

سلسلة محاضرات لطلبة كلية الحقوق والعلوم السياسية

السنة الثانية  
ليسانس

# محاضرات في مقياس الالتزامات

موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس

من إعداد الأستاذة :

راشدي حدهوم دليلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

2023/2022





## مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وما توفيقني إلا بالله.

تعتبر هذه المحاضرات المتعلقة بالنظرية العامة للالتزامات، ثمرة للعديد من السنوات في تدريس مقياس محاضرة القانون المدني - الالتزامات لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة وهران 2، وذلك في إطار المقرر الرسمي المعتمد في التكوين الجامعي لطلبة الحقوق. وقد انتهجت في إعدادها أن تكون جامعة ملمة بكل المواضيع، مختصرة مفيدة بالحرص على معالجة المبادئ الأساسية، وعدم الخوض كثيرا في المسائل التفصيلية التي تثير جدلا فقهيًا، حرصا على السلاسة في استيعاب الطلبة للأحكام العامة في نظرية الالتزامات، خصوصا بالنظر إلى محدودية معارفهم الأولية في مجال القانون، كما حرصنا على البساطة في تقديم المفاهيم النظرية المعقدة من خلال الاعتماد على الأمثلة الواقعية.

وقد رأينا أنه من الضروري التركيز على ازدواجية الدراسة الفقهية والقانونية، خصوصا أن مبادئ نظرية الالتزامات هي مبادئ فقهية أرسيت دعائمها منذ قرون، وأبرزنا الاتجاه التشريعي بالحرص على استخدام المنهج الوضعي، من خلال إظهار الوضع القانوني لمبادئ النظرية العامة للالتزامات في القانون الجزائري وما طرأ عليها من تعديلات جزئية، ومدى تأثر المشرع الجزائري بالشرائع المختلفة اللاتينية أو الجرمانية... وخصوصا بالشرعية الإسلامية، حيث أن نظرية الالتزامات تعتبر الشريعة العامة للمعاملات المالية في سائر فروع القانون، فتطبق مبادئها في المعاملات المدنية والتجارية والبحرية إلا ما ورد فيه نص خاص... كما تمت الاستعانة بالمنهج المقارن خصوصا بالنسبة للقانونين المصري والفرنسي، وأبرزنا دور القضاء الجزائري خاصة، في تطبيق هذه المبادئ بالرجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا في الكثير من المواطن.

إن نظرية الالتزامات تشكل الحجر الأساس لدراسة القانون الخاص، بل حتى القانون العام وهي امتداد لما تطرق إليه الطلبة خلال السنة الأولى من تكوينهم في اليسانس، خصوصا في إطار مقياس المدخل للعلوم القانونية، ويجب لفت الانتباه إلى خصوصية القانون المدني في الجزائر وباقي الدول العربية، حيث تنحصر العلاقات القانونية في دائرة القانون المدني في الأحوال العينية أو المعاملات المالية، ولا تشمل الأحوال الشخصية، وهو ما يظهر من خلال القانون المدني الجزائري

الصادر في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم،<sup>1</sup> وقد تكفل قانون الأسرة ببيان أحكام الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وميراث باعتباره مستمدا من الشريعة الإسلامية، على خلاف بعض الدول كالقانون المدني الفرنسي.

إن نظرية الالتزامات تعنى بدراسة الكثير من المبادئ القانونية التي تجد تطبيقا لها في فروع القانون الخاص، وحتى القانون العام الذي يستلهم الكثير من مبادئه من نظرية الالتزامات، كالقانون الإداري والقانون الدولي العام، باعتبار أن أحكامها تتفاعل، ومرنة قابلة لمسايرة الأوضاع داخل المجتمعات، سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو فلسفية، فهي تعتمد على المنطق القانوني، حيث موضوعاتها مجالا خصبا للجدل والاجتهاد الفقهي، وأن الطابع النظري لهذه النظرية أكسبها ثباتا منقطع النظير، فهي تكاد تتشابه في أغلب الشرائع القانونية.

ونشير إلى أن الطابع النظري المحرّد لهذه لنظرية الالتزامات لا يعني عدم قابليتها للتطور ولو بصفة نسبية، وهو ما سنتبينه من خلال المحاضرات التالية، باستعراض التعديلات التي طرأت عليها خصوصا في القانون الجزائري، والفرنسي.

تتضمن سلسلة المحاضرات هذه محورين أساسيين، يتعلق المحور الأول وهو ذو النصيب الغالب من الدراسة من البرنامج بمصادر الالتزام، أما المحور الثاني وهو ذو النصيب الأقل فخصصناه لأحكام الالتزام، يتضمن كل منهما أجزاء وأقسام، بما يتيح التطرق إلى محتوى المادة وأحكامها الجزئية.

ونأمل في الأخير أن تكون هذه المحاضرات مرجعا مساعدا ومثمرا للطلبة في استيعاب الأحكام العامة لنظرية الالتزامات، ومساعدتهم على التحصيل العلمي.

وفي الختام نسأل الله التوفيق والسداد

الأستاذة راشدي حدهوم دليّة

<sup>1</sup> الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 الجريدة الرسمية العدد 78، لسنة 1975، معدل ومتمم بعدة قوانين، أهمها القانون 10/05 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، جريدة رسمية عدد 44 مؤرخة في 26 يونيو 2005، والقانون 05/07 مؤرخ في 13 ماي 2007، جريدة رسمية العدد 31 مؤرخة في 13 ماي 2007، وهي التعديلات التي تتعلق بمواضيع هذه المطبوعة.

## الفصل التمهيدي: أحكام عامة عن النظرية العامة للالتزام

يتعلق تعريف الالتزام على المذهب المعتمد به، وفي هذا الشأن يوجد مذهبان رئيسيان في إطار النظرية العامة للالتزام، يتعلق الأول بالمذهب الشخصي ويركز على أطراف الالتزام ويراه رابطة بين شخصين، والمذهب المادي يركز على موضوع الالتزام ويراه رابطة بين شخصين، وهذين الاتجاهين يؤثران على أحكام الالتزام.

### المبحث الأول: مفهوم الالتزام

#### أولاً: تعريف الالتزام

تنازع تعريف الالتزام مذهبين، المذهب الشخصي الذي يمثله القانون الفرنسي الموروث من القانون الروماني بزعامة الفقيهين بلانيول وسافيني، ويركز على الرابطة التي تجمع المدين بالدائن، فهو علاقة بين شخصين لا يمكن أن توجد هذه العلاقة إلا بوجود شخصين، أما بالنسبة للمذهب المادي فقال به الفقهاء الألمان من بينهم الفقيه جيرك، وهو يركز على موضوع الالتزام، ويعرف الالتزام بأنه علاقة بين ذمتين ماليتين، فلا يشترط وجود الدائن وقت نشوء الالتزام، وإنما وقت التنفيذ.<sup>1</sup>

ومن أبرز التعريفات التي جاءت في الفقه القانوني العربي، تعريف السنهوري بأن "الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يكون على الشخص أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل".<sup>2</sup> ونشير إلى أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهبين معا، حيث كأصل عام تبني المذهب الشخصي تأثرا بالشرعية اللاتينية، ويظهر ذلك في تعريفه للعقد في المادة 54،<sup>3</sup> إنما تأثر بنتائج

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص. 19، 20.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الجزء الأول، ص. 112. كما يعرف الأستاذ محمد صبري السعدي الالتزام بأنه " واجب قانوني خاص يتحملة شخص يسمى المدين ويتضمن قيامه بأدائه بعمل أو امتناعه عن عمل ذي قيمة مالية لصالح شخص آخر يسمى الدائن تكون له سلطة إجباره على ذلك"، يرجع إلى أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص. 6، 7، و محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص. 14.

<sup>3</sup> يعرف العقد في المادة 54 كما يلي "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

المذهب المادي في تطبيقات عدة أهمها حوالة الحق وحوالة الدين ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير والوعد بجائزة... إلخ.

والملاحظ أنه لا يمكن الأخذ بأحد المذهبين على إطلاقه بإهمال المذهب الآخر، حيث أنهما متكاملان، فالمذهب الشخصي هو الأصل حيث لا يمكن تصور وجود التزام دون وجود رابطة بين شخصين، وإنما استثناء يمكن تصور نشوء التزام بوجود المدين فقط، أما الدائن فيكون وجوده ضروريا عند تنفيذ هذا الالتزام، كما في الاشتراط لمصلحة الغير.

## ثانيا: خصائص الالتزام

للا التزام خصائص ثلاث لا يقوم إلا بتوفرها وتمثل فيما يلي:

**1) الالتزام رابطة شخصية:** يقوم الالتزام بوجود طرفين، شخص يسمى المدين وهو الطرف السلبي في العلاقة ودوره هو البارز حيث يقع الالتزام على كاهله، وشخص آخر يسمى الدائن، هو الطرف الإيجابي الذي يمتلك حق المطالبة بدينه في مواجهة الدائن، ونشير إلى أن الالتزام هو الوجه الآخر للحق الشخصي. ويمكن أي يكون الطرفين شخصين طبيعيين أو اعتباريين، كما قد يوجد الدائن وقت نشوء الالتزام وإنما وقت تنفيذه.<sup>1</sup>

**2) الالتزام رابطة قانونية:** إن الالتزام هو واجب قانون خاص، حيث يتكفل القانون بحمايته عن طريق تمكين الدائن من المطالبة بحقه بواسطة الدعوى، فيتكون الالتزام من عنصرين:

- عنصر المديونية: وهو الواجب الملقى على عاتق المدين بالوفاء بأداء معين.

- عنصر المسؤولية: وهو إلزام المدين على الوفاء بالأداء إجبارا عند تعذر الوفاء الاختياري، فيمنح للدائن سلطة إجباره على ذلك باللجوء إلى القضاء.

وهذه الخاصية هي مناط التمييز بين الالتزام القانوني أو المدني والالتزام الطبيعي كما سنبين لاحقا.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> يرجع إلى شوقي نذير، محاضرات في مقياس القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أركان العقد، المركز الجامعي تامنغست معهد الحقوق والعلوم السياسية، محاضرات غير منشورة، 2017/2018، ص.10.

<sup>2</sup> يرجع إلى أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، 1978، ص.277.

3) الالتزام رابطة مالية: إن محل أو موضوع الالتزام هو أداء ذو طابع مالي أي يمكن تقويمه بالمال، فكل الواجبات غير المالية كالحقوق اللصيقة بالشخصية تخرج عن إطاره.

