

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم القانون الخاص

مطبوعة بعنوان:

## مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري

محاضرات موجهة إلى طلبة سنة: ثانية حقوق دفعة ب السداسي الأول

من إعداد: الدكتورة قريشي رزيقة

الموسم الجامعي: 2025/2024

قائمة المختصرات:

م: المادة

ق م: قانون مدني

ق أ: قانون الأسرة

ج: الجزائري

ق: قانون

نص المشرع الجزائري على مصادر الالتزام القانون المدني<sup>1</sup> في الكتاب الثاني تحت عنوان الالتزامات والعقود، فتناول في الفصل الأول من الباب الأول القانون م53 ق م ج، وفي الفصل الثاني العقد م54 إلى م123، وفي الفصل الثاني مكرر الإرادة المنفردة م123 مكرر والمادة 123 مكرر1 من القانون المعدل رقم 10/05 المؤرخ في 20/6/2005، وفي الفصل الثالث الفعل المستحق للتعويض م124 إلى م140 تناول فيها المسؤولية عن الأفعال الشخصية والمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية الناشئة على الأشياء، بمراعاة أن بعض النصوص القانونية معدلة وأخرى مضاف إليها بنص مكرر، وفي الفصل الرابع شبه العقود م141 إلى م159 ق م ج، حيث تناول فيها الإثراء بلا سبب والدفع غير المستحق والفضالة.

وعليه سأتناول في هذه الدراسة تحليل النصوص السابقة الذكر بطرح الإشكال التالي كيف نظم المشرع الجزائري مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري؟ وذلك بالإعتماد على المنهج الوصفي والتحليلي لمختلف النصوص الواردة حول مصادر الإلتزام سيما في القانون المدني وقانون الأسرة وغيرها من القوانين.

<sup>1</sup> أمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 78، السنة الثانية عشرة، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

## مبحث تمهيدي

### مدخل لنظرية الإلتزام

سأتناول في هذا المبحث تمهيد حول نظرية الإلتزام قبل الدخول في دراسة مصادرها من خلال التطرق لموضوع كل من نظرية الإلتزام والتفرقة بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية ومفهوم الإلتزام وتقسيماته ومصادره في المطالب التالية.

#### المطلب الأول: موضوع نظرية الإلتزام

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

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

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

وفي نطاق القانون المدني تطبق أحكام النظرية على كل محاور القانون المدني ولاسيما على العقود بمختلف أنواعها، ما لم يوجد نص قانوني خاص يقضي بغير ذلك، وقد تناول المشرع الجزائري نظرية الإلتزام من خلال مصادرها، وأثارها، وأوصافها، ثم انتقال الإلتزام، فانقضائه، وإثباته، وقد بلغت مجموع نصوص القانون الإلتزام 298 نصا قانونيا من المادة 53 إلى 350 يضاف إليها نصوص قانون الأسرة الجزائري الصادرة بتاريخ 1984/6/9 رقم 111/84<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05\_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ج ر 15.

## المطلب الثاني: التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني

يتحدد موضوع نظرية الالتزام على أساس التفرقة بين الحقين الحق الشخصي والحق العيني وتقوم التفرقة بين الحقين وفق النظرية التقليدية والنظرية الحديثة.

### الفرع الأول: التفرقة على أساس النظرية التقليدية

تتم التفرقة بينهما على عدة اعتبارات منها

#### أولاً: الحق العيني

هو سلطة معينة يخولها القانون لشخص معين على شيء معين كحق الملكية، ولذا فهو يتكون من عنصرين صاحب الحق وموضوع الحق، ولصاحب الحق بمقتضى سلطته المباشرة أن يستعمل الشيء وينتفع به ويستغله ويتصرف فيه دون حاجة إلى وساطة شخص آخر<sup>1</sup>.

#### ثانياً: الحق الشخصي

أو الالتزام فهو رابطة قانونية بين شخصين أو أكثر، يسمى أحدهما الدائن والآخر المدين يكون بمقتضاها للدائن مطالبة المدين بأداء معين سواء بإعطاء شيء، أو القيام بعمل "بفعل" أو الامتناع عن العمل "عدم الفعل" وعلى ذلك يتكون الحق الشخصي من ثلاثة عناصر الدائن، المدين، ومحل الحق كحق المستأجر في الحصول على منفعة عين مؤجرة يمتلكها المؤجر<sup>2</sup>.

#### ثالثاً: أوجه التمييز بينهما

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

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

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

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإلتزامات، القسم الأول مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الكتاب الأول المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، ص 9-14.

<sup>2</sup> أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2007، ص 3-8.

3/ أن الحقوق العينية من حيث مضمونها خصوصا الحقوق العينية التبعية، فهي تخول لصاحبها ميزة التبع droit de suite، وميزة التقدم droit de préférence، بخلاف الحقوق الشخصية فهي ترد على فعل فلا يتصور فيها التبع والتقدم، ثم إنها مضمونة الوفاء عن طريق المدين.

### الفرع الثاني: التفرقة على أساس النظرية الحديثة

بينما تقوم التفرقة بين الحقين وفق النظرية الحديثة على أساس:

التقريب بين الحقين، من خلال انتقاد النظرية التقليدية، السابقة لأنها تستند في نظرهم إلى تصوير خاطئ للحق العيني، إذ هي تصوره على أنه رابطة بين الشخص والشيء في حين أن الروابط القانونية لا يمكن أن توجد إلا بين الأشخاص، ولذا يجب اعتبار الحق العيني رابطة بين أشخاص، وأنه يتكون بدوره من عناصر ثلاثة صاحب الحق "كالمالك ويمثل الدائن، والناس كافة الذين عليهم التزام باحترام حق المالك في ملكيته، ويمثلون المدين وأخيرا الشيء موضوع الحق، وأن الذي أدى إلى اختفاء عنصر المدين في الحق العيني هو طبيعة الإلتزام المفروض عليه، فهو التزام سلبي مؤداه عدم التعرض لصاحب الحق العيني في حياته للشيء على أن اختفاء هذا العنصر لا يمنع من وجوده لأن به يفترق المالك عن السارق، فالجميع مطالب باحترام حياة المالك، ولا أحد يطالب باحترام حياة السارق<sup>1</sup>.

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

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

2/ من المغالطات الزعم بانفراد الحق العيني بعنصر الواجب السلبي العام المفروض على كافة الناس بعدم التعرض لصاحب الحق، لأن الحق الشخصي كذلك يجب على كافة الناس احترامه،

<sup>1</sup> فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول مصادر الإلتزام، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 6-9.

ومن الخطأ الكبير التركيز على العنصر السلبي العام للفرقة بين الحقين، لأن الحق الشخصي سيظل دائما متميزا عن الحق العيني بوجود مدين معين يستوفي الدائن حقه بواسطته<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: مفهوم الإلتزام

سنتطرق لتعريف كل من الإلتزام وخصائصه

#### الفرع الأول: تعريف الإلتزام

يتنازع تعريف الإلتزام مذهباً في الفقه، المذهب الشخصي والمذهب المادي.

#### أولاً: المذهب الشخصي

ومن أشهر فقهاء المذهب الشخصي، سافيني وبلانيول.

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

- بينما يعرف بلانيول الإلتزام بأقل لطفه بتركيزه على الرابطة الشخصية بين الدائن والمدين فيعرفه بأنه علاقة قانونية بين شخصين، بمقتضاها يكون لأحدهما "الدائن" الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو "المدين"<sup>2</sup>.

#### ثانياً: المذهب المادي

من فقهاء المذهب "جويرك" ويقوم المذهب على مبدأ أن الإلتزام لا يعتني بوجود الرابطة الشخصية بين الدائن والمدين، بقدر ما يعتني بمحل الإلتزام الذي يعتبر العنصر الأساسي في الإلتزام-ومن ثم يتجرد الإلتزام عن الرابطة الشخصية ويصبح عنصراً مالياً أكثر منه رابطة شخصيته، فينفصل الإلتزام عن شخص المدين، ويختلط بمحله فيصبح شيئاً مادياً العبرة فيه بقيمته المادية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول مصادر الإلتزام، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والمقارن، دار وائل للنشر، ط1، 2002، عمان الأردن، ص 8-11.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام (العقد- العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون)، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية مصر، 2004، ص 92.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص 93.

ولا يمكن ترجيح مذهب على آخر، لأن لكل منهما مبادئه ومزاياه وحتى عيوبه، فالمذهب المادي مثلاً يتوافق مع مقتضيات الحياة العصرية من سرعة في تداول الأموال والأشياء وتبسيط سبل المعاملات، بينما المذهب الشخصي لا يمكن إغفال الجانب الشخصي في الإلتزام بوجود ووجود المدين إلى جانب الدائن.

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

وباعتبار الإلتزام يعتبر واجباً قانونياً يتحمله المدين، لأن مهمة الدائن المطالبة بحقه فقط، لذلك جرت العادة على النظر للحق الشخصي من زاوية المدين أكثر منه من زاوية الدائن، لذلك غلبت تسمية الإلتزام على مصطلح الحق الشخصي<sup>1</sup>.

#### الفرع الثاني: خصائص الإلتزام:

من أهم خصائص الإلتزام:

1/ أن الإلتزام له طرفان إيجابيان "الدائن" و"سلي" "المدين" لا يشترط وجودهما معاً أصلاً إلا عند تنفيذ الإلتزام.

2/ محل التزام المدين دائماً عمل "أداء مالي معين" لمصلحة الدائن "عمل امتناع عن عمل أو أداء شيء"

3/ الإلتزام يجب أن يقوم مالياً، أي تقويمه بالنقود، وإلا لن تكون بصدد الإلتزام بالمعنى الفني الدقيق، فقد يكون واجباً قانونياً كأداء الخدمة العسكرية مثلاً.

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

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 13-14، ومصطفى عبد الجواد، مصادر الإلتزام، المصادر الإرادية للإلتزام (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 17-18.

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

#### المطلب الرابع: تقسيمات الالتزام

تقسم من حيث الأثر، أو من حيث المحل، أو من حيث المصدر.

#### الفرع الأول: التقسيم من حيث الأثر (م 10 ق م ج)

##### أولاً: الالتزام المدني

هو الذي يستفيد من الحماية القانونية الكاملة حيث يمكن للدائن مطالبة المدين أمام المحاكم المختصة، وبعبارة أخرى الالتزام المدني يتكون من عنصرين:  
1- المديونية: أن يكون المدين ملزم بالقيام بأداء معين تجاه الدائن.  
2- المسؤولية: هذا العنصر يسمح بإلزام المدين بأداء التزامه.

##### ثانياً: الالتزام الطبيعي

هو الذي لا يستفيد من الحماية القانونية الكاملة إذ لا يمكن اكراه المدين على تنفيذ التزامه ويسمى بالحقوق القانونية الناقصة لكونه يفتقر لعنصر المسؤولية.

#### الفرع الثاني: تقسيم الالتزام من حيث المحل

يقصد بمحل الالتزام هو الشيء الذي التزم به المدين نحو الدائن ولقد اعتمد المشرع الجزائري في هذا الشأن تقسيمين  
أولاً: تقسيم تقليدي:

حسب المادة 54 ق م فالالتزام ثلاث أنواع:

1- الالتزام بإعطاء (المنح): هو التزام بنقل حق عيني على عقار أو منقول أو التزام بإنشاء هذا الحق مثل ما هو في عقد البيع حيث يلزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري ويلتزم المشتري بدفع الثمن إلى البائع.

<sup>1</sup> فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص 11-14، وحسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص 15-17، ومصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص 19-22.

2- الإلتزام بعمل: ومضمونه أن يقوم المدين بعمل إيجابي لمصلحة الدائن كالإلتزام المحامي برفع استئناف، وقد يكون العمل هو القيام بتصرف قانوني فالإلتزام الوكيل بأن يبرم العقد الذي تعهد بإبرامه نيابة عن موكله.

3- الإلتزام بالامتناع عن عمل: مقتضاه أن يمتنع المدين عن عمل يملك القيام به قانوناً، لولا وجود هذا الإلتزام ومثال عن ذلك الإلتزام بعدم المنافسة<sup>1</sup>.  
ثانياً: التقسيم الحديث للمحل:

يقوم على النتيجة التي تعهد بها المدين:

1- الإلتزام بنتيجة: هو أن يتعهد بتحقيق نتيجة أو غاية محددة وما لم تتحقق هذه النتيجة يكون المدين مسؤولاً أمام الدائن لكونه لم يتم تنفيذ التزامه.

2- الإلتزام ببذل عناية: طلب المدين بذل جهد معين سواء تحقق الغرض أم لا<sup>2</sup>.

الفرع الثالث: تقسيم الإلتزام من حيث المصدر

التزامات إرادية ناتجة عن إرادة الإنسان والتزامات لا إرادية أي خارجة عن إرادة الإنسان.

أولاً: الإلتزامات الإرادية

الإرادة هي السبب المنشئ للإلتزام سواءً بإرادة منفردة أو باتفاق إرادتين، يكون المصدر إرادياً متى كان الشخص يريد تحمل الإلتزام بمحض إرادته "الأعمال والتصرفات القانونية".

ثانياً: التصرفات غير الإرادية

تتمثل في الأفعال والأقوال غير الإرادية المنشئة للإلتزام والتي يرتب عليها القانون أثراً، في حالة الفعل الإرادي تسبب الأثار للفعل لا للإرادة، فإذا أقدم شخص بضرب شخص آخر، لم يكن يقصد الفعل لكنه يشمل الإلتزام بتعويض الضرر الذي تسبب به<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 16-19.

<sup>2</sup> يوسف محمد عبيدات، مصادر الإلتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، ط2 2011، ص 16-17.

<sup>3</sup> محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 21.

## المطلب الخامس: مصادر الالتزام

يعرف مصدر الالتزام بأنه السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام، أو هو الواقعة التي يترتب على حدوثها نشوء الالتزام، لأن الالتزام أمر عرضي في حياة الانسان، فلا بد من سبب في ذمته، فالالتزام المستأجر بدفع الأجرة للمؤجر مصدره عقد الإيجار، والالتزام مرتكب الفعل الضار بتعويض المضرور مصدره الفعل الضار غير المشروع بعمد أو بغير عمد.

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

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

### الفرع الأول: مصادر الالتزام وفق النظرية التقليدية

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

#### أولاً: العقد

وهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو أكثر في ذمة أحدهما أو في ذمة كليهما، كالبيع والإيجار والمقاوله.

#### ثانياً: شبه العقد

وهو عمل مشروع يقوم به صاحبه ويعود بالنفع على غيره، مثل قيام شخص ببيع بضاعة يملكها غيره كانت على وشك التلف، دون أن يطلب منه صاحبها ببيعها ويعرف حالياً باسم الفضالة.

#### ثالثاً: الجريمة

وهي عبارة عن ارتكاب الشخص لفعل غير مشروع يؤدي ذلك إلى ضرر غيره ولكن عن قصد من محدث الفعل الضار.

## رابعاً: القانون

فهو عبارة عن التزمات قانونية ولكنها تنشأ عن وقائع أخرى، كالإلتزام بالنفقة من الغني على قريب فقير، والتزمات الجوار.

وقيل في تأصيل هذا القسم التقليدي لمصادر الإلتزام أنه يرجع إلى الفقيه الفرنسي بوتيه في القانون المدني الفرنسي القديم، كما قيل أن أصله القانون الروماني عن طريق تحرير بعض نصوص هذا القانون وقد أنتقد حديثاً هذا التقسيم التقليدي لمصادر الإلتزام، بل وهجره أغلب الفقهاء لعيوب هذا التقسيم، فاستبدل مثلاً الفقه الحديث مصادر قديمة بمصادر حديثة مصدر الفعل الضار غير مشروع محل الجريمة وشبه الجريمة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: مصادر الإلتزام وفقاً للنظرية الحديثة

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

#### أولاً: المصادر الإرادية

وأساس الإلتزام فيها هو إرادة المدين؛ وهذه الأخيرة قد تكفي بمفردها إنشاء الإلتزام، ويقال لهذا الإلتزام بالإرادة المنفردة، وقد تشترك مع إرادة المدين إرادة الدائن في إنشاء الإلتزام، ويقال لهذا الأخير أن مصدره العقد.

#### ثانياً: المصادر غير الإرادية

فلا دخل لإرادة المدين في إنشاء الإلتزام، وهذه المصادر هي القانون والجريمة ثم شبه الجريمة، ويطلق عليهما الآن الفعل غير المشروع، ثم شبه العقد ويطلق عليه اسم الأثر بلا سبب.

كما يطلق الفقه الحديث حالياً على المصادر الإرادية بمصطلح "التصرف القانوني"؛ وعلى المصادر غير الإرادية بمصطلح "الواقعة القانونية".

كما أنه لا يعد مصدر الإلتزام على هذا النحو إلا أن تكون حدثاً أو أمراً يرتب عليه القانون نشوء الإلتزام في ذمة المدين، ويسمى هذا الحدث "الواقعة القانونية" لأن القانون يرتب عليه أثراً قانونياً هو قيام الإلتزام، والواقعة القانونية قد تكون ظاهرة طبيعية بحته كدوران الأرض حيث تنشأ للعامل حقاً في إجازة سنوية، وقد تكون الواقعة اختيارية إرادية كإصلاح جدار آيل للسقوط

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 103-108.

على الأرض "أرض الغير" فيرتب القانون حقا للقائم بهذا العمل، أو الاعتداء على الغير فيكون المعتدي ملزم بتعويض المعتدى عليه.

وقد يكون مصدر الالتزام عمل إرادي بحث باتجاه الإرادة إلى أحداث أثر قانوني، فيسمى حينئذ عملا قانونيا "تصرفا قانونيا" تميزا له عن الواقعة القانونية.

والعمل القانوني قد يكون نتيجة تطابق إرادتين معا فيسمى عقد كالبيع والإيجار، وقد يكون العمل القانوني تكفي فيه إرادة شخص واحد كالوصية والوقف ويسمى عملا قانونيا من جانب واحد<sup>1</sup>.

## الفصل الأول

### المصدر الأول للالتزام / القانون (مصدر غير إرادي)

لقد نصت جل التقنينات العربية على مصادر الالتزام الخمسة السالفة الذكر وجعلت القانون في المرتبة الخامسة عكس المشرع الجزائري الذي وضعه في المرتبة الأولى.

سأتطرق إلى القانون كمصدر من مصادر الالتزام واقسمه إلى مطلبين أتطرق في المطلب الأول إلى القانون كمصدر غير مباشر للالتزام وفي المطلب الثاني إلى القانون كمصدر مباشر للالتزام.

## المبحث الأول

### القانون كمصدر غير مباشر للالتزام.

يعتبر القانون مصدرا غير مباشر لكافة الالتزامات التي تنشأ عن المصادر الأخرى التي عرضنا لها في المقدمة. فقد يكون المصدر المباشر للالتزام هو التصرف القانوني، وقد يكون هذا المصدر هو العمل النافع بصفة عامة. إلا أن القانون يعد المصدر لكل هذه الالتزامات، لأنه هو الذي يجعل المصادر السالفة الذكر تنشئ ما تنشئه من التزامات، فالعقد كمصدر مباشر للالتزام لا ينشئ التزامات إلا في الحدود التي يقررها القانون. وبهذا يكون المصدر المباشر للالتزام هو العقد، والمصدر غير المباشر للالتزام الذي ينشأ في هذه الحالة هو القانون.

وكذلك الأمر بالنسبة للالتزامات التي تنشأ مباشرة عن العمل غير المشروع، لأنه إذا كان العمل غير المشروع هو المصدر المباشر للالتزام، فإن ما ينشأ من الالتزامات في هذا الصدد، لا يكون إلا في

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 109-114.

حدود ما يقرره القانون، ولهذا يعتبر القانون مصدرا غير مباشر للالتزامات التي تنشأ عن الفعل النافع ... وهكذا.

من كل هذا يتضح أن الإلتزامات التي تترتب على العقد، وعلى الفعل الضار والفعل النافع، مصدرها النهائي هو القانون لأنه هو الذي يجعلها تنشأ عن المصادر المذكورة، وهو الذي يحدد أركانها ويبين أحكامها.

## المبحث الثاني

### القانون كمصدر مباشر للإلتزام.

توجد حالات خاصة يعتبر فيها القانون المصدر المباشر للإلتزام، وفي هذه الحالات الخاصة يعتبر القانون المصدر المباشر والأخير في آن واحد. وهو بهذا يتكفل بإنشاء الإلتزامات رأسا. ويتولى تعيين مدى الإلتزام، وتحديد مضمونه. والنص على القانون هو الذي ينشئ الإلتزام مباشرة دون أن يستند في إنشائه إلى واقعة أخرى كمصدر مباشر.

وقد نصت المادة 53 م ج على: " تسري على الإلتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيرها النصوص القانونية التي قررتها"<sup>1</sup>

ويلاحظ على النص العربي لهذه المادة أنه مخطئ في وضع عبارة (دون غيرها) التي تعود على الإلتزامات، مع أن المراد الذي يؤخذ من النصوص العربية الأخرى ومن النص الفرنسي لهذه المادة، هو أن هذه الإلتزامات هي التي تنشأ عن القانون وحده مباشرة. ولقد نصت المادة 198 مدني مصري والمواد العربية الأخرى التي حذت حذوها على ما يلي: " الإلتزامات التي تنشأ عن القانون وحده، تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها."

وجاء النص الفرنسي للمادة 53 م ج مطابقا تماما للنصوص العربية الأخرى، فقد ورد على النحو التالي:

« les obligations qui découlent directement et uniquement de la loi ،sont régies par les dispositions qui les ont établies »

<sup>1</sup> القانون المدني، المصدر السابق.

---

ومن الالتزامات التي أنشأها القانون وحده، وحدد مداها، التزامات الجوار المنصوص عليها بالمواد 690 وما يليها من القانون المدني الجزائري والتي سماها القيود التي تلحق الملكية. ومنها التزامات الأسرة، مثل ما نص عليه قانون الأسرة<sup>1</sup> في م 36-39 من حقوق وواجبات في المواد 87 وما يليها. (وان كانت المواد 38-39 قد الغيت بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005)

---

<sup>1</sup> قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02\_05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ج ر 15.

## الفصل الثاني

### المصدر الثاني للإلتزام في القانون المدني الجزائري/ العقد (مصدر إرادي)

سنتطرق بالدراسة في هذا الفصل لأهم مصدر من مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري وهو العقد الذي تناوله ق م بالدراسة في المواد من م 54 الى م 123 منه، فسنقوم بالتفصيل فيه من خلال التطرق لمفهومه وتقسيماته وكذلك أركانه وكذلك لجزاء تخلف أحد أركانه (البطلان) وكذلك لآثاره وأخيرا لإنحلاله بالفسخ.

### المبحث الأول

#### مفهوم العقد

سنتطرق لتعريفه وشروط قيامه وتقسيماته

#### المطلب الأول: تعريف العقد

سنتطرق لتعريفه لغة واصطلاحا

#### الفرع الأول: تعريفه لغة

العقد في اللغة له معاني كثيرة منها الربط والشد والتوثيق والإحكام والقوة والجمع بين شيئين، مما يجمعه ويتضمنه في الواقع معنى الربط، يقال عقد الحبل إذا شدت طرفيه وربطت بينهما، وعقدت اليمين أو النية على فعل شيء أو تركه إذا أكدتها وقويتها. وعلى هذا المعنى جاء قوله تعالى "لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان".

#### الفرع الثاني: تعريفه اصطلاحا

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

## المطلب الثاني: شروط قيام العقد

يتضح من التعريف أن العقد يقوم على ثلاث أمور أساسية:

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

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

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

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

## المطلب الثالث: تقسيمات العقود

تقسيم العقد من وضع المشرع وتقسيم من وضع الفقه

### الفرع الأول: تقسيم المشرع

ان المشرع الجزائري نص على أنواع معينة من العقود من ص م 55 الى نص م 58 من ق م ج بدون اعتماد تقسيمات كما فعل الفقه وهذه العقود هي:

**أولاً: العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد**

#### 1- العقد الملزم للجانبين:

عرف المشرع العقد الملزم للجانبين في المادة 55 ق م " يكون العقد ملزماً للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضاً"<sup>1</sup>. فالعقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي هو ذلك العقد الذي يترتب على عاتق المتعاقد بين التزامات متقابلة ومرتبطة ببعضها ببعض، بحيث يكون كل متعاقد - وفي نفس الوقت- دائناً ومديناً نحو المتعاقد الآخر، فالبايع يكون مدينا بنقل ملكية المبيع إلى المشتري،

<sup>1</sup> القانون المدني، المصدر السابق.

وهو في نفس الوقت دائما له (بسبب ما التزم به) بثمن هذا المبيع، وفي المقابل يكون المشتري مدينا للبائع بثمن المبيع، ودائنا له بنقل ملكية المبيع.

## 2-العقد الملزم لجانب واحد:

العقد الملزم لجانب واحد هو الذي يترتب التزامات على أحد المتعاقدين دون الآخر، بحيث يكون أحدهما دائنا والآخر مدينا المادة 56 ق م<sup>1</sup>.

## 3: التمييز بينهما:

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

-إذا امتنع المتعاقد من تنفيذ التزامه جاز له للمتعاقد معه في العقود التبادلية دون العقود الملزمة لجانب واحد أن يطالب بفسخ العقد.

-عند امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه يحق للمتعاقد الثاني أن يمتنع بدوره عن تنفيذ ما التزم به إذا كان العقد ملزما للجانبين، وهذا ما يسمى "بالدفع بعد التنفيذ" وهذا غير ممكن في العقود الملزمة لجانب واحد.

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

## ثانيا: العقد التبادلي والعقد الإحتمالي

1-العقد التبادلي نصت عليه المادة 57 ف1 ق م<sup>2</sup>، يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له،

2-العقد الاحتمالي (عقود الغرر) يكون العقد احتماليا حسب ما ورد في الفقرة 2 من المادة 57 من ق م "...إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> نفس المصدر.

<sup>2</sup> القانون المدني، المصدر السابق.

<sup>3</sup> نفس المصدر.

فعلى عكس ما يحدث في العقد المحدد، لا يعرف المتعاقد في العقد الاحتمالي أو عقد الغرر- وقت انعقاد العقد-المقدار الذي يعطيه مقابل المقدار الذي يأخذه أو العكس، لأن هذا المقدار المقابل متوقف على حادث مستقبلي غير محقق الوقوع، أو تاريخ وقوعه غير محقق، إن الاحتمال أو الغرر المتمثل في حظ الربح أو الخسارة هو عنصر من عناصر العقد الاحتمالي.

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

ثالثاً: عقد المعاوضة وعقد التبرع

### 1-عقد المعاوضة:

عرف المشرع عقد المعاوضة في المادة 58 ق م "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما"<sup>1</sup>، يتسم هذا التعريف بالغموض إذ يخلط بين العقد التبادلي الذي يترتب التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين، وعقد المعاوضة الذي ينظر إليه من زاوية أخرى، وهي وجود عوض يتحصل عليه المتعاقد مقابل الالتزام الذي يتحمله، وبمعنى آخر فإن عقد المعاوضة هو ذلك العقد الذي يتحصل فيه المتعاقد على فائدة ذات قيمة مالية مقابل تنفيذ التزامه، بحيث لا يفتقر عند تنفيذ ما التزم به، فبائع مثلاً لا يفتقر لأنه يتحصل على الثمن الذي يعوض قيمة المبيع.

### 2-عقد التبرع:

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

وتنقسم عقود التبرع إلى عقود تفضيل وعقود هبات، ففي عقد التفضيل يؤدي المتبرع فائدة دون أن يتخلى عن ملكية ماله، كالعارية حين يستفيد المستعير من استعمال الشيء دون أن يتخلى المعير عن حقه في ملكية الشيء، أما في الهبات فإن المتبرع يتخلى عن ملكية ماله لفائدة المتبرع له، وقد عرف المشرع الهبة في المادة 202 من قانون الأسرة: "...الهبة تملك بلا عوض"<sup>2</sup> فيقتضي عقد الهبة إذن تنازل المتبرع عن حقه الملكية لفائدة المتبرع له مجاناً.

<sup>1</sup> نفس المصدر.

<sup>2</sup> قانون الأسرة، المصدر السابق.

### 3: أهمية التمييز بينهما

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

-تسمح المادة 192 ق م<sup>1</sup> بالطعن في عقود التبرع عن طريق الدعوى البولصية حتى في الحالات التي يكون فيها المتبرع له ذي نية حسنة، في حين لا يمكن الطعن في عقود المعاوضة إلا إذا صدر عن المدين غش، وكان الطرف الآخر قد علم بذلك.

-تكون مسؤولية المتبرع عادة اخف من مسؤولية المعاوض ونذكر على سبيل المثال المادة 2592<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: تقسيم الفقه

اعتمد الفقه عدة تقسيمات للعقود على خلاف القانون المدني الجزائري من خلال عدة زوايا ونحن سنعتمد أحد هذه التقسيمات كما سيأتي بيانه.

### أولاً: من حيث تكوين العقود

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

#### 1-العقد الرضائي:

العقد الرضائي هو العقد الذي ينعقد بمجرد حصول اتفاق بأية كيفية كانت ودون إتباع شكل أو صيغة معينة، إن مبدأ الرضائية الذي تمخض عن مبدأ سلطان الإرادة يترجم حرية المتعاقدين فيما يخص كيفية التعبير عن إرادتهما، فالعقد الرضائي ينشأ بمجرد تلاقي إرادتين سواء أكان التعبير عنهما شفاهياً، أو حركياً، أو كتابياً فالعبرة بالاتفاق ذاته لا بالطريقة التي تم بها.

#### 2-العقد الشكلي:

هو العقد الذي يشترط انعقاده إضافة إلى ركن التراضي احترام شكلية معينة وتعد هذه الشكلية ركناً من أركان العقد بحيث يمنع إغفالها قيام العقد وهذا ما قرره المشرع مثلاً: المادة 418 ق م "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كانت باطلاً..."<sup>3</sup> والمادة 883 "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي..."<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> القانون المدني، المصدر السابق.

<sup>2</sup> نفس المصدر.

<sup>3</sup> نفس المصدر.

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

ثانيا: من حيث تنفيذ العقود

يميز القانون بين العقود الفورية والعقود الزمنية

### 1: العقد الفوري

هو العقد الذي تحدد فيه التزامات المتعاقدين بغض النظر عن وقت تنفيذها، حيث لا يؤثر الزمن على مقدار الالتزامات التي يرتبها العقد على عاتق المتعاقدين، ويتم-عادة-تنفيذ هذه العقود دفعة واحدة وعلى الفور مما يبرر تسميتها هذه: كبيع جريدة مثلا حيث يتسلم المشتري الجريدة فورا ويدفع في نفس الوقت ثمنها. ولكن تأخير التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتابة بإرادة المتعاقدين المحض لا ينال حتما من طبيعة العقد، فبيع سيارة يتم تسليمها بعد 06 أشهر من إبرام العقد لا ينال من الطبيعة الفورية للعقد، لأن عملية البيع لا تقتضي في حد ذاتها هذا الأجل من جهة ولأنها لا تؤثر على مقدار التزام المشتري ولا البائع من جهة أخرى، حيث يبقى هذا الأخير ملزما بتسليم سيارة من نوع معين في أجل معين ومقابل ثمن معين، وإن طال هذا الجل أو قصر فإنه لا يغير من التزامات الطرفين، ولا يعتبر عامل الزمن هذه الحالة عنصرا جوهريا للعقد وإنما هو عنصر عرضي.<sup>1</sup>

### 2: العقد الزمني

العقد الزمني أو العقد الممتد هو الذي يكون فيه عنصر الزمن جوهريا، حيث تقاس به التزامات المتعاقد أو محل العقد، فتكون التزامات المتعاقدين مقترنة دائما بالزمن، ففي عقد الايجار تحدد الأجرة على أساس مدة الانتفاع بالأماكن المؤجرة. ويكون مرتب العامل متصلا ومرتبطا تماما بمدة العمل، فالعبرة في هذه النوع من العقود هي بالزمن، لأنه على أساسه يحدد مقدار التزامات المتعاقد ولا يرجع تدخل عامل الزمن إلى إرادة المتعاقدين بل تفرضه طبيعة الأداءات فالاتفاق على بناء مسكن يقتضي حتما مدة من الزمن لتنفيذه.

<sup>1</sup>- علي فيلاي، الالتزامات، "النظرية العامة للعقد"، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 56.

ومن خصائص هذه العقود أن تنفيذها يستمر مدة من الزمن، كالانتفاع بالعين المؤجرة الذي يستمر طوال المدة المتفق عليها، ونكون بصدد عقد محدود إذا تم تعيين مدة العقد، وأما إذا أغفل المتعاقدان هذه المسألة فيكون العقد غير محدود المدة، وقد يتفق المتعاقدان على تكرار أداء الشيء<sup>1</sup>.

### 3: أهمية التمييز بينهما

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

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

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

-إذا كانت المدة غير محدودة في العقود الزمنية يمكن إنهاؤها بإرادة منفردة<sup>2</sup>.

### ثالثا: من حيث مساواة المتعاقدين

بعد تردد طويل انتهى الفقه إلى التمييز بين عقد المساومة وعقد الإذعان

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

2-عقد الإذعان: هو عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله. ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها، وترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>-نفس المرجع، ص 57.

<sup>2</sup>-نفس المرجع، ص 58.

<sup>3</sup>-علي فيلالي، مرجع سابق، ص 60.

### 3: أهمية التمييز بينهما

- يعد القبول في عقد الإذعان مجرد تسليم بشروط مقررة أي قبول اضطراري بسبب التفاوت الاقتصادي بين المتعاقدين، بينما يكون القبول في عقود المساومة مطابقا تماما للإيجاب ونتاجا عن حرية تامة.

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

- يعد قبول الإيجاب مع إضافة أو إنقاص شرط في عقود المساومة إيجابا جديدا في حين يعتبر مثل هذا التعديل رفضا في عقد الإذعان.

- يؤول الشك لصالح المدين، في حين يجب أن يكون تأويل العبارة غير ضار بمصلحة المذعن دائنا كان أو مدينا<sup>1</sup>.

### رابعا: من حيث الأحكام التي تدير العقود

يميز الفقه من هذه الزاوية بين العقد المسمى والعقد غير المسمى:

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

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

### 4: أهمية التمييز بينهما

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

<sup>1</sup>-نفس المرجع، ص 61.

<sup>2</sup>-نفس المرجع، ص 62-63.

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

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

1-العقد الفردي: هو العقد الذي يتم بين شخصين أو أكثر وتنصرف آثاره إلى أطراف العقد فقط.

2-العقد الجماعي: لم يعرف العقد الجماعي انسجام العقد الفردي، حيث لا تزال حدوده غير واضحة فهناك من يرى أن الصبغة الجماعية تنصرف إلى مرحلة تكوين العقد، ومنهم من يرى أنها تنصرف إلى الآثار الجماعية للعقد، وفي الحقيقة فإن العقد الجماعي نوعان:

- النوع الأول: وهو العقد الذي يتم بين "عدة أشخاص" ليس لهم مصالح متناقضة، بل رغباتهم متحدة، كعقد الشركة، أو العقد المكون لجمعية حيث يلتزم الأقلية برأي الأغلبية.

- النوع الثاني: والمسعى "بالاتفاقات الجماعية" وهو قد يتم بين أطراف لهم مصالح متناقضة كالاتفاقات التي تتم بين النقابات وأرباب العمل، وتنصرف آثارها إلى كل العمال بما فيهم أولئك الذين لم يرضوا بمضمونه<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>-نفس المرجع، ص 64-65.

## المبحث الثاني

### أركان العقد

سنتناول في هذا المبحث أركان العقد العامة والمشاركة لجميع العقود وهي الرضا المحل والسبب في المطالب التالية

#### المطلب الأول: ركن الرضاء "التراضي"

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

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

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

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

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

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

- وجود الارادة والتعبير عنها.

- تطابق الإرادتين.

- بعض صور خاصة للتراضي<sup>1</sup>.

أولاً: وجود الإرادة والتعبير عنها

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

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

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

2- اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني: فيجب للاعتداد بالإرادة أن تتجه إلى إحداث إثر

قانوني، وبالتالي فلا عبء:

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

- ولا بالإرادة الهائلة أو المقترنة بتحفظ يعلمه الشخص الآخر، ولا بالإرادة المعلقة على المشيئة ولا الإرادة الصورية، فليست هناك في هذه الصور إرادة جدية بل أنها غير موجودة أصلاً، فهي لم تتجه إلى أحداث اثر قانوني معين.

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

ا. تعريف مبدأ سلطان الارادة:

مبدأ سلطان الارادة هو كفاية توافق إرادتين لإنشاء الإلتزام أي لانعقاد العقد، وأن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى التزامات التي يرتبها العقد أي أن معناه حرية الارادة في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> جمال الدين زكي، نظرية الإلتزام في قانون المدني المصري، ص 27/28.

<sup>2</sup>-سلطان أنور، الموجز في مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، دط، 1998، ص 13.

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

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

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

## II. التطور التاريخي لمبدأ سلطان الإرادة:

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

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

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

أما في العصور الحديثة بظهور المذهب الاجتماعي الذي يرى أنصاره أن أساس القوة الملزمة للعقد يرجع إلى ضرورة الإنتاج والتوزيع التي تحتم إبرام العقود وضرورة الاستقرار في التعامل، وبتأثير المذاهب الاشتراكية التي أرجعت القوة الملزمة للعقد إلى القانون، فالقانون أن يضع قيودا على حرية التعاقد إذا ظهرت اعتبارات اجتماعية تطلب ذلك لتحقيق المصلحة الجماعية وبالخصوص الحالات التي لا تتحقق فيها المساواة الفعلية بين طرفي العقد كما في العلاقة بين العمال

وأرباب العمل، وخوّل للقاضي سلطة تعديل العقد في بعض الحالات فالإرادة يمكن أن تنشئ العقد ولكن في حدود القانون<sup>1</sup>.

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

1-الالتزامات الإرادية هي الأصل: لا يلزم الشخص إلا بإرادته.

2-حرية التعاقد: فالمتعاقد له الحق في التعاقد أو عدم التعاقد دون إجباره في ذلك.

3-الحرية في تحديد آثار العقد: فأطراف العقد لهم كافة الحرية في تحديد شروطه وآثاره.

4-القوة الملزمة للعقد: فالعقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون، وأساسهما هي مبدأ سلطان الإرادة.

5-مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد: فالإرادة لا تلزم إلا صاحبها بمعنى أن العقد لا ينشئ الإلتزام إلا في ذمة أحد المتعاقدين أو كلاهما فلا يكون انشاء التزام في ذمة الغير، الذي لم يكن طرفا بالعقد.

4: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

1-القيود الواردة على حرية التعاقد وعدم التعاقد

أ- النظام العام والآداب العامة: إذا ابرم عقد يخالف النظام العام والآداب العامة، فيكون باطلا بطلانا مطلقا لا يرتب أي أكثر.

ب-حرية عدم التعاقد: قد قيدت مع العقود الجبرية، كالعقود (عقود الاذعان، التأمينات الجبرية، التأمين على حوادث السيارات).

2-القيود على حرية تحديد آثار العقد: من تأثير الأفكار الاشتراكية، إن قامت القوانين بتحديد بنود وشروط بعض العقود بقواعد أمرة، من ذلك عقد العمل الذي تكاد تكون كل أحكامه منظمة بموجب قواعد أمرة، وكذلك -عقد الشركة-عقد التأمين<sup>2</sup>

<sup>1</sup> راجع الملتقى الوطني "مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاعمال بين الحرية والتقييد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، 06.07 نوفمبر 2017.

<sup>2</sup> أحمد بورزق، خديجة بورزق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود، دراسة مقارنة، مجلة أبحاث، 4، volume 2، Umére، ص 134 ص 150.

### 3- القيود الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد:

نظرية الظروف الطارئة. م(107 ق م)، تعديل الشروط التعسفية في عقود الاذعان. م(110 ق. م).

### 4- القيود الواردة على مبدأ نسبية الاثر الملزم للعقد:

هناك حالات خاصة تجعل آثار العقد تمتد إلى الغير بقوة القانون. م. 565 ق. م. 580 ق. م. 507 ق. م.

### 5- تراجع مبدأ الرضائية في العقود:

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

مثال: م 324 مكرر 1 من ق. م.

### ثالثا: التعبير عن الإرادة

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

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

### 1- طرق التعبير عن الإرادة

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

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

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

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

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

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

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

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

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

د-بعض حالات السكوت التي تعتبر قبولا

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

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

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

<sup>1</sup> القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

-وما يقضي به العرف التجاري من التعامل بين بنك واحد والعملاء بإرسال البنك كشف حساب جاري لأحد العملاء، وسكت الأخير ولم يعترض اعتبر سكوته قبولاً للحساب<sup>1</sup>.

السكوت الملايس: السكوت الملايس هو الذي يقترن فيه السكوت بظروف وملايسات ترجح على أنه قبولاً للإيجاب، وقاضي الموضوع يستخلص ذلك من الظروف والملايسات التي سبقت صدور الإيجاب والتي عاصرتة، ومن طبيعته العقد.

وقد نصت المادة 68 ق م ج<sup>2</sup> على بعض أمثلة للسكوت الملايس أهمها:

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

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

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

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

ج<sup>3</sup>.

## 2) الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها

### أ-"الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة"

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

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

اختلف الفقهاء في ذلك بين نظرتين الأولى نظرية الإرادة الباطنة *volonté interne* وتزعمتها

المدرسة الفرنسية، الثانية نظرية الإرادة الظاهرة *volonté externe* وتزعمتها المدرسة الألمانية:

<sup>1</sup>-محمد صبري السعدي، مرجع السابق، ص 89/88.

<sup>2</sup> القانون المدني، مصدر سابق.

<sup>3</sup> قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق.

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

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

### 3-الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانوني

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

### 4-أثر الموت أو فقد الأهلية في التعبير عن الإرادة

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

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

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

<sup>2</sup>- بلحاج العربي: النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر 1999، ص 65.

ولكن الإشكال القانوني هو هل تنطبق هذه الأحكام على من وجه إليه التعبير بموت الأخير أو فقد لأهليته؟ وذلك قبل وصول التعبير إليه، فيؤدي ذلك إلى سقوط التعبير الأول "الإيجاب" لعدم إمكان وصول التعبير إلى من وجه إليه "القابل" لموته أو فقدته لأهليته<sup>1</sup>.

ثالثا: تطابق الإرادتين "تطابق التعبير عنهما" نصت م 59 ق م ج أنه: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"<sup>2</sup> وفقا لهذا النص القانوني يجب أن تتحقق الشروط الآتية لإتمام العقد:

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

- أن يتبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتهما "إيجاب وقبول"

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

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

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

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

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

<sup>1</sup>-جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 33/32.

<sup>2</sup> القانون المدني الجزائري، المصدر السابق.

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

#### المذهب الأول/ إعلان القابل بالقبول:

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

#### المذهب الثاني/ تصدير القابل لقبوله:

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

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

#### المذهب الثالث/ تسليم القبول للموجب:

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

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

#### المذهب الرابع/ علم الموجب بالقبول:

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

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

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

م 67 ق م ج "يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"<sup>1</sup>  
-ومن نتائج الأخذ بهذا المذهب "مذهب العلم بالقبول"

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

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

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

4/ ومن حيث تحديد القانون الذي يتم العقد وفقا له، فيكون القانون هو قانون المكان الذي يصل فيه القبول للموجب<sup>2</sup>.

## رابعا: بعض صور التراضي

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

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

أ-تعريفها: هي عبارة عن إبرام شخص يسمى النائب عملا قانونيا لحساب شخص آخر وباسمه يسمى الاصيل حيث ينتج هذا العمل القانوني جميع آثاره مباشرة في ذمة الاصيل<sup>3</sup>.

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

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

<sup>1</sup> القانون المدني الجزائري، المصدر السابق.

<sup>2</sup>- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 34/33.

<sup>3</sup>-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 84/83.

-قد يكون نظام النيابة القانونية مفروضاً على الشخص في نقص أهلية أو انعدامها كجنون أو عته أو لصغر السن<sup>1</sup>.

ج-شروط النيابة: أهم الشروط هي

-أن تحل إرادة النائب محل إرادة الاصيل م 73 ق م ج.

-أن يتعاقد النائب باسم الاصيل ولحسابه.

-أن يتعاقد النائب في حدود السلطة المخولة له.

-أن تنصرف جميع آثار النيابة لحساب الاصيل في جانبها "الحقوق والالتزامات".

2: الوعد بالتعاقد م 72/71 ق م ج

أ-تعريفه: يعرف الوعد بالتعاقد طبقاً للمادة 71 / ق م ج بأنه اتفاق يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، أو أنه اتفاق يلتزم أحد طرفيه نهائياً بمقتضاه إزاء الطرف الآخر بأن يبرم معه عقداً معيناً، حدداً معاً عناصره الأساسية، إذا فصّح هذا الأخير خلال مدة معينة عن إرادته في إبرامه،

ويطلق على الوعد بالتعاقد اسم العقد المراد إبرامه مستقبلاً، كأن يقول وعد بالبيع، وبالشراء بالإيجار، كما أن الوعد بالتعاقد قد يكون ملزماً لجانبين ولجانب واحد، رغم أن الاصل والغالب أن الوعد بالعقد هو عقد ملزم لجانب واحد هو الواعد الذي يلتزم بإبرام عقد إذا أعلن الموعد له على قبوله خلال مدة معينة "رغم ما قيل حول أنه ملزم لجانبين فهذا في حقيقة هو عقد عادي أرجى تنفيذه فقط للمستقبل"<sup>2</sup>.

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

-تطابق إرادة الواعد والموعد له.

-أن يعين في الوعد بالتعاقد جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه مستقبلاً كالبيع والتمن في عقد البيع، والعين المؤجرة والمدة وبديل الإيجار في عقد الإيجار.

<sup>1</sup>-صبري السعدي، المرجع السابق، ص 144.

<sup>2</sup>-جمال الدين زكي، المرجع السابق ص 52/51.

- أن تعين المدة التي يجب إبرامه خلالها.

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

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

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

### 3: التعاقد بالمزايدة م 69 ق م ج:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

وتتميز عقود الإذعان بصفات أساسية أهمها:

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

- يكون أحد أطراف العقد محتكرا للسلعة احتكارا فعليا أو قانونيا.

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

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

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

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

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

### الفرع الثاني: صحة التراضي

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

### أولا: الأهلية

1تعريفها: يقصد بها صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له مجموعة من الحقوق والالتزامات، أو أنها صلاحية الشخص للإلزام والالتزام.

2أنواعها: تنقسم الأهلية إلى نوعين أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

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

وهناك أهلية الوجوب الكاملة وهي تثبت للشخص في سائر الحقوق والالتزامات، أما أهلية الوجوب الناقصة فهي تثبت للجنين قبل ولادته، حيث له فقط الحقوق دون الالتزامات<sup>1</sup>.

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

وباعتبار ان احكام الأهلية من النظام العام، باعتبارها تؤثر في حياة الشخص القانونية والاجتماعية، لذلك نصت المادة 45 ق م ج على: " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها"<sup>2</sup>.

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

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

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

الدور الثاني/ الصبي غير المميز: يبدأ هذا الدور بمجرد الولادة إلى حين بلوغ الصبي سن 13 سنة كاملة، وهي سن التمييز المحدد قانونا في نص المادة 2/42 ق م ج<sup>3</sup> فيفترض المشرع الجزائري في هذا الدور أن الشخص فاقدا للتمييز ولأهلية لأداء في جميع التصرفات النافعة والضارة والدائرة بين النفع الضرر م 83 ق أ ج<sup>4</sup> وتكون جميع تصرفاته باطلة، ويتولى عنه التصرفات من يمثله قانونا مثل الولي أو الوصي أو القيم 81 ق أ ج.

<sup>1</sup> عبد الحميد البعلي، الرقابة الشرعية الفعالة في المؤسسات المالية الإسلامية - أصولها - متطلباتها - آثارها، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ص 160/159.

<sup>2</sup> القانون المدني الجزائري، المصدر السابق.

<sup>3</sup> نفس المصدر

<sup>4</sup> قانون الأسرة الجزائري، المصدر السابق.

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

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

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

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

#### أ-العوارض التي تصيب العقل

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

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

-العته: فهو كالجنون عبارة عن خلل يصيب العقل ولكنه يختلف عنه في أنه لا يكون مصحوبا بهياج، ولكن صاحبه يكون كالمجنون فاقدا لأهلية الأداء وجميع تصرفاته باطلة، حتى وأن كان بعض فقهاء الشرع الإسلامي يعطون للمعتوه حكيمين الاول أنه عديم أهلية الأداء والثاني أنه ناقصها وما

<sup>1</sup> القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

ينطبق على المجنون من أحكام قبل وبعد بلوغ سن الرشد تنطبق على المعتوه م 1/42 ق م ج، م 85 ق أ ج.

#### ب- العوارض التي تصيب الإنسان في تديره

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

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

وقد وحد المشرع الجزائري بين أحكام السفه والغفلة حيث جعلهما م 43 ق 10/05 ق م ج ناقصي الأهلية قانونا وتخضع تصرفاتها الى حكم تصرفات المميز 82 ق أ ج<sup>1</sup>.

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

#### أ-المانع الطبيعي: العاهة المزدوجة أو الضعف الجسماني الشديد:

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

<sup>1</sup> قانون الأسرة الجزائري، المصدر السابق.

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

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

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

وإذا صدر تصرف ممن تقرر مساعدته قضائيا وبدون حضور المساعد، ولكن بعد تسجيل قرار المساعدة يكون تصرف صاحب العاهتين قابلا للإبطال لمصلحته م<sup>2</sup>/80 ق م ج.

### ب- المانع المادي: الغيبة

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

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

### ج- الحكم بعقوبة جنائية:

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

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

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

## ثانيا: عيوب الرضاء

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

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

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

### 1 الغلط:

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

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

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

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

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

ومن شروط الغلط المؤثر في الارادة:

\* أن يكون الغلط جوهريا.

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

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

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

وبالتالي فإن التديليس ليس هو العيب الذي يؤثر على الارادة سلبيا أو إيجابا، وإنما الغلط الذي يقع فيه الشخص نتيجة إيهامه بغير الحقيقة عن طريق بعض الحيل التي يستخدمها المتعاقد الآخر<sup>1</sup>.

بعض أوجه الاختلاف بين الغلط والتديليس: / إن الوهم الدافع للتعاقد في الغلط يتسم بال تلقائية دائما يقع فيه الشخص نفسه بناء على تقديره، بخلاف وهم التديليس فهو ليس تلقائيا، وإنما يرجع إلى شخص آخر، يجعل المتعاقد "المدلس عليه" يعتقد بأن الأمور على غير حقيقتها.

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

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

العنصر المادي: وهو استعمال أحد المتعاقدين لحيل تديليه تغيييه قصد وقوع المتعاقد معه في الغلط.

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

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

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

<sup>2</sup>- خليل أحمد قداد، المرجع السابق، ص 56/55.

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

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

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

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

أما إذا كان الاكراه ماديا، فهو يعدم الإرادة بتاتا كمسك يد شخص وتهديده وإلزامه بتوقيع على وثيقة ما، فيكون العقد منعقد لكنه باطلا والإرادة منعدمة.

فإبرام الشخص بعقد تحت الإكراه المعنوي بالأذى والخوف، فتكون الرهبة حالا، وليس الخطر حالا، ومن ثم الإرادة عند المتعاقد موجودة لكنها ليست حرة، فهي تختار بين إبرام العقد تحت التهديد والإكراه، وبين الإصابة بالخطر، والمتعاقد هنا يختار أهون الضررين<sup>1</sup>.

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

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

**العنصر الشخصي:** هو أن يبعث التهديد خوفا في نفس المتعاقد، ويراعي في تقدير هذا العنصر جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، وظروف المكان والزمان<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>-صبري السعدي، المرجع السابق، ص 191/192.

أما من حيث شروط الاكراه: فيجب توفر الشروط التالية:

/ استعمال وسائل إكراه تهدد بخطر جسيم محقق.

/ أن تكون الرهبة والخوف هو الدافع للتعاقد.

/ اتصال الاكراه بالمتعاقد معه "وحتى نائبه".

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

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

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

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

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

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

<sup>1</sup>-علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 66/65.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### مجال الاستغلال وأثر وجوده:

#### فمن حيث مجال الاستغلال

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

#### ومن حيث أثر وجود استغلال

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

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

#### المطلب الثاني: ركن المحل

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

-منهم من يذهب إلى اعتبار المحل ركنان في الالتزام المترتب على العقد، لا ركنان في العقد.

-منهم من يذهب إلى اعتبار المحل عنصرا من عناصر الإرادة، لأن الإرادة الحرة الواعية والمعتبرة

قانونا هي التي تتجه إلى التعاقد وهي على بينة بالمحل ومدركة بالسبب.

-بينما ذهب فقهاء آخرون أن للعقد محل وللاللتزام محل آخر، ومحل العقد هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء التعاقد، وإذا كانت آثار التعاقد هي إنشاء التزامات، فإن هذه الأخيرة ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد.

-وفي الواقع وباعتبار أن العقد هو أحد مصادر الإلتزام الإرادية، فيقتضي ذلك أن يتوفر للعقد أركانه من رضا ومحل وسبب، وباعتبار أن العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، فإن ذلك يعني أن ركن العقد الرئيسي هو الرضاء، أي الإرادة التي اتجهت إلى إحداث أثر قانوني يقصدانه وهذا الأثر لا يتحقق إلا بإرادة موجودة وواعية وحررة تدري بمحل العقد، وبسببه، بمعنى أن الإرادة يكون لها تصور نحو الشيء الذي أقدمت عليه والغاية أو السبب من ذلك، فتكون الإرادة حينئذ هي ركن العقد الرئيسي، بينما المحل والسبب في العقد فيعتبران من عناصر الإرادة<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: تعريف المحل

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

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

### الفرع الثاني: شروط المحل

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

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

-يجب أن يكون محل الإلتزام معيناً أو قابلاً للتعين

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

<sup>1</sup>-خليل أحمد حسن قدارة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص 72/71.

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

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

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

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

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

فالاستحالة المطلقة هي التي تكون نحو جميع الناس ولا تقتصر على المدين، ويترتب على ذلك انه يمنع قيام الالتزام ويكون العقد باطلا. وتتضمن الاستحالة المطلقة نوعين استحالة طبيعية وأخرى قانونية تبعا لمصدرها فالاستحالة الطبيعية فهي التي يرجع سببها على طبيعة المحل نفسه كأن يتعهد شخص بتحريك جبل، أو القيام بعمل كان قد قام به سابقا. أما الاستحالة القانونية فهي التي ترجع سببها إلى قواعد القانون، كأن يتعهد محام باستئناف حكم كان ميعاد الاستئناف قد انقضى.

على أنه يشترط في الاستحالة المطلقة والتي تحول وقيام الالتزام وتجعل العقد باطلا أن يكون وقت الاستحالة هو وقت التعاقد، فإذا جاءت لاحقة لانعقاد العقد، فهي لا تمنع من قيام العقد والالتزامات المترتبة عليه، ويصبح الأمر فقط متعلقا باستحالة تنفيذ، فيؤدي ذلك لانقضاء الالتزام وانفساخ العقد من تلقاء نفسه، إذا لم يكن للمدين يد في الاستحالة وإلا حكم عليه التزام التعويض.

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

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

كما يعني قابلية محل الإلتزام للوجود أنه في إمكان الشخص "المدين" القيام بهذا الإلتزام العقدي فلا يكون مستحيلا. على أنه يلاحظ أن شرط وجود محل الإلتزام وقت التعاقد ليس شرطا مستقلا في محل الإلتزام، بل إنه أمرا لازما لتحقيق شرط الإمكان، فإذا تعلق العقد بشيء محدد لكنه لم يوجد أصلا أو أنه هلك قبل التعاقد، فإن العقد لا ينعقد، فإن وجد الشيء وقت التعاقد ثم هلك، فالعقد ينعقد صحيحا، وإن أمكن فسخه لعدم تمكن المدين من تنفيذ التزامه.

كما يطرح شرط وجود محل الإلتزام إشكالية تتمثل في ما هو حكم المشرع في التعامل على شيء مستقبلي؟<sup>1</sup>.

لقد أجاز المشرع الجزائري المعاملات في الأشياء المستقبلية رغم أنها غير موجودة وقت التعاقد، ولكنه ربط تلك الإجازة بأن يكون محل الإلتزام المستقبلي محقق الوجود، نصت م 1/92 ق م ج "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا ومحققا"

وبالتالي فإن التعامل في الأشياء المستقبلية هو جائز وأنها ممكنة الوجود، والتعامل فيها شائع بين الناس، على أن المعاملة تبقى معلقة على شرط واقف وهو تحقق وجود الشيء مستقبلا، أضافت ف 2 م 92/ لا يجوز التصرف في تركة شخص على قيد الحياة ولو برضاه، ويعتبر العقد باطلا.<sup>2</sup>

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

إن أهمية شرط تعيين محل الإلتزام تكمن في تحديد المحل، فإن كان مجهولا، فإنه يتعذر تحديده وتعيينه، وتثور نزاعات بين المتعاقدين، ومن ثم فلا ينعقد عقد ولا تترتب أية التزامات. ويختلف تعيين محل الإلتزام تبعا للشيء نفسه هل هو من الأشياء القيمية أم المثلية، كما يختلف تنفيذ الإلتزام هل يتعلق بالإلتزام بإعطاء شيء، أم بعمل أم بالامتناع عن العمل.

<sup>1</sup>-عمر السيد/ أحمد عبد الله، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 137/138.

<sup>2</sup>-صبري السعدي: المرجع السابق، ص 212/214.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



## المطلب الثالث: ركن السبب

سنتطرق في هذا المطلب لمفهوم ركن السبب من خلال كل من تعريفه وتمييزه عن المحل وكذلك مفهومه وفق كل من النظرية التقليدية والحديثة.

### الفرع الأول: تعريف السبب

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

يعرف بعض الفقهاء السبب بأنه الغاية المباشرة التي يقصد إليها الملتزم من التزامه الإرادي "وبالتالي فالسبب هو من عناصر الإرادة رغم ما ذهب إليه البعض من الفقهاء والقوانين من كون السبب أمرا له وجود مستقل عن الإرادة، ويشترطون في السبب على غرار محل الالتزام أن يكون له وجود وصحيح وأن يكون مشروعا، رغم أن المشرع الجزائري لم يشترط في السبب إلا شرط المشروعية رغم كونه شرطا أو ركنا في الالتزام وفي العقد<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: التمييز بين المحل والسبب

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

-كما للسبب في نظرية الالتزام معنيين مختلفين:

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

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

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

<sup>1</sup>- صبري السعدي: المرجع السابق، ص 222/223.

على أن نظرية السبب قد أثارت جدلا فقهيًا كبيرًا واختلافًا حول مفهوم السبب، وتحديد ماهية السبب القانونية "حيث من الفقهاء من يعتبره ركنا في الإلتزام، وآخرون انه ركنا في العقد، وفريق ثالث يعتبره عنصرا من عناصر الإرادة"<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: مفهوم السبب وفق النظرية التقليدية والحديثة

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

#### أولا: النظرية التقليدية في السبب:

تري النظرية أن السبب هو الغرض المباشر المجرد الذي يريد المدين تحقيقه بالإلتزامه، وإذا تعددت الأغراض فإن السبب الذي يقف عنده هو الغرض المباشر الذي يريد تحقيقه من وراء تحمله بالإلتزام، وقد وضع "دوما" أسسا للنظرية، بأن السبب المقصود هو السبب القصدي، وأغفل الباعث الدافع، فيكون حينئذ للعقد عدة دوافع، أما الإلتزام فليس له إلا سببا واحدا لا يتغير للنوع الواحد من الإلتزام. وفي العقود الرضائية كعقد الهبة والتبرع وعقد البيع سبب الإلتزام هو إتمام العقد في عقد البيع وهو نية التبرع في عقد الهبة.

#### ومن أهم خصائص السبب وفق النظرية التقليدية:

- إن السبب المقصود هو سبب الإلتزام وليس سبب العقد.

- إن السبب في العقد هو عنصرا أو جزءا منه.

- كل أنواع العقود لها سبب واحد، وتخلفه يجعل العقد منعقد ميتا.

#### ومن أهم عيوب النظرية التقليدية:

- يرى بعض الفقهاء أننا لسنا في حاجة إلى شرط السبب اكتفاء فقط بالرضا والمحل، كما أن مبادئ النظرية غير صحيحة ولا فائدة منها.

- أن النظرية التقليدية عقيمة في مبادئها وأنها لا تضيف شيئا إلى الثروة القانونية، وانه يمكن الاستغناء عن النظرية التقليدية ومبادئها دون أن يترتب على ذلك أي ضرر.

<sup>1</sup>- نفس المرجع.

## ثانيا: النظرية الحديثة في السبب:

ذهب فقهاء النظرية وبعض أحكام القضاء الفرنسي والعربي إلى اعتبار الباعث هو سبب الالتزام ما دام كان معروفا للمتعاقدين، وهذا حتى وإن لم يكن جزءا من اتفاقهما. ومن جهة القضاء فهو يحدد السبب بأنه السبب الدافع للملتزم بما التزم، ويقتصر على الدافع الرئيسي من إبرام العقد. على أنه لا يشترط في السبب الدافع للتعاقد إلا شرط المشروعية، ونظرا لأن الباعث الدافع للتعاقد هو مسألة شخصية بين الأشخاص، وأنه بعيد عن العقد، لذلك فإن القضاء يشترط للحكم ببطالان العقد أن يكون المتعاقد الآخر عالما بهذا الباعث<sup>1</sup>.

## ثالثا: نظرية السبب في القانون المدني الجزائري:

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

## الفرع الرابع: إثبات السبب:

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

## الفرضية الأولى/ ذكر السبب في العقد:

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

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

<sup>1</sup>- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 158 وما بعدها.

## الفرضية الثانية/ عدم ذكر السبب في العقد:

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

## المبحث الثالث

### جزاء تخلف ركن من أركان العقد "البطلان":

نص المشرع على جزاء صارم نتيجة مخالفة القواعد القانونية التي أوجبها في انعقاد العقد، وهو ما يعرف بجزاء البطلان"، فلا يترتب على العقد أي أثر قانوني.

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

### المطلب الأول: تعريف البطلان وتمييزه عن غيره:

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

### أولا: التمييز بين البطلان والفسخ:

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

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

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

## ثانياً: التمييز بين البطلان وعدم السريان:

عدم السريان يعني أن العقد نشأ صحيحاً مستوفياً لجميع أركانه وشروطه نافذاً نحو المتعاقدين، ولكن غير نافذ في حق الغير، ففي العقود الشكلية كعقد بيع عقار غير مشهر يكون صحيحاً و نافذاً نحوهما المتعاقدين " لكونه أبرم أمام موظف رسمي مختص "الموثق" لكن العقد لا يكون سارياً و نافذاً اتجاه الغير إلا ابتداءً من يوم شهره.

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

## ثالثاً: التمييز بين البطلان والإبطال:

يتشابهان في كونهما حل للرابطة التعاقدية، لكنهما يتخلفان

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

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

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

-العقد الباطل مطلقاً ليس في حاجة إلى حكم يقره، وإذا رفعت رغم ذلك دعوى الإبطال فإن القاضي يحكم به تلقائياً، بل من حق كل ذي مصلحة التمسك بالبطلان "كالخلف العام أو الخاص وحتى جميع الدائنين العاديين وغير العاديين"<sup>1</sup>.

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

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

<sup>1</sup>- خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 82.

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

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

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

سنتطرق بالدراسة في هذا المطلب لأنواع البطلان والأشخاص الذين لديهم الحق للتمسك بالبطلان سيما في العقد الباطل او القابل للبطلان.

### الفرع الأول: أنواع البطلان

لقد اختلف الفقهاء في تقسيم أنواع البطلان فهناك من يقسمه إلى قسمين، وهناك من يقسمه إلى ثلاثة أقسام، وبين من يزيد عن ذلك على أنه سوف يكون التركيز على اتجاهين.

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

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

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

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

أما البطلان النسبي هو عكس ذلك العقد ينعقد صحيحا مرتبا لجميع أثاره إلى حين إبطاله سبب من الأسباب كعيب في الإرادة أو نقص في الأهلية، فإذا طلب أحد طرفي العقد الذي تقرر له الإبطال الإبطال يحكم بإبطاله وبأثر رجعي من وقت انعقاده<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>-علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 77.

## الفرع الثاني: من له الحق في التمسك بالبطلان:

فبالنسبة للعقد الباطل: فهذا العقد منعدم الوجود، ولا ينعقد أصلاً، لذلك لا يحتاج في تقرير البطلان إلى أي إجراء "كإصدار حكم قضائي" كما اتجه إلى ذلك الفقه التقليدي، بخلاف الفقه الحديث يرى أغلب فقهاءه إلى ضرورة اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم سواء في البطلان النسبي أم في البطلان المطلق، لأنهم يرفضون مسألة البطلان بقوة القانون فلا يجوز لأي شخص أن يقتضي حقه بنفسه، لأن الأصح لا يمكن رفع دعوى البطلان إلا إذا بدء في تنفيذ العقد ويرغب أحد المتعاقدين استرداد ما دفعه، فيتمسك بالبطلان كل من لديه مصلحة في ذلك وللحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها المادة 102 ق م.

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

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

### المطلب الثالث: آثار البطلان

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

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

### الفرع الأول: حالة تحول العقد وإنقاصه:

وهما حالتان تتعلقان بالعقد الباطل مطلقاً.

### أولاً: نظرية تحول العقد

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

وبالتالي فإن شروط تحول العقد هي:

- بطلان العقد الأصلي أو إبطاله.

- أن يتضمن هذا العقد أركان عقد آخر.

- أن تنصرف نية المتعاقدين إلى هذا العقد.

ثانيا: نظرية إنقاص العقد

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

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

وبالتالي فإن شروط إنقاص العقد هي:

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

- أن يتمسك صاحب المصلحة بالإبطال بإبطال هذا الشق فقط.

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

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

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

- الحالة الأولى/ حالة استعمال القاصر طرقا احتيالية لإخفاء نقص أهليته قياسا على أحكام

التدليس م 86 ق م ج.

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

## المبحث الرابع

### آثار العقد

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

### المطلب الأول: نسبية أثر العقد "العقد شريعة المتعاقدين"

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

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

### الفرع الأول: انصراف آثار العقد نحو المتعاقدين وخلفهما والدائنين لهما

يتضمن هذا الأثر مايلي:

#### أولا: انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين:

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

"العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". كما نصت م 106 ق م ج من أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

## 1-مدى أثر العقد "القوة الملزمة للعقد"

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

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

## 2-تعيين مضمون العقد "القوة الملزمة للعقد"

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

### أ-تفسير العقد

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

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

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

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

### ب-تحديد نطاق العقد

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

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

-من حيث قواعد العرف المكملة، والتي تنشأ وتطبق عندما لا نجد نص قانونيا تشريعيًا، وحتى القواعد العرفية المفسرة التي توضح إرادة المتعاقدين الحقيقية.

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

3-مدى التزام المتعاقدان بتنفيذ العقد في مسألة تنفيذ العقد نص المشرع الجزائري على مبدأ رئيسي هو "العقد شريعة المتعاقدين" م 106 ق م ج، أن هذا التنفيذ يكون وفق مبدأ حسن النية، لكن نص على استثنائيين عن المبدأ يمنح فيهما المشرع للقاضي الحق في تعديل العقد في بعض العقود "عقد الإذعان"، وفي نظرية الظروف الطارئة، المبدأ العام في العقد تنفيذه بحسن نية يتضمن المبدأ:

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

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

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

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

#### 4-الإستثناءات الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين:

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

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

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

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

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

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

لكن حديثا نص المشرعون على أحكام نظرية الظروف الطارئة من خلال تحديد شروط انطباقها ومدى سلطة القاضي إزاء العقد إذا توفرت شروط انطباقها م176 إلى 178 ق م ج.

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

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

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

- إما إن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

- وإما أن يختار القاضي إنقاص بعض الالتزامات.

- وقد يحكم بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ.

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

ثانياً: انصراف آثار العقد إلى الخلف "العام والخاص"

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

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

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

1- انصراف أثر العقد إلى الخلف العام والحالات المستثناة من ذلك:

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

أ- المبدأ انصراف أثر العقد إلى الخلف العام

باعتبار أن مجال وموضوع الانصراف يتمثل في الحقوق والالتزامات العقدية، فهي تمتد وتنطبق على المتعاقدين وإلى خلفهما بعد وفاتهما.

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

أما إذا توفي المتعاقد المدين، فتطبق في شأنه القاعدة الشرعية "لا تركة إلا بعد سداد الديون" ويعني انصراف أثر الالتزام "الدين" إلى الخلف العام أن التزم المتعاقد يبقى متعلقاً بتركته ولا ينتقل إلى ذمة الورثة حتى ينقضي الالتزام، فتنقل التركة حينئذ إلى الورثة خالية من الديون كل حسب نصيبه في الإرث<sup>1</sup>.

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

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

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

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

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

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

## 2-انصراف آثارالعقد إلى الخلف الخاص

يقصد بالخلف الخاص هو من ينتقل إليه حق خاص من الحقوق العينية أو الشخصية أو حتى الذهنية، أو دين من ديون سلفه الثابتة في ذمة الأخير، ولكن بإحدى الطرق الناقلة للحقوق والالتزامات "بالاتفاق أو بنص القانون"<sup>1</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

الفرع الثاني: انصراف آثارالعقد للدائنين

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

<sup>1</sup>- خليل أحمد حسن قداد: المرجع السابق، ص 118.

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

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

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

#### المطلب الثاني: مدى انصراف آثار العقد نحو الغير

رغم أن لفظ الغير هو غير المتعاقدين، وغير خلفهما العام أو الخاص، لأن الأخيرين خلفا لغيرهما، إلا في بعض الحالات يمكن اعتبارهما من الغير

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

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

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

-معنى أن العقد لا يضر الغير، والاستثناءات المترتبة عليه

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

فمن حيث الاستثناءات عن المبدأ فهي كثيرة وأهمها:

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

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

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

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

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

### 1-التعهد عن الغير (المادة 114 من ق م)

إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به.

أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، مالم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد.

### 2-الإشترط لمصلحة الغير (من المادة 116-الى 118 من ق م)

يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، مالم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد، ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك.

يجوز للمشترط دون دائنيه أو وارثيه أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة منها، مالم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد.

ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك، وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية الاشتراط.

ويجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلة كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشاركة.

## المبحث الخامس

### إنحلال العقد (الفسخ)

ان انحلال العقد يكون جزاء الإخلال بعدم تنفيذ العقد الصحيح القائم بأركانه وشروطه عن طريق فسخه.

#### المطلب الأول: شروط فسخ العقد

فسخ العقد هو الوسيلة التي تؤدي إلى إنهاء العقد، يعتبر الفسخ كجزاء لعدم تنفيذ أحد الأطراف لإلتزاماته التعاقدية وهو إنحلال الرابطة التعاقدية وإلغائها والرجوع إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وفقا لتوفر شروط معينة وهي:

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

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

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

## المطلب الثاني: انواع فسخ العقد

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

### الفرع الأول: الفسخ الإتفاقي

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

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

### الفرع الثاني: الفسخ القضائي

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

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

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

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

### الفرع الثالث: الفسخ القانوني

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

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

### المطلب الثالث: استعمال فسخ العقد وأثاره

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

### الفرع الأول: استعمال فسخ العقد

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

### أولاً: الإعذار

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

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

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

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

-إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر

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

بذلك.

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

### ثانيا-رفع دعوى فسخ العقد

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

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

### الفرع الثاني: آثار فسخ العقد

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

#### أولا: آثار الفسخ بالنسبة للمتعاقدين

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

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

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

## ثانياً: آثار الفسخ بالنسبة للغير

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

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

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

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

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

- في حالة اكتساب الغير للحق بالتقادم المكسب<sup>1</sup>.

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

## ثالثاً: الدفع بعدم التنفيذ/ ومضمونه

هو حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، إذا ما طالبه المتعاقد الأخر بتنفيذ التزامه، أن يمتنع عن التنفيذ طالما لم يتم المتعاقد الأول بتنفيذ التزامه نصت عليه المادة 123 ق م ج.

<sup>1</sup>- جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 128 وما بعدها.

## الفصل الثالث

### المصدر الثالث للإلتزام بالإرادة المنفردة (من المصادر الإرادية للإلتزام):

- التصرف "الإلتزام" بالإرادة المنفردة يقصد به إرادة شخص واحد، وهي تختلف عن العقد الذي قوامه إرادتين متطابقتين لشخصين مختلفين، والإلتزام بالإرادة المنفردة هو تصرف قانوني من جانب واحد، وهي قادرة على إحداث آثار قانونية متعددة منها.
- إنشاء أشخاص اعتبارية خاصة "المؤسسات الخاصة".
  - إنشاء حقوق عينية أصلية "الملكية، الانتفاع، الارتفاق".
  - إنهاء حقوق عينية أصلية "كالنزول عن حق الارتفاق أو الرهن بنوعيه الرسمي والإجباري.
  - أو إجازة عقد قابل للإبطال أو تصحيحه.
  - أو إقرار المالك في بيع ملك الغير بالبيع.
  - أو إلغاء عقد معين كالوكالة والعارية والوديعة والشركة والإيجار والعمل.
  - أو إنشاء حق شخصيا أو التزاما ما في ذمة شخص كالإيجاب الملزم والوعد بجائزة للجمهور.

## المبحث الأول

### مدى اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الإلتزام

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

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

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

وإذا كان المشرع الجزائري قد أخذ بالإرادة كمصدر للإلتزام استثناء وفي حالات متعددة قبل 2005، إلا أنه ابتداء من هذه السنة وبموجب القانون 10/05 الصادر في 20/06/2005 نص

المشرع صراحة على الإلتزام بالإرادة المنفردة كمصدر إرادي مستقل عن باقي المصادر وهذا بموجب المادتين 123 مكرر والمادة 123 مكرر 1 وقد خصص موضوع الوعد بجائزة كنموذج حي لهذا المصدر. أما من جهة الفقهاء فقد اختلفوا في مسألة الإرادة المنفردة بين المؤيدين لها كمصدر من مصادر الإلتزام وبين المنكرين لذلك وفق بعض الأسانيد.

#### المطلب الأول: الرأي الأول/ المنكرين للإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الإلتزام:

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

- إن الإلتزام بالإرادة المنفردة يتنافر مع المبادئ العامة للقانون.

- كما يصطدم بصعوبات قانونية بالغة.

- ثم أن ذلك يشكل ازدواجا في مصادر الإلتزام.

وقد شبه أحد الفقهاء الاعتراف بالإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الإلتزام "الفقيه تالير" بالبناء القائم على رمال متحركة.

#### المطلب الثاني: الرأي الثاني/ المؤيدين للإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الإلتزام:

أهم أسانيد هم:

- إن الإرادة المنفردة تستند إلى حكم القانون مثلها مثل العقد.

- إن الإلتزام بالإرادة المنفردة لم تبطل بناتا العقد.

- إن الإلتزام بالإرادة المنفردة يشكل مع العقد ازدواجا في مصادر الإلتزام، ولكل منهما نطاقه.

- ليس هناك مانع قانوني ولا منطقي من أن تكون الإرادة المنفردة أحد مصادر الإلتزام، طالما أن الإلتزام الشخص كان في حدود القانون.

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

## المبحث الثاني

### الوعد بجائزة صورة من الالتزام بالإرادة المنفردة

وقد خص المشرع الجزائري في التعديل الأخير للإرادة المنفردة واعتبرها مصدرا مستقلا عن العقد وكلاهما مصدران للالتزام، بل وخصص لهذا الالتزام صورة "الوعد بجائزة" حيث نص في: المادتين 123 مكرر 123 مكرر 1 م 123 مكرر في 10/05 ق م ج "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول"

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

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

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

### المطلب الأول: تعريف الوعد بجائزة

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

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

### المطلب الثاني: شروط الوعد بجائزة

وفقاً للنصوص القانونية السابقة، يجب توفر الشروط الآتية:

- أن توجد إرادة جديدة وباتة للواعد تتجه إلى الالتزام

- أن يوجه الوعد إلى الجمهور

- أن يتضمن الوعد بإعطاء جائزة معينة.

### المطلب الثالث: آثار الوعد بجائزة

تختلف آثار الوعد بجائزة بين أن يكون الوعد محدد المدة أم لم يكن كذلك

أولاً: تحديد الواعد مدة معينة للوعد بجائزة

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

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

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

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

ثانياً: عدم تحديد الواعد مدة معينة للوعد بجائزة

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

لكن الإشكالية القانونية تتعلق بمن بدأ العمل وقبل إتمامه جاء الرجوع عن الوعد، فيكون لصاحب العمل الرجوع على الواعد ليس تبعاً لأحكام الإلتزام بالإرادة المنفردة، بل على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية بتعويضه بمقدار الضرر الذي أصاب صاحب العمل، على ألا يتجاوز التعويض مقدار الجائزة.<sup>1</sup>

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

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

<sup>1</sup>- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 328 وما بعدها.

## الفصل الرابع

### المصدر الرابع للإلتزام الفعل المستحق للتعويض "المسؤولية التقصيرية" (مصدر غير إرادي)

ان الفعل المستحق للتعويض كمصدر من مصادر الإلتزام، وكما يسمى في العرف الفقهي القانوني المسؤولية التقصيرية، والتي تترتب عن تقصير أحد الأشخاص بمخالفته للقانون "عدم إضرار الغير"، فيكون الشخص قد ارتكب خطأً تقصيرياً مدنياً، أو أهمل التزاماته القانونية ونتج عن ذلك إصابة الغير بالضرر فتكون النتيجة المترتبة عن ذلك حق المضرور في التعويض م 124 ق م ج ق 10/05.

لذلك فإن المسؤولية المدنية هي إلتزام المدين بتعويض الضرر الذي ترتب على إخلاله بالإلتزام عقدي أو قانوني يقع عليه، فإن كان الإلتزام عقدياً تكون المسؤولية عقدية، وإن كان الإخلال بالإلتزام قانوني تكون المسؤولية تقصيرية<sup>1</sup>.

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

وقد قسمت المسؤولية التقصيرية إلى ثلاث صور:

-المسؤولية عن الأفعال الشخصية

-المسؤولية عن فعل الغير

-المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء.

<sup>1</sup>-علي فيلالي، الإلتزامات، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 01.

## المبحث الأول

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

المسؤولية عن الأفعال الشخصية هي المسؤولية عن الفعل الذي يصدر عن أحدت الضرر، متضمنا تدخله مباشرة في إحداثه دون وساطة شخص آخر أو تدخل شيء مستقل عنه، بحيث ينشأ الضرر عن فعل ينسب إلى المسؤول شخصياً.

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

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

المطلب الأول: عناصر المسؤولية عن الأفعال الشخصية:

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

الفرع الأول: عنصر الخطأ

يعتبر الخطأ هو ركن المسؤولية التقصيرية الأول وأساسها، مهما كان واجب الإثبات أو مفترض فلا يكفي حدوث الضرر لشخص بفعل آخر حتى يلتزم الأخير بتعويض المضرور بل يجب أن يكون هذا الخطأ هو سبب الضرر، بمعنى أن يكون الفعل خطأ.

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

أولاً: تعريف الخطأ

تباين تعريفات الفقهاء للخطأ تبايناً كبيراً.

-منهم من يعرفه بأنه إخلال بالتزام سابق

-منهم من يعرفه بأنه إخلال بالتزام سابق نشأ عن العقد أو عن القانون أو قواعد الأخلاق

-منهم من يعرفه بأنه إخلال بواجب كان بالإمكان معرفته ومراعاته

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

والإخلال بالتزام القانوني هو انحراف في السلوك المألوف للشخص العادي، ويتمثل هذا الالتزام في وجوب أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب وكان مدركاً لهذا الانحراف، كان هذا منه خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية<sup>1</sup>.

ثانياً: عناصر الخطأ

يحلل الفقهاء ومنهم "كابيتان" الخطأ إلى عنصرين، عنصر التعدي وعنصر الإسناد

### 1-العنصر المادي أو الموضوعي "التعدي أو الانحراف"

ومضمونة أن يسلك الشخص مسلكاً لم يكن ينبغي أن يسلكه الرجل العادي أو ألا يفعل ما كان ينبغي أن يفعله الرجل العادي.

فالتعدي أو الانحراف إذن هو الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير، أي الانحراف في السلوك المألوف للرجل العادي، أو أنه تجاوز للحدود التي يجب على الشخص التزامها في سلوكه، وهذه الواجبات المحمل بها الشخص هي الالتزام بالقيام بالأعمال المحددة أو الامتناع عن أعمال معينة<sup>2</sup>.

### 2-العنصر المعنوي "الإدراك" أو "الإسناد"

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

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

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

<sup>2</sup>-علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 177.

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

وليس المقصود بعنصر التمييز هو أهلية الأداء، لأن الأهلية ميدانها التصرفات القانونية، بينما التمييز المقصود هنا يتمثل في عنصر الإدراك الذي يجب توافره في الخطأ.

### ثالثاً: تطبيقات الخطأ

هو أي قدر من الخطأ الذي يترتب المسؤولية التقصيرية للفاعل، كما أن خطأ الفاعل قد يتحقق بفعل ايجابي أو سلبي، بفعل عمد أو غير عمد على أنه في الحياة العملية هناك تطبيقات خاصة للخطأ ومتنوعة، لعل أهمها:

حوادث النقل، حوادث العمل، المسؤولية المهنية، الخطأ في الألعاب الرياضية، الاعتداء على الشرف، أو السمعة، فسخ الخطبة وغيرها.

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

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

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

### الفرع الثاني: عنصر الضرر

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

### أولاً: أنواع الضرر

ينقسم الضرر إلى نوعين ضرر مادي وآخر معنوي.

## 1-الضرر المادي

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

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

-بينما المساس بحق غير مالي كالمساس بسلامة الجسم "جروحا أو كسورا أو وفاة" فيترتب على هذا المساس خسارة مالية ومن تم ضررا ماديا "كالعجز عن الكسب، أو نفقات العلاج".

-كما يمكن أن يمتد المساس بحق من حقوق الشخصية كالحرية الشخصية، والعمل والرأي، إذا كان المساس يترتب عليه خسارة مالية، كحبس شخص دون حق أو منعه من السفر لعمل فيترتب عن ذلك ضررا ماديا.

-بينما المساس بالمصلحة المشروعة، فقد أثير حولها جدلا فقهيًا غزيرا ومن أمثلة ذلك مدى حق الخلية في التعويض عما أصابها من ضرر بسبب الاعتداء على حياة خليلها، وقد أمتد الجدل إلى ساحات القضاء الذي استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية بحكم صادر بتاريخ 1970/02/27 من حيث أن نص المادة 1382 ق م ف لا تخضع الحق في التعويض إلى شرط وجود رابطة قانونية بين المضرور والضحية، فأصبح لكل من الخلية والخطيبة الحق في الحصول على التعويض.

أما في المجتمعات الإسلامية، أصبح لا يجوز للخليلة أن تطالب بالتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها لأن العلاقة بينهما كانت غير مشروعة<sup>1</sup>.

## 2-الضرر المعنوي

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

فقد أنكر بعض الفقهاء عن الضرر المعنوي التعويض للحجج الآتية:

-فخلافًا للضرر المادي، فإن الضرر المعنوي يصعب فيه التعويض المالي لصعوبة تقدير ما يصيب المشاعر والعواطف من الألام.

<sup>1</sup>-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 145، 146.

- كذلك خلافا للضرر المادي الذي يمكن إصلاح ما أفسده الضرر، فإن الضرر المعنوي لا يمكن تحقيق هذا الإصلاح ولا إصلاح الآثار المترتبة عليه.

- ليس سائغا ولا جائزا ولا مقبولا أن يتقاضى الشخص مالا ثمنا لما أصاب شرفه أو عواطفه من أدى.

- كما أن الفقه الإسلامي في إجماعه ينكر فكرة التعويض المالي عن الضرر الأدبي أو المعنوي، خلافا لقلية فقهية إسلامية تجيز ذلك.

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

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

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

الأول/ أن يكون الإخلال بمصلحة ذات قيمة مالية للمضرور " وهذا الشرط موجود أيضا في الضرر المادي"

الثاني/ أن يكون الإخلال بالمصلحة محققا وليس محتملا " وهذا الشرط ينطبق على الضررين معا المجال المادي والأدبي"

الفرع الثالث: عنصر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

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

## المطلب الثاني: حالات انتفاء المسؤولية

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

### أولاً: القوة القاهرة والحادث الفجائي

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

الشرط الأول/ عدم إمكان توقع الضرر، بالنسبة للمضرور وجميع الناس، مطلقاً وليس نسبياً.

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

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

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

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

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

### ثانيا: خطأ الغير

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

وإذا تزامن خطأ الغير مع خطأ المدعى عليه فإننا نكون أمام مسألة الاستغراق السابقة، وقد يساهمان في الضرر معا، فيتحمل كل منهما "الغير والمدعى عليه"، نسبة من الخطأ والتعويض المستحق، وقد يطالبهما المضرور بالتعويض وفق أحكام تضامن المدنين 126 ق. م. ج.

## المبحث الثاني

### الصورة الثانية/ المسؤولية عن فعل الغير:

الأصل أن الإنسان لا يسأل إلا عن سلوكه وأفعاله الشخصية والتي أضرت بالغير ولكن قد تتوافر علاقة ما بين صاحب السلوك الخاطئ المضر، وبين شخص آخر تبرر مسألة الأخير عن سلوك الشخص الأول، فتقوم المسؤولية حينئذ استثناءا من الأصل وعلى خطأ مفترض ليس واجب إثباته، وتستمد المسؤولية عن فعل الغير أصولها وصياغتها من القانون الفرنسي القديم، حيث كان يسود نظام الطبقات "النبلاء والعبيد" والأبناء وأصحاب الحرف.

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

### المطلب الأول: الحالة الأولى/ مسؤولية المكلف بالرقابة عن الأشخاص الخاضعين للرقابة

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

فإذا أقدم الخاضع للرقابة على سلوك خاطئ أضربه الغير فإن القانون يجعل الرقيب مسؤولاً عن هذا السلوك إعمالاً لمقتضى الرقابة وهي مسؤولية قانونية تقوم على قرينة قانونية مفادها تقصير متولى الرقابة في أداء واجب الرقابة.

### الفرع الأول: النصوص القانونية المنظمة لمسؤولية متولي الرقابة

بعد صدور القانون المدني الجزائري بمقتضى الأمر 58/75 المؤرخ في 26/9/1975، أخذ عن القانونين المدني المصري والفرنسي، نص المشرع الجزائري على مسؤولية المكلف بالرقابة لقاعدتين إحداهما عامة " كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة الرقابة" المنصوص عنها في م 134 ق. م. ج، والثانية خاصة م 135 ق. م. ج " يكون الأب وبعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببهما أولادهما القاصرون.... "، وهو ازدواج تشريعي لتنظيم أحكام مسؤولية الرقيب لا حاجة لنا به.

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

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

### الفرع الثاني: مفهوم الالتزام بالرقابة وشروط مسؤولية الرقيب

لا يسأل الشخص عن فعل غيره إلا إذا التزم هذا الشخص بالرقابة من جهة ومن جهة أخرى يجب أن تتوفر شروطاً قانونية بقيام مسؤوليته.

### أولاً: مفهوم الالتزام بالرقابة:

إن الالتزام بالرقابة قد يفرضه المشرع بمقتضى القانون كالتزام الوالي أو الوصي بالرقابة على الصغير، أو يفرضه اتفاق كالتزام المعلم في المدرسة بالرقابة على التلاميذ.

والرقابة التي يعنها المشرع الجزائري في نص م 134 ق. م. ج هي رقابة الإشراف والتوجيه والتربية، ومن ثم منع الخاضع للرقابة من الإضرار بالغير، وذلك باتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة في

سبيل ذلك وبمجرد وقوع الضرر من هذا الشخص القاصر أو التلاميذ أو الممتهين وغيرهم "يفترض  
المشرع أن المكلف بالرقابة قصر في واجباته والتزاماته بالرقابة، فتقوم ضده قرينة الخطأ في الرقابة  
توجب مسألته.

وبحسب نص المادة 134 ق. م. ج. لا يمكن حصر الأشخاص المكلفين بالالتزام بالرقابة ولا  
الخاضعين لهذه الرقابة، وهذا حتى وان حدد مصدر الإلتزام بالرقابة أنه القانون أو الاتفاق.  
ثانيا: شروط مسؤولية الرقيب:

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

الشرط الأول/ تولى شخص الرقابة على آخر: لا تتحقق المسؤولية عن فعل الغير إلا إذا  
تحقق شرط تولى الرقابة على آخر، ومصدر الإلتزام بالرقابة تبعا لنص المادة 134 ق. م. ج. هو  
القانون كولاية الأب على الابن القاصر، أو الاتفاق كولاية مدير مستشفى الأمراض العقلية على  
مرضاه.

وقد جعل المشرع الجزائري شرط قيام المسؤولية هو وجود التزم بالرقابة وحاجة آخر إلى هذه  
الرقابة والأشخاص الملزمون بالرقابة يكونون الآباء، المعلمين أرباب الحرف مديري المستشفيات كما  
أن الأشخاص الخاضعين للرقابة ويكونون الأبناء القصر أو المرضى عقليا أو جسما، كما أن مصدر  
الإلتزام بالرقابة عموما هو نص القانون أو بناء على اتفاقات.

#### الشرط الثاني/ صدور فعل غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة:

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

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

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

لم يوضح المشرع الجزائري موقفه من ذلك صراحة اكتفاء بالضرر الصادر من الخاضع للرقابة م 134 ق. م. ج وم 135 ق. م. ج كان المشرع الجزائري يقول " ضرر صادر من الابن القاصر" والأخير قد يكون مميزا أو غير مميز، فإذا صدر الضرر من قاصر غير مميز، وكان تحت الرقابة الأبوية مثلا يكون الرقيب مسؤول قانونا عن الضرر تأسيسا على قرينة قانونية هي خطأ الرقيب "عدم قيامه بواجب الرقابة"، أما إن كان الخاضع للرقابة قاصر مميز فإن مسؤولية الفاعل "القاصر المميز" هي أصلية كاملة، حتى وإن قامت إلى جانبها مسؤولية المكلف بالرقابة لكنها مسؤولية إحتياطية، نصت م 125 ف 10/05 على أنه.

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

ويتوافر شرط التمييز إلى جانب فعل التعدي أو الخطأ تقوم مسؤولية الشخص قانونا، نصت م 124 ق 10/05 " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

### الفرع الثالث: أساس مسؤولية المكلف بالرقابة وكيفية دفعها:

إن مسؤولية الرقيب في حقيقتها خلافا لمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه مسؤولية شخصية أصلية قوامها الخطأ الشخصي للرقيب المتمثل في الإخلال بالرقابة، لكن للرقيب قانونا الحق في دفع مسؤوليته المفترضة طبقا للقانون.

### أولا: أساس مسؤولية المكلف بالرقابة

استقر الفقه والتشريع وحتى القضاء على أن أساس مسؤولية الرقيب هو الخطأ المفترض في جانب الرقيب وهو خطأ مزدوج، الإخلال بواجب الرقابة ثم الإخلال بواجب التربية، على افتراض أن إساءة الرقيب في واجب التربية هو الذي مكن الخاضع للرقابة لارتكاب هذه الأضرار، وهذه القرينة يحتج بها المضرور ضد الرقيب فقط، لأنه اتجاه خاضع للرقابة خصوصا إن كان الأخير مميزا يجب على المضرور اثبات خطأ في جانب الخاضع للرقابة.

وسيتبع هذا الافتراض في الخطأ افتراض ثاني هو في عنصر العلاقة السببية بين خطأ الرقيب المفترض وخطأ الخاضع للرقابة مرتكب الفعل الضار.

## ثانياً: كيفية دفع مسؤولية المكلف بالرقابة

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

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

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

### الفرع الرابع: مدى حق الرقيب الرجوع بالتعويض على الخاضع للرقابة

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

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

### المطلب الثاني: الحالة الثانية/ مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه

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

كما أنها تعتبر بالغة الأهمية سابقاً وحالياً للاعتبارات الآتية:

- من جهة أن المتبوع هو المستفيد من نشاط تابعه، وله عليه سلطة التوجيه والرقابة بشأن المهام الموكلة له.

- من جهة ثانية أن سمة العصر الحالي هي كثرة الأضرار بالأفعال الشخصية للإنسان وحتى بفعل غيره "تابعه" حيث يستخدم الإنسان التابعين للقيام ببعض الأعمال وتصريف بعض الشؤون الخاصة له، لكن تحت إدارته وإشرافه وتوجيهه كصانع في مصنع وحدث بعض الأضرار من بعض العمال التابعين لصاحب المصنع.

- من جهة ثالثة أن التابع يمارس نشاطاته وأعماله لمصلحة المتبوع وتحت إشرافه وتوجيهه ورقابته.

فإذا حدثت بعض الأضرار بفعل أحد التابعين فإنه من البديهي أو المنطقي أن يتحمل فاعل الضرر كل ما يترتب عن ذلك من تعويضات مالية للمضرورين.

إلا أن وجود التابع تحت رقابة المتبوع وذلك كله يستوجب تحميل الأخير المسؤولية القانونية عن تلك الأضرار فكيف نظم المشرع الجزائي مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، وماهي شروط هذه المسؤولية وأساسها وكيف يمكن دفعها، وإذا تحمل المتبوع المسؤولية كاملة بالتعويض، فهل يحق للأخير الرجوع بالتعويض على التابع؟

#### الفرع الأول: النصوص القانونية المنظمة للمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه

نصت المادة 136 ق 10/05 ن م ج يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها.

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

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

#### الفرع الثاني: شروط مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه

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

## الشرط الأول: وجود علاقة تبعية بين المتبوع والتابع

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

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

-كما لا يشترط في أن يكون المتبوع حراً في اختيار تابعه فقد يكون مفروضاً عليه الرقابة، وقد تكتفي في العلاقة التبعية أن تكون مجرد علاقة أدبية كعلاقة الأب بالابن والزوج بالزوجة.

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

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

-كما أنه ليس ضرورياً وليس شرطاً لقيام علاقة التبعية أن يكون للمتبوع قدرة على التوجيه والرقابة الفنية بل يكفي ذلك من الناحية الإرادية أو التنظيمية.

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

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

-وقد يكون التابع تابعا لعدد المتبوعين، فيكون هؤلاء جميعاً مسئولين قانوناً عن الفعل الضار للتابع وعلى أساس تضامن المدنيين.

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

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

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

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

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

أما إذا كان الفعل الضار للتابع منقطع عن الوظيفة وليس بسببها ولا بمناسبةها، فتنقض حينئذ مسؤولية المتبوع، كارتكاب التابع لضرر بفعل سيارته الخاصة خارج نطاق الوظيفة أو العمل ويعتبر الخطأ مرتكباً حال تأدية الوظيفة إذا ارتكبه التابع وهو يؤدي العمل، يستوي في الخطأ أن يكون بناء على أوامر المتبوع أو بدونها يعلم المتبوع أو بدون علمه، بدون معارضة المتبوع أو بمعارضته.

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

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

والخطأ بسبب الوظيفة هو الخطأ الذي ما كان التابع يستطيع ارتكابه لولا الوظيفة أو الذي ما كان يفكر في ارتكابه لولا هذه الوظيفة، ولو جاوز فيه التابع حدود وظيفته أو أساء في استعمالها،

حتى ولو صدر فعل التابع يغير علم المتبوع أو رغم معارضته أو لم يرد به خدمة المتبوع، بل قصد به تحقيق غرض شخصي له.

خطأ التابع بمناسبة الوظيفة/ لقد نص المشرع الجزائري عن هذه الصورة من خطأ التابع في نص (المادة 136/ ح ق 10/05، ويقصد منها هو ذلك الخطأ المرتكب من التابع ولكن وظيفته هي التي يسرت له ارتكابه، أو أنها هيأت له الفرصة على ارتكابها، ولا يمنع من تحقق مسؤولية المتبوع أن يكون التابع قد ارتكب الفعل بباعث شخصي لا علاقة له، بالوظيفة مادام التابع هنا استعمل وظيفته وأساء استعمالها، فارتكاب شرطي لقتل بغيار ناري نتيجة خطأه ولو تحقق ذلك في عرس من الأعراس خارج وظيفته، فتقوم مسؤولية المتبوع "وزارة الداخلية" عن خطأ التابع "الشرطي"

### الفرع الثالث: أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه:

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

-ذهب رأي فقهي تقليدي إلى أن أساس مسؤولية المتبوع يتمثل في الخطأ المفترض في جانب الأخير سواء تمثل الخطأ في اختيار التابع أو في مراقبته وهذا بمجرد ارتكاب التابع الفعل الضار، فتقوم قرينة قانونية قاطعة على أن ذلك إلى خطأ المتبوع.

-ذهب رأي آخر أن أساس المسؤولية هو فكرة تحمل التبعة، باستخدامه نشاط التابع والتوسع فيه، ومن ثم ينشئ خطرا يجب تحمل تبعته.

-رأي آخر تمسك بفكرة الضمان كأساس لمسؤولية المتبوع، فهذا الأخير يضمن جميع الأفعال الضارة للتابعين إذا تعلق ذلك لوظيفته.

-البعض يؤسسها على فكرة النيابة، فالتابع نائب عن المتبوع الاصيل في تأدية الأعمال لمصلحة المتبوع على أن أقرب الآراء قبولا حول أساس مسؤولية المتبوع هو فكرة الضمان القانوني باعتبارها مسؤولية عن فعل الغير وبقوة القانون، وهذا انطلاقا من اعتبارات اجتماعية بضمان المتبوع خطأ تابعة الذي تقع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو حتى بمناسبةها، وتسبب الضرر بالغير، وهذا الضمان يفرضه القانون لاعتبارات متعددة منها لحصول المضرور على حقه في التعويض<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>-بلحاج العربي: المرجع السابق ص 314 وما بعدها

-لذلك فقد افترض المشروع الجزائري في نص المادة 136 ق م ج مسؤولية المتبوع بمجرد توافر الشروط السابقة، فيقوم المضرور بإثبات وجود علاقة تبعية بين المتبوع والتابع وأن الضرر الحاصل كان بخطأ التابع أثناء ممارسة الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها.

#### الفرع الرابع: دفع مسؤولية المتبوع ومدى حقه الرجوع بالتعويض على التابع

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

#### أولاً: مدى حق المتبوع دفع مسؤوليته المفترضة

رغم أن المشرع لم ينص في المادة 136 ق م ج على كيفية دفع المتبوع لمسؤوليته المفترضة، انطلاقاً من كونها مسؤولية بقوة القانون، وأياً ما كان مبلغ اختلاف الفقهاء في تحديد أساس المسؤولية، إلا أن هذا الاختلاف يتلاشى كلية في تحديد مداها، ويتفق أغلب الفقهاء والقضاة من أن المتبوع لا يستطيع متى قامت المسؤولية التابعة أن عن ينظر عن نفسه المسؤولية ينفي خطئه المفترض في الاختيار أو التقصير في الرقابة، ولا بإقامة الدليل على أنه يستحيل عليه أن يمنع التابع من إحداث الضرر، فمتى ثبت خطأ التابع قامت مسؤولية المتبوع، إلا إذا أثبت المتبوع أن الفعل الضار قد نشأ عن سبب أجنبي لا شأن للتابع في إحداثه، وتنتفي مسؤولية التابع وفقاً للقواعد العامة في الإثبات.

#### ثانياً: حق رجوع المتبوع على التابع بالتعويض

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

وهذا لتحديد المسؤول عن التعويض هل هو المتبوع أم التابع؟

### المطلب الثالث: الحالة الثالثة/ المسؤولية الناشئة عن الأشياء

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

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

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

وأهم صور التعديل للمسؤولية الناشئة عن الأشياء.

-مسؤولية حارس الشيء غير الحي

-مسؤولية حارس الحيوان

-المسؤولية عن الحريق

-مسؤولية مالك "حارس" البناء

-مسؤولية المنتج عن عيب في منتجاته

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

#### الفرع الأول: المسؤولية عن الأشياء غير الحية

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

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

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

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

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

ولاحقاً إزاء تفاقم الأخطار بفعل الآلات أدى ذلك إلى التشديد في مسؤولية حارس الشيء بل وأصبحت القرينة قاطعة لا تقبل العكس إلا إذا أثبتت السبب الأجنبي للضرر، وأدى أيضاً إلى التوسع في الأشياء غير الحية التي تخضع لها المسؤولية، فشملت المنقولات والعقارات والأشياء الخطرة وغير الخطرة<sup>1</sup>.

وقد تأثر المشرع الجزائري بالاجتهادات الفقهية والقضائية والقانونية الفرنسية، حيث جعل المسؤولية شاملة لكل الأشياء، وقرر مسؤولية الحارس كلما تولى حراسة شيء وكانت له سلطة الاستعمال والتسيير والرقابة، فيعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه هذا الشيء، فهي إذن مسؤولية مفترضة بقوة القانون في نص م 138 ق م ج، ومن تم استقلت هذه المسؤولية عن المسؤولية عن الفعل الشخصي الذي تقوم على خطأ واجب الإثبات.

<sup>1</sup>- جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 312/313.

## ثانياً: أساس مسؤولية حارس الشيء غير الحي

اختلف الفقهاء في تحديد أساس مسؤولية حارس الشيء غير الحي:

- بعض الفقه يؤسسها على فكرة تحمل التبعة، ومن عيوبه أن المسؤول هو حارس الشيء وليس المالك أو المنتفع

- فقه تقليدي آخر يؤسسها على أساس أن هذه المسؤولية تقررها قاعدة قانونية موضوعية، وهي تقوم على فكرة التضامن الاجتماعي أو فكرة الضمان، ونفي المسؤولية لا تكون إلا بإثبات السبب الأجنبي، كما أن هذا التأسيس يمكننا من مسألة غير المميز الحارس طالما أن الضرر ناتج عن فعل شيء وليس فعل شخصي، وغير المميز يكون عادة تحت الرقابة القانونية أو الاتفاقية من الغير. إلا أن الرأي المجمع عليه فقها في الفقه الفرنسي هو إذا أساسها هو الخطأ في الحراسة، وأن الخطأ المفترض هو خطأ في الحراسة لا يقبل إثبات عكسه، ولا يكون أمام حارس الشيء إلا إثبات السبب الأجنبي لدفع مسؤوليته.

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

- من الفقهاء من يؤسسها على تحمل التبعة، آخرون على فكرة الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات عكسه.

- آخرون يؤسسونها على فكرة الضمان، والبعض الآخر يقيمها على أساس قاعدة موضوعية والبعض الآخر يقيمها على فكرة العدالة الاجتماعية، فقه آخر يعتبر أساسها على أنها مسؤولية مفترضة " قرينة المسؤولية" بينما ذهب علي علي سليمان إلى القول أنه من العبث البحث وإيجاد أساس سليم لهذه المسؤولية لأنها مسؤولية من نوع خاص.

رغم هذه الاختلافات فإن الرأي السليم هو الذي ذهب القول أن أساسها هو الخطأ في الحراسة، وهو خطأ مفترض من المشرع افتراضاً قطعياً لا يمكن إثبات عكسه، لأن الحارس يقع عليه التزاماً محددًا يقع على الحارس هو منع إحداث الضرر من هذا الشيء.

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

## ثالثاً: شروط مسؤولية حارس الشيء غير الحي

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

الأول: تولى شخص حراسة شيء

الثاني: أن يحدث الضرر بفعل الشيء "الضرر للغير"

الشرط الأول/ تولى شخص حراسة شيء

-تعني حراسة الشيء م138 هي أن الحارس تكون له السيطرة الفعلية "الحقيقية" على الشيء قصدا واستغلالا، وبمعنى آخر أن يكون للحارس السلطة الفعلية على الشيء في رقابته وتوجيهه والتصرف في أمره.

يستوي في ذلك أن تكون السلطة الفعلية مستندة إلى حق مشروع أو غير مشروع " كالسارق للشيء والذي يعتبر حارسه والمسؤول عن أضراره"

كما يعتبر الأصل أن حارس الشيء هو مالكة، ما لم يثبت المالك انتقال حراسته الشيء لشخص آخر لأي سبب كان وكان الضرر حدث وقت وجود الشيء تحت حراسة هذا الشخص، كما أن بيع شيء لآخر " في عقد البيع" فلا تنتقل الحراسة بينهما "البائع والمشتري" إلا بعد تسلم المشتري الشيء المبيع، وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى آخر كالدائن المرتهن والمدين الراهن في عقد الراهن الحيازي " انتقال حيازة الشيء بين الدائن والمدين".

كذلك الحائز للشيء بنية تملكه مهما كان حسن أو سيء النية، والمتبوع هو الحارس للشيء الذي يقوده التابع لمصلحة المتبوع، طالما أن المتبوع لم ينقل السلطة الفعلية على الشيء إلى التابع، كما قد تنتقل الحراسة من المالك إلى الغير "ميكانيكى، أو معلم السياقة وغيرهم".

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

الشرط الثاني/ أن يحدث الضرر بفعل الشيء

يعتبر الضرر بفعل الشيء إذا تدخل الشيء تدخل إيجابيا وكان هو السبب في إحداث الضرر، مثال ذلك سير السيارة في الطريق وتحدث الضرر بآخر أو أنها متوقفة في مكان غير المكان المعد للوقوف، أما إذا كان تدخل السيارة في الضرر تدخل سلبيا كارتطام المضروب بسيارة واقفة، فلا يكون حينئذ الضرر بفعل الشيء ولا تنطبق عليه

أحكام م 138 ق م ج.

"يعتبر مسؤولاً من الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء"

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

رابعاً: دفع مسؤولية حارس الشيء غير الحي

لا يستطيع حارس الشيء دفع مسؤوليته المفترضة قانوناً بإثباته أنه لم يرتكب خطأً في الحراسة، لأن الخطأ في الحراسة مفترض في جانبه بمجرد إحداث الشيء الذي في حراسته للضرر وهو افتراض قابل لإثبات العكس.

ولكن يجوز للحارس دفع مسؤوليته المفترضة بنفسه للعلاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي حصل بإقامة الدليل على أنه وقوعه كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، أو كما قالت الفقرة 02 من المادة 138 ق م ج "إذا ثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه، مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة"

الفرع الثاني: مسؤولية حارس الحيوان

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

أولاً: شروط مسؤولية حارس الحيوان

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

الأول/ تولي شخص حراسة حيوان

<sup>1</sup>- خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 277 وما يليها.

الثاني/ أن يحدث الضرر بفعل حيوان

الشرط الأول/ تولى شخص حراسة حيوان

يجب تحديد المقصود بمصطلح الحراسة، ثم الحيوان كما يلي:

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

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

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

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

الشرط الثاني/ أن يحدث الضرر بالغير فعل الحيوان

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

## ثانياً: أساس مسؤولية حارس الحيوان

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

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

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

## ثالثاً: دفع مسؤولية حارس الحيوان

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

## الفرع الثالث: مسؤولية مالك البناء " المسؤولية الناشئة عن تقدم البناء "

تنص المادة 140 ق م ج " مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه.

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

يتبين من هذا النص أن مجال المسؤولية هو الأضرار التي يسببها انهدام البناء " لنقص في الصيانة أو قدم البناء أو عيب فيه " ثم أن المسؤول عن الضرر في القانون المدني الجزائري هو مالك البناء " خلافاً لبعض القوانين التي تحصر المسؤول عن الضرر بحارس البناء، وهذا الأخير ليس

بالضرورة مالك البناء م 177 ق م م "كما أن أساس المسؤولية هو خطأ المالك، وقوام الخطأ هو النقص في الصيانة أو عيب في البناء، وهو خطأ مفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس، وهذا بمجرد أن يثبت المضرور أن الضرر جاء من تهوم البناء، كما يتبين أن المشرع الجزائري سلك طريقا وقائيا بحيث يحيل وحصول الضرر وهذا برفع كل مهدد بالضرر دعوى وقائية باتخاذ المالك جميع التدابير الضرورية لدرك الخطر.

#### أولا: شروط مسؤولية مالك البناء وعن تهمد البناء

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

#### الشرط الأول/ ملكية البناء

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

والملكية في مفهوم م 674 ق م ج هي التي تمنح لمالكها حق التمتع "الاستغلال" والتصرف والاستعمال في حدود القانون والأنظمة.

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

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

فإذا تحقق الضرر للمضرور فلهذا الأخير الحق في رفع دعوى التعويض متى تحققت جميع شروط المسؤولية. ولكن لمالك البناء الحق في الرجوع بالتعويض على من كان البناء تحت حراسته ويقصد بالبناء هو الشيء المتماسك الذي يكون من صنع الإنسان ويتصل بالأرض اتصال قرار بحيث يعتبر عقارا بطبيعته، ويصدق لفظ البناء على المنازل الحضائر، القناطر، السدود، الأنفاق، العمدة التذكارية، التماثيل.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## ثالثاً: أساس مسؤولية مالك البناء

تقوم مسؤولية مالك البناء في القانون المدني الجزائري على خطأ مفترض في جانب المالك وهو الإهمال في صيانة البناء أو قدمه أو لوجود عيب فيه، ولا يكلف المضرور بإثباته، كما لا يستطيع

المالك أن ينفي هذا الخطأ المفترض، وذلك بمجرد حدوث الضرر بالمضور ويعني هذا أن مسؤولية المالك تقوم على أساس الضرر والخطأ المفترض في جانبه، ولا يستطيع نفيه بإثبات أن البناء ليس في حاجة إلى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح.

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

#### الفرع الرابع: المسؤولية عن ضرر الحريق

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

يتضح من هذا النص القانوني أن المسؤولية عن ضرر الحريق قوامها الخطأ الواجب الإثبات في جانب الحارس الحائز أو الأشخاص الذي يسأل عنهم، فإذا أثبت الخطأ استحق المضور التعويض من المسؤول عن الحريق وعن الضرر.

كما أن أحكام المسؤولية عن ضرر الحريق تخضع في أحكامها إلى القواعد العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي م 124 ق م ج بوجوب إسناد خطأ إلى المسؤول شخصياً أو إلى من هو مسؤول عنهم.

#### أولاً: شروط المسؤولية عن ضرر الحريق

يتضح من نص المادة السابقة، أن يجب أن يكون العقار أو جزء منه أو المنقول في حيازة الشخص المسؤول كما يجب إثبات أن الخطأ ينسب إلى حائز العقار أو المنقول ثم أن الضرر حدث بفعل هذا الحريق.

#### الشرط الأول/ حيازة العقار أو جزء منه أو حيازة المنقول

يتضح من النص السابق أنه يجب أن يكون الشيء الذي حدث فيه الحريق في حيازة شخص ما والحائز هو من كانت له السيطرة الفعلية على الشيء، سواء استندت إلى حق مشروع أو لا بحسن نية أو بسوء نية، إلا ما تعلق بالمستأجر فإنه يكون مسؤول عن الحريق "حريق العين المؤجرة" إلا إذا اثبت أن الحريق نشأ عن سبب ليس من فعله م 1/496 ق م ج.

فالحائز مسؤول عن ضرر الحريق مهما كانت الحيازة وبأي وجه كانت، كما أن الحائز بهذا المعنى هو حارس الشيء بمفهوم المادة السابقة، كما أن الأصل أن المالك هو الحائز الحارس المسؤول عن الحريق، إلا إذا أثبت أن الشيء انتقلت حيازته منه إلى غيره بأي وجه كانت، وقت حدوث الحريق "كالسارق" مثلاً.

الشرط الثاني أن يثبت الخطأ في جانب الحارس أو في جانب من هو مسؤول عنهم/ يتضح هذا الشرط وأهميته في نص المادة السابقة، والمتمثل في أنه يجب على المضرور إثبات حدوث الضرر بفعل من المسؤول الحائز الحارس للشيء، أو ممن هو مسؤول عنهم كالأبناء والتابعين فهذا الخطأ الواجب الإثبات "الحريق" هو سبب ضرر المضرور.

ولكن المشكلة القانونية، إذا بقى سبب الحريق مجهولاً فلا مسؤولية على حارس الشيء إلا إذا شارك إهماله وعدم تبصره فاشتعال النار، وذلك الإهمال في جانبه فيكون هو حارس الشيء والمسؤول عن ضرر الحريق بالغير.

### الشرط الثالث أن يكون الحريق هو سبب وقوع الضرر

المقصود بالحريق في مفهوم المادة 1/140 هو اشتعال النار في عقار الحائز أو في منقوله، وتسرب الحريق وأصاب الغير "أملاك الغير" فيجب على المضرور إثبات خطأ الحائز أو من هو مسؤول عنهم.

وتنطبق نص المادة 1/140 ق م ج إذا كان بضرر سببه الحريق مهما كان الشيء محدد أو غير محدد، لكنه "الشيء" ترجع حراسته للمدعى عليه بالمسؤولية، وغالباً يكون الشيء مالا لهذا الأخير.

ولحارس الشيء في نطاق المسؤولية عن ضرر الحريق أن ينفي عن نفسه أو عن من هم تحت مسؤوليته "الخطأ" حتى تنتفي مسؤوليته تبعاً لذلك، وإذا لم يستطع ذلك كان له أن يقيم الدليل على أن الحريق سببه أجني أدى إلى إيقاع الحريق والإضرار بأملاك الآخرين.

### ثانياً: أساس المسؤولية عن ضرر الحريق

قبل توضيح وبيان هذا الأساس، أشير إلى أن الضرر الناتج عن الحريق قد تتعدد أسبابه، وتختلف مرتبة الحريق من الضرر مما يؤدي إلا إشكالات قانونية، هل يتمسك المضرور بأحكام المادة 1/110 المتعلقة بالحريق أما المادة 1/138 المتعلقة بالمسؤولية عن الشيء غير الحي.

وتترتب على هذا التزاحم واختلاف أسباب الحريق:

-حدوث انفجار في مسكن يتسبب في حريق فيه، فيوقع الحريق أضراراً بمساكن مجاورة

-حدوث تماس كهربائي تسبب في اندلاع حريق في منزل فينتقل إلى مساكن قريبة

-شرارة متطايرة من قاطرة أحرقت مزروعات يابسة في ملكية متاخمة، ويمتد الحريق إلى الملكيات المجاورة.

إن الإجماع الفقهي والفضائي يرى أنه إذا كان الانفجار والتماس الكهربائي أو الشرارة المتطايرة من القاطرة هو السبب المباشر للحريق الذي اندلع في مال الغير، فعلى المضرور التمسك بالمادة 1/138 ق م ج ونستبعد المادة 1/140 ق م ج من التطبيق، وتكون مسؤولية حارس الشيء غير الحي السابقة.

أما إذا كان الانفجار أو الشرارة أو الالتماس الكهربائي سبب حريقاً في أشياء المدعى عليه وتسرب الحريق إلى الأملاك المجاورة، فتتطبق أحكام المادة 1/140 ق م ج المتعلقة بالمسؤولية عن الحريق، ويجب على المضرور إثبات خطأ المدعى عليه، حتى ولو كان سبب الحريق وقع في شيء موضوع تحت حراسة المدعى عليه.

وعليه فإن أساس مسؤولية حارس "حائز الشيء" العقار أو المنقول عن الحريق هو تطبيقاً للقاعدة العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي م 124 ق م ج هو الخطأ الواجب الإثبات من المضرور في جانب الحارس أو في جانب الأشخاص الذين يسأل عنهم

الحائز كالأبناء والتابعين" فيثبت المضرور أن المدعى عليه أخطأ "انحرف" في سلوكه عن سلوك الرجل العادي. فأدى هذا الانحراف إلى وقوع الضرر.

وما على الحارس لدفع مسؤوليته القانونية إلا إثبات عدم ارتكابه للخطأ "للانحراف" أو أن يثبت أن الضرر "الحريق" سببه أجنبي غير متوقع ولا يمكن دفعه.

## الفصل الخامس

### المصدر الخامس للإلتزام/ شبه العقود (مصدر غير إرادي)

بغض النظر عن الانتقادات الموجهة لهذا التقسيم، إلا أنه ووفقا لما جاء في القانون المدني في الفصل الرابع من الباب الأول من الكتاب الثاني، فيندرج تحت عنوان شبه العقود كل من الإثراء بلا سبب، الدفع الغير مستحق والفضالة.

### المبحث الأول

#### الإثراء بلا سبب

يقصد بفكرة الإثراء بلا سبب على حساب الغير، أن كل شخص يثري على حساب غيره دون سبب قانوني، يلتزم بأن يرد لهذا الغير قدر ما أثرى به وفي حدود ما افتقر به الغير، بمعنى أقل قيمتي الإثراء والافتقار.

وتنص المادة 141 ق م على: " كل من نال عن حسن نية عن عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها. يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء"

#### المطلب الأول: أركان الإثراء بلا سبب

-إثراء المدين (المدعى عليه) حسن النية.

-افتقار الدائنين (المدعى).

-انعدام السبب القانوني.

-بقاء الإثراء قائما وقت رفع الدعوى.

#### الفرع الأول: إثراء المدين (المدعى عليه)

يجب أن يتحقق إثراء المدين إذ أن هذا الإثراء هو مصدر التزامه فإذا أوفى شخص يدين على آخر وتبين فيما بعد عدم وجود هذا الدين أو سبق الوفاء فلا يرجع الموفى إلا على من دفع له.

## الفرع الثاني: افتقار الدائن

يجب أن يتحقق افتقار دائم حتى يمكن الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب، فإذا تحقق الإثراء دون افتقار فلا يلزم المثري يرد أي شيء، فإذا أقامت شركة مصنعا في جهة ما نتج عن ذلك ارتفاع قيمة الأراضي المجاورة، فلا رجوع للشركة على أصحاب الأراضي المجاورة بقيمة ما اثروا به.

## الفرع الثالث: انعدام السبب القانوني

قد يكون الإثراء مصدره نص قانوني فلا يرد المثري شيئا، لأن للإثراء سببا وهو نص القانون ومثاله التقادم فلا يستطيع المفتقر الرجوع على الثري، لأنه اكتسب الملكية بالتقادم وهو سبب قانوني لكسب الحق العين.

## الفرع الرابع: بقاء الإثراء قائما وقت رفع الدعوى

يقصد بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء، إن الدائن لا يجوز له استخدام هذه الدعوى مع وجود دعوى أخرى يمكنه الالتجاء إليها، ففي البيع مثلا إذا رفع البائع دعوى دفع الثمن، فالهدف منها منع المشتري من الإثراء على حسابه والواقع بأن القول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية، قول غير دقيق، لأنه كما رأينا، أن انعدام السبب القانوني للإثراء شرط للرجوع بهذه الدعوى، فإذا وجد سبب قانوني للإثراء كالعقد، فالمدعى لا يستطيع الرجوع إلا بالدعوى التي تترتب على العقد، ولا يقال أنه قد امتنع على المدعى الرجوع بدعوى الإثراء لأنها دعوى احتياطية، ودعوى الإثراء بلا سبب في كل من القانون المصري والجزائري، دعوى أصلية مستقلة وهي في مرتبة دعوى العقد ودعوى المسؤولية التقصيرية.

## المطلب الثاني: أحكام الإثراء بلا سبب

يتكلم هذا المطلب عن كل من دعوى الإثراء والتعويض.

## الفرع الأول: دعوى الإثراء

طرف دعوى الإثراء هما المفتقر والمثري، ولا يشترط في المدعى أي المفتقر ولا في المدعى عليه أي المثري-أهلية ما-فناقص الأهلية أو عديم التمييز يجوز أن يكون مدعيا أو مدعى عليه في دعوى الإثراء وفقا لما جاء في القانون المصري، وهذا الحكم يسري أيضا في القانون المدني الجزائري ولو أنه لم ينص على ذلك ولكن القواعد العامة تقتضيه إذ أن قواعد الأهلية تكون في الالتزامات الإرادية ولما كان مصدر الالتزام المثري هو الواقع القانونية وليس التصرف القانوني فلا محل لتطلب أهلية ما.

يستطيع المدعي أن يدفع دعوى الإثراء بإثبات عدم توافر ركن من أركانها الإثراء، الافتقار، انعدام السبب، الإثراء حتى وقع رفع الدعوى، كما يستطيع أن يثبت التزمه قد انقضى بالوفاء أو بسبب آخر كالصلح أو المقاصة أو التقادم.

وتتقادم دعوى التعويض عند الإثراء بلا سبب بانقضاء 10 سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء 15 سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق وبذلك تتقادم دعوى الإثراء في القانون المدني بأقصر الأجلين 10 سنوات من يوم العلم و15 سنة من وقت واقعه الإثراء أي من يوم نشوء الإلتزام.

أما عبئ الإثبات فيقع على المفتقر وهو الدائن، فيثبت قيام الإلتزام في ذمة المدين وهو المثري.

### الفرع الثاني: التعويض

وفقا لما جاء في المادة 141 ق م، فإن التعويض بأقل قيمتي الإثراء والافتقار إذن المثري لا يجوز أن يحاسب، إلا على ما كسبه فعلا بشرط أن لا يزيد مقدار التعويض عما افتقر به الدائن ويقدر الإثراء بالحالة التي كان عليها وقت رفعه رفع الدعوى ونفس الشيء بالنسبة لتقدير الافتقار.

## المبحث الثاني

### الدفع الغير مستحق

الإلتزام برد الغير مستحق، هو قيام شخص بالوفاء بدين غير مستحق فيترتب على هذا الوفاء نشوء التزم في ذمه المدفوع له، أن يرد إلى الموفي، ما أخذه دون حق، إذ أن في احتفاظه به، إثراء بلا سبب على حساب غيره، وقد نظمت الإرادة التشريعية، أحكام الدفع الغير مستحق في المواد من (143-149) ق م.

### المطلب الأول: شروط الدفع الغير مستحق

يتبين من النصوص القانونية التالية 143، 144، 145، 146 ق م إن للدفع الغير مستحق، الشروط التالية:

-الوفاء بدين غير مستحق.

-اعتقاد الموفي انه ملزم بالدين.

-عدم تجرد الموفى له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته أو عدم تركه دعوه تسقط بالتقادم.

### الفرع الأول: الوفاء بدين غير المستحق

يكون الدين غير مستحق في حالات ثلاث وهي:

أ-إذا كان الدين منعدا في الأصل ومثاله أن يكون الوارث معتقدا أنه دين على تركه ثم يتضح بعدم وجوده أصلا، والدين يكون أيضا منعدا إذا كان مصدره عقدا باطلا أو كان ديننا طبيعى.

ب-إذا انقضى قبل الوفاء بأي سبب من أسباب الانقضاء.

ج-إذا كان الدين مؤجلا الاستحقاق ولكنه لم يستحق بعد.

### الفرع الثاني: اعتقاد الموفى بالتزامه بالدين

أن يتم الوفاء من جانب الموفى عن غلط، إذ أن المفروض أن الشخص لا يقوم بوفاء الدين، إلا إذا كان يعتقد بأنه مستحقه وواجب الأداء، إلا أن قرينه الغلط بسيطة، يستطيع الموفى له نقضها بإثبات أن الموفى كان يعلم وقت الوفاة بأنه غير ملتزم بالدين، فإذا اثبت الموفى له ذلك قامت قرينه لصالحه، مقتضاه أن للوفاء سببا وهو رغبة الموفى في التبرع بما دفع المدفوع له، فلا يسترد ما أداه باختياره (م 162 ق م).

إلا أن هذه القرينة التي تقوم لصالح المدفوع له، هي قرينه بسيطة أيضا فيستطيع الدافع (الموفى) نقدها واسترداد ما دفعه بأحد الأمرين:

1-انه كان ناقص أهلية وقت الدفع.

2-أنه كان مكرها على الوفاء ومثاله أن يوفى شخص بدين عليه ثم يطالب به مرة أخرى ولعدم إيجاده وصل المخالصة، فيدفع مرة ثانية وهو يعلم أنه يدفع ديننا غير مستحق، فإذا وجد المخالصة فله استيراد وما دفع بدون حق.

الفرع الثالث: عدم تجرد الموفى له حسن النية من سند الدين أو تأمينات أو عدم تركه دعواه تسقط بالتقادم

حماية للدائن المشتري حسن النية فقد جاء في المادة 149 ق م لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين أو

مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه تسقط بالتقادم قبل المدين الحقيقي ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء.

### المطلب الثاني: أحكام الدفع الغير مستحق

تنص م 147 ق م "إذا كان من تسلم شيء غير مستحق حسن النية فلا يلزم أن يرد إلى ما تسلم، أما إذا كان سيئ النية فإنه يلتزم أيضا برد الأرباح التي جناها والتي قصر في جنينها من الشيء الذي تسلمه بدون حق وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية، وعلى أي حال يلزم من تسلم غير مستحق، برد الثمرات من يوم رفع الدعوى".

وتبين من خلالها هذا النص، انه يجب التمييز ما إذا كان المدفوع له (الموفى له) حسن النية أو كان سيئ النية، وهذا التمييز أساسي في تحديد مقدار ما يرجع به الدافع على المدفوع له.

الموفى له حسن النية ويقصد بحسن النية اعتقاد الموفى له استحقاقه لما تسلمه وحسن النية دائما مفترض، فإذا ادعى الموفى (الدافع) خلاف ذلك فعليه إثبات ادعائه، ويستطيع ذلك بكل وسائل الإثبات وتقدير حسن أو سوء نية الموفى له يستقل بها قاضي الموضوع لأنها من وسائل الواقع.

الموفى له سيئ النية إذا كان الموفى له سيئ النية فعلى الموفى إثبات ذلك، فإنه يتعين عليه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل دفع الغير مستحق سواء كان المدفوع نقودا أو أشياء مثلية أو كانت عينا معينه بالذات أما بالنسبة لسقوط هذه الدعوى فقد جاء في نص م 149 ق م "تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء 10 سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير مستحق بحقه في الاسترداد وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء 15 سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق".

## المبحث الثالث

### الفضالة

الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص ما دون أن يكون ملزما بذلك، فطرفا الفضالة هما الفضولي وهو الذي يتولى أمر غيره، ورب العمل وهو المستفيد الذي يتولى الفضولي الشأن لحسابه والفضالة تعد حسب الرأي السائد في الفقه، تطبيقا خاصا من تطبيقات الإثراء بلا سبب، لأن في التزام رب العمل بتعويض الفضولي ما يمنع من إثراء على حساب الغير.

## المطلب الأول: أركان الفضالة

يتضح من خلال نص م 150، م 151، م 152، إن الفضالة تتحقق بـ 3 أركان وهي:

- ركن مادي: وهو قيام الفضولي بشأن عاجل لحساب شخص ما.
- ركن معنوي: وهو نية الفضول في أن يعمل لمصلحة شخص ما هو رب العمل.
- ركن قانوني: وهو أن لا يكون الفضولي قد قام بالعمل تنفيذا لالتزام عليه.

### الفرع الأول: قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل

يجب أن يكون العمل الذي قام به الفضولي عملا لازما لرب العمل، بمعنى أن رب العمل ما كان ليتوانى عن القيام به فلن يستطيع من قام بهذا العمل الرجوع بدعوى الفضالة، إلا إذا اقره وقبله رب العمل وعندئذ تطبق أحكام الوكالة.

مثال: إطفاء حريق شب في المنزل صاحب العمل أو جني محصول يخشى عليه من التلف (عمل مادي) أو عمل ضروري كدفع ضريبة مستحقة على رب العمل توكيا للحجز الإداري على أمواله. والخلاصة أن ما يقوم به رب العمل قد يكون ماديًا وقد يكون عملاً قانونيًا ولكن في جميع الأحوال يجب أن يكون عملاً وعاجلاً، فلا يكفي أن يكون عملاً نافعا.

### الفرع الثاني: نية الفضولي في العمل لمصلحه رب العمل (الركن المعنوي)

يجب أن يكون قيام الفضولي بالعمل العاجل لحساب رب العمل، بقصد أداء خدمه له، وهذا القصد أو النية هو الذي يميز بين الفضالة والإثراء بلا سبب، فالفضولي هو من يعمل لمصلحه الغير لا لمصلحة نفسه إلا انه لا يشترط أن تتصرف نية الفضولي إلى أهل مصلحة رب العمل وحده، بالتحقق الفضالة كما تقول المادة 151 ق م ج ولو كان الفضولي أثناء توليه شأنًا لنفسه، قد تولى شأن شخص آخر لما بين الأمرين من ارتباط ولا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الثاني.

### الفرع الثالث: الفضولي يقوم بعمل ليس ملزما به ولا موكلا فيه ولا منهيًا عنه

إذا عكس هذه الحالة سيكون مدينا يفي بالتزامه نحو دائنة، كالمقاول الذي يقيم بناء لرب العمل، فهو ملزم بموجب عقد والغالب أن رب العمل يجهل تدخل الفضولي، إلا انه من الممكن أن يعلم رب العمل تدخل الفضولي ويقف منه موقفا سلبيا لا يقبله ولا ينهى وفي هذه الحالة تتحقق الفضالة.

أما إذا وافق رب العمل عما قام به الفضولي، فإنه يصبح وكيلًا في هذه الحالة تطبق أحكام الوكالة وهذا ما تنص عليهما م 152 ق م ج.

### المطلب الثاني: أحكام الفضالة

سنتكلم في هذا المطلب عن كل من التزامات الفضولي والتزامات رب العمل والأعمال المشتركة بينهما.

#### الفرع الأول: التزامات الفضولي [م 153، 154، ق، م، ج]

1. أن يمضي في العمل الذي بدأه إلا أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه.
2. ابلغ رب العمل بتدخله متى أمكن ذلك.
3. بدل عناية الرجل العادي في القيام بالعمل.
4. أن يقدم حسابًا لرب العمل وان يرد عليه ما استولى عليه بسبب الفضالة.

#### الفرع الثاني: التزامات رب العمل [م 157 ق م ج]

1. تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي نيابة عنه.
2. تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها باسمه الشخصي.
3. رد النفقات اللازمة والنافعة ودفع أجر الفضولي متى كان العمل داخلًا في أعمال مهنته.
4. تعويض الفضولي عن الأذى الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل.

## الخاتمة:

باعتبار أن القانون في مضمونه ينظم علاقة قانونية بين الأشخاص في إطار الحقوق والالتزامات، وطالما أن حكم الالتزام مهما كان مصدره هو تنفيذه من الملتزم "المدين" سواء كان التنفيذ اختياراً أو جبرياً بمجرد تحقق مصدره وحلول أجله.

إن تنفيذ الالتزام في حقيقته هو إعطاء الحق لصاحبه وإن كان الحق في مجمله يتأسس على مصدرين رئيسيين الواقعة القانونية والتصرف القانوني، فإن الالتزام يتأسس بدوره من حيث مصدر وجوده على مصدرين رئيسيين، الأول المصادر الإرادية والثاني المصادر غير الإرادية. وتتضمن مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري كل من: القانون، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، وشبه العقود.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

1. أمر رقم 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 78، السنة الثانية عشرة، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.
2. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02\_05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ج ر 15.

ثانياً: الكتب

3. أحمد بورزق، خديجة بورزق، مبدأ سلطان الارادة في العقود، دراسة مقارنة، مجلة أبحاث، volume 4، 2Umére.
4. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2007.
5. بلحاج العربي: النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر 1999.
6. جمال الدين زكي، نظرية الإلتزام في قانون المدني المصري.
7. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول مصادر الإلتزام، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والمقارن، دار وائل للنشر، ط1، 2002، عمان الأردن.
8. خليل أحمد حسن قداد: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003.
9. سلطان أنور، الموجز في مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، د ط، 1998.
10. عبد الحميد البعلي، الرقابة الشرعية الفعالة في المؤسسات المالية الإسلامية - أصولها - متطلباتها - آثارها، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية.
11. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام (العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون)، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية مصر، 2004.
12. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015.
13. علي فيلال، الإلتزامات، "النظرية العامة للعقد"، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
14. علي فيلال، الإلتزامات، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
15. عمر السيد/ أحمد عبد الله، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

- 
16. فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول مصادر الإلتزام، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001.
  17. مصطفى عبد الجواد، مصادر الإلتزام، المصادر الإرادية للإلتزام (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
  18. محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإلتزامات، القسم الأول مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الكتاب الأول المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003.
  19. الملتقى الوطني "مبدأ سلطان الارادة في عقود الاعمال بين الحرية والتقييد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، 06،07 نوفمبر 2017.
  20. يوسف محمد عبيدات، مصادر الإلتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، ط2 2011.

مقدمة: ..... - 2 -

### مبحث تمهيدي: مدخل لنظرية الإلتزام

المطلب الأول: موضوع نظرية الإلتزام..... - 4 -

المطلب الثاني: التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني..... - 5 -

المطلب الثالث: مفهوم الإلتزام..... - 7 -

المطلب الرابع: تقسيمات الإلتزام..... - 9 -

المطلب الخامس: مصادر الإلتزام..... - 11 -

## الفصل الأول

### المصدر الأول للإلتزام / القانون (مصدر غير إرادي)

المبحث الأول: القانون كمصدر غير مباشر للإلتزام. .... - 13 -

المبحث الثاني: القانون كمصدر مباشر للإلتزام. .... - 14 -

## الفصل الثاني

### المصدر الثاني للإلتزام في القانون المدني الجزائري / العقد (مصدر إرادي)

المبحث الأول: مفهوم العقد..... - 16 -

المطلب الأول: تعريف العقد..... - 16 -

المطلب الثاني: شروط قيام العقد..... - 17 -

المطلب الثالث: تقسيمات العقود..... - 17 -

المبحث الثاني: أركان العقد..... - 25 -

المطلب الأول: ركن الرضاء "التراضي"..... - 25 -

- 49 - .....المطلب الثاني: ركن المحل
- 55 - .....المطلب الثالث: ركن السبب
- 58 - .....المبحث الثالث: جزاء تخلف ركن من أركان العقد "البطلان":
- 58 - .....المطلب الأول: تعريف البطلان وتمييزه عن غيره:
- 60 - .....المطلب الثاني: أنواع البطلان ومن له الحق في التمسك بالبطلان:
- 61 - .....المطلب الثالث: آثار البطلان
- 63 - .....المبحث الرابع: آثار العقد
- 63 - .....المطلب الأول: نسبية أثر العقد "العقد شريعة المتعاقدين"
- 72 - .....المبحث الخامس: إنحلال العقد (الفسخ)
- 72 - .....المطلب الأول: شروط فسخ العقد
- 73 - .....المطلب الثاني: أنواع فسخ العقد
- 74 - .....المطلب الثالث: استعمال فسخ العقد وآثاره

### الفصل الثالث

#### المصدر الثالث للإلتزام بالإلتزام بالإرادة المنفردة (من المصادر الإرادية للإلتزام)

- 77 - .....المبحث الأول: مدى اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الإلتزام
- 78 - .....المطلب الأول: الرأي الأول/ المنكرين للإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الإلتزام:
- 78 - .....المطلب الثاني: الرأي الثاني/ المؤيدين للإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الإلتزام:
- 79 - .....المبحث الثاني: الوعد بجائزة صورة من الإلتزام بالإرادة المنفردة
- 79 - .....المطلب الأول: تعريف الوعد بجائزة
- 79 - .....المطلب الثاني: شروط الوعد بجائزة

المطلب الثالث: آثار الوعد بجائزة..... - 80 -

## الفصل الرابع

المصدر الرابع للإلتزام الفعل المستحق للتعويض "المسؤولية التقصيرية" (مصدر غير إرادي)

المبحث الأول: الصورة الأولى/ المسؤولية عن الأفعال الشخصية من م 124 إلى 133 ق م ج: ... - 82 -

المطلب الأول: عناصر المسؤولية عن الأفعال الشخصية:..... - 82 -

المطلب الثاني: حالات انتفاء المسؤولية..... - 87 -

المبحث الثاني: الصورة الثانية/ المسؤولية عن فعل الغير: ..... - 88 -

المطلب الأول: الحالة الأولى/ مسؤولية المكلف بالرقابة عن الأشخاص الخاضعين للرقابة.. - 88 -

المطلب الثاني: الحالة الثانية/ مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه..... - 92 -

المطلب الثالث: الصورة الثالثة/ المسؤولية الناشئة عن الأشياء..... - 98 -

## الفصل الخامس

المصدر الخامس للإلتزام/ شبه العقود (مصدر غير إرادي)

المبحث الأول: الإثراء بلا سبب ..... - 110 -

المطلب الأول: أركان الإثراء بلا سبب..... - 110 -

المطلب الثاني: أحكام الإثراء بلا سبب..... - 111 -

المبحث الثاني: الدفع الغير مستحق ..... - 112 -

المطلب الأول: شروط الدفع الغير مستحق..... - 112 -

المطلب الثاني: أحكام الدفع الغير مستحق..... - 114 -

المبحث الثالث: الفضالة ..... - 114 -

المطلب الأول: أركان الفضالة..... - 115 -

---

---

- 116 -	المطلب الثاني: أحكام الفضالة.....
- 117 -	الخاتمة: .....
- 118 -	قائمة المصادر والمراجع: .....
- 120 -	الفهرس .....