقد معين، خشية ما سوف يلحقه من أذى.

وتقتصر دراستنا على الإكراه الذي يعيب الرضا ولا يعدمه، أما هذا الأخير فلا مجال للتطرق له، ما دام أنه يؤدي إلى البطلان المطلق للعقد.

ويفرق الفقيه "السنهوري" بين الإكراه الحسي، والإكراه النفسي، فالأول يكون واقعا على الجسم كالضرب المبرح، والثاني يكون تهديدا لإيقاع الأذى في المستقبل دون حدوثه فعلا، والصورتان تفسدان الرضا وتجعلان العقد قابلا للإبطال.

وفي نظري، كما سبق ذكر ذلك، أنه من غير الدقيق تقسيم الإكراه إلى حسي ونفسي، فالإكراه دائما له اثر نفسي، سواء وقع بالفعل أم مهددا بوقوعه في المستقبل، وسواء كان منصبا على الجسم أم على الشرف والسمعة، وإنما الذي ينبغي تقسيمه هو الأذى، فيكون هناك إكراه بأذى حال وإكراه بأذى مستقبلي، والأذى قد يكون جسمانيا وقد يكون معنويا.

وتبدو أهميه التمييز في نظري بين الإكراه بالأذى الحال، والإكراه بالأذى المستقبلي، في مسألة الإثبات، حيث قد يسهل إثبات الأذى المستقبلي، لما للمتعاقد من فسحة الوقت، بينما قد يصعب إثبات الأذى الحال، لعدم وجود فسحة من الوقت تتيح للمكره القيام بالإثبات اللازم، ففي الأذى المستقبلي قد يتحايّل من وقع عليه الإكراه لمواعدة المكره وتسجيل تهديداته بوسيلة معينة أو إحضار بعض الشهود، أما في الإكراه بالأذى الحال فعادة ما يباغت الشخص ليجد نفسه تحت رحمة الضرب أو التعذيب، ولذلك لا يتسنى له جمع الأدلة اللازمة.

شروط الإكراه:

1. أن يكون الإكراه دافعا إلى التعاقد: ومعنى ذلك أن تكون الوسائل التي استعملها الشخص أثرت في نفسي المتعاقد إلى درجة حمله على إبرام العقد، وفي حقيقة الحال لا ينظر إلى قوة الوسائل، بقدر ما ينظر إلى شخصية من وقع عليه الإكراه، فيراعي في ذلك سنه وجنسه وحالته الاجتماعية، فما يؤدي إلى إكراه امرأة قد لا يحقق ذلك مع رجل، وما يؤثر في الشيخ المسن من تهديد بالضرب، ليس له نفس التأثير مع شاب ممتلئ بالحيوية، ولذلك في المعيار ذاتي.

ولا يشترط أن يكون الأذى الواقع أو المهدد بوقوعه، منصبا على المتعاقد ذاته، بل يكفي لتعيب الرضا، أن يكون واقعا على احد الأقارب وفق ما جاء في نص المادة "02 /88 من القانون المدني".

ولعل موقف المشرع الجزائري يستوجب النقد، بتحديدته أن العقد يكون قابل للإبطال فقط في حاله الإكراه الذي يكون أذاه منصبا على المتعاقد أو أقاربه، ذلك أن هذا التحديد لا مبرر له من وجهة نظري، فالخوف الذي ينشأ في نفسه المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد، لا ينشأ فقط لان القريب قد هدد بخطر ما، وإنما للروابط الاجتماعية الوثيقة أثرها في إحداث الخوف أو الرهبة، التي من شأنها تعيب الرضا، فقد يكون الأذى المهدد به منصبا على صديق عزيز، ولا شك بان مقتضيات الصداقة تدعو إلى الخوف، وقد يكون هذا الأخير سببا في حمل الشخص على إبرام العقد.

2. أن يكون الإكراه متصلا بالمتعاقد الآخر: يجب لإبطال العقد على أساس الإكراه، أن يكون من استعمل وسائل الإكراه هو المتعاقد الآخر، أما إذا كان الإكراه صادرا من الغير، فإن ذلك لا يكفي لإبطال العقد، إلا إذا كان المتعاقد الآخر على علم بهذا الإكراه، أو كان من المفروض أن يعلم به (المادة 89 من القانون المدني).

فإذا قام مثلا شخص بإكراه آخر على إبرام عقد مع ابن عزيز له توفي، ويريد بذلك تأمين مستقبله بهذا العقد، فنلاحظ بان الإكراه هنا صدر من غير المتعاقدين، ومن ثم لا مجال لإبطال العقد، إلا بإثبات من وقع عليه الإكراه أن من تعاقد معه كان يعلم، أو من المفروض أن يعلم بوجود الإكراه.

3. أن يكون الإكراه غير مشروع: يشترط في الضغط الذي يمارسه الشخص على المتعاقد، أن يرمي للحصول على غاية لا يقرها القانون، ومن ثم لا يكفي لتحقيق الإكراه أن يبرم المدين عقد رهن لمصلحه دائنة تحت ضغط إكراهه بشهر إفلاسه، كما أن النفوذ الأدبي لا يكفي لتحقيق الإكراه، مثل أن يضغط الأب على ابنه لإبرام عقد معين مستغلا نفوذه الأدبي عليه، فالإكراه هنا يكون مشروعا، غير انه يجب ألا يتعسف في استعماله.

ويمكن القول بأن الإكراه يكون غير مشروع، إذا كان الغرض منه الحصول على منفعة لا حق فيها، أما إذا كان الغرض منه الحصول على منفعة مشروعة، فيكون جائزا استعماله، وفي هذه الحالة الأخيرة يشترط أن لا تصل الوسيلة المستعملة في الإكراه إلى درجة الجريمة المعاقب عليها.

ونلاحظ بان الإكراه المشروع وان كان يؤثر في الإرادة، إلا انه لا يجيز إبطال العقد، وذلك لان مبنى فكرة الإبطال في الإكراه، بالإضافة إلى كونه عيبا في الرضا، انه جزاء لعمل غير مشروع.

وفي الفقه الإسلامي، نجد أن الإكراه في عقد البيع يؤدي إلى عدم قيام العقد من أساسه، إلا إذا كان الإكراه يهدف إلى الظفر بحق، يكون المكروه ملزماً بأدائه، ومثال ذلك إجبار الشخص على بيع سلعته لغرض الوفاء بدين.

-الاستغلال

الاستغلال هو أن يستغل المتعاقد الحالة النفسية للمتعاقد الآخر، فيبرم معه عقدا يصيبه بغبن فاحش، والغبن هنا هو أمر مادي يقصد به عدم التعادل بين ما يعطيه متعاقد وبين ما يأخذه، أما الاستغلال فهو أمر نفسي يقوم عند المتعاقد، فيستغل من طرف المتعاقد الآخر، والاستغلال يؤدي في الأخير إلى عدم التعادل بين قيمة محل التزامات المتعاقدين، ولذلك فإن الاستغلال يقوم على عنصرين، مادي، ونفسي، وبين العنصرين علاقة سببية، فالعنصر النفسي هو الذي أدى وجود العنصر المادي.

ورغم نص المادة "01 /90 من القانون المدني"، على أن الاستغلال يمكن التصور فقط في عقود المعاوضة، إلا أن أكثر شراح القانون، يجيزون إبطال العقد على أساس الاستغلال في عقود التبرع.

وتقدير التفاوت بين الالتزامين يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، إلا أن الثابت أنه لا يعتد بالاختلال البسيط، وذلك اعتباراً لاستقرار المعاملات، والعبرة بتقدير التعادل هي وقت إبرام العقد، أما ما يطرأ بعد العقد فلا يؤثر فيه.

أما العنصر النفسي للاستغلال، فهو أن يكون المتعاقد المغبون واقعا في طيش بين أو هوى جامح، والطيش هو مرض في الشخص يمنعه من البصر بعواقب الأعمال، أما الهوى الجامح فهو رغبة شديدة تقوم في نفس الشخص، تفقده دون أن يدري سلامه الحكم على أعمال معينه،

ومثال العقد المشوب بعيب الاستغلال عن طريق الهوى الجامح، الرجل الطاعن في السن الذي يتزوج بامرأة شابه، فتستغل ولعه بها لكي يبرم لها عقودا فيها عدم تعادل كبير.

ولا يكفي لقابلية العقد للإبطال توفر حاله الهوى الجامح أو الطيش البين، بل وجب أيضا أن يعلم المتعاقد الآخر بقيام هذه الحالة، ويستغلها لصالحه.

وإذا كان الاستغلال صادرا من غير المتعاقدين، فإنه يجب لإبطال العقد أن يكون المتعاقد الآخر على علم بالاستغلال، أو كان من المفروض عليه أن يعلم، ومثال ذلك أن يعقد الزوج الطاعن في السن عقد تبرع لمصلحه قريب للزوجة، تحت تأثير الاستغلال ويكون هذا القريب عالما بوجود الاستغلال.

آثار الاستغلال: يؤدي الاستغلال إلى قابلية العقد للإبطال، ويتعين على طرف ضحية الاستغلال أن يرفع دعوى بإبطال العقد، كما يمكن لهذا الأخير أن يكتفي بطلب إنقاص التزاماته، وفي الحالة الأخيرة لا يملك القاضي حق إبطال العقد، لأنه يكون قد حكم بأكثر مما طلبه المدعي، غير أن القاضي يملك حق إنقاص الالتزام دون الإبطال بالرغم من طلب الطرف المغبون إبطال العقد، وذلك إذا رأى القاضي، أن ذلك كفيل بإزالة الغبن، و للقاضي سلطة تقديرية في هذا (المادة 90 / 01).

كما أجاز القانون للطرف الآخر أن يتوقى الحكم بالإبطال، إذا كان العقد من عقود المعاوضة، وعرض هذا الطرف ما يؤدي إلى رفع الغبن، كأن يكون مشتريا ويعرض زيادة في الثمن.

المطلب الثاني: المحل

يميز الفقهاء بين محل العقد ومحل الالتزام، ويرون أن محل العقد هو العملية القانونية الذي تراضا الطرفان على تحقيقها، بينما يكون محل الالتزام هو ما يتعهد به المدين، سواء كان الالتزام بإعطاء أم بالقيام بعمل أم الامتناع عن عمل، ولذلك فإن محل العقد يتحدد بمحله الالتزامات الرئيسية التي تحقق بها العملية القانونية المقصودة.

ويلزم في المحل ثلاثة شروط نتناولها في التقسيم كالاتي:

- الفرع الأول: شرط الإمكان.
- الفرع الثاني: شرط التعيين.
- الفرع الثالث: شرط المشروعية.

• الفرع الأول: شرط الإمكان

يميز شراح القانون بين محل الالتزام الذي يكون إعطاء شيء، وبين ذلك الذي يكون القيام بعمل، فيشترطون في الأول أن يكون موجودا، ويشترطون في الثاني أن يكون ممكنا أي ألا يكون مستحيلا، ويرى الفقيه "إسماعيل غانم" أن شرط الإمكان تتضمن عنصر الوجود، ذلك انه قد يكون الشيء موجود ولكن نقل ملكيته مستحيل من الناحية القانونية، ورأيي هو تأييد هذه النظرة.

وعلى ضوء ما سبق فإنه إذا كان محل الالتزام هو إعطاء شيء، وجب أن يكون هذا الشيء موجودا وقت العقد أو على الأقل قابلا للوجود في المستقبل، ومنه فإن عدم وجود الشيء وقت العقد و عدم قابليته للوجود في المستقبل، يهدم احد الشروط الاساسية للمحل، فيتربط على ذلك البطلان المطلق للعقد.

وعدم وجود الشيء الذي يؤثر في المحل هو ذلك الذي يكون متحققا وقت العقد، أما الذي يكون لاحقا للعقد فانه لا يؤثر فيه، ولا يؤدي إلى بطلانه، ومثال ذلك أن يبرم شخص مع آخر عقد بيع لعقار كان موجودا وقت العقد (منزل مثلا)، ثم بعد العقد وقبل تسليمه من المشتري هدم العقار بسبب ما، فهنا نلاحظ بان محل التزام البائع وهو نقل ملكية العقار قد تحقق فيه شرط الإمكان وقت إبرام العقد، أما واقعه الهدم فقد طرأت بعد العقد، ولذلك فان العقد في هذه الحالة لا يكون باطلا، بعكس لو أن العقار المباع هدم قبل إبرام العقد، حيث لا يتحقق شرط الإمكان ومن ثم لا يقوم المحل ويكون العقد باطلا.

في محل الالتزام الذي يكون عملا، يشترط أن لا يكون هذا العمل مستحيلا، فلا التزام بمستحيل، والقانون يعتد بالاستحالة المطلقة التي تكون قائمه وقت العقد، أما الذي تطرأ بعد العقد فإنها لا تؤثر في وجوده وإنما تؤثر في تنفيذه، والاستحالة المطلقة قد ترجع إلى طبيعة الالتزام في حد ذاته، وقد تكون استحالة قانونية، ومثل التي ترجع إلى طبيعة الالتزام، تعهد شخص ببث الروح في جثة هامة، أما الاستحالة التي ترجع إلى نص القانون فمثالها تعهد المحامي باستئناف الحكم استنفذ جميع طرق الطعن.

وصفة الإطلاق التي تلحق الاستحالة هدفها تمييزها عن الاستحالة النسبية التي لا تؤثر في وجود المحل، ومن ثم لا تؤدي إلى بطلان العقد، والاستحالة النسبية هي التي تقوم بالنسبة للبعض دون البعض الآخر، مثل تعهد شخص مبتور اليدين برسم لوحه فنيه، فنلاحظ هنا بأن الالتزام وإن كان مستحيلا بالنسبة لهذا الشخص، إلا انه ممكن بالنسبة لشخص له صفة فنان، ومن ثم فإذا تم العقد مع شخص تقتصر عليه الاستحالة لوحده، فإن العقد لا يكون باطلا لأن الاستحالة ليست مطلقة.

- التعامل في الأشياء المستقبلية: إذا كان محل الالتزام يتضمن نقل ملكية شيء أو تسليم شيء ليس موجودا وقت العقد ولكنه قابل للوجود في المستقبل، مثل بيع منزل يشرع في بناءه ليكون جاهزا بعد سنتين مثلا، أو تأجير بناء لم ينجز بعد...الخ، فهل يعتبر المحل قائما في هذه الحالة أم لا؟

والمشرع الجزائري كقاعدة عامة أجاز التعامل في الأشياء المستقبلية، ومن ثم فإنه يعتبر المحل قائما إذا كان قابلا للوجود في المستقبل، ونتيجة ذلك هي انعقاد العقد بمثل هذا المحل، فينعقد البيع الذي يكون محله نقل ملكية سيارات لم يتم صنعها بعد، أو عقد الإيجار الذي تكون فيه العين المؤجرة في طور الانجاز.

لكن ما هو مصير العقد إذا لم يتحقق وجود الشيء في المستقبل لسبب معين؟ هناك من يرى بأن عقد البيع الذي يتضمن نقل ملكية شيء مستقبلي، يكون معلقاً على شرط واقف، ومن ثم فإن عدم تحقق الشيء يؤدي لعدم قيام عقد البيع، أما الرأي عندي فهو أنني لا أساند هذا الوصف، وذلك لأن المشرع لم ينص على ما يفيد تعليق العقد الذي يتضمن محل التزامه شيئاً مستقبلاً على شرط واقف، وإنما اعتبر أن القابلية للوجود تأخذ حكم الوجود في محل الالتزام، والأمر الثاني، هو أن القابلية للوجود يقصد بها أن وجود الشيء مرجح على عدم وجوده وفق المألوف بين الناس، وهذا كافٍ لاعتبار المحل قائماً من وجهة نظر المشرع، أما ما يطرأ بعد ذلك من ظروف تؤدي إلى عدم تحقق المحل فهذه الظروف ليس مقتصرًا تأثيرها على الشيء المستقبلي فقط، بل قد تؤثر حتى في الأشياء التي كانت موجودة وقت العقد، مثل هلاك الشيء بعد العقد بقوة قاهرة أو بخطأ المدين، ولذلك فإن رأيي هو أن العقد الذي يرد على شيء مستقبل هو عقد غير معلق بل بات، وإذا لم يتحقق وجود الشيء فنطبق القواعد العامة بحسب كون سبب أجنبياً أو راجعاً لخطأ المدين.

ويبدو أن المشرع الجزائري لم يجانبه الصواب في صياغة المادة 92 من القانون المدني، والتي جاءت على نحو يفيد بأن الشيء المستقبلي وجب أن يكون محققاً، وهذا غير دقيق من حيث أنه لا يمكن القطع بتحقيق وجود شيء فيما هو آت من الزمن، والشرط دقيق في نظري الذي يجب أن يتوفر هو القابلية للوجود.

وفي الفقه الإسلامي يشترط في عقد البيع أن يكون المبيع والثمن متيقناً وجودهما لا مجرد احتمال، وإلا فإن ذلك يجعل البيع فيه مخاطرة، وهذا ما يسمى ببيع "الغرر"، وهو منهي عنه في الشريعة الإسلامية.

- **حظر التعامل في التركة المستقبلية:** إذا كان المشرع الجزائري قد جعل القاعدة العامة هي جواز التعامل في الأشياء المستقبلية، إلا أنه وضع استثناء نصت عليهم مادته "92/ 02" من القانون المدني، حيث لا يجوز التعامل في تركة مستقبلية، وترجع هذه القاعدة إلى القانون الروماني، حيث كان يحرم في التركات المستقبلية، غير أن القانون الروماني أجاز ذلك بموافقة المورث، وبطلان التعامل في التركات المستقبلية في القانون الجزائري لا تؤثر فيه موافقة المورث، ومن ثم يعتبر باطلاً تعامل المورث في التركة مع الغير، أو مع وارث المحتمل له، وكذلك يحضر على الوارث المحتمل أن يتعامل مع وارث محتمل آخر، أو مع الغير.

• الفرع الثاني: شروط التعيين أو القابلية للتعيين

يلزم لانعقاد العقد أن يكون محل الالتزام معيناً، أو على الأقل قابلاً للتعيين، وهذا ما جاء في نص المادة 94 من القانون المدني الجزائري، والغاية من تعيين محل الالتزام هو تفادي المشاكل التي قد تنشأ من عدم تحديد المحل، والتعيين واجب سواء كان محل الالتزام عملاً أو إعطاء شيء، ففي الأول وجب تعيين العمل الذي يلتزم المدين بأدائه، ففي عقد المقاولة مثلاً وجب تحديد الأعمال التي يقوم بها المقاول من خلال صفات البناء المراد تشييده، والذي يكون عادة في مخطط هندسي، فهنا نقول بأن محل التزام المقاول قد عين.

وإذا كان محل الالتزام يتضمن تسليم شيء أو نقل ملكية شيء، فانه وجب أن يكون هذا الشيء معيناً، ويختلف ذلك بحسب كون الشيء محددًا بذاته أم محددًا بنوعه، فالأشياء المحددة بالذات يتم تعيينها بتحديد صفاتها التي تميزها عن غيرها، مثل تعيين منزل بتحديد موقعه وصفاته الخارجية ومساحته، أما الأشياء المحددة بالنوع (أو الأشياء المثلية) فيتم تعيينها بتحديد نوعها ومقدارها، مثل تحديد ما يلتزم البائع بنقل ملكيته بـ 20 قنطار من "القمح اللين" فهنا يتحقق التعيين.

وعدم تحديد درجه الجودة بالنسبة للأشياء المثلية المتفاوتة في ذلك، لا يترتب عنه عدم التعيين، وإنما في حاله الخلاف يلزم المدين بتسليم شيء من الصنف المتوسط، وهذا ما جاء في نص المادة "94/ 02" من القانون المدني.

وإذا كان محل التزام احد طرفي العقد هو مبلغ من النقود، فإن المدين يلزم بقدر عددها المذكور في العقد بحلول أجل الوفاء، وإذا حدث تغير في قيمة العملة في الفترة ما بين انعقاد العقد والوفاء، فإن ذلك لا يؤثر في التزام المدين، وهذا ما يستفاد من نص المادة "95" من القانون المدني.

وإذا لم يتحقق شرط تعيين فعل الأقل وجب أن تتحقق القابلية للتعيين، والتي تكون عن طريق أسس يضعها المتعاقدان من خلالها التعيين، ومثال ذلك الاتفاق على أن المؤجر يلتزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة أكبر مساحة من مجموعة منازل موجودة في منطقته معينة، فهنا نلاحظ بأن محل التزام المؤجر وإن لم يتحقق فيه التعيين إلا أنه تم وضع معالم تؤدي في الأخير إلى التعيين، ونلاحظ أن الأساس الذي اتفقا عليه المتعاقدان هو "الأكبر مساحة".

ويكون الشيء قابلاً للتعيين إذا ترك الأمر إلى شخص ثالث يتفق عليه الطرفان، والعقد في هذه الحالة يكون معلقاً على شرط واقف وهو قيم الشخص الثالث (يسمى كذلك المفوض) بتعيين المحل، فإذا لم

يتحقق ذلك تخلف الشرط الواقف واعتبر العقد كأن لم يكن منذ البداية، وإذا كان المتعاقدان قد اجل تعيين المفوض إلى الاتفاق لاحق فإن العقد لا ينعقد إلا من وقت تعيين المفوض.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في عقد البيع قد اشترط بالإضافة إلى التعيين، شرطاً آخر وهو ضرورة العلم الكافي به، وإلا فإن عقد البيع يكون قابلاً للإبطال.

وفي الفقه الإسلامي يشترط في عقد البيع أن يكون المبيع والتمن معلومين فإذا كان أحدهما مجهولاً فإنه لا يصح البيع.

الفرع الثالث: مشروعية المحل

لا يقوم العقد إلا إذا كان محل الالتزام غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وهذا شرط عام وجب توفره في جميع صور محل الالتزام، ويفرق شراح القانون عادة بين محل الالتزام بعمل محل التزام المتمثل في إعطاء شيء، فيوجبون في الأول المشروعية ويوجبون في الثاني ضرورة الدخول في دائرة التعامل، ومن ثم لا يقوم العقد الذي يكون محل أحد التزاماته إقامه علاقة جنسية خارج إطار الزواج، لأنه عمل يتعارض مع الآداب العامة، كما لا يقوم العقد الذي يتعهد فيه أحد طرفين بارتكاب فعل الاختطاف لأنه عمل غير مشروع فهو يتعارض مع النظام العام.

وإذا كان محل الالتزام إعطاء شيء وجب أن يكون هذا الشيء ضمن دائرة التعامل، ويمكن أن نوجز ما يخرج عن دائرة التعامل في ما يلي:

1. أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها: وهي تلك الأشياء التي لا يمكن أن يستأثر أحد بحيازتها، أو أنها أشياء لا يؤدي انتفاع البعض بها إلى الحيلولة دون انتفاع البعض الآخر.

2. أشياء تخرج عن التعامل بنص القانون: هناك أشياء تقبل بطبيعتها التعامل، ولكن القانون يحرم التعامل فيها الاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، ومثال ذلك عدم جواز التعامل في الأموال العامة والأموال الموقوفة، كما أن هناك أشياء يحضر التعامل فيها بنص القانون لعدم مشروعية محلها مثل المخدرات والمنازل المخصصة للدعارة... الخ.

في الفقه الإسلامي يشترط في عقد البيع طهارة العين، فإذا كانت العين خنزيراً أو خمرًا أو ميتة، فلا يصح البيع في هذه الحالة، وفي عقد الإجارة (الإيجار) يشترط أن تكون المنفعة مباحة فلا تصح الإجارة على المعاصي.

المطلب الثالث: السبب

كلمه سبب قد يقصد بها معاني عديدة، أول هذه المعاني المصدر المنشأ للالتزام، مثل العقد كمصدر للالتزام، أو واقعه الفعل الضار كمصدر غير الإرادي للالتزام، أما ثاني هذه المعاني فهو الغرض المباشر الذي يستهدفه الملتزم من وراء التزامه، وثالث هذه المعاني والغرض الغير المباشر الذي يستهدفه الملتزم وهذا ما يسمى بـ "الباعث الدافع إلى التعاقد"، وفي الحقيقة أن فكرة السبب لم يكن لها أثر في العقد في ظل القانون الروماني في بداية عهده، نظرا لشكلية الذي كانت تتميز بها العقود، ولم تتشكل هذه الفكرة بصورة واضحة إلا عن الفقهاء الكنسيين الذين عرفوا ما يسمى بفكرة "عدم مشروعيه الباعث"، وفي القانون الحديث ظهرت نظريتان للسبب يمكن تلخيصها مع موقف المشرع الجزائري وفقا للتقسيم الآتي:

- الفرع الأول: النظرية التقليدية.
- الفرع الثاني: النظرية الحديثة.
- الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.

• الفرع الأول: النظرية التقليدية

يتزعم هذه النظرية الفقيه "دوما"، وتميز هذه النظرية بين السبب المباشر للالتزام وبين السبب الغير مباشر (الباعث)، فترى أن الأول هو الذي يجب الاعتداد به في النظر إلى الالتزام، أما الثاني فهو مسألة خارجية تختلف من عقد لآخر، ولا ينبغي له أن يكون سببا للالتزام، وفي الحقيقة فإن النظرية التقليدية تميز بين ثلاثة أنواع من السبب: السبب الإنشائي ويقصد به مصدر الالتزام، والسبب الباعث وهو الغرض غير المباشر الذي يستهدفه المتعاقد من وراء التزامه، مثل أن يكون غرض المشتري من شراء المنزل هو تخصيصه لممارسة الدعارة، أما النوع الثالث فهو السبب القسدي والذي تقدم أن معناه هي الغاية المباشرة للملتزم من وراء التزامه، ففي عقد البيع مثلا تكون الغاية المباشرة للبائع من وراء التزامه هي الحصول على الثمن، والسبب الأخير هو الذي يكون معتبرا في تكوين الالتزام فلا يقوم إلا به ويبين لنا أصحاب النظرية صور بسبب الالتزام في طوائف مختلفة من العقود، ففي العقد الملزم للجانبين يكون سبب التزام كل طرف هو التزام الطرف الآخر، ففي عقد الإيجار يكون سبب الالتزام المستأجر بدفع بدل الإيجار، هو التزام المؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة.

في العقود الملزمة لجانب واحد مثل الوعد بالبيع، يكون سبب الالتزام الوعد هو إتمام العقد النهائي، أما في عقود التبرع فان سبب التزام المتبرع هو نية التبرع، ومن ثم فان السبب وفق هذه النظرية هو واحد لا

يتغير في الطائفة الواحدة من العقود، ولقد تعرضت النظرية التقليدية لهجوم شديد، من طرف الفقيهين "بلانيول" و "لوران"، وذلك على أساس أنها نظرية غير صحيحة وعديمة الفائدة.

• الفرع الثاني: النظرية الحديثة

اهتمت النظرية الحديثة بـ "الباعث الدافع إلى التعاقد"، هو الذي يعتبر عنصرا خارجا عن العقد، ويختلف من شخص لآخر، ولقد أدى اهتمام النظرية الحديثة بالباعث كسبب للعقد إلى إثارة مسألة استقرار المعاملات، ما دام أن هذا الأمر كامن في النفس ويصعب كشفه أثناء إبرام العقد، ونتيجة لهذا فإن القضاء الفرنسي حدد نطاق هذا الباعث بالرئيسي، ومن ثم لا اثر للدوافع الأخرى غير الرئيسية، كما أنه اشترط لإبطال العقد على أساس عدم مشروعيه "الباعث" أن تكون صفه عدم المشروعية معلومة لطرف الآخر، وهذا بالنسبة لعقود المعاوضة، أما في عقود التبرع فلا يشترط العلم، وذلك اعتبارا لكون المعاوضات أجدر بالحماية من التبرعات.

وفي حقيقة الأمر فإن النظرية الحديثة هي رجوع لما توصل إليه الفقهاء الكنسيون في السبب، من حيث ضرورة أن يكون غير متعارض مع الدين، والأمر الذي أدى إلى مسايرة الفقه الحديث للنظرية الحديثة، هي العيوب التي اعترت النظرية التقليدية، وثبتت عدم صحتها عند أكثر فقهاء القانون، وهو الأمر الذي أفضى في النهاية إلى خروج القضاء الفرنسي عنها.

وخلصه القول أن النظرية الحديثة لا تتوقف عند الغرض المباشر للملتزم، بل تذهب إلى ابعاد من ذلك، ففي عقد الإيجار مثلا تبحث النظرية الحديثة عن جواب لسؤال: ما هو الباعث الدافع الذي أدى بالمستأجر لاستئجار العين؟ فإذا كان الجواب هو: الإقامة فيها، فإن السبب يكون مشروعاً، وإذا كانت الإجابة هي: تخصيص العقار كنادي للقمار، أو جعله وكرا للدعارة، فإن الباعث في هذه الحالة يكون غير مشروع، ومن ثم بطلان العقد لعدم مشروعية السبب، وهكذا فقد توسعت النظرية الحديثة في النظر إلى السبب.

• الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من النظريتين

نص المشرع الجزائري في المادة "97" من القانون المدني على ما يلي: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا".

واضح من نص المادة أن المشرع الجزائري قد تبني النظرية الحديثة في السبب، الذي تقوم على وجوب مشروعيه "الباعث الدافع إلى التعاقد"، فعبارة السبب غير المشروع أو المخالف للنظام العام إنما تنصرف إلى معنى السبب كما طرحته النظرية الحديثة.

غير أن المشرع الجزائري في نص المادة "02/ 98" نص على أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، ومعلوم أن السبب الباعث وفق النظرية الحديثة لا يذكر في العقد عادة أنه أمر كامن في النفس، أما الذي يذكر في العقد فهو سبب الالتزام وفق معنى النظرية التقليدية، لذلك يكون المشرع قد اخذ بالنظرية التقليدية أيضا، وذلك في اشتراطه وجود سبب للالتزام.

إثبات السبب: يثبت عادة ما أتفق عليه في العقد ضمن سند، ومن ثم فإن سبب التزامات الأطراف تكون مدونة في هذا السند، مثل أن يكون العقد بيعا فيذكر سبب التزام البائع وسبب التزام المشتري، وذلك بتدوين مقدار الثمن وتعيين المبيع، والمشرع يفترض أن السبب المذكور في العقد على هذا النحو، هو السبب الحقيقي، فإذا نازع احد طرفين في سبب التزامه بادعائه صورية السبب المدون في السند، كأن يدعي البائع أن سبب التزامه وهو "التزام المشتري بدفع الثمن" لا وجود له في حقيقة الحال، وإن ما دون في السند ليس سوى مظهر كاذب، ففي هذه الحالة يتعين على البائع أن يثبت هذه الصورية، وذلك عن طريق الكتابة، لأنه لا يجوز إثبات ما يجاوز الكتابة أو يخالفها إلا بالكتابة، فإذا وفق البائع في إثبات صورية السبب، فإن عبئ الإثبات ينتقل إلى المشتري الذي يتعين عليه أن يثبت أن للالتزام سببا آخر مشروعاً.

وإذا ادعى احد الطرفين في العقد أن سبب التزامه المدون في السند يستر سببا غير مشروع، فهنا تكون الصورية قد اتخذت كوسيلة للتحايل على القانون، والقاعدة هي جواز إثبات التحايل على القانون بجميع طرق الإثبات.

غير انه قد يحدث ألا يتضمن السند سبب الالتزام، مثل أن يتضمن السند بان المدين ملزم بدفع مبلغ كذا دون ذكر أن ذلك على وجه التبرع، أو لرد مبلغ قرض، أو أنه أجرة نظير عمل معين...الخ، ولا يترتب على هذا الإغفال بطلان الالتزام، وفي هذه الحالة فإن المشرع يفترض أن لالتزام المدين سببا صحيحا ومشروعا، وإذا ادعى المدين عكس ذلك تعين عليه إثبات عدم وجود السبب، أو عدم مشروعيته، ويجوز له أن يثبت عدم وجود السبب بجميع طرق الإثبات، كما يجوز له أن يثبت نفس الطريقة عدم مشروعية السبب.

- **التصرف المجرد:** يعتبر السبب عنصراً مكوناً للإلتزام، فلا يقوم إلا به، ومن ثم فإنه لا يتصور أن يعترف القانون بالتزام ليس له سبب، غير أن القوانين الجرمانية التي تأخذ بالإرادة الظاهرة، تعترف بالتصرف المجرد من السبب، والمشرع الجزائري لا يعترف بالتصرف المجرد إلا على سبيل الاستثناء ولذلك نجده حدد حالتين استثنائيتين ينشا فيهما الإلتزام بغض النظر عن سببه، الحالة الأولى تتعلق بالإنابة، حيث يلزم "المناوب" اتجاه "المنيب" (المدين الأصلي) كان باطلاً، وهذا ما جاء في نص المادة "296" من القانون المدني، أما الاستثناء الثاني فهو يتعلق بالإلتزام الكفيل اتجاه الدائن، حيث يتعين عليه تنفيذ الإلتزام لمصلحة الدائن، ولا يستطيع أن يتمسك بالدفع التي يمكن أن يتمسك بها اتجاه المدين.

فهنا نلاحظ بأن سبب التزام "المناوب" اتجاه "المناب لديه" هو التزامه سابق اتجاه "المنيب"، وما دام أن هذا الإلتزام ظهر بطلانه فإنه يصبح التزام "المناوب" اتجاه "المناب لديه" بدون سبب، والأصل عدم قيامه إلا أن المشرع اعترف به استثناءاً.

البطلان في القانون المدني

ان العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر والأساس الذي يقوم عليه هو الرضا وهذا الأخير أساس كل عقد وعند قيام هذا الركن تقوم على أساسه الأركان الأخرى والمتمثلة في المحل والسبب وهناك من يضيف الشكل السليم.

وقد أقر القانون أن أي تخلف لأي ركن من هذه الأركان يعني بطلان العقد.

والبطلان يعني إبطاله أو انعدامه وذلك هو جزاء لتخلف ركن من الأركان المذكورة.

وقد عرفه بعض الفقهاء " انه الجزاء الذي يوقعه القانون لعدم توافر أركان العقد و شروط صحتها." من خلال هذه التعاريف السابقة يمكننا أن نقول أن العقد لا يكون دائماً صحيحاً فقد تتخلله عوارض تكون سبباً في إبطاله أو قابليته للإبطال.

والسؤال الذي يتبادر هو:

ما مفهوم البطلان وأنواعه ؟

ما هي آثار تقريره ؟

ما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك ؟

المبحث الأول : مفهوم البطلان وأنواعه:

المطلب الأول: تعريف البطلان

كنا قد استعرضنا الشروط أو الأركان الواجب توفرها حتى يكون العقد صحيحاً، إلا انه بتخلف ركن من هذه الأركان يصبح العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال.

هناك من عرفه يعني انعدام الأثر القانوني للعقد الذي لم تحترم فيه القواعد التي أوجبها المشرع في العقد بالإضافة إلى هذا التعريف هناك تعاريف أخرى : " هو وصف يلحق تصرفاً قانونياً معيناً لنشأته مخالفاً لقاعدة قانونية يؤدي إلى عدم نفاذه " والسبب في استبدال كلمة جزاء بكلمة وصف هو دقة المعنى فكلمة الجزاء تفيد فكرة العقاب وهذه الفكرة مستبعدة تماماً في القانون المدني، واستبعاد فكرة العقاب فهذا لا يعني إن المشرع لا يقيم لها وزناً على الإطلاق فبطلان العقد كون سببه أو محله غير مشروع هو فعلاً عقاب للمتعاقدين، على عكس إبطال العقد بسبب التدليس الذي يرمي قبل كل شيء إلى حماية رضا المدلس عليه من دون أن نتجاهل سلوك المدلس الذي يعاقب عن طريق إبطال العقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن كلمة الجزاء لا تعني حتماً ردعاً والعقاب المسلط على الفرد، بل يقصد به النتائج القانونية المترتبة على التعريفات إذا تمت مخالفة للقانون.

بالإضافة إلى هذه التعاريف هناك من شبه العقد بكائن حي والبطلان حالة خاصة تلحق العقد وكيفية هذه الحالة حسب خطورتها.

ويترتب على بطلان العقد أو فسخه زوال كل أثاره وهذا هو وجه الشبه بين النظاميين، فالبطلان مثل الفسخ (فيرجع) يؤدي إلى انعدام الرابطة القانونية، أما بالنسبة لوجه الاختلاف يتمثل في الأسباب التي أصابت العقد، فالانعدام بسبب البطلان يعود إلى عيب أصاب العقد في احد أركانه، واما الفسخ فيرجع إلى عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه في العقد الملزم للجانبين ويزول العقد اي ينقضي وذلك عن طريق الانحلال ويجمع بين الانحلال والبطلان انه يترتب عليهما زوال العقد لكن الانحلال يرد على عقد نشأ صحيحاً وقد ينحل العقد باتفاق الطرفين.

وقد ينحل عن طريق الرجوع إلى الإرادة المنفردة لأحد العاقدين.

والعقد الباطل مثله مثل العقد غير النافذ لا يسري في حق الغير ولا يمكن الاحتجاج به لدى الغير، و السبب في عدم نفاذ العقد هو الإخلال بإجراءات الشهر العقاري وهذه الإجراءات تمثل تقييد نقل حق الملكية والحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين

يتميز البطلان عن عدم النفاذ لكون العقد الباطل منعدم الوجود قانوناً بالنسبة للمتعاقدین نفسيهما و بالنسبة للغير كذلك.

أما في حالة عدم نفاذ العقد فهو موجود قانوناً بين المتعاقدين ومنعدم بالنسبة للغير.

المطلب الثاني : أنواع البطلان

أولاً : البطلان المطلق

إن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً، فهو منعدم الوجود ولا حاجة إلى تقرير البطلان، ويضاف لهذا النوع من بطلان العقد الذي لم يستوفى أركانه، كانهتمام تطابق الإرادتين، وانعدام المحل أو السبب، أو عدم مشروعية محله أو سببه.

إن كان من شروط التراضي هناك شروط أساسية وهي أن يصدر ممن بلغ سن التمييز، وانه إذا صدر من عديم التمييز كان باطلاً بطلاناً مطلقاً ولو كان العقد لمصلحته.

وكذلك بالنسبة للمحل يجب أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود في المستقبل وإذا لم يكون موجوداً عند التعاقد بل كان قد هلك فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً وإذا كان المحل مستحيل الوجود في المستقبل استحالة مطلقة فإن العقد يكون باطلاً مطلقاً

وكذلك من شروط المحل أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

بالإضافة لذلك فإن المحل يجب أن يكون مشروعاً فإذا كان عكس ذلك فإنه أي العقد يكون باطلاً.

يترتب البطلان المطلق بنص في القانون لنص المادة 2/92 ببطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان برضاه وكذلك نص القانون على بطلان بيع الوفاء من ذلك نص المادة 396 : " يكون البيع باطلاً إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المبيع في أجل معين " والبطلان المطلق يجعل العقد في حكم المعدوم بحيث لا ينتج أي اثر قانوني وإن كانت تترتب عليه أثار.

ولكل ذي مصلحة ان يطلبه. هذا البطلان المطلق لا ترد عليه الإجازة ولا يسقط الحق في طلب بطلانه إلا بمضي مدة التقادم 15 سنة إن الدفع بهذا البطلان لا يسقط أبداً.

ثانياً : البطلان النسبي

العقد القابل للإبطال أو البطلان النسبي ففيه يكون العقد قائماً و لكن معيباً بعيب من عيوب الرضا و هي نقص أهلية المتعاقد المميز والغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، ويكون طلب إبطال العقد (الناقص) لمن عيب رضاه إن الإبطال النسبي شرع لمصلحة المتعاقد الناقص الأهلية أو لمن وقع في غلط أو للتدليس عليه أو المكره أو لمن استغل فان احدهم أجاز العقد أو تنازل عن طلب الإبطال فيصبح العقد و يبقى قائماً منتجا لأثاره.

وقد حدد القانون مدة طلب الإبطال بمدة 10 سنوات وذلك طبقاً لما جاءت به المادة 101 : " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات و يبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه غير انه يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو أكره إذا انقضت 10 سنوات من وقت تمام العقد. "

إلى جانب البطلان النسبي الذي تقرره القواعد العامة يوجد بطلان نسبي يقرره القانون طبقاً لنص المادة 397 : " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق بطلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه، أو في كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المبيع و لو أجاز المشتري. "

إختلال الرضا ينتج عنه أن يكون العقد قائماً حتى يطلب من صدر منه الرضا حماية القانون وعندئذ يزول العقد وهذا هو البطلان النسبي فهو قائم وصحيح ومنتج للأثار غير انه على خطر الإبطال.

بالإضافة للمواد السابقة نصت المادة 99 على القابلية للإبطال : " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر إن يتمسك بهذا الحق. "

وكذلك المادة 100: " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير. "

الإجازة تلحق العقد الباطل نسبياً فيزول حق الإبطال بالإجازة الصريحة أو الضمنية وهي تصرف قانوني من جانب واحد يزيل به أحد المتعاقدين العيب الذي لحق العقد ومن ثم فيلزم إن تتوفر فيه شروط التصرف من حيث الأهلية وسلامة الإدارة من العيوب.

والفرق بين الإجازة والإقرار أن الأخير يصدر من جانب واحد ويكون خارج عن أطراف العقد مثال إقرار المالك في حالة التمسك بالإبطال كنقص الأهلية بعد بلوغه وإن يكون العقد باطلاً نسبياً، وأن يكون على علم بالعيب ويريد أن يجيزه أو أنها تصدر بعد زوال العيب فلا إجازة لقاصر أو لمكره ولا إجازة إلا بعد اكتشاف الغلط والتدليس، وزوال ما يشوب الإرادة وهي الوقوع تحت الاستغلال.

إذا أجاز العقد الباطل بطلاناً نسبياً استقر وجوده نهائياً والإجازة لا تصحح العقد القابل للإبطال لأنه صحيح قبلها ولكنها تزيل خطر الإبطال وهي لا تخل بحق الغير إذ لا يصح إن تضرر بحق الغير، و يقصد بالغير هنا الخلف الخاص للمتعاقد الذي له الحق في الإبطال.

مثال : إن يرهن قاصر عقار (مثل هذا العقد قابل للبطلان) ثم يجيزه بعد بلوغه سن الرشد العقد الباطل نسبياً فهو مهدد بالإبطال لكن إذا مضت عليه المدة القانونية أصبح صحيحاً وسقط الإبطال بالتقدم وتحسب المدة من يوم زوال العيب ويفسر أنه امتناع عن إقامة الدعوى.

ويعتبر صحيحاً لعقد البيع ما قضت به المادة 358 : " إذا بيع عقار بغير يزيد عن خمس فالبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل."

ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس إن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع. كما يعتبر صحيحاً لعقد القسمة ما نصت عامة المادة 2/732 : " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة."

لا يتمسك بالإبطال إلا المتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته ولا تملك المحكمة إن تقضي به من تلقاء نفسها و الإبطال لا يتقرر إلا بالرضاء أو القضاء وحكم القاضي هنا الذي ينشئ البطلان وإن كان يستند بأثر رجعي.

المبحث الثاني : الآثار التي يربتها العقد الباطل والقابل للإبطال:

المطلب الأول : مبدأ زوال العقد

يترتب على تقرير البطلان أو إبطال العقد زواله الكلي أو بأثر رجعي.

أولاً : الزوال الكلي للعقد

إذا تقرر بطلان العقد إبطاله فإنه يزول كلياً، أي أنه ينعقد، أي كان لم يكن أصلاً.

فالواجبات والحقوق التي رتبها العقد أو كان سيرتبها تزول كلياً.

مثلاً : تقرير إبطال عقد البيع أو إبطاله زوال عملية البيع فتزول صفة البائع للمالك وكل الحقوق والواجبات التي اكتسبها أو تحملها بموجب العقد.

فليس له الحق في المطالبة بثمن المبيع أو مصاريفه، وليس عليه إن يسلم المبيع وكذلك بالنسبة للمشتري. فهذا الأمر متعلق بالبطلان المطلق، كون العقد لم ينعقد أصلاً، إما بالنسبة للعقد القابل للإبطال فإنه ينعقد صحيحاً و يكتسب أطرافه حقوقاً ويحملهم واجبات، وعليه فإن تقرير الإبطال يزيل هذه الحقوق والواجبات و ذلك من إبرام العقد.

ثانيا : زوال العقد بأثر رجعي

إذا تقرر بطلان العقد أو إبطاله سريان هذا الإبطال على المتعاقدين من يوم إبرام العقد، وفي بعض الحالات إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وذلك بالإضافة للغير إذا كان قد اكتسب حقا من احد المتعاقدين.

ومثال ذلك: ما جاءت به المادة 103 مدني.

أ- إعادة المتعاقدين إلى حالتها الأصلية:

جاءت المادة 103 مدني وكذلك ما قضى به قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1989/07/09 : " حيث وانه وان كان قضاة الموضوع قد نطقوا ببطلان عقد الشركة تطبيقا للمادة 545 تجارية، من اجل عدم إفراغه في الشكل الرسمي فانه كان ينبغي عليهم استخلاص جميع النتائج المترتبة على هذا البطلان بقصد إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل و استند إلى نص المادة 103 مدني. "

يعني ذلك إعادة المتعاقدين إلى ما قبل إبرام العقد ، خاصة إذا كان المتعاقد ناقص الأهلية أو الملوث الغاش.

1-كيفية الاسترداد:

إذا تقرر بطلان أو العقد الذي شرع في تنفيذه فلا بد أن يسترد كل منها أداه عينا بمقابل حتى تزول كل آثار هذا العقد.

أ.الاسترداد العيني

أفضل حالة لإعادة المتعاقدين إلى ما قبل العقد هي استرداد كل منهما ما أداه عينا.

*فالبائع إن يسترد المبيع وثماره منذ إبرام العقد وللمشتري إن يسترد ما أداه أي الثمن بالإضافة إلى المصاريف التي أنفقها لحفظ المبيع.

ومثال ذلك أب المشتري أجرى ترميمات على عقار وكان حسن النية فله الحق في طلب التعويض وذلك ما اخذ به المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 1969/06/18.

أما إذا استحال استرداد ما أداه المتعاقدان عينا بسبب هلاك الشئ أو الطبيعة (كالإيجار) يكون الاسترداد عن طريق التعويض فإذا تقرير إبطال عقد الإيجار فلا يمكن للمؤجر إن يسترد المنفعة التي تحصل عليها المؤجر منذ إبرام العقد، في هذه الحالة للقاضي تحديد مبلغ التعويض الذي يحل محل الاسترداد العيني.

وكذلك بالنسبة إذا هلك المبيع بعد تنفيذ العقد فله إن يسترد تعويضا عن ذلك فقط.

ب/ حرمان المتعاقد جزئيا أو كلياً من الاسترداد:

إذا كانت نصت المادة 103 على المادة المتعاقدان إلى ما قبل العقد إلا انه هناك حالات لا يمكن فيها ذلك منها إلزام المتعاقد ناقص الأهلية برد جزء فقط من الأشياء التي تحصل عليها.

بالإضافة إلى هذا فبالنسبة للملوث (الغاش) فليس له أن يستفيد من غشه ففي حالة بطلان العقد بسبب عدم مشروعيته، فان المتعاقد المتسبب في عدم المشروعية لا يستفيد من حق استرداد ما أداه.

وكذلك بالنسبة للتساوي في الغش فلا يستردان كلاهما.

مثال ذلك: بالنسبة للراشي والمرتشي (م 133 عقوبات).

وكذلك مصادرة المال ما جاءت به المواد 161 - 167 - 168 - 202 - 203 عقوبات

ج- سقوط حقوق الغير:

إذا تم تقرير البطلان أو الإبطال في حق المتعاقدين فستسري حتى على الغير الذي استفاد من وراء هذا العقد.

فتتأثر حقوقه بصحة أو ببطلان العقد، والغير ليس الأجنبي عن العقد إنما هو الخلف الخاص الذي يخلف المتعاقدين في حق عيني أو في عين معينة :

مثال : فإذا باع علي لعمر شقة وباعها عمر لأحمد فان تم إبطال عقد البيع الاول فان الثاني يبطل كذلك إلا انه هناك استثناء على هذه القاعدة وهو بتوفر حسن النية وعدم العلم ببطلان العقد وحيازة سنداً صحيحاً أو سند لحامله.

فقد نظم المشرع ذلك وافر بحيازة الشيء موضوع العقد وتكون حيازته صحيحة، وذلك ما نصت عليه م 885 مدني، فيما يتعلق بالرهن

المطلب الثاني : الآثار العرضية للعقد الباطل

من العقود الباطلة التي تنتج آثار عرضية الزواج بين المحارم فهو باطل إنما ينتج آثار عرضية بوصفه واقعة مادية كوجوب المهر وثبوت النسب والعدة.

والعقد الباطل لتدليس أو إكراه يوجب التعويض عن المسؤولية التقصيرية.

عن الفعل غير المشروع بالنسبة للمتعاقد حسن النية وذلك ببطلان العقد لسبب لم يكن يعلم به.

مثال ذلك: استعمال القاصر لطرق غير مشروعية لإخفاء نقص أهليته كتزوير شهادة ميلاده فهذا الاحتيال يستوجب المسؤولية عن الفعل غير المشروع.

أولاً: نظرية الخطأ عند تكوين العقد

هذه النظرية أخذ بها الفقيه الألماني اهرنج و أيدها الفقيه الفرنسي سالي ومفادها أن من يتسبب في إنشاء عقد مع طرف ثاني حسن النية لما في العقد من خطأ لا يعلمه لذلك فعلى أساس افتراض عقد ضمان فهو يلتزم بان لا يكون هناك سبب للبطلان أن من جهة فإذا تحقق سبب البطلان فالتطرف المتسبب في البطلان يلزم بتعويض الطرف المتضرر من هذا البطلان حسن النية، فان انعدم أساس حسن النية فينعدم التعويض.

ثانيا : نظريتا إنقاص العقد وتحول العقد

وهما نظريتين ألمانيتين تقومان على أساس تفسير إرادة المتعاقدين.

أ- حالة إنقاص العقد: فهو بطلان جزئي كبطلان شطر في العقد فيقتصر البطلان على الشطر الباطل فقط و يبقى العقد صحيحا.

أما إذا كان هذا التقسيم يتعارض مع إرادة المتعاقدين فإنه يصبح باطلا كله.

مثال : هبة مقترنة بشرط غير مشروع فتصح الهبة و يبطل الشرط.

ما لم يكن هذا الشرط هو الدافع إلى التبرع فيبطل الهبة كلها.

نظرية تحول العقد: وذلك ما جاءت به المادة 105 ق م إذا كان العقد باطلا أو قابل للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتبار العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد

(1)-مثال: البيع بثمن تافه يبطل العقد كبيع لانعدام ركن الثمن ولكنه يتحول لهبة صحيحة متى استوفى باقي شروطه

(2)-السند الرسمي الباطل يتحول إلى سند عرفي متى اشتمل على توقيع الطرفين

ج) شروط إنقاص العقد

(1)-إن يكون العقد باطلا في أحد أجزائه دون الأجزاء الأخرى لأنه إذا كان باطلا في كل أجزائه فيكون باطلا، ومادام جزء فقط فيمكن إنقاصه

(2)-إن يكون هذا العقد قابل للتجزئة، أما إذا لم يكن قابل لذلك إلا بتوفر الشق الباطل فإن العقد يبطل بأكمله

مثال: وجود شرط باطل في وصية فإنه يبطل الوصية إذا كان هو الدافع الحقيقي أما إذا كان الشرط الباطل ليس هو الدافع للتصرف فإن التصرف يكون قابلا للتجزئة فيجوز إنقاصه

د) شروط تحول العقد

1-إن يكون العقد الأصلي باطلا :فالهبة الصحيحة لا يمكن أن تتحول إلى وصية، ويجب أن يكون العقد باطلا بأكمله فإن كان بعضه باطلا وبعضه صحيحا فلا تحول ولا إنقاص أو إذا كان ثمة غلط بالنسبة لشيء من جملة أشياء ورد عليها بيع، أو كان تصرف هبة مقرونة بشرط غير مشروع ولم يكن هذا الشرط هو العنصر الأساسي للتعاقد فتصح الهبة ويبطل الشرط وكذلك ما جاء في المادة 722 مدج

2-إن يتضمن العقد الباطل كل عناصر التصرف الأخر: فلا يجوز أن يضاف إليها عنصر جديد و إلا فلا تحول بل يصحح العقد.

مثال: شراء شخص شيء ضنا منه انه أثري وتبين انه ليس كذلك لوجود غلط فالعقد باطل، أما إذا عرض عليه البائع الشيء الحقيقي الأثري فهنا عنصر جديد منها فتصحح العقد يكون بإدخال هذا العنصر الجديد.

3-إن تنصرف إرادة العاقدین المحتملة إلى عقد آخر :

معنى ذلك إن إرادة المتعادين الظاهرة قد انصرفت إلى العقد الباطل فإن إرادتهما المحتملة انصرفت إلى عقد آخر لو أنهما علما بهذا البطلان فالمهم هو الوصول إلى الغاية الموجودة من التعاقد تحول آثار العقد تترتب على العقد الصحيح وليس على العقد الباطل.

المبحث الثالث: موقف المشرع

المطلب الأول : موقف المشرع الجزائري من أنواع البطلان

يتبين لنا من خلال الأحكام الواردة في المواد من 99 إلى 105 من التقنين المدني أن المشرع اعتمد التقسيم الثنائي للبطلان حيث ميز بين البطلان النسبي والبطلان المطلق وقد تناول أحكام البطلان النسبي في المواد من 99 إلى 101 مبينا زوال الإبطال بالإجازة ويسقط بالتقادم وقد بين في المادة 101 حالات قابلية العقد للإبطال وذكر - نقص الأهلية - وعيوب الرضا- والتي تم ذكرها في المواد:

90-88-86-81-80 ق م ، والتي تنص على قابلية العقد للإبطال للأسباب الآتية

نقص الأهلية (8) ، الغلط (81-85) ، التدليس (86-87) ، الإكراه (88-89) ، الغبن (90-91) - الاستغلال

وتضمن المادة 102 ق م البطلان المطلق وقضت:

-بجواز التمسك ببطلان العقد لكل ذي مصلحة.

-للمحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها .

-الإجازة لا تلحق البطلان المطلق.

-سقوط دعوى التقادم.

يتبين لنا من خلال الأحكام الواردة في المواد 92 إلى 98 أن البطلان المطلق يلحق العقد الذي شابه عيب في أحد أركانه.

وهي التراضي - المحل - السبب، أو لعدم مشروعية المحل والسبب وخصص المواد من 103 إلى 105 للأحكام المشتركة بينهما.

وفي الأخير نقول إن المشرع قد اخذ في تحديد أنواع البطلان بإن المصلحة العامة هي أساس البطلان المطلق والمصلحة الخاصة هي أساس البطلان النسبي.

وإذا صعب تحديد المصلحة العامة من المصلحة الخاصة فيدخل المشرع بنص خاص يوضح فيه الأحكام الواجبة التطبيق.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من الأثر العرضية للعقد الباطل والقابل للإبطال

إن المشرع الجزائري قد أخذ بانقاص وتحول العقد، وهكذا تنص المادة 104 من القانون المدني أن: " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله. " أما المادة 105 فتتص أن " إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتورث فيه أركان عقد آخر فإنه يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد.

آثار العقد

آثار العقد من حيث الأشخاص (مبدأ نسبية آثار العقد)

يقصد بمبدأ نسبية آثار العقد أن العقد لا ينشئ حقوقاً للغير ولا يرتب في ذمته التزامات، بل تقتصر آثاره وحدها على من كانت طرفاً فيه أو من يقوم مقامهم قانوناً ويُقسّم نطاق الأشخاص الذين تنصرف إليهم آثار العقد إلى ثلاثة طوائف أساسية:

أولاً: المتعاقدان (أطراف العقد الأصليين)

- **المبدأ:** تنصرف آثار العقد بقوة القانون إلى المتعاقدين اللذين أنشأت إرادتهما هذا العقد (طبقاً للمادة 108 من القانون المدني)
- **النتيجة:** يتمتع المتعاقدان بكافة الحقوق الناجمة عن العقد، ويتحملان في نفس الوقت بالالتزامات والواجبات المترتبة عنه بشكل كامل ودون قيود.
- **مفهوم المتعاقدين:** لا يقتصر فقط على من وقع العقد بنفسه، بل يمتد ليشمل من يمثلهما قانوناً (كالوكيل أو النيابة بنوعها اتفاقية أو قانونية).

ثانياً: الخلف العام (الوارث والموصى له بحصة شائعة)

- **التعريف:** هو كل شخص يخلف غيره في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها، مثل الوارث أو الموصى له بمجموع التركة أو بحصة شائعة فيها (نصف أو ربع التركة مثلاً).
- **الحكم:** تنصرف حقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إلى الخلف العام، فإذا مات المتعاقد، انتقلت حقوقه لورثته، وانتقلت التزاماته الديونية لتركته (مع قاعدة: لا تركة إلا بعد سداد الديون)
- **الاستثناءات (حالات لا ينصرف فيها العقد للخلف العام):** (لا تنصرف آثار العقد إلى الخلف العام في ثلاث حالات:

1. إذا وجد اتفاق صريح بين الطرفين يقضي بغير ذلك.
2. إذا وجد نص قانوني يمنع انتقال الأثر.
3. إذا كانت طبيعة العقد تقتصر على المتعاقد بالذات (العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي كعقد الرسام أو الطبيب المشهور)

ثالثاً: الخلف الخاص (المتلقي لحق عيني على مال معين)

- **التعريف:** هو كل شخص تلقى من سلفه ملكية مال معين بالذات أو حقاً عينياً آخر (مثل المشتري بالنسبة للعين المباعة، أو المرتهن، أو الموصى له بمال معين).
- **الحكم:** كقاعدة عامة لا يلتزم الخلف الخاص بعقود سلفه، ولكن استثناءً تنتقل إليه الحقوق والالتزامات الشخصية المتصلة بالشيء إذا توفر شرطان (حسب المادة 109 من القانون المدني)
 1. أن تكون هذه الالتزامات والحقوق من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه.
 2. أن يكون الخلف الخاص عالماً بهذه الالتزامات والحقوق وقت انتقال الشيء إليه.

رابعاً: الغير (الأجنبي عن العقد)

- **التعريف:** الغير هو كل شخص سوى المتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص (الأجنبي المحض عن العقد).
- **المبدأ:** لا يترتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولا يكسبه حقاً مباشراً منه.
- **الاستثناءات (الخروج عن نسبية العقد لمصلحة الغير):** (يجوز أن يترتب أثر للغير في حالات محددة نظمها القانون مثل:
 1. **الاشتراط لمصلحة الغير:** أن يستشرف المتعاقدان حقاً لشخص ثالث أجنبي عنهما (عقد التأمين لصالح المستفيد الأجنبي).
 2. **التعهد عن الغير:** أن يتعهد شخص باجبار أو التزام الغير بأداء معين، فلا يلتزم الغير إلا إذا أقر هذا التعهد.

بمعنى

القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص

يخضع العقد لقاعدة أساسية مؤداها نسبية آثاره بالنسبة للأشخاص، بمعنى أن هذه الآثار لا تنسحب إلا على من كان طرفاً في العقد، فهو لا ينشئ حقوقاً للغير ولا يترتب في ذمته التزامات.

المطلب الأول: أثر العقد بالنسبة للمتعاقدین

كلمة " المتعاقدان " لا يقتصر مفهومها على من قاما بالتوقيع على العقد، بل يتجاوز هذا المعنى إلى معنى أوسع ويشمل من يمثلهما في العقد، والمتعاقد يمثل خلفه العام، كما يمثل في حدود معينة الخلف الخاص، وعلى هذا النحو فإن مبدأ النسبية من حيث الأشخاص لا يحول دون التزام الخلف العام بما التزم به سلفه، كما لا يحول دون التزام الخلف الخاص أحياناً بما التزم به من تلقى الحق عنه، وفي حدود انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أو الخاص فإن كل منهما لا يعتبر من الغير.

أولاً: انصراف أثر العقد إلى الخلف العام

الخلف العام هو من يخلف سلفه في كل أمواله، أو في جزء منها يعبر عنه بكسر حسابي، كالثالث أو الربع مثلاً، و بالتالي فهو يشمل الوارث والموصى له بحصة في التركة، وقد نصت المادة 108 ق م ج على أنه " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة المعاملة أو من نص القانون أن هذا الأمر لا ينصرف إلى الخلف العام."

وبالتالي فهذا النص يضع المبدأ ثم يبين حدوده، فالمبدأ أن ما يترتب على العقد من حقوق ينتقل إلى الورثة بالورثة بعد موت مورثهم، أما ما يترتب من التزامات فإنها تخضع لقاعدة شرعية مفادها أنه " لا تركة إلا بعد سداد الديون" ومعنى ذلك أن الورثة لا يلتزمون بديون المورث في ذمتهم الشخصية، وإنما يلتزمون في حدود ما آل إليهم من التركة.

أما حدود هذا المبدأ فقد أوردتها ذات المادة وهي:

1. عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام بناء على اتفاق: إذ يجوز مثل هذا الاتفاق لأنه لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة، ومن ذلك تأجيل الوفاء بالثمن في عقد البيع مع اشتراط عدم انتقال هذه الميزة إلى الورثة.

2. إذا حالت طبيعة الحق أو الالتزام دون انتقاله إلى الورثة: ومن ذلك أن طبيعة حق الانتفاع تمنع انتقاله إلى الورثة حيث ينقضي قانوناً بوفاة صاحب حق الانتفاع، وكذلك الإيراد لمرتب مدى الحياة لا ينتقل إلى الورثة بحكم طبيعته المادية والقانونية، ونفس الأمر بالنسبة للعقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي.

3. إذا وجد نص في القانون يمنع انتقال الحق إلى الخلف العام: ومن هذا القبيل ما تقضي به أحكام القانون المدني التي تقرر أن الشركة تنقضي بوفاة أحد الشركاء.

4.الإخلال بقواعد الميراث: يعتبر الوارث و هو خلف عام من الغير أحياناً، وذلك حماية له من أن تتصرف إليه آثار تصرفات مورثه التي تضر بمصالحه، فوصية المورث لا تنفذ في حق الورثة إلا في حدود الثلث.

ثانياً: انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص

الخلف الخاص هو من يخلف السلف في عين معينة أو في حق عيني عليها، ومثاله المشتري أو الموصى له بعين في التركة، و من تقرر له حق انتفاع، و قد نصت المادة 109 ق م ج على أنه " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقاله للحق عليه."

ويشترط ابتداءاً لانصراف آثار العقد للخلف الخاص أن يكون هذا العقد من ناحية قد أبرم في شأن الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، فإذا كان في شيء آخر فلا محل للاستخلاف، ومن ناحية ثانية يجب أن يكون العقد سابقاً على انتقال الشيء إلى الخلف، وتثبت هذه الأسبقية بثبوت تاريخ العقد.

ومفاد ذلك أنه لا مجال للاستخلاف بالمعنى المذكور إذا استند الخلف في ملكيته للشيء إلى سبب آخر غير التلقي، ويضاف إلى هذا الأمر القيود التي جاءت بها المدة المذكورة و هي:

1. أن تكون الحقوق من مستلزمات الشيء: وتعتبر كذلك إذا كانت مكملة للشيء أو محددة له، ومثال الأولى الحقوق العينية التي يكون السلف قد رتبها لمصلحة الشيء مثل ترتيب للعقار المبيع حق ارتفاق، أما الثانية أي الحقوق المحددة للشيء فهي تتمثل في الالتزامات التي تنقل الشيء وتحدد من نطاقه و مثالها الالتزامات التي تقيد من سلطة استعمال حق معين كالالتزام بعدم تعلية البناء على الأرض المباعة بعد حد معين.

2. أن يعلم الخلف الخاص بما يرد على الشيء من التزامات وما يتمتع به من حقوق: وتظهر أهمية هذا الشرط على وجه الخصوص بالنسبة للالتزامات التي تحدد الشيء، إذ في حالتها يثور النزاع من جانب الخلف الخاص مدعياً عدم العلم بها وبالتالي عدم نفاذها في حقه ولهذا كان السبب على قدر من الأهمية وكان من مقتضاه أن يكون العلم يقينياً ولا يكفي استطاعة العلم، وإذا كان الحق العيني يتعلق بحق عيني واجب الشهر فإن الشهر يغني عن الفعلي.

المطلب الثاني: آثار العقد بالنسبة للغير

الغير هو من لم يكن طرفاً في العقد أو ممثلاً فيه، أي غير المتعاقدين وخلفهما العام والخاص في حدود معينة، ولكن مع ملاحظة أن الخلف العام قد يعامل معاملة الغير حين يقصد القانون حمايته من تصرفات مورثه، وكذلك الخلف الخاص لا يتأثر بتصرفات سلفه إذا كانت لاحقة على التصرف أو كان موضوع التصرف لا يكمل الشيء ولا يحدده.

وبالتالي فالغير هو الشخص الأجنبي تماماً عن العقد، وعليه فالعقد لا يسري على هذا الغير أي أنه لا يكتسب منه حقاً ولا يتحمل منه التزاماً وقد نصت على هذا المبدأ المنطقي المادة 113 ق م ج بنصها " لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً"، فهذا النص يثير مسألة بشقين الأولى هي مسألة التعهد عن الغير، والثانية هي مسألة الاشتراط لمصلحة الغير.

الفرع الأول: التعهد عن الغير

التعهد عن الغير حالة يتعهد فيها شخص بالحصول على موافقة شخص آخر على إجراء عمل قانوني يقوم به هذا الأخير، وقد تدعو إلى ذلك ضرورات عملية كما هو الحال في حالة الشيوخ، حيث تتصرف الأغلبية مع الالتزام بموافقة الأقلية على التصرف، فيكون المتصرفون أصلاء على أنفسهم وملتزمين عن غيرهم.

أولاً: شروط التعهد عن الغير:

ويشترط لتوافر حالة التعهد عن الغير عدة شروط، وهي:

1. أن يلتزم المتعهد باسمه شخصياً وليس باسم من تعهد عنه، وهو شرط يعني المفارقة بين هذه الحالة و حالة الوكيل أو الفضولي.
2. أن يقصد المتعهد إلزام نفسه وليس إلزام غيره، ذلك أنه لو تعاقد باسمه واتجهت إرادته على إلزام غيره فإن العقد يقع باطلاً لاستحالة محل الالتزام من الناحية القانونية.
3. أن يكون مضمون التزام المتعهد هو الحصول على قبول الغير للتعهد، وهو ما يعني أن التزام المتعهد هو التزام بعمل مؤداه الحصول على قبول الغير، وهو التزام بتحقيق نتيجة، ولكنه يقف عند تحقيق هذه النتيجة دون أن يضمن تنفيذ المتعهد عنه لالتزامه بعد القبول.

ثانياً: أحكام التعهد عن الغير:

بعد أن يلتزم الشخص فإنه يبقى من حق الغير قبول الالتزام أو رفضه، وهو ما سنتناوله في فقرتين:

1. حالة الموافقة على التعهد: يعتبر ذلك بمثابة قبول من جانب الغير لإيجاب صادر عن المتعهد لمصلحته، ويترتب على ذلك أن هذا القبول ينعقد به عقد جديد بين الغير والمتعهد لمصلحته، وهذا العقد يختلف عن عقد التعهد عن الغير، ويؤدي انعقاده على انقضاء التزام المتعهد وبراءة ذمته من تعهده.

2. حالة عدم الموافقة على التعهد: في هذه الحالة فإن الغير لا يتحمل أي مسؤولية، لأن هلم يكن طرفاً في التعهد وبالتالي لا مسؤولية عليه، وتبقى المسؤولية عن عدم التنفيذ على عاتق المتعهد الذي لم يوف بالالتزامه بتحقيق النتيجة التي التزم بها، وتتصرف مسؤوليته إلى دفع تعويض للمتعهد له عما لحقه من ضرر من جراء الإخلال بالالتزام والمتمثل في موفقة الغير.

الفرع الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير

يؤدي مبدأ نسبية آثار العقد إلى أن آثاره مقصورة على طرفيه، فلا ينصرف إلى غيرهما سواء فيما ينشأ عنه من حقوق أو ما يترتب عنه من التزامات وتثير مسألة الاشتراط لمصلحة الغير الشق الخاص بانتفاع الغير بحقوق ناشئة من عقد لم يكن طرفاً فيه، ولا خلفاً عاماً لأحد أطرافه، فالاشتراط لمصلحة الغير يعني إنشاء حق مباشر عن العقد لفائدة الغير، وهذه الفرضية أكثر قبولاً من الفرضية السابقة (التعهد عن الغير) والتي لا يتصور معها أن يصبح الشخص مدينا دون أن يعبر عن إرادته بالقبول صراحة أو ضمناً، ومفاد ذلك أنه من السهل تصور أن يعتبر الشخص دائماً رغن عدم تعبيره عن إرادته في ذلك، لأن في ذلك مصلحة محضة له.

ومن أمثلة الاشتراط لمصلحة الغير عقد التأمين على الحياة لمصلحة الغير، ففي هذا العقد يتلقى هذا الغير حقاً مباشراً من الاشتراط لمصلحته.

أولاً: شروط الاشتراط لمصلحة الغير: لصحة هذا النوع من الاتفاقات ينبغي توفر الشروط التالية:

1. أن يتعاقد الشخص باسمه لا باسم المستفيد: وهذا الشرط هو الذي يعطي للاشتراط خصوصيته، لأنه بذلك يتميز عما قد يشتبه به من أنظمة قانونية مثل الفضالة والنيابة، ويترتب على هذا الاختلاف تغير في الأحكام، فالاشتراط نظام مفتوح أمام أي شخص يرغب في الاشتراط لمصلحة غيره، و الحال غير ذلك في النيابة أو الفضالة، كما أن المشتراط لا أن تكون له مصلحة شخصية فيما يقوم به، أما النائب

فليس بالضرورة أن تكون له مصلحة، أما الفضولي فإنه يلتزم بالاستمرار فيما بدأه من عمل، أما المشتري فله حق الرجوع عن اشتراطه أو تغيير شخص المستفيد.

2. أن يتضمن الاشتراط إنشاء حق مباشر للمستفيد: ويعكس هذا الشرط مغزى الاشتراط وحقيقته، فهو بحكم منطوقه يتضمن اشتراط حق للغير، فإذا تخلف هذا الشرط بأن كان الاشتراط لمصلحة المشتري نفسه فإن الأمر يخرج عن نطاق مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير، حتى ولو تصادف أن استفاد الغير بطريق التبعية، فعندما يستفيد الغير بطريق الميراث أو الوصية أو الحوالة، فإن الأمر يخرج عن دائرة الاشتراط، ومثال ذلك أن يبرم شخص عقد تأمين لحسابه ولمصلحته ثم يتوفى فينتقل الحق في مبلغ التأمين إلى الوارث، ففي هذه الحالة تكون الاستفادة بطريقالميراث وليس الاشتراط.

ثانياً: أحكام وآثار الاشتراط لمصلحة الغير

1. العلاقة بين المشتري والمتعهد:

- المشتري والمتعهد هما المتعاقدان أصلاً، وتطبق على علاقتهما قواعد وأحكام العقد في أركانه وشروط صحته وفقاً للقواعد العامة، وإذا تعلق الأمر بعقد تأمين وجب اسيفاء الشرائط التي تتطلبها القوانين المنظمة لعقود التأمين.

- إنه من حق الطرفين أن يضعوا حداً للاشتراط ما دام المستفيد لم يعلن عن قبوله، فالمستفيد إلى ما قبل إعلان القبول ليس صاحب حق، وليس طرفاً متعاقداً، كما أن لكل من طرفيه التمسك بالفسخ وفقاً لضوابطه القانونية، إذا لم يف الطرف الآخر بالتزاماته.

- للمشتري أن يتمسك بالتنفيذ العيني وأن يطالب المتعهد بالوفاء بالتزامه قبل المستفيد، ففي عقد التأمين مثلاً إذا لم تف شركة التأمين بمبلغ التأمين المتفق عليه عند تحقق الخطر المؤمن عنه، فإن للمشتري أن يحرك وسائل المسؤولية وصولاً إلى التنفيذ العيني، أو طلب الفسخ إذا أحل المدين بالتزامه، ومعنى ذلك أن قبول المستفيد للاشتراط لا يعني خروج المشتري من العلاقة العقدية، ما لم يتبين من الاتفاق أن المستفيد هو وحده صاحب الحق في ممارسة المكنت السابقة.

2. العلاقة بين المشتري والمستفيد: يصبح المستفيد دائناً مباشراً للمتعهد منذ تاريخ توقيع الاتفاق بين المشتري والمتعهد، بمعنى أن حقه يولد منذ ميلاد الاتفاق وليس من تاريخ قبوله للاشتراط، فالقبول يؤدي فقط إلى تثبيت حق المنتفع وجعله نهائياً، فضلاً عن أن هذا القبول ينأى بالاشتراط عن أية إمكانية للنقض من جانب المشتري.

وما تجدر الإشارة إليه أن المستفيد لا يصبح رفاً في عقد المشاركة رغم ثبوت حقه الناشئ عنها، و ينبني على ذلك أن للمستفيد أن يرفع دعوى مباشرة للمطالبة بالتنفيذ العيني، ولكنه لا يملك حق رفع دعوى الفسخ، لأنها ملك لأطراف العقد والمستفيد ليست له هذه الصفة.

3. العلاقة بين المشتراط والمنفعة: أشرنا سابقاً إلى أن المشتراط ليس طرفاً في العقد حتى بعد قبوله للاشتراط، وكل ما في الأمر أن هذا الاتفاق يخلق له حقاً مباشراً قبل المتعهد، ويترتب على ذلك أن المستفيد ليس دائناً للمشتراط، ولذلك فمن المتصور أن لا توجد رابطة محددة بين المشتراط والمستفيد و يترتب على هذا المفهوم عدة نتائج:

- حين يكون دافع المشتراط هو التبرع فإن التزام المشتراط يجد سببه في نية التبرع فحسب، وهو ما يحدث في بعض الحالات التي يكون فيها الاشتراط لمصلحة الغير هو وسيلة تنفيذ هبة أو تبرع بطريق غير مباشر.

أما إذا كان سبب الالتزام هو سعي المشتراط للحصول على مقابل، ومن ذلك أن يستهدف قضاء مديونية سابقة على عاتق المشتراط للمستفيد، ففي هذه الحال يكون سبب التزامه هو قضاء الدين القائم في ذمته.

يترتب على انتفاء العلاقة العقدية بين المشتراط والمنفعة ونشوء حق مباشر لهذا الأخير قبل المتعهد، أنه إذا توفي المشتراط فإن منفعة الاشتراط لا تصب في تركته ولا تعتبر جزءاً منها، وبالتالي لا يستطيع دائن المتوفي مزاحمة المنفعة في شأن القيمة موضوع الاشتراط.

بمعنى

قوة العقد من حيث الأشخاص أو الأشخاص الذين يسري عليهم العقد

الفقرة-1- أثر العقد بين المتعاقدين:

المبدأ: هو أن المتعاقد وحده دون سواه يكون ملزماً بمضمون العقد، وهذا هو الأثر النسبي للعقد. أما الغير فهو كل من سوى المتعاقدين وخلفهما والدائنين.

أولاً:- أثر العقد بالنسبة للخلف العام:

والخلف العام: هو من يخلف غيره في كامل ذمته (كالوارث الوحيد)، أو يخلفه في جزء شائع منها (أي حصة نسبية منها $\frac{1}{2}$ ، $\frac{1}{4}$ ، ..)، كأحد الورثة أو الموصى له بحصة من التركة.

تنص المادة 108 ق مدني على أنه: " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف، 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".

ويتبين من ذلك أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام وذلك دون الإخلال بقواعد الميراث. فإذا منح البائع أجلاً للمشتري ثم توفي المشتري انتقل حقه في الأجل إلى ورثته، كما يسري التزام البائع بهذا الأجل على ورثته أيضاً.

ولكن لا يسري أثر العقد بالنسبة للخلف العام في أحوال معينة وهي:

- إذا اتفق المتعاقدان على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، كأن ينص العقد على أن ورثة المشتري لا يستفيدون من الأجل.
- أو إذا كانت طبيعة العقد تقتضي عدم السريان، كما لو كان لشخصية المتعاقد اعتبار خاص في العقد.
- وكذلك الحال في الحالات التي ينص القانون على عدم سريان أثر العقد على الخلف، كما في التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، وتصرفات المريض مرض الموت.

ثانياً:- أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص:

والخلف الخاص: هو من يتلقى حقاً معيناً كان في ذمة سلفه ثم انتقل منها إليه، سواء أكان حقاً عينياً أو شخصياً. ومثال ذلك الموهوب له، والموصى له بعين معينة. والمحال إليه. والمشتري خلف خاص للبائع.

شروط سريان آثار العقد على الخلف الخاص: يشترط لسريان آثار العقد الذي يبرمه السلف على الخلف الخاص، طبقاً لما جاء في المادة 109 ق مدني، ما يأتي:

- 1- أن يكون عقد السلف سابقاً لخلفية الخلف الخاص.
- 2- أن يكون عقد السلف وثيق الصلة بالشيء، أو بالحق العيني أو الشخصي الذي انتقل إلى الخلف: أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد السلف من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص. مثل عقد التأمين الذي يبرمه مالك المركبة الآلية كي يغطي المسؤولية المدنية التي تترتب على أي حائر لها.

3- أن يكون الخلف الخاص على علم بالالتزامات أو الحقوق الناشئة عن عقد سلفه.

ثالثاً:- أثر العقد بالنسبة للدائنين: تضمن أموال المدين جميعها الوفاء بديونه، وفقاً لما نصت عليه المادة 188 ق مدني. فالديون من حيث المبدأ تتعلق بذمة المدين المجردة، لا بعين أو جزء محدود من أمواله. وعليه لا يعتبر الدائن خلفاً عاماً أو خاصاً، لكنه يتأثر بعقود المدين التي تنقص من الضمان العام، وعليه يجيز القانون للدائن إلغاء تصرفات مدينه الضارة به، وفقاً لما يأتي:

- 1 - إذا أبرم المدين عقداً صورياً، جاز للدائن الحسن النية الطعن فيه بالصورية، طبقاً لما تنص عليه المادة 198 ق مدني.
- 2 - إذا أبرم المدين تصرفاً ضاراً، بدائنه جاز له أن يطلب عدم نفاذ التصرف في حقه، طبقاً لما جاء في المادة 191 وهذه هي الدعوى البولصية.

3- إذا تقاعس المدين عن المطالبة بحقه، سمح القانون للدائن المطالبة بهذا الحق باسم مدينه، طبقاً للمادة 189 ق مدني. وهذه هي الدعوى غير المباشرة.

الفقرة-2- أثر العقد بالنسبة إلى الغير

والغير هو كل من سوى الخلف العام والخلف الخاص والدائنين بالنسبة للمتعاقد. والأصل ألا تتصرف آثار العقد للغير. أي أنه لا يصبح مديناً ولا دائناً بعقد غيره. وهذا هو مبدأ نسبية آثار العقد. ولكن قانوناً هناك بعض الحالات الاستثنائية يوجب فيها منطبق العدالة أو مبدأ استقرار المعاملات أن يسري فيها بعض آثار العقدي على غير عاقدية. وفي بعض الحالات قد يفيد المتعاقد غيره من عقده، فلم يمنع القانون ذلك. وهذا ما نصت عليه المادة 113 ق مدني بقولها: "لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً".

أولاً:- التعهد عن الغير (114 ق مدني):

وهو العقد الذي يلتزم فيه شخص بحمل الغير على قبول التزام معين ويسمى الذي يقوم بالتعهد متعهداً، والمتعاقد معه يسمى متعهداً له، والغير هو المتعهد عنه. والمبدأ هنا هو أن المتعهد عنه (الغير) له مطلق الحرية في قبول التعهد أو رفضه. ويلتزم المتعهد بالعقد، ويترتب عليه التعويض في حالة رفض الغير التعاقد (المادة 114 ق مدني).

1:- شروط التعهد عن الغير :

يتبين من نص المادة 114 أن شرط التعهد عن الغير هي الآتية:

أن يتعاقد المتعهد عن الغير باسمه الشخصي لا باسم الغير الذي يتعهد عنه.

أن يقصد المتعهد إلزام نفسه بتعهد عن الغير.

أن يكون موضوع التعهد هو حمل الغير على قبول التزام معين، كالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل.

2- طبيعة التعهد عن الغير وآثاره:

- طبيعة التعهد عن الغير: عقد التعهد عن الغير يعد إيجاباً موجهاً إلى المتعهد عنه (الغير) من قبل المتعهد له. فإن قبل الغير هذا الإيجاب انعقد عقد جديد بينهما يختلف عن العقد السابق، فطرفا العقد السابق هما المتعهد والمتعهد له. بينما طرفا العقد الجديد هما المتعهد له والمتعهد عنه. والعقد السابق كان يلزم المتعهد بأن يحمل الغير على قبول التزام معين. بينما العقد الجديد يشغل ذمة المتعهد عنه بذلك الالتزام. ويتم العقد الجديد عند صدور القبول من الغير (114/02 ق مدني).

-آثار التعهد عن الغير: نميز بين حالتين: قبول الغير للتعهد ورفضه له.

قبول التعهد: يعد المتعهد عن الغير ملتزماً بتحقيق نتيجة. فمتى قبل الغير التعهد تحققت الغاية التي التزم المتعهد بتحقيقها، وبالتالي عد موفياً لالتزامه.

رفض التعهد: يعد المتعهد مقصراً ويلزم بتعويض من تعاقد معه. ويجوز للمتعهد، لكي يتخلص من التعويض أن يقوم هو بتنفيذ الالتزام الذي تعهد بحمل الغير على قبوله.

ثالثاً: - الاشتراط لمصلحة الغير (116 ق مدني):

هو عقد ينشأ بموجبه لشخص أجنبي عن العقد، ويسمى المنتفع، حق مباشر تجاه أحد المتعاقدين، ويسمى المتعهد، اشترطه عليه المتعاقد الآخر، ويسمى المشتراط. وصور الاشتراط عديدة منها: عقد التأمين الذي يبرمه رب العمل لمصلحة العمال عن الأضرار التي تلحق بهم بسبب حوادث العمل (العمال منتفعون، شركة التأمين متعهد، رب العمل مشتراط) (116 ق مدني).

1:- شروط الاشتراط لمصلحة الغير: يتبين من نص المادة 116 ق م أن شرائط الاشتراط لمصلحة

الغير هي الآتية:

- أن يتعاقد المشتراط باسمه لا باسم المنتفع. وهذا ما يميزه عن الوكالة.
- أن تتصرف إرادة المتعاقد إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع. فمصدر هذا الحق هو العقد ذاته.
- أن يكون للمشتراط مصلحة شخصية (مادية أو أدبية).
- ولا يشترط أن يكون المنتفع شخصاً معيناً أو موجوداً حين عقد الاشتراط، وهذا ما يستفاد من المادة 118 ق مدني.

آثار الاشتراط لمصلحة الغير: نميز بين العلاقات الآتية :

أ- علاقة المشتراط بالمتعهد : يحكمها العقد المبرم بينهما. ويمكن للمشتراط أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه 03/116 ق م.

ب- علاقة المشتراط بالمنتفع : وقد تكون من قبل التبرع، أو من قبيل المعاوضة، قد يترتب ما يلي :
1 - حق المشتراط في نقض المشاركة: يستفاد من نص المادة 117 أنه يجوز للمشتراط نقض المشاركة وذلك قبل تصريح المنتفع برغبته في الاستفادة منها. ويترتب على ذلك حرمان المنتفع مما سبق اشترطه لمصلحته. ويسقط حقه في ذلك إذا صرح المنتفع برغبته قبل وقوع النقض. وهذا الحق مقصور على المشتراط فقط دون دائنيه وورثته. وللمشتراط بعد النقض أن يعين منتفعاً آخر، وحق المنتفع الجديد يعد مستمداً من العقد. وللمشتراط أن يستأثر لنفسه بالانتفاع.

2 - حق المنتفع وأثر تصريحه برغبته أو رفضه: إذا عبر عن رغبته بالاستفادة من الاشتراط، فيمتنع المشتراط من نقضها. وإذا كان تصريح المنتفع سلبياً، بأن رفض المشاركة، يعود الحق المشروط له إلى المشتراط أو إلى ورثته من وقت انعقاد العقد.

ج - علاقة المنتفع بالمتعهد: ينشأ للمنتفع حق مباشر قبل المتعهد مصدره عقد الاشتراط. ويصبح المنتفع بموجب عقد الاشتراط دائماً للمتعهد، ويستطيع أن يطالبه بتنفيذ العقد. ولكن لا يجوز له طلب فسخ العقد لأنه لم يكن طرفاً فيه بالأصل.

آثار العقد من حيث الموضوع (تحديد مضمون العقد)

ذكرنا أن العقد الصحيح يرتب التزامات متبادلة يقع على أطرافه تنفيذها، و كل طرف متعاقد لا يلتزم إلا بما ورد في العقد، غير أن تحديد نطاق العقد قد يحتاج في كثير من الأحيان إلى تفسير عباراته التي لا تكون واضحة دائماً، فإذا تم تفسير الألفاظ تحدد النطاق الذي يلتزم فيه الأطراف.

المطلب الأول: تفسير العقد

لا تتور مسألة التفسير إلا عند حصول نزاع بين أطراف العقد حول تنفيذه، ولذلك يجب تحديد معناه حتى يسهل تنفيذ كل متعاقد لالتزاماته، وعادة ما تسبق التفسير عملية أخرى تسمى التكييف والذي يقصد منه استخلاص الطبيعة القانونية للاتفاق المبرم بين الطرفين أو هو إعطاء الوصف القانوني الصحيح للآثار الأساسية التي يهدف المتعاقدان إلى تحقيقها من اتفاقهما.

والأصل في تفسير العقد أنه لا يجب تحديد معناه بما يريده أحد الأطراف، وغنما بناء على ما اتجهت إليه إرادتهما المشتركة، هذه الإرادة التي يتم استخلاصها عن طريق تحليل وتأويل عبارات العقد فضلاً عن الظروف و الملابسات التي تزامنت مع انعقاده.

هذه العبارات التي يتضمنها العقد قد تكون واضحة الدلالة على مقصود أصحابها فلا يجد القاضي صعوبة في تفسيرها، بل الأصل أن لا يثور نزاع بشأنها نظراً لوضوحها، كما قد تكون العبارات غامضة و غير دالة دلالة كافية عما قصده وابتغاه الأطراف، فتحتاج إلى تفسير، كما أن العقد قد يكون بين طرفين غير متكافئين من ناحية القوة الاقتصادية فيفرض أحدهما شروطه الجائرة والتعسفية على الطرف الآخر وهو ما يعرف بعقود الإذعان، لذلك سنتناول موضوع تفسير العقد في ثلاث فقرات.

أولاً: حالة وضوح عبارات العقد: في هذه الحالة لا يجوز للقاضي الانحراف عن هذا المضمون الواضح، ذلك عملاً بأحكام المادة 111 ق م ج التي نصت على أنه: " إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين."

ويعبر بعض الفقهاء على هذه الحالة بوضوح الإرادة، بمعنى أن إرادة الأطراف واضحة وفي غير حاجة إلى تفسير أو تأويل عباراتها وهو أمر يعكس مبدأ سلطان الإرادة، وبهذا نجد أن المشرع قد اعتمد مذهب الإرادة الظاهرة للحفاظ على استقرار المعاملات والمراكز القانونية.

ثانياً: تفسير العبارات الغامضة أو المبهمة: في هذه الحالة يكون التفسير أكثر أهمية و دقة في تحديد مضمون العقد وبالتالي التزامات كل طرف، إذ يجب على القاضي أن ينتهي إلى توضيح وتفسير المعنى وصولاً إلى ما قصده المتعاقدان حقيقة، وهو ما قضت به المادة 111 ف 2 ق م ج بنصها " أما إذا كان

هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات."

فهذا النص يحدد هدفاً لتفسير عبارات العقد وهو البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین، إذ لا يجوز للقاضي البحث في نية أحد الطرفين دون الآخر، كما لا يجوز له البحث في نية كل طرف على حدى بل الواجب أن يبحث عن النية المشتركة التي قصد تحقيقها كلا طرفي العقد معا.

وبعد تحديد الهدف من طرف المشرع، قام هذا الأخير بوضع ضوابط يلتزم القاضي باحترامها وهو بصدد تفسير العبارات الغامضة للعقد، وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي:

1. عدم الالتزام بحرفية الألفاظ: إذ يجب تغليب المعنى على المبنى أي المضمون على الحرفية، وبهذا فعدم تقيد القاضي بحرفية الألفاظ هو نتيجة منطقية للحاجة للتفسير بسبب غموض لابس العقد.

فأطراف العقد وبحكم افتقارهم لثقافة قانونية كافية وعدم إتقانهم للمصطلحات القانونية قد يستخدمون ألفاظاً تتناقض ما قصدوه من إبرام العقد، وهنا يبدو ضرورياً البحث في النية المشتركة بعيداً عما يبدو من ظاهر العبارات.

2. الاسترشاد بطبيعة التعامل: قد يتضمن العقد عبارات تتناقض فيما بينها في المعنى، ولا يكون واضحاً مقصد الطرفين من وضعها، وفي هذه الحالة يستعين القاضي في التفسير بطبيعة المعاملة، بمعنى أن يفسر هذه العبارات بما يتفق مع طبيعة العقد، لأن الأقرب إلى المنطق والمعقول أن يظل العقد محكوماً بقواعده العامة، ما لم ينص صراحة في جزئياته على استبعاد تلك القواعد.

3. إعمال الكلام خير من إهماله: قد يحتمل العقد بعض العبارات التي تحتل عدة معاني، فإذا كان بعض هذه المعاني لا ينتج أثراً في التعاقد بين الطرفين، فإنه يتعين استبعاد هذا المعنى غير المنتج، ومعنى ذلك وجوب حمل العبارات العقدية على المعنى الجاد وليس على محمل اللغو في الكلام، ذلك أن المتعاقد العاقل لما يضع بنداً في العقد فإنه يقصد من ورائه ترتيب أثر قانوني معين، ومثال ذلك إذا تضمن العقد معنى يتفق مع كون العقد صحيح ومعنى يجعله باطلاً وجب ترجيح المعنى الذي يحافظ على صحة العقد وعدم بطلانه.

4. تفسير بنود القد بعضها في ضوء البعض الآخر: ومعنى ذلك أن البند الغامض يفسر في ضوء البنود الأخرى، بمعنى أنه لا يجوز عزل عبارة عن باقي العبارات الأخرى، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من

كل وهو العقد، فقد تكون العبارة مطلقة ولكن تحددها عبارة سابقة أو لاحقة، أو قد تكون العبارة أصلاً ولكن يرد عليها استثناء قبلها أو بعدها، ومثال ذلك أن يتضمن عقد البيع بندا يقضي بأن العقار المبيع خال من الارتفاقات ثم تظهر عبارة أخرى في العقد تنص على أن البائع لا يضمن إلا أفعاله الشخصية فهنا ينبغي تفسير العبارتين على ضوء بعضهما البعض بمعنى أن العبارة الثانية قد خصصت العبارة الأولى، فيكون البائع غير ضامن إلا للارتفاقات التي يعلمها دون تلك التي قد يكون رتبها أسلافه.

5. تفسير العقد وفقاً لمقتضى حسن النية والأمانة الواجبة: يعد حسن النية والأمانة من المبادئ الرئيسية التي تهيم على تنفيذ العقود في العصر الحالي، وهو ما يعني الالتزام بهذه المبادئ عند تفسير العبارات الغمضة في العقود، وبالتالي يجب على المحكمة إلغاء كل تفسير مبني على سوء النية والغش والتضليل، وأن تأخذ بما تمليه الثقة المشروعة في المعاملات.

تفسير العبارات وفقاً لما يقتضيه عرف التعامل: وهو ما أشارت إليه المادة 111 ق م ج ضمن وسائل التفسير الأخرى، ويحتل العرف مكانة واضحة في بعض صور المعاملات خاصة في نطاق العقود التجارية، فهو يفسر ما كان مبهماً من عبارات العقد، بل إنه أيضاً يكمل النقص في المسائل التي يسكت المتعاقدان عن تنظيمها، بل إنه يكمل النقص عن المسائل التي سكت المتعاقدان عن إدراجها.

ولكن القاضي لا يرجع إلى العرف إلا إذا لم يجد في نصوص القانون ما يفسر أو يكمل العقد، أو كانت شروط العقد لا تسعفه في استظهار مقصد المتعاقدين، أو كانت بنوده مبهمة في هذا الخصوص.

تفسير الشك لمصلحة المدين: نصت المادة 112 ق م ج على أنه "يفسر الشك لمصلحة المدين. و مع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى".

وبالتالي نجد أن النص المذكور جاء بالقاعدة العامة وهي أن الشك يفسر لمصلحة المدين على أساس أنه هو من يتحمل عبئ الالتزام، والأصل في الإنسان براءة الذمة ومخالفة الأصل غير جائز التوسع فيها ومن ناحية أخرى فإن الدائن هو من يتحمل عبئ الإثبات، فإن قام شك في حدود هذا الحق وعجز صاحب هذا الحق عن إثبات ما يزيل هذا الشك بقي الحال لمصلحة المدين ومن ناحية ثالثة فإن الدائن هو الذي يملئ عادة صيغة الالتزام عليه تحمل مغبة ما قد يشوبه من شك.

ومن تطبيقات ذلك أنه لو قام شك حول استحقاق فوائد الدين وجب ترجيح عدم استحقاقها، وإذا قام شك حول مبدأ استحقاق التعويض الاتفاقي وهل هو عن التأخير في التنفيذ أو عدم التنفيذ وجب ترجيح المعنى الأخير.

جزاء الإخلال بالعقد

يقصد بجزاء الإخلال بالعقد مجموعة الآثار القانونية التي تترتب على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته العقدية، أو تنفيذها بصورة معيبة، أو التأخر في تنفيذها، ويهدف هذا الجزاء إلى حماية الطرف المتضرر وضمان احترام القوة الملزمة للعقد، وتتمثل أهم الجزاءات في المسؤولية العقدية والفسخ، إلى جانب التنفيذ العيني متى كان ممكناً.

أولاً: المسؤولية العقدية

تُعرف المسؤولية العقدية بأنها الجزاء القانوني المترتب على إخلال أحد المتعاقدين بالتزام ناشئ عن عقد صحيح، متى توافرت شروط قيامها، ويترتب عليها التزام الطرف المخل بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي لحق به نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر فيه أو التنفيذ المعيب.

وتقوم المسؤولية العقدية، من حيث الأصل، على ثلاثة عناصر أساسية:

1. الخطأ العقدي: ويتمثل في عدم تنفيذ الالتزام المتفق عليه، أو التأخر في تنفيذه، أو تنفيذه على نحو غير مطابق لما يقتضيه العقد.
2. الضرر: وهو الأذى المادي أو المعنوي الذي يصيب الدائن نتيجة الإخلال بالعقد.
3. العلاقة السببية: وتعني وجود علاقة مباشرة بين الخطأ العقدي والضرر الذي أصاب الدائن.

مثال تطبيقي: إذا تعهد مقاول بإنجاز منزل وفق المواصفات المتفق عليها، لكنه استعمل مواد مخالفة لشروط العقد، وترتب على ذلك ضرر لصاحب المشروع، جاز لهذا الأخير المطالبة بالتعويض متى توافرت شروط المسؤولية العقدية.

ويهدف التعويض في هذه الحالة إلى جبر الضرر الذي أصاب الدائن، وفقاً للقواعد القانونية المنظمة للمسؤولية العقدية في القانون المدني الجزائري.

ثانياً: الفسخ

الفسخ هو جزاء قانوني يترتب على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته في العقود الملزمة للجانبين ويؤدي، من حيث الأصل، إلى حل الرابطة العقدية وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، متى أمكن ذلك.

ويُعد الفسخ وسيلة لحماية المتعاقد الذي نفذ التزاماته أو كان مستعدًا لتنفيذها، لكنه لم يحصل على المقابل المتفق عليه بسبب إخلال الطرف الآخر.

ومن أهم صور الفسخ:

- الفسخ القضائي: يطلبه المتعاقد المتضرر من القضاء عند عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه، مع مراعاة الشروط القانونية، وللقاضي سلطة تقدير جسامة الإخلال ومنح المدين أجلًا للتنفيذ أو رفض الفسخ بحسب الأحوال.
- الفسخ الاتفاقي: يتحقق استنادًا إلى اتفاق المتعاقدين على اعتبار العقد مفسوخًا عند تحقق شروط معينة، مع مراعاة الأحكام القانونية المنظمة للشرط الفاسخ.
- الفسخ بقوة القانون: يقع عند تحقق الحالة التي يترتب فيها القانون انفساخ العقد، ومن أمثلتها استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي تتوافر فيه شروط القوة القاهرة، وفقًا للقواعد القانونية ذات الصلة.

مثال تطبيقي: إذا اشترى شخص سيارة واتفق مع البائع على تسليمها في موعد محدد، لكن البائع امتنع عن تسليمها دون مبرر قانوني، جاز للمشتري، بحسب ظروف الحالة وتوافر الشروط القانونية، المطالبة بفسخ العقد واسترداد ما دفعه.

خلاصة: يختلف جزاء الإخلال بالعقد باختلاف طبيعة الإخلال والظروف المحيطة به، فقد يطالب الدائن بالتنفيذ العيني إذا كان ممكنًا، أو بالتعويض عن الضرر في إطار المسؤولية العقدية، أو بفسخ العقد عند توافر شروطه، كما يمكن الجمع بين الفسخ والتعويض في الحالات التي يسمح بها القانون المدني الجزائي.