4) انتقال الالتزام: كل التزام مدني ينتقل من شخص إلى آخر أثناء الحياة عن طريق حوالة الحق والدين، وبعد الوفاة عن طريق الميراث أو الوصية وذلك في حدود لا تركة إلا بعد سداد الديون.

## المبحث الثاني: أنواع الالتزامات أو تقسيمات الالتزام

للا التزام تقسيمات متعددة تختلف بالنظر إلى عدة أوجه:

### أولاً: تقسيم الالتزام من حيث أثره إلى التزام مدني و التزام طبيعي

أ- الالتزام المدني: هو الذي يتكون من عنصري المديونية والمسئولية، حيث يتدخل القانون لحماية الالتزام فيحول الدائن الحق في إجبار المدين على الوفاء به جبراً عنه. (المادة 160 فقرة 1.)

ب- الالتزام الطبيعي: هو الالتزام الذي يتوفر على عنصر المديونية ويفتقد لعنصر المسئولية، ويكفي بأنه التزام يتوسط الالتزام المدني والواجب الأخلاقي (كالإحسان إلى الجار)،<sup>1</sup> حيث يعترف القانون بهذا الأداء المالي بأنه يمنحه حماية ناقصة، فلا يتم تنفيذه إلا اختياراً من المدين، وإذا وفى به المدين مختاراً فلا يعتبر متبرعاً وإنما قد نفذ دينه، ولا يمكنه استرداد ما أداه بقصد المادة 16 و فقرة 2، و162، ومن أبرز الأمثلة على ذلك واجب الإنفاق على الإخوة، و انقضاء الالتزام بالتقادم طبقاً للمادة 320 قانون مدني، ومعناه أن الالتزام المدني يتحول إلى التزام طبيعي بسقوط الدين بالتقادم.<sup>2</sup>

ونشير إلى أنه قد يتوفر في الالتزام عنصر المسئولية دون عنصر المديونية كما هو الحال في التزام الكفيل بالكفالة الشخصية بناء على المادة 644 قانون مدني جزائري.

### ثانياً: تقسيم الالتزام من حيث الخلل

ينقسم الالتزام إلى الالتزام بإعطاء شيء، الالتزام بالقيام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل:

<sup>1</sup> دريد محمود علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2012، ص. 25.

تنص المادة على ما يلي " يترتب على التقادم انقضاء الالتزام و لكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي..."

<sup>2</sup> Cf dan ce sens : Coudrais (M) , Obligation naturelle : une idée moderne ?, RTVciv., n° 3 , 2011, p.45.

## أ- الالتزام بإعطاء شيء:

يقصد به الالتزام بإنشاء أو نقل حق عيني يرد على عقار أو منقول، ومثاله التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري، والتزام المستأجر بدفع أقساط الإيجار للمؤجر.<sup>1</sup>

## ب- الالتزام بالقيام بعمل:

يكون محل الالتزام أداء المدين لعمل لصالح الدائن قد يكون العمل ماديا، كأداء الخدمة في عقد المقاولة، أو فكريا كعمل الأستاذ في عقد العمل، أو قانونيا كقيام الوكيل بتصرف قانوني لصالح موكله. وما يميز هذا الالتزام أنه غالبا ما تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد، فالالتزام الطيب بأداء عملية جراحية يؤدي إلى إمكان رفض المريض الوفاء من غير المدين،، فإذا امتنع هذا الأخير عن التنفيذ، يمكن إلزامه عليه بالضغط عليه عن طريق الغرامة التهديدية.

## ج- الالتزام بالامتناع عن عمل:

هو أن يمتنع المدين عن القيام بعمل يستطيع مباشرته لولا وجود هذا الالتزام، كالتزام التاجر بعدم المنافسة في مكان معين، والتزام العامل بعدم إفشاء السر المهني، وفي حالة الإخلال بهذا الالتزام يمكن إزالة ما وقع باستصدار ترخيص من القضاء، وتتم الإزالة على نفقة المدين، وفي حالة تعذر ذلك يتم طلب التعويض عن الضرر.

ثالثا: تقسيم الالتزام من حيث الغاية:

## أي مدى ما يطلب من المدين

### أ- الالتزام بتحقيق نتيجة:

هو أن يتعهد المدين بتحقيق نتيجة محددة، حيث أن مضمون أداء المدين هو الوصول إلى نتيجة ومثاله التزام الناقل بتوصيل البضاعة أو بنقل شخص إلى مكان محدد، وبالتالي تثور مسؤولية المدين في حالة إخلال المدين عدم تحقق النتيجة أو عدم الوصول إلى الغاية المتبتغة.

<sup>1</sup> المادة 492 من القانون المدني الجزائري.

## ب- الالتزام ببذل عناية:

إذا كان مضمون أداء المدين ليس الغاية أو الهدف بحد ذاته، وإنما الوسيلة التي تؤدي إلى تحقيق هذه الغاية المنشودة، سواء تحققت أم لم تتحقق، فنكون بصدد الالتزام ببذل عناية، حيث يلتزم المدين ببذل جهد معقول في الوصول إلى الهدف، ومثاله التزام الطبيب في علاج المريض، فهو لا يضمن الشفاء للمريض وإنما بذل الجهد الكافي أو عناية الرجل العادي للوصول إلى الشفاء، وكذا الحال بالنسبة لالتزام المحامي في الدفاع عن موكله.<sup>1</sup>

إن أهمية هذا التقسيم تظهر في الإثبات، ففي حالة الالتزام بتحقيق نتيجة، يعتبر المدين مخطئاً إذا لم تتحقق النتيجة، فخطأ المدين مفترض ولا حاجة لإثباته، ولا يمكن نفي الخطأ المفترض بإثبات السبب الأجنبي الذي منع تحقيق النتيجة.<sup>2</sup> أما بالنسبة للالتزام ببذل عناية فإن الخطأ واجب الإثبات، وينبغي على المدين إثبات خطأ وتقصير المدين و عدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة، والمعيار هو الرجل العادي.

وقد ابتدع القضاء الفرنسي نوع آخر من الالتزامات في هذا الصدد هو الالتزام بالسلامة، ومفاده التزام المدين بعدم إلحاق أي ضرر مادي بالدائن، ثم تبنته التشريعات المختلفة، وذلك تحت تأثير التطور التكنولوجي خصوصاً في مجال النقل والآلات، وطبق على عقود النقل، ثم امتد إلى العقود التي يكون موضوعها ضمان أمن وسلامة الدائن، كعقد العمل وعقد العلاج الطبي، وعقود تعليم الرياضة...

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا النوع من الالتزام بموجب عدة تشريعات خاصة منها في قانون حماية المستهلك وقانون الصحة... وفرض التزام المنتج والمتدخل بضمان سلامة وأمن المستهلك، والتزام الطبيب بضمان سلامة المريض...<sup>3</sup>

<sup>1</sup> بخصوص هذا النوع من الالتزام نصت عليه المادة 172 قانون مدني جزائري.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، 2010، ص. 21.

<sup>3</sup> المادة 4 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، بقولها "يجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك احترام إلزامية سلامة هذه المواد، والسهر على ألا تضر بصحة المستهلك"، جريدة رسمية عدد 15 لسنة 2009.

## الفصل الأول: مصادر الالتزام

مصدر الالتزام هو السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام فالمستأجر يدفع ثمن الإيجار ومصدر التزامه هو عقد الإيجار، والذي يتسبب في حادث للغير يدفع التعويض للمضرور، ومصدر التزامه واقعة الفعل الضار.

### مقدمة عامة حول التقسيم التقليدي والحديث لمصادر الالتزام

قسم الفقه الفرنسي القديم مصادر الالتزام إلى خمس مصادر:

\* **العقد:** هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني بإنشاء التزام في ذمة أحد الطرفين أو كلاهما.

\* **شبه العقد:** يقصد به عمل إرادي مشروع دون سابق اتفاق لأنه اضطراري، ويعود بالنفع على شخص آخر.

\* **الجريمة:** هو فعل غير مشروع يلحق ضرراً بالغير، ويكون عن قصد.

\* **شبه الجريمة:** هو فعل غير مشروع يلحق ضرراً بالغير دون قصد إحداثه.

\* **القانون:** هو مصدر كل الالتزامات السابقة بصفة غير مباشرة، وقد يكون بصفة مباشرة، حيث أن القانون يلزم الأشخاص ببعض الالتزامات مثال الالتزام بالنفقة.<sup>1</sup>

إلا أن هذا التقسيم تعرّض لعدة انتقادات من الفقهاء، وردّ الفقه الحديث مصادر الالتزام إلى خمسة مصادر وصنفها في نوعين من المصادر وهي:

**المصادر الإرادية:** وهي تسمّى كذلك التصرفات الإرادية، وتتمثل في العقد وهو تصرف إرادي ينشأ من جانبين، ولتصرف بالإرادة المنفردة وهو تصرف إرادي ينشأ من جانب واحد.

**المصادر غير الإرادية:** أو الوقائع القانونية وهي حدوث أفعال مادية يرتب القانون عليها أثراً، وهي الفعل المستحق التعويض أو الفعل غير المشروع، والفعل النافع أو الإثراء بلا سبب، والقانون.

<sup>1</sup> دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 31 وبلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 37.



وقد نص المشرع الجزائري على خمس مصادر للالتزام، تتمثل في: القانون(المادة 53 قانون مدني)، العقد(المواد من 54 إلى 123 قانون مدني)، التصرف بالإرادة المنفردة(المادة 123 مكرر)، الفعل المستحق التعويض(المواد من 124 إلى 140 قانون مدني)، شبه العقود(المواد من 141 إلى 159 قانون مدني).

وما يميّز تقسيم المشرع الجزائري لمصادر الالتزام، أنه اعتمد التصرف بالإرادة المنفردة كمصدر مستقل من مصادر الالتزام. بموجب القانون 10/05 المعدل للقانون المدني، إلا أنه واصل في استخدام تعبير شبه العقد دون إحلاله بمصطلح الفعل النافع، مع أنه تعبير مضلل وغير سليم لأن إرادة الشخص ناقصة واضطرارية.

### المبحث الأول: التصرف القانوني بإرادتين (العقد)

قسمنا هذا المبحث بحسب التسلسل المنطقي لأحكام العقد في القانون المدني الجزائري، فتطرقنا إلى مفهوم العقد وتقسيماته في المطلب الأول، ثم إلى أركان العقد، ثم الجزاء المترتب على تخلف أركانه وشروط صحته، وبعدها إلى آثار العقد أو القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص والموضوع ثم أخيرا إلى الجزاء المترتب على القوة الملزمة للعقد، والمتمثل في الجزاء العام وهو المسؤولية العقدية، ثم الجزاء الخاص والمتمثل الفسخ والدفء بعدم التنفيذ.

#### المطلب الأول: مفهوم العقد وتقسيماته

#### الفرع الأول: تعريف العقد ومجاله

#### أولا تعريف العقد:

لغة هو العهد الموثق والضمان وكل ما ينشأ التزاما، فهو التزام يبني عملا سواء من جانبيين أو من جانب واحد، بما يتصل بمعنى الشد والتوثيق،<sup>1</sup> وفي مفهومه القانوني يمكن تعريفه بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ابن المنصور، لسان العرب، جزء ثالث، ص. 296.

<sup>2</sup> السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء أول ص. 137، وأنور سلطان، مرجع سابق، 10.

ومن خلال هذا التعريف، يتبين أن هناك عنصرين:

**1-العنصر الأول:** اتفاق إرادتين أو أكثر، فلو اشتمل على إرادة واحدة فلا نكون بصدد عقد وإنما تصرف بالإرادة واحدة.

**2- العنصر الثاني:** إحداث أثر قانوني أي إنشاء علاقة قانونية ملزمة وليس مجرد التزام أدبي أو أخلاقي أو اجتماعي كالدعوة إلى حضور الولائم ، فيجب أن يكون هناك اكتساب ال الفقه للحقوق وتحمل للالتزامات، وتخرج منه الإرادة الهازلة والمعلقة على شرط المشيئة...<sup>1</sup>

وقد عرف المشرع الجزائري العقد من خلال المادة 54 بقوله " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخريين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، ويعتبر هذا التعريف ترجمة حرفية للمادة 1101 السابقة في القانون المدني الفرنسي قبل التعديل، وما يلاحظ أن المشرع الجزائري لا زال يفرق بين مفهوم الاتفاق ومفهوم العقد، ويقصر مفهوم العقد على إنشاء الالتزام، (منح أو فعل أو عدم فعل شيء ما)، بينما أزال الفقه الحديث الفرق بين العقد والاتفاق، وأصبح يعرف العقد على أنه اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية، أو نقلها(حوالة الدين وحوالة الحق)، تعديلها بمدّ أجل الوفاء أو إنهاؤها كالإبراء، وقد سار المشرع الفرنسي على هذا الاتجاه من خلال تعديل القانون المدني الفرنسي بموجب مرسوم 10 فبراير 2016.<sup>2</sup>

### ثانيا: مجال العقد أو منطقة العقد

إن العقد بمفهومه العام يشمل كل علاقات القانون الخاص سواء الاتفاقات المتعلقة بالمعاملات المالية أو بالأحوال الشخصية كعقد الزواج، وكذلك علاقات القانون العام كالاتفاقيات الدولية والعقود الإدارية، إلا أن العقد كمصدر للنظرية العامة للالتزام فينحصر نطاقه في:

<sup>1</sup> علي فيلاي ، الالتزامات، مرجع سابق، ص.34.

<sup>2</sup> Article 1101 « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier transmettre, ou éteindre des obligations », Ordonnance n° 2016-131 DU 10 F2VRIER 2016 portant réforme du droits des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016- texte n° 26.

- دائرة القانون الخاص فتولّي الوظائف العامة والاتفاقيات الدولية تدخل في نطاق القانون العام.
- دائرة المعاملات المالية أو الأحوال العينية، فتخرج منه عقود الزواج وعقود الكفالة المعروفة في قانون الأسرة حتى وإن وقعت في القانون الخاص فتتعلق بالأحوال الشخصية.

### ثالثاً: أساس القوة الملزمة للعقد (مبدأ سلطان الإرادة)

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لأطرافه في تكوينه وتحديد آثاره ، ومن ثم فإن حرية التعاقد هي جوهر العقد ويكتسب العقد قوته من هتين الإرادتين ولا يتدخل القانون في تكوين العقود.<sup>1</sup>

\* المذهب الفردي وتأثيره في مبدأ سلطان الإرادة: كان القانون الروماني قائماً على الشكلية المجرد، ولا يعترف بالإرادة كمصدر للالتزام، إلى العهد البيطوري حيث تراجعت الشكلية المشروطة في العقود، وأضحت الإرادة كافية لإنشاء العقود.<sup>2</sup>

ازدهر مبدأ سلطان الإرادة في القرون الوسطى التي مهّدت للرضائية، وكان للشرعية الإسلامية دوراً بارزاً في انتشار العقود الرضائية، وتطور وتوسّع بظهور المذهب الفردي، تحت تأثير عوامل اقتصادية ودينية وسياسية القائمة على أساس حرية الأفراد، وحرية الملكية وحرية السوق،<sup>3</sup> وأضحى مبدأ سلطان الإرادة مصدر كل الالتزامات، ووصل هذا المبدأ إلى أوج ازدهاره، ثم بداية من القرن العشرين في التقلص مع بقائه ضرورة لقيام العقد ومن أهم نتائج هذا المبدأ:

- إن الالتزامات الإرادية هي الأصل ولا يلزم الشخص إلا بحسب إرادته، وهي الحرية في إبرام العقد.

- إرادة الشخص هي من تحدد شروط العقد وآثاره أي الحرية في إنشاء الالتزامات دون أية قيود، والقانون يتدخل عن طريق القواعد المكتملة فقط.

<sup>1</sup> دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 41، وبلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 43.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص. 141.

<sup>3</sup> لقد قال الفقيه لوزايل في هذا الشأن " إن الأبقار تقيّد بقرونها، أما الرجال فيقيدون بأنسنتهم"، وقد وضع نابليون قانونه متأثراً بالمذهب الفردي وأقامه على أساس حرية الأفراد واحترام الإرادات، علي فيلاي، مرجع سابق.

- العقد شريعة المتعاقدين فهو يلزم كما يلزم القانون ولا يجوز لأي كان التدخل لتعديله حتى القاضي.

\* **المذهب الاجتماعي وتأثيره على مبدأ سلطان الإرادة:** توسع مبدأ سلطان الإرادة طيلة قرون، إلا أن التطور الصناعي وظهور الشركات الكبرى أدى إلى اختلال توازن القوى، ومنه إلى ظهور الاتجاه الاشتراكي بتنظيم طائفة العمال، و بدأ مبدأ سلطان الإرادة في الانحصار بداية من القرن العشرين نتيجة المغالاة فيه، وتحت ضغط الظروف الاقتصادية والاجتماعية السياسية ظهر المذهب الاجتماعي، وبدأ تدخل الدولة لحماية الطرف الضعيف في العقد، وتمثل القيود على مبدأ سلطان الإرادة فيما يلي:

- قيود ناشئة عن اتساع فكرة النظام العام والآداب التي تضيق من نطاق الحرية التعاقدية في إنشاء العقد.

- قيود متعلقة بحرية إبرام العقود بظهور العقود الجبرية كعقد التأمين على السيارات أو العقود النموذجية التي تشترط اتخاذ شكل معين.

- قيود متعلقة بتحديد آثار العقد: يجوز للقاضي التدخل لتعديل الشروط التعسفية كما في عقود الإذعان، وفي تنفيذ العقد كنظرية الظروف الطارئة.

### الفرع الثاني: تقسيمات العقود

يعتبر تقسيمات العقود عمل فقهي بحث، فلا يمكن حصرها، وقد تعرض المشرع الجزائري كسائر المشرعين إلى البعض منها باعتماد معايير تقسيم محددة وذلك في المواد 55 إلى 60 من القانون المدني، سنبينها تباعا.

### أولاً: من حيث التنظيم القانوني

تنقسم العقود من حيث مدى وجود تنظيم قانوني خاص بها إلى عقود مسمات وعقود غير مسمات.

والعقد المسمى هو العقد الذي خصه المشرع باسم معين وتولى تنظيمه بأحكام خاصة، نظرا لشيوعه بين الناس كعقود البيع والإيجار والقرض والتأمين... أما العقد الغير مسمى، فهو الذي لم يخصصه المشرع باسم معين ولا أحكام خاصة ويخضع من حيث انعقاده وآثاره إلى الأحكام العامة للنظرية العامة للالتزامات، وما يقاربه من عقود، وهذه العقود متعددة لا يمكن حصرها، ومثلها عقد النشر وعقد الحضانة... وكما شاع عقد غير مسمى وكثير التعامل به، تدخل المشرع لتنظيمه فيصبح عقدا مسمى، كعقد الفندققة...

وتكمن أهمية التفرقة بين العقد المسمى وغير المسمى، من جهة أن العقد المسمى يسهل عملية التعاقد، حيث أن الأمور الأساسية أو التفصيلية قد ورد بشأنها أحكام وبالتالي يغنيهم عن تنظيمها، كما أن القاضي هو المختص في التكييف القانوني للعقود دون التقييد باتفاق الأطراف، ولكن إذا كان عقدا مسمى طبق بشأنه الأحكام الخاصة به والواردة في التشريع.<sup>1</sup>

### ثانيا: من حيث التكييف القانوني إلى عقود بسيطة وعقود مركبة

**العقد البسيط:** هو العقد الذي يتناول نوعا واحدا من العقود كما يحقق غرضا واحدا، كعقد البيع، أما **العقد المركب** أو المختلط هو العقد الذي يتضمن عقودا بسيطة بصورة متعاصرة، امتزجت فيما بينها ويحقق أغراضا مختلفة، كعقد الفندققة، وعقد البيع بالإيجار، وتظهر أهمية التقسيم في أن العقد البسيط أحكامه واضحة ويمكن تكييفه بسهولة، أما العقد المركب فتطبق عليه أحكام كل تلك العقود التي تكوّنه، فإذا تعارضت فيما بينها فعلى القاضي أن يرجح إحدى العقود باعتباره العقد الرئيسي.

مثلا تكييف العقد الرابط بين مصلحة الهاتف والمشارك بأنه عقد مقاوله، أو بيع أو إيجار لخط الهاتف، فسرى العمل على اعتباره عقد مقاوله لأن الخدمة هي العنصر الغالب فيه.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.52.

ثالثا: تقسيم العقود من حيث التكوين إلى عقود رضائية وشكلية وعينية

**1) العقد الرضائي:** هو العقد الذي يكفي لانعقاده مجرد تطابق إرادتين، وذلك بأية وسيلة كان التراضي سواء باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، ومثلها عقود البيع عموما، والقرض والعارية والوكالة... والأصل أن كل العقود رضائية، فهي القاعدة العامة إلا إذا تطلب المشرع إلى جانب الرضائية شرط الشكلية أو التسليم طبقا لما تنص عليه المادة 59 قانون مدني.

**2) العقد الشكلي:** هو الذي يجب لانعقاده توفر ركن الشكل إلى جانب التراضي، والشكلية هي إفراغ رضی المتعاقدين في شكل معين يتطلبه القانون، عن طريق الكتابة، وقد تكون الكتابة رسمية بتدخل موظف عام أو مختص كالموثق، ومثلها التصرفات العينية الواردة على العقارات، وبيع المحل التجاري والرهن الرسمي...<sup>1</sup> كما قد تكون الكتابة عرفية كالشركة المدنية، فالشكل يعتبر هنا ركنا رابعا ويؤدي تخلفه إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا.

**3) العقد العيني:** هو العقد الذي يتطلب إلى جانب التراضي ركن آخر هو التسليم كعقد هبة المنقول، وطبقا للمادة 206 قانون أسرة جزائري التي تنص على "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتمم الحياة..."، فأن الكثير من الفقهاء ينتقد وجود هذا النوع من العقود، ولايعتبر التسليم ركنا في العقد.

وإذا تطلب المشرع ركن الشكلية فهو لا يغير في الرضائية، ولكن إذا كانت الكتابة شرطا لإثبات العقد فالعقد الرضائي موجود وصحيح، أما إذا كانت الكتابة المتطلبة ركنا في العقد فالعقد منعدم لتخلف أحد أركانه.<sup>2</sup>

رابعا: تقسيم العقود من حيث المضمون أو الأثر

تنقسم أولا إلى عقود ملزمة لجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد، وثانيا إلى عقود معاوضة وعقود تبرع.

<sup>1</sup> يرجع إلى المادة 324 مكرر 02 و 324 مكرر 03 من القانون المدني الجزائري وكذلك قانون التوثيق 02/06، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 2006.

<sup>2</sup> أنور سلطان، مرجع سابق، ص. 14، 15، شوقي نذير، مرجع سابق، ص. 41.

**1) العقود الملزمة لجانبين والملزمة لجانب واحد: العقد الملزم لجانبين**، وقد سماه المشرع الجزائري بالعقد التبادلي في المادة 55 ق.م.هو الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة طرفيه فكلا المتعاقدين دائئا ومدينا في نفس الوقت، حيث ينشأ عن عقد الإيجار التزام المؤجر للمستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، ويلزم المستأجر بدفع أقساط الإيجار، وعقد البيع ينشأ التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، والتزام المشتري بدفع الثمن...

**أما العقد الملزم لجانب واحد:** هو العقد الذي ينشأ التزاما على عاتق أحد المتعاقدين دون الآخر، فيكون أحدهما دائئا والآخر مدينا، ويوصف بأنه عقد ثنائي التكوين وأحادي الأثر عكس التصرف بالإرادة المفردة التي تكون أحادي التكوين وثنائي الأثر، ومثال العقد الملزم لجانب واحد، عقد الوديعة دون أجر، وعقد الهبة دون فائدة، ففي هذا الأخير يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له دون أي التزام على عاتق الموهوب له.

وتبرز أهمية التمييز بينهما في عدة أوجه هي:

**الفسخ:** يكون طلب الفسخ في العقود الملزمة لجانبين، ولا يمكن تصوره في العقود الملزمة لجانب واحد، إذ أن العقد الملزم لجانبين يقوم على أساس التقابل في الالتزامات، فيمكن لكل طرف التحلل من التزامه إذا ما أحل الطرف الآخر بالتزامه، أما العقد الملزم لجانب واحد فلا يمكن لأحدهما طلب الفسخ فليس للدائن التزام يتحلل منه (المادة 119 ق.م.).

**الدفع بعدم التنفيذ:** لا يجوز كذلك التمسك بعدم التنفيذ في العقود الملزمة لجانب واحد عكس العقود الملزمة لجانبين، حيث يمكن لأحد المتعاقدين في حالة إخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه الدفع بعدم تنفيذ العقد، أي تأجيل تنفيذه، ففي عقد البيع يجوز للبائع الامتناع عن تسليم الشيء المبيع إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن (المادة 123 ق.م.).

**تبعة الهلاك:** في العقد الملزم لجانبين يكون تحمل الخسارة في حالة استحالة تنفيذ العقد بسبب أجنبي على عاتق المدين الذي أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا، وبالتالي تنقضي الالتزامات، كما هو الحال في عقد البيع، أما في العقد الملزم لجانبين فإن تبعة الهلاك تقع على الدائن بالالتزام.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> أنور سلطان، مرجع سابق، ص. 16، و بلحاج العربي، مرجع سابق، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ص. 49.

**2) عقود المعاوضة وعقود التبرع:** عقد المعاوضة هو الذي يأخذ فيه كل متعاقد مقابلا ماليا لما أعطاه، كعقد البيع يحصل فيه البائع على الثمن والمشتري على البضاعة، وعقد التأمين والمقايضة والتأمين والوكالة بأجر... أما عقد التبرع، فهو فيلا يأخذ أحد المتعاقدين مقابلا ماليا أو عوضا لما أعطى ومثاله الهبة دون عوض، والقرض دون فائدة والوكالة دون أجر. وتبرز أهمية التقسيم فيما يلي:

**الأهلية:** تتطلب عقود التبرع الأهلية الكاملة لأنها تصرفات ضارة بالتبرع، أو عقود افتقار للذمة المالية، وإلا كانت باطلة بطلانا مطلقا، أما عقود المعاوضة فيشترط فيها الأهلية الناقصة أو أهلية التمييز، ويجوز للقاصر المميز مباشرتها، لأنها تعتبر تصرفات دائرة بين النفع والضرر، وحكمها قابلة للإبطال.

**الغلط في شخصية المتعاقد:** يعتبر الغلط في شخصية المتبرع له في عقود التبرع، غلطا جوهريا يؤدي إلى إبطال العقد لأن شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد، أما الغلط في شخصية المتعاقد في عقود المعاوضة فليس محل اعتبار ولا يجعل العقد باطلا.

**دعوى عدم نفاذ التصرفات:** وتسمى أيضا بالدعوى البولصية، وهي دعوى يطعن بها الدائن في تصرفات مدينه الضارة بالضمان العام وبالتالي بحقه في استيفاء الدين عند حلول أجله (المادة 188 ق.م.)، ففي عقود المعاوضة التي يبرمها المدين، يشترط للطعن بهذه الدعوى أن يكون التصرف الذي قام به المدين منطويا على غش، وأن يكون تواطؤ مع المتعاقد الثاني أو يعلم بهذا الغش، أما في عقود التبرع فالطعن سهل لا يتطلب الأمر إثبات الغش، فالهبة مثلا قرينة على الإضرار بالذمة المالية للمدين.<sup>1</sup>

**خامسا: تقسيم العقود من حيث الطبيعة**

**1) من حيث وظيفة الزمن إلى عقود فورية وعقود زمنية**

**العقد الفوري:** هو العقد الذي يرد على التزامات قابلة للتنفيذ دفعة واحدة، ولا ينشأ علاقة ممتدة في الزمن، ولا يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيه، حتى لو تراخى تنفيذه، فعقد البيع هو عقد فوري لأن

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ص. 48.



الالتزامات الناشئة عنه تكون فورية واجبة الأداء والزمن ليس ضروري في التنفيذ، حتى لو أجل تسليم المبيع أو تقسيط الثمن.

**العقد الزمني** هو العقد الذي يعتبر الزمن عنصر جوهري في تنفيذه، حيث ينشأ التزامات يتطلب تنفيذها فترة من الزمن، في شكل أداءات مستمرة أو دورية كعقد العمل وعقد الإيجار، وتسمى أيضا العقود الممتدة أو المستمرة، فعقد الإيجار يرد على الانتفاع بالعين المؤجرة الذي يتطلب فترة محددة، والخدمات التي يؤديها العامل إنما تحدّد على أساس الزمن.

وتتمثل أهمية التمييز بين العقدين في:

**الفسخ:** للفسخ أثر رجعي في العقود الفورية دون الزمنية، حيث لا يمكن إزالة أثر العقد في الماضي وإعادة المتعاقدين إلى الحالة السابقة على العقد بالنسبة للعقود الزمنية.

**تعديل شروط العقد:** يكون تعديل شروط العقد غالبا في العقود الزمنية أو المستمرة، في إطار نظرية الظروف الطارئة، ولا محل لتطبيقها في العقود الفورية لأن تنفيذها لا يرتبط بالزمن، حيث يمكن أن تطرأ حوادث استثنائية عامة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، ويترتب عليها أن تصبح التزامات المدين مرهقة، وليس مستحيلة، تهدده بخسارة فادحة، مثال أن تزيد أسعار أو تكاليف مواد البناء في عقد المقاوله، ويؤدي ذلك إلى تدخل القاضي لإعادة التوازن للالتزامات (المادة 107 ق.م).

**أثر القوة القاهرة:** تؤثر القوة القاهرة المؤقتة التي تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات، في تنفيذ العقود الزمنية دون العقود الفورية، حيث أن وقف تنفيذ الالتزامات لا يؤثر في مقدارها فمباشرة بعد زوال هذه الظروف يتم تنفيذ باقي الالتزامات دفعة واحدة، أما العقود الزمنية فإن وقف تنفيذ الالتزامات يؤدي على الالتزامات المستحقة خلال مدة الوقف، مثال تأثير وباء كورونا (تم تكييفه غالبا قوة القاهرة) على عقود الإيجار، حيث أن استحالة انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة يؤدي إلى زوال التزامه بدفع الإيجار.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> ملف رقم 1019134، قرار بتاريخ، 2015/12/23، الغرفة المدنية للمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2015، ص. 46.

## 2) من حيث تحديد قيمة الالتزام إلى محدّدة واحتمالية

**العقد المحدد:** هو العقد الذي ينشأ في ذمة طرفيه التزامات محددة المقدار ومحقة الوجود في المستقبل، حيث يعرف كلا المتعاقدين وقت العقد المقدار الذي سيعطيه وذلك الذي سيأخذه، كعقد البيع يجب أن يحدد فيه المبيع والتمن تحديدا كافيا(المادة 57 ق.م)

**العقد الاحتمالي:** هو العقد الذي لا يعرف فيه الطرفان أو أحدهما مقدار ما سيأخذ و ما سيعطي، فهو لا يتوقف على حدث غير محقق الوقوع في المستقبل، ، ويسمى في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري بعقود الغرر، و هي محدّدة على سبيل الحصر في القانون المدني الجزائري، مثلها عقد التأمين، والرهان، وإيراد مرتب مدى الحياة، بالإضافة إلى ما ورد في نصوص خاصة كبيع الثمار قبل نضجها بتمن جزافي.

تتمثل أهمية التمييز بينهما فيما يلي:

**عنصر الاحتمال:** يقوم العقد الاحتمالي على عنصر الاحتمال، تتضمن احتمال الربح والخسارة.

**الغبن:** الغبن هو عدم التعادل في الالتزامات في عقود المعاوضة، ويؤثر على العقود المحددة ويجوز الطعن فيها بالغبن، دون العقود الاحتمالية لأنها تقوم على الغبن أصلا لاحتمال الربح والخسارة.

نظرية الظروف الطارئة: تنطبق على العقد المحدد دون العقد الاحتمالي.<sup>1</sup>

## 3) من حيث التوازن العقدي إلى عقود مساومة وعقود إذعان

**عقد المساومة:** هو العقد الذي يقوم على تساوي الطرفين في مناقشة شروط العقد في إطار مرحلة التفاوض، فكل من الطرفين الحق في اقتراح شروطه، وتقديم إيجاب وإيجاب جديد، ومن أهمها عقود البيع والإيجار، والرهن والقرض...

**عقد الإذعان:** هو الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد، دون أن يملك الطرف الآخر مناقشتها، وليس لهذا الأخير إلى قبول العقد أو رفضه جملة واحدة، دون أن يكون له حق تقديم

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 51.

إيجاب جديد ويتم القبول بمجرد التسليم بالشروط المطروحة، ومثالها عقود التأمين والعمل، فهي عقود احتكار قانوني واقتصادي فأحد الطرفين ضعيف والآخر قوي(المادة 70 ق.م).<sup>1</sup>

وتكمن أهمية التمييز بينهما في ما يلي:

تدخل القاضي في تعديل العقد: لا يتدخل القاضي لتعديل شروط عقد المساومة، إعمال لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، بينما يتدخل القاضي لحماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن العقدي في عقود الإذعان، بتعديل الشروط التعسفية أو إعفاء المدين من تنفيذها (المادة 110 ق.م).

تفسير الشك: في عقود المساومة يفسر الشك لمصلحة المدين، ويفسر لمصلحة الطرف المدعى أي الضعيف في عقود الإذعان سواء كان دائما أو مدينا.

### المطلب الثاني: أركان العقد أو تكوين العقد

أجمع الفقه والتشريع والقضاء على قيام العقد بتوافر ثلاثة أركان هي التراضي والمحل والسبب في جميع العقود على اختلاف طبيعتها ونوعها، وإذا كان من العقود الشكلية فيجب توافر الشكل، وهو الحال في القانون المدني الجزائري، إلا أنه من الناحية المنهجية فقد وقع المشرع الجزائري في لبس حين وضع أركان العقد تحت مسمى شروط العقد في الفصل الثاني، القسم الثاني، مع أن الأركان غير الشروط،<sup>2</sup> وقد تخلى المشرع الفرنسي عن السبب كركن في العقد بموجب تعديل 2016 المذكور. الفرع الأول: ركن التراضي

هو ركن أساسي في جميع العقود وحتى يقوم التراضي يجب أن يكون موجودا وصحيحا.

### أولا: وجود التراضي:

يتم التراضي بوجود إرادتين وتوافقهما وهو تطابق الإيجاب والقبول كتعبيرين عن الإرادة، فالتراضي يصدر عن جانبين بينما الرضى يصدر عن جانب واحد، وفي ذلك نصت المادة 59 من

<sup>1</sup> ملف رقم 1012845، قرار بتاريخ 2015/10/22، الغرفة المدني للمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا العدد الثاني، 2015، ص.37.

<sup>2</sup> شروط العقد تتعلق بشروط صحة التراضي وهو الركن الأول في العقد، ويتخلف أحدها يكون العقد قابلا للإبطال، بينما تتعلق أركان العقد بقيام العقد وتشمل باقي الأركان من محل وسبب وشكل كذلك، ويترتب على تخلف أحد منها بطلان العقد، الأستاذة زعنون فتيحة، دروس في الالتزامات، محاضرات غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة وهران 2، 2016/2017.

القانون المدني الجزائري بقولها " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

فينبغي إذا أن يصدر التعبير عن الإرادتين المتمثلة في الإيجاب والقبول، وتطابقها.

## 1) التعبير عن الإرادة:

الإرادة هي عمل داخلي نفسي، ويجب أن يتم التعبير عنها فتأخذ مظهرها خارجيا، وتطبيقا لمبدأ الرضائية لا يشترط المشرع الجزائري طريقة محددة للتعبير عنها طبقا للمادة 59 المذكورة، وللمتعاقدين مطلق الحرية طبقا لما يرونه ملائما لمصلحتهما ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وهذا هو الأصل فيكون التعبير عن الإرادة من خلال المادة 60 ق.م. 1 باللفظ أو بالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يتم باتخاذ موقف لا يدع أدنى شك في دلالة على مقصود صاحبه. وهو يمثل التعبير الصريح، كما يمكن أن يكون التعبير ضمنيا، فهل يصلح السكوت كتعبير عن الإرادة؟

### أ) التعبير الصريح:

يكون التعبير صريحا إذا اتخذ مظهرها مباشرة في دلالة على مقصود صاحبه، فهو يفصح عن الإرادة بصورة مباشرة سواء بالألفاظ المستخدمة من طرف المتعاقدين تعبر عن إرادتهما المشتركة بأية لغة كانت، أو بالكتابة عرفية كانت أو رسمية وهي مظهر له دلالة قاطعة على الإرادة، كما تصلح الإشارة المتداولة عرفا كتعبير عن الإرادة بالإيجاب أو القبول كهز الرأس أفقيا يدل على القبول، وعموديا يدل على الرفض بالنسبة للمريض والأبكم...<sup>1</sup> كما يمكن أن يتم التعبير عن الإرادة باتخاذ موقف يدل على مقصود صاحبه بصورة صريحة، كوقوف سيارات الأجرة في المكان المخصص للركاب.

### ب) التعبير الضمني:

يكون التعبير عن الإرادة استثناء ضمنيا، إذا قصد صاحبه إحاطة الغير علما به باتخاذ مظهر غير مباشر، فهو عبارة عن أفعال تكشف عن الإرادة بصورة غير مباشرة، وأجازها المشرع من خلال الفقرة الثانية من المادة 60 ومثاله استنتاج قبول الوكيل للوكالة من خلال تنفيذها، وبقاء العامل

<sup>1</sup> تقضي المادة 9 من قانون الأسرة بأنه يكون الرضى بإيجاب وقبول بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح، لغة أو عرفا أو كتابة.

في منصب عمله بعد انتهاء عقد عمله محدد المدة دليل على الرغبة في تجديد عقد العمل لفترة أخرى، وإبقاء المستأجر في العين المؤجرة.<sup>1</sup>

إن التعبير الصريح والضمني متساويان في القيمة القانونية، إلا إذا تطلب المشرع وجوب التعبير الصريح، كما هو الحال في العقود الشكلية، أو في بعض الحالات الأخرى.<sup>2</sup>

### ج) مدى صلاحية السكوت كتعبير عن الإرادة:

إن السكوت لا يتضمن أية دلالة على الإرادة لأنه عدم وليس تعبيراً صريحاً أو ضمناً، فهو موقف سلبي لا يصلح أن يكون تعبيراً عن الإرادة كأصل عام، وبالخصوص لا يصلح للتعبير عن الإيجاب إعمالاً للقاعدة الفقهية "لا ينسب لساكت قول"<sup>3</sup> فهل يصلح أن يكون قبولاً؟<sup>4</sup>

الأصل أن السكوت لا يترتب أي أثر قانوني وهو المبدأ في الفقه والقضاء، إلا أن هناك استثناءات تترتب على هذا المبدأ في أحوال نص عليها المشرع الجزائري في المادة 68 من القانون المدني الجزائري على سبيل المثال وليس الحصر، وهي حالات يطلق عليها بالسكوت الملابس<sup>5</sup> استدلالاً بالقاعدة الفقهية "السكوت في معرض الحاجة بيان" وتمثل في:

\* إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تقضي باعتبار السكوت قبولاً مثال إرسال بنك كشف حساب بنكي لأحد زبائنه وعدم اعتراض الأخير بعد مدة مقبولة يعتبر قبولاً.

\* إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل السابق، كتاجر الجملة الذي يرسل البضاعة إلى تاجر التجزئة ويضيف شروطاً جديدة، فيعتبر سكوت الأخير قبولاً.<sup>6</sup> \* إذا كان الإيجاب في مصلحة من وجه إليه، فسكوت الموهوب له يعتبر قبولاً لان الهبة في مصلحته.

<sup>1</sup> ألغيت المادة 509 من القانون المدني التي تنص على هذا الحكم بموجب تعديل القانون المدني رقم 07/05 المؤرخ في 2007/05/03.

<sup>2</sup> يتطلب المشرع بخصوص الإيجار من الباطن وهو الإيجار الفرعي الذي يجريه المستأجر لشخص آخر، أن يكون بموافقة صريحة من المؤجر، المادة 505 من القانون المدني.

<sup>3</sup> « le silence ne vaut acceptation »

<sup>4</sup> يرجع في هذا الصدد إلى علي سليمان، مرجع سابق، ص. 30 و31.

<sup>5</sup> السكوت الملابس أو السكوت الموصوف، هو السكوت الذي تقترن به ملابسات وظروف تفيد بأنه قبول فهو دليل على القبول.

<sup>6</sup> والحساب الذي يؤديه الوكيل للموكل ولم يعترض هذا الأخير.

\* إذا نصّ القانون صراحة على اعتبار السكوت قبولا كما هو الحال في البيع بشرط التجربة، فإذا انقضت مدة التجربة دون رفض فيعتبر السكوت قبولا(المادة 355 فقرة ق.م).

إن هذه الحالات أوردتها المشرع على سبيل المثال، وليس على سبيل الحصر، ويمكن للقاضي أن يقدر حالات أخرى للسكوت الملابس، مثاله تجاوز الوكيل حدود وكالته وسكوت الموكل على ذلك يعتبر دليل على إقرار هذا التجاوز(المادة 575 ق.م)...<sup>1</sup> ففي كل هذه الحالات لو أراد الموجب له الاعتراض لتكلم لمنه سكت في معرض الحاجة إلى الكلام فسكوته دليل على القبول.

## 2) الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة:

يعبر عن وجود الإرادة بالإرادة الباطنة أما التعبير عن الإرادة عن طريق الإعلام فيسمى بالإرادة الظاهرة طبقا للمادة 61 ق.م. والأصل أن تكون الإرادة الظاهرة أي التعبير عن الإرادة مطابقة للإرادة الباطنة، ولا يثور إشكال في هذه الحال، إلا أنه قد تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة، كأن يقوم تاجر بوضع لافتة على البضاعة تشير إلى سعر معين(الإرادة الظاهرة)، ثم يتبين أنه أخطأ ووضع مبلغا أقل من مقصوده(الإرادة الباطنة) وفي هذا الصدد تنازع الفقه: هل ينعقد العقد بالإرادة الباطنة أي الإرادة الحقيقية، أم ينعقد بالإرادة الظاهرة وهي إعلان الإرادة؟ أي هل ينعقد بالثمن المعلن عنه أم لا يقوم لعدم تطابق الإرادتين؟

تعدّ نظرية الإرادة الباطنة (أخذت بها القوانين اللاتينية) بالإرادة الحقيقية فهي جوهر الإرادة لأن أساس العقد مبدأ سلطان الإرادة وما التعبير عن الإرادة إلا المظهر الخارجي وهو قرينة بسيطة على تطابقه مع الإرادة الحقيقية، ولكنها قابلة لإثبات العكس.

بينما تعدّ نظرية الإرادة الظاهرة التي أخذت بها القوانين الجرمانية، بالتعبير عن الإرادة ضمنا للثقة في المعاملات واستقرارها.<sup>2</sup>

عمليا لا يمكن الأخذ بإحدى النظريتين بصفة مطلقة، حيث بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بنظرية الإرادة الباطنة كأصل عام واشترط تطابق الإيجاب بالقبول في المادة 59 ق.م. مع إمكان الطعن في العقد بالبطلان في حالة عدم صحة التراضي(عيوب الإرادة)، ومن جهة اعتمد على

<sup>1</sup> ويعتبر كذلك سكوت ملابس سكوت الورثة في حالة تجاوز الوصية حدود الثلث، وسكوتهم دليل على القبول.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول مصادر الالتزام، ص.32 وما يليها.

نظرية الإرادة الظاهرة إلى الحد الذي يقتضيه استقرار المعاملات في عدة مواضع منها: في تفسير العقد في المادة 111 فقرة 1 ق.م بعدم جواز الانحراف عن عبارات العقد إذا كانت واضحة، وفي الفقرة الثانية من نفس المادة أخذ استثناء بالإرادة الباطنة إذا كانت عبارات العقد غامضة فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وعدم جواز إبطال العقد إذا كان التدليس والإكراه صادر من غير المتعاقدين.

كما أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره القانوني في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه طبقاً للمادة 61 ق.م. وذلك بإعلانه، وقبله لا يكون له إلى وجود فعلي، كما أن التعبير عن الإرادة يبقى قائماً بعد وفاة من أصدره، وهو اعتداد بالإرادة الظاهرة أو المعلنة.

### 3) أثر الموت وفقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة

نصت المادة 62 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته من صدر منه التعبير عن الإرادة قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل". والمراد بهذا النص أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره القانوني بمجرد اتصاله بالطرف الذي وجه إليه طبقاً للمادة 61، دون أن يكون لموت صاحب التعبير أو فقدانه للأهلية أي أثر على قيمة التعبير، ويحل وريثة من أصدر التعبير محله في تنفيذ الالتزامات الناجمة عن هذا التعبير، وذلك إلا في حالة ما إذا كانت شخصية من أصدر التعبير المتوفى أو فاقد الأهلية محل اعتبار في العقد.

وقد ربط الفقه هذا الحكم بمن أصدر التعبير عن الإرادة بالقبول، لأنه بمجرد وصول القبول إلى علم الموجب سينعقد العقد بغض النظر عن وفاة أو فقدان أهلية من أصدر القبول، لأن وفاة من وجه إليه التعبير عن الإرادة سواء كان بالإيجاب أو القبول يؤدي سقوطه، فالتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه، وهذا الأخير قد توفي.

### 4) الإيجاب والقبول واقتراضهما:

حتى يتم العقد يجب صدور إرادتين وتطابقهما، فالعبير الأول عن الإرادة يسمى الإيجاب، ويقابله التعبير الثاني ويسمى القبول ليتم اقتراضهما فيتم العقد.

## أ) الإيجاب

\* مفهوم الإيجاب: هو التعبير عن الإرادة البات والكامل الصادر عن أحد المتعاقدين وموجهها إلى شخص محدد أو غير محدد يعبر عن نيته في إبرام عقد معين، أو هو العرض الصادر من أحد المتضمن تعبير جدي ونهائي عن نيته في إبرام عقد.

وعموما قد يمر الإيجاب بمرحلة سابقة هي المفاوضات، تتم بعرض أولي موجهة من شخص إلى الجمهور دون تحديد، وليس إلى شخص بذاته، تسمى الدعوة إلى التعاقد كإعلان عن البيع في الصحف وفي مواقع الإنترنت، أو الإعلان عن التوظيف... وقد تؤدي هذه الدعوة إلى التعاقد إلى مفاوضات ومجرد مشروع لا يفضي إلى إيجاب نهائي وبالتالي قبول ليقوم العقد، ولكن قد تنتهي بإيجاب بات يقابله قبول فينقذ العقد.<sup>1</sup>

\* شروط الإيجاب: حتى يعتبر العرض إيجابا يجب أن تتوفر الشروط التالية:

- أن يكون عرضا نهائيا أي جازما، وباتا، فإذا كانت الإرادة هازلة أو مجاملة فلا يعتبر إيجاب.
- أن يكون كاملا أي يشتمل على كل العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، فإذا تعلق العرض ببيع فينبغي تحديد المبيع والثلث تحديدًا كافيًا، أما تعليق لوحة للبيع على منزل، أو إعلان في الإنترنت عن بيع سلعة دون تحديد عناصرها كالثلث، فهي مجرد دعوة إلى التعاقد ولا ترتقي لكونها إيجاب.

\* الإيجاب الملزم: لا ينتج الإيجاب أي أثر قانوني إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه، طبقا للمادة 61

ق.م. فيصبح له أثر قانوني وقبل ذلك يكون له أثر فعلي فقط حيث يمكن للموجب العدول عنه.

كما يكون الإيجاب ملزما إذا اقترن بمدة زمنية محددة لصدور القبول تحدد صراحة، كما قد تستفاد ضمنا من خلال التعبير عن الإيجاب من ظروف الحال وطبيعة المعاملة ومثاله المعاملات العقارية

أو التجارية... وفي الإيجاب الملزم يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه ويمتنع عليه العدول عنه حتى تنقضي المدة أو الأجل ومصدر التزام الموجب هنا هو الإرادة المنفردة، طبقا للمادة 63 فقرة 2 ق.م.

<sup>1</sup> دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 74.



**\*سقوط الإيجاب:** يسقط الإيجاب بأحد الأسباب التالية:

- برفضه ممن وجه إليه صراحة أو ضمنا أو بالسكوت في الحالات التي تعتبر سكوتا ملائسا.

- انتهاء المدة أو الأجل المحدد دون اقترانه بقبول.

- إذا كان معلقا على شرط وتختلف الشرط.

- انفضاض مجلس العقد في التعاقد بين حاضرين دون صدور قبول.

وإذا سقط الإيجاب لأحد الأسباب المذكورة وصدر بعده قبول فإنه يعتبر إيجابا جديدا، يمكن للطرف الآخر قبوله أو رفضه.

### ب) القبول:

**\* مفهوم القبول:** هو التعبير الجازم والبات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب عن موافقته على الإيجاب ونيته في إبرام العقد، والأصل أن الموجب له حرا في القبول أو الرفض وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، إلا هذه الحرية إنما مقيدة بمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، أي رخصة رفض القبول، خاصة إذا كان الموجب له هو الذي دعا إلى التعاقد مثال رفض صاحب العمل التعاقد مع عمال دون مبرر، وذلك بعد توجيه دعوة إلى التعاقد لشغل وظائف شاغرة.

**شروط القبول:** يجب توفر شرطا في القبول وهما:

- مطابقة القبول للإيجاب: تطابقا تاما أي صدوره موافقا للإيجاب في كل مسائله الأساسية والثانوية دون زيادة أو ، فإذا حدث ذلك اعتبر إيجابا جديدا طبقا للمادتين 66 ق.م.<sup>1</sup>

- صدور القبول قبل سقوط الإيجاب: أي يكون الإيجاب لا زال قائما، قبل انتهاء الأجل إذا حدد بمدة وقبل انفضاض مجلس العقد في التعاقد بين حاضرين، فإذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب اعتبر إيجابا جديدا.

### ج) تطابق الإرادتين أو تطابق الإيجاب والقبول

إن صدور الإيجاب والقبول غير كافيين لقيام العقد وإنما ينبغي اقترانهما، وفي هذا الصدد نميز

بين صورتين للتعاقد، التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين.

**\* التعاقد بين حاضرين أو التعاقد في مجلس العقد:** هو التعاقد الذي يجمع فيه المتعاقدين مجلس واحد دون فاصل زمني بينهما حيث يتصل الإيجاب والقبول مباشرة إلى من وجه إليه، والأصل فورية

<sup>1</sup> تنص المادة 65 من القانون المدني على أنه إذا تم الاتفاق على مسائل العقد الأساسية، وعدم الاتفاق على المسائل الثانوية وبأن ذلك لا أثر له على العقد فيمكن للقاضي أن ...

صدور القبول، إلا أنه يجوز للموجب له أن يصدر قبله ما دام مجلس العقد قائماً في حالة عدم عدول الموجب طبقاً للمادة 64 فقرة 1 ق.م.، ويسمى هذا التعاقد بمجلس العقد الحقيقي في حالة عدم وجود فاصل زمني و مكاني، و مجلس العقد الحكمي أو الافتراضي فهو حينما يتحد المتعاقدان زماناً، ويفصلهما فاصل مكاني فقط كما هو الحال في التعاقد بين الهاتف أو بطريق مماثل كالانترنت... وهو ما بينته الفقرة الثانية من المادة 64 ق.م.<sup>1</sup>

ولأن هناك اتصال مباشر بين المتعاقدين، فإن التعاقد بين حاضرين زماناً ومكاناً (مجلس عقد حقيقي) لا يطرح أي إشكال في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، ويجدد بمكان وزمان تواجدهما. \* التعاقد بين غائبين أو بطريق المراسلة: هو التعاقد الذي لا يجمع في المتعاقدين مجلساً واحداً سواء حقيقة أو حكماً، وكان الاتصال بينهما بطريقة من طرق المراسلة التقليدية كالبرق أو رسول... أو حديث كالبريد الإلكتروني، والمهم أن تكون هناك فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به.

وفي مسألة البحث عن مكان وزمان انعقاد العقد سواء في التعاقد بين حاضرين زماناً وغائبين مكاناً، أو التعاقد بين غائبين مكاناً وزماناً، أربعة مذاهب هي: نظرية إعلان القبول، نظرية تصدير القبول، نظرية وصول القبول، ونظرية العلم بالقبول.<sup>2</sup>

- نظرية إعلان القبول: ترى أن العقد ينعقد بمجرد إعلان القابل قبوله، على أساس أن بصدور الإيجاب والقبول المتطابقين يقوم العقد، ويردّ على هذه النظرية أن الموجب قد لا يعلم بالقبول.
- نظرية تصدير القبول: ترى أن العقد يتم عندما يرسل القابل الرسالة المتضمنة قبوله إلى الموجب، فيمتنع بذلك عن العدول عن القبول، يأخذ على النظرية أن الرسالة قد لا تصل إلى علم الموجب.
- نظرية وصول القبول أو استلام القبول: مقتضاها أن العقد يعتبر تاماً عندما تصل الوثيقة المتضمنة القبول إلى الموجب، حتى لو لم يعلم به، ويلاحظ أن النظرية تجاهلت القبول كذلك.
- نظرية العلم بالقبول: ينعقد العقد عند علم الموجب بالقبول، فيعتبر العقد قائماً في الزمان والمكان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> وفي الحقيقة يقول الفقهاء بأن التعاقد بطريق الهاتف أو الانترنت هو تعاقد بين حاضرين زماناً وغائبين مكاناً.

<sup>2</sup> العربي بلحاج، نظرية الالتزام، الجزء الأول، ص. 79 وما بعدها.

<sup>3</sup> دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 93 وما يليها، وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ص. 80 و81.

\* **موقف المشرع الجزائري:** من خلال نص المادة 67 ق.م. يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول حيث تنص على " يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان والزمان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد نص يخالف ذلك..."، والمقصود بالعلم بالقبول حسب ذات المادة هو العلم الحكمي أي افتراض علم الموجب بالقبول بمجرد وصول القبول إليه طبقا للمادة 61 ق.م. وقرينة افتراض العلم هي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

\* **أهمية تحديد زمان ومكان إبرام العقد:** تبرز من خلال عدة أوجه أهمها:

**من حيث الزمان:** يهتم معرفة تاريخ انعقاد العقد في:

- معرفة تاريخ بدء تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد - بدء سريان مدة تقادم هذه الالتزامات - في الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرفات) حيث لا يستطيع الدائن الطعن بعدم نفاذ تصرفات مدينه المعسر الضارة بالضمان العام إلا إذا كان دينه سابقا على هذا التصرف<sup>1</sup> - لا يسري قانون جديد صادر يعدل في الأحكام القانونية المطبقة على عقد معين، إلا على العقود المبرمة بعد نفاذه وليس له أثر رجعي.

أما من حيث المكان: يظهر في: - معرفة المحكمة المختصة بالفصل في النزاع عندما يتوقف تحديد الاختصاص المحلي على معرفة مكان انعقاد العقد - تحديد قانون الدولة الذي يسري على العقد إذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص تحيل إلى تطبيق قانون مكان إبرام العقد طبقا للمادة 18 ق.م.<sup>2</sup>

### 3) تطبيقات خاصة عن التراضي: صور من توافق الإرادتين

تعرض المشرع الجزائري لبعض الصور أين يتخذ اقتران الإيجاب بالقبول طبيعة خاصة ويترتب عليه آثارا قانونية تميزه عن القاعدة العامة.

أ) **النيابة في التعاقد:** المواد من 73 إلى 77 ق.

\* **تعريف النيابة:** هي حلول إرادة شخص يسمّى النائب محل إرادة شخص آخر يسمّى الأصيل في إبرام تصرف قانوني باسم الأصيل وحسابه.

<sup>1</sup> المادة 191 فقرة 1 ق.م. جزائري.

<sup>2</sup> طبقا للمادة 18 من القانون المدني يطبق على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين فإن لم يحدد قانون مختار طبق قانون مكان إبرام العقد...

وتبرز أهمية النيابة قانونيا وعمليا في أنها ضرورة لقضاء مصالح الأفراد الذين بتعذر عليهم تسيير مصالحهم المالية لموانع السفر أو الغياب أو المرض... وعن طريقها يتم حماية الأشخاص غير القادرين على الدفاع عن حقوقهم كعديمي الأهلية بسبب السن أو عوارض وموانع الأهلية، والنيابة ثلاثة أنواع:

– **النيابة القانونية:** مصدرها القانون مثل نيابة الولي والوصي، ويستمد هؤلاء سلطتهم من القانون، المواد من 87 إلى 97 من قانون الأسرة.

– **النيابة القضائية:** ومصدرها الحكم القضائي مثل نيابة القيم على المحجور عليهم، والحارس القضائي في نظام الإفلاس.

– **النيابة الاتفاقية:** أو عقد الوكالة مصدرها العقد بين النائب (الوكيل) والأصيل (الموكل)، المواد من 571 إلى 589 ق.م.

\* شروط النيابة: تتمثل فيما يلي:

– **الشرط الأول: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل:** حيث أن التعبير عن الإرادة يصدر من الأصيل، والنائب لا يعتبر وسيط بين المتعاقدين ينقل الإرادة وإنما هو يمثل الأصيل في إبرام التصرف، وبالتالي تأخذ إرادته بعين الاعتبار ويجب أن تكون خالية من العيوب المتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، طبقا للمادة 1/73، كما يعتدّ بحسن أو سوء نية النائب إلا في حالة النيابة المقيدة التي لا يكون النائب فيها حرا، ويتصرف فيها وفقا لتعليمات موكله طبقا للمادة 2/73، ويعتدّ بأهلية الأصيل ويجب أن تكون الأهلية كاملة لأن آثار العقد تنصرف إليه، أما أهلية الوكيل فيكفي أن يكون مميزا في النيابة الاتفاقية، وبالنسبة للنيابة القانونية فيجب أن يكون النائب كامل الأهلية لأن الأصيل هو عديم أو ناقص الأهلية.

– **الشرط الثاني: أن يتم التعاقد باسم الأصيل وحسابه:** يجب أن يبرم النائب العقد باسم الأصيل بأن يصرح للمتعاقد الثاني بصفته كنائب طبقا للمادة 75 ق.م.، وإلا فإن آثار العقد تنصرف إلى النائب وليس الأصيل إلا في حالتين: وهي حالة ما إذا كان يستوي لدى المتعاقد التعامل مع الأصيل أو النائب كعقد بيع السلع مثلا، وحالة إذا كان من المفروض أن المتعاقد الثاني يعلم بوجود النيابة.

– **الشرط الثالث: عدم تجاوز النائب لحدود نيابته:** تشترط المادة 74 ق.م. التزام النائب بحدود نيابته لانصراف أثر العقد إلى الأصيل، فإذا تجاوز النائب هذه الحدود المعينة له بمقتضى الاتفاق

أو القانون أو الحكم القضائي، فإن أثر التجاوز ينصرف إلى النائب شخصيا، ويكون مسئولاً عنه، إلا أن هناك استثناءات ترد على القاعدة وينصرف أثر العقد إلى الأصيل في حالتين: - إقرار التجاوز من طرف الأصيل بصفة صريحة أو ضمنية بتنفيذ التصرف، لأن الإقرار اللاحق كالإذن السابق - إذا كان التجاوز يتضمن نفعا للأصيل أي هو عمل من أعمال الفضالة، كبيع النائب للبضاعة بثمن أقل من المتفق عليه في عقد الوكالة خشية من فساد لبضاعة وهلاكها - حالة تصرف النائب بحسن نية بأن كان يجهل بانقضاء النيابة، كوفاة الأصيل (المادة 76 ق.م.).

\* **آثار النيابة:** تنصرف آثار العقد إلى الأصيل، ولا يتحمل النائب أي التزام كما لا يكتسب أي حق، فشخصيته التي تظهر عند التعاقد تزول تماما عند إنتاج العقد لأثره، ولا علاقة له بالتنفيذ إلا إذا كان نائبا في التنفيذ، وبمجرد إتمام العقد تقوم علاقة مباشرة بين الأصيل ومن تعاقد معه النائب، فيطالب كل منهما الآخر بتنفيذ العقد أو بالفسخ أو التعويض إذا كان هناك إخلال بالتنفيذ.<sup>1</sup>

\* **تعاقد الشخص مع نفسه:** يمكن تصور تعاقد الشخص مع نفسه في النيابة من خلال صورتين، تتمثل الصورة الأولى في أن يتعاقد النائب بصفته نائبا عن غيره وأصيلا عن نفسه، كأن يكلفه شخص بالبيع فيشتري لنفسه. وتتمثل الصورة الثانية في أن يتعاقد الشخص بصفته نائبا عن طرفين، فيكلفه شخص بالبيع فيشتري لصالح آخر كلفه بالشراء.

ولقد أجمع الفقه والتشريع على عدم جواز التعاقد مع النفس، لأن هذا التصرف صادر عن إرادة واحدة هي إرادة النائب، ومصلح الأصيل لن تتوفر لها الضمانات الكافية حيث لا يمكن للنائب التوفيق بين مصلحتين متعارضتين، وطبقا للمادة 77 فلا يجوز لشخص التعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر.

واستثنى من هذا المبدأ إذا أجاز الأصيل ذلك بإذن سابق أو إقرار لاحق، وفي حالة ما تقضي به قواعد التجارة.<sup>2</sup>

**(ب) التعاقد بطريق العربون:** العربون هو مبلغ من المال أو أي منقول من نوع آخر يدفعه أحد المتعاقدين للآخر في العقود الملزمة لجانبين، إما بقصد تأكيد العقد وضممان تنفيذه، وإما للاحتفاظ بحق الطرفين في العدول عن التعاقد.

\* **دلالات العربون:** حسب الفقه و ما يظهر من نصوص القانون المدني الجزائري فللعربون دلالتين:

<sup>1</sup> المادة 74 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> المادة 64 من القانون التجاري.

**عربون العدول:** تتمثل في استعمال كلا المتعاقدين في استعمال رخصة العدول أو الرجوع عن التعاقد في حالة عزمه عن عدم المضي في العقد، وعليه يمكن للطرفين العدول خلال المدة المتفق عليها، فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه ردّه ومثله، فالعربون يدفع كمقابل للحق في العدول ولا علاقة له بالضرر اللاحق بأحد المتعاقدين فهو البديل في التزام بدلي.

**عربون الإثبات:** إذا كان قصد المتعاقدين تأكيد العقد و ضمان تنفيذه فلا يجوز استعمال رخصة العدول، فإذا عدل أحد الطرفين يمكن للطرف الآخر أن يطلب التنفيذ العيني، أو الفسخ أو التعويض على أساس المسؤولية العقدية على أساس الضرر الذي لحقه من جراء العدول (لا علاقة للتعويض بقيمة العربون فقد يكون يساوي أو أكثر أو أقل منه).<sup>1</sup>

\* **حكم العربون في القانون المدني الجزائري:** من خلال المادة 72 مكرر،<sup>2</sup> يتبين أنه لمعرفة دلالة العربون يجب الرجوع إلى الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين، فإذا تبين أن إرادتهما انصرفت إلى تأكيد العقد طبقّ عربون الإثبات كأن يتفق الطرفان على كل بنود العقد وكانت قيمة المال المدفوع كعربون مرتفعة، وإذا انصرفت إرادتهما إلى عربون العدول، أو لم يتضح من خلال التعاقد حكم العربون فيأخذ دلالة العدول، وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال عدة اجتهادات قضائية.<sup>3</sup>

**(ج) الوعد بالتعاقد:**

هو اتفاق يتعهد بموجبه أحد المتعاقدين هو الواعد للمتعاقد الآخر الموعد له بإبرام عقد معين في المستقبل إذا أظهر هذا الأخير نيته في إبرام العقد خلال مدة معينة، فهو عقد يمهد لإبرام عقد آخر في المستقبل هو العقد الموعد به، فهو عقد كامل و مرحلة سابقة على إبرام العقد النهائي يتضمن إيجاب وقبول على إبرام العقد الموعد به، ويكون إما وعدا ملزما لجانب واحد هو الواعد، أو ملزما لجانبين وفي هذه الحالة يعتبر عقدا تمهيديا، مثال أن تسعى شركة للحصول على وعد بالبيع من ملاك الأراضي المجاورين لها لأجل توسيع مشروعاتها في المستقبل، ونصت عليه المادتين 71 و 72 ق.م.

\***شروط الوعد بالتعاقد:** يجب توافر الشروط التالية في الوعد بالتعاقد:

<sup>1</sup> دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 116، 117.

<sup>2</sup> أدرج المشرع الجزائري حكم العربون من خلال تعديل القانون المدني 10/05 المؤرخ في 2005.

<sup>3</sup> ملف رقم 1132483، قرار صادر بتاريخ 2017/09/21، غرفة مدنية للمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا العدد الثاني 2017، ملف رقم 0933162، قرار بتاريخ 2014/05/22، قضية (ب.ب) ضد (ش.ع)، الغرفة المدنية للمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2014.

**الشرط الأول:** أن تتوفر جميع شروط الانعقاد والصحة في العقد الموعود به، كتعيين المسائل الجوهرية فإذا كان بيعا يجب تحديد المبيع والتمن.

**الشرط الثاني:** إذا كان الوعد ملزما لجانب واحد تستلزم الأهلية في الواعد فقط دون الموعود له ، وأن تكون إرادته غير معيبة بعيوب الإرادة، وتستلزم الأهلية في كلا من الواعد والموعود له إذا كان ملزما لجانبين.

**الشرط الثالث:** تحديد المدة الزمنية التي يجب إبرام العقد النهائي خلالها وتستخلص صراحة أو ضمنا من خلال ظروف التعاقد.

**الشرط الرابع:** الشكلية فإذا كان العقد المراد إبرامه شكليا كالهبة العقارية أو الرهن الرسمي التي تتطلب الرسمية، فيجب أن يكون الوعد شكليا كذلك أي رسميا عند الموثق وإلا كان باطلا، وهو ما أكدته اجتهادات المحكمة العليا.<sup>1</sup>

**\*آثار الوعد بالتعاقد: تتحد الآثار بمرحلتين:**

– مرحلة ما قبل إبداء الرغبة: يلتزم الواعد بالبقاء على وعده خلال مدة الوعد والامتناع عن أي تصرف من شأنه أن يعيق إبرام العقد النهائي كالتصرف في الشيء الموعود به لشخص آخر.

– مرحلة ما بعد إبداء الرغبة: إذا أظهر الموعود له رغبته بالرفض أو السكوت سقط الوعد أما إذا رغب في إتمام العقد النهائي تم العقد دون الحاجة لرضاء جديد من الواعد وتترتب آثار العقد الموعود به، ويمكن الاتفاق على شروط جديدة والعقد النهائي يفسخ العقد الابتدائي،

وفي حالة امتناع الواعد عن تنفيذ الوعد جاز للموعود له اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكما بإلزام الواعد بتنفيذ وعده وإتمام العقد النهائي، ويقوم هذا الحكم إذا أصبح نهائيا مقام العقد النهائي الموعود به طبقا للمادة 72 ق.م.

**د) التعاقد الإلكتروني أو بطريق الإنترنت:** لقد ازدهر التعاقد الإلكتروني وعرف انتشارا كبيرا في القرن الحالي ، ويرجع ذلك إلى سهولة الاتصال بين المتعاقدين وتجنب تكاليف التنقل، ويعرف العقد الإلكتروني بأنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كلياً أو جزئياً أصالة أو نيابة".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ملف رقم 0910499، قرار بتاريخ 2015/04/16، الغرفة العقارية للمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2015.

<sup>2</sup> مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى عين مليلقن الجزائر، طبعة 2009، ص. 23.

يتم التعاقد الإلكتروني بالاتصال بين المتعاقدين عن بعد عبر أحد وسائط الانترنت، ويتميز العقد الإلكتروني بطبيعة خاصة في ركن التراضي، حيث يصدر بصفة آلية وسريعة عبر الضغط على زر الموافقة، وقد يكون العرض الصادر في الانترنت مجرد دعوة إلى التعاقد كالإعلان عن بيع السلع أو الخدمات، ويرتقي إلى تعبير بالإيجاب إذا كان عرضا كاملا ونهائيا وتم إعداد عقد نموذجي نهائي صالح للاقتران بالقبول.<sup>1</sup>

ويعتبر التعاقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين مكانا حيث يتم عن بعد، أو بين طرفين متواجدين في مكانين مختلفين، أما من حيث الزمان، فيتم تكييف التعاقد الإلكتروني حسب الطريقة التي يتم بها، إما تعاقد بين حاضرين أو غائبين:

- تعاقد عن طريق المشاهدة والمحادثة: يعتبر تعاقد بين حاضرين زمانا لأن المتعاقدين يجتمعهما مجلس عقد حكومي فيشاهدون ويسمعون بعضهما مباشرة وليس هناك فاصل زمني بينهما، كما هو الحال في العلاقة التي تجمع البنوك بزبنائها عبر الانترنت.

- تعاقد عبر شبكة المواقع الإلكترونية الويب web: فقد يكون تعاقد بين حاضرين أو غائبين، بحسب ما إذا كانت هناك فاصل زمني بين صدور القبول والعلم به من الموجب.

- تعاقد بالبريد الإلكتروني: هو تعاقد بين غائبين لأن هناك فاصل مكاني وزماني بينهما.

#### ه) التعاقد بطريق المزيدة:

نص المشرع الجزائري في المادة 69 على التعاقد بالمزاد " لا يتم العقد في المزادات إلا برسو المزاد ويسقط المزاد بمزاد أعلى منه ولو كان باطلا" ويتم التعاقد بطريق المزاد في بعض العقود كالبيع، ومنها بيوع المزاد الاختيارية أو الجبرية عن طريق الإدارة أو القضاء، لبيع أموال المدين المعسر للوفاء بديونه.<sup>2</sup>

إن افتتاح المزاد العلني ليس إيجابا حتى لو كان مصحوبا بسعر أساسي، وإنما هو دعوة إلى التعاقد لأنه عرضا أوليا وليس كاملا، فلا يتضمن شروط الإيجاب، ويعتبر الإيجاب مجموع العطاءات التي يقدمها المتزايدين، حيث يلتزم كل متقدم بالبقاء على إيجابه حتى يتقدم شخص آخر بعطاء أعلى، فيسقط الإيجاب الأقل بإيجاب أكبر منه قيمة، حتى لو كان العطاء الجديد باطلا، أما القبول فهو رسو

<sup>1</sup> يرجع إلى شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2008.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 89.



العتاء على آخر متزايد وهو صاحب العطاء الأكبر، وينعقد العقد من وقت علم الأخير برسو المزداد عليه.

(و) عقود الإذعان: تم التعرض إلى عقود الإذعان في تقسيمات العقود— وعقد الإذعان هو العقد الذي يتميز بعدم التوازن بين طرفيه ويؤثر ذلك على التراضي، فأحد المتعاقدين يملك احتكار اقتصادي في سلعة أو خدمة والطرف الآخر يحتاج إليها، ويصبح احتكارا قانونيا وينفرد الطرف القوي في الإيجاب بتحديد شروط العقد وآثاره، وما على الطرف الضعيف المدعن إلا القبول بكل شروط العقد أو رفضها دون مساومة أو مناقشة لها، وأهم هذه العقود عقد العمل وعقد النقل والتأمين، فيكون القبول بمجرد التسليم بشروط يقررها الموجب، فعقد الإذعان هو عقد رضائي ولا ينطوي على إكراه لأنه وافق بإرادته الكاملة بكل حرية وإدراك واختيار.

لذلك أحاطها المشرع بحماية خاصة للطرف المدعن، من تعسف الطرف القوي من خلال المادة 110 ق.م. على أنه إذا تضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية يمكن للقاضي تعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المدعن منها، طبقا لما تقتضيه العدالة، ونص المشرع في المادة 112 ق.م. على أن تفسير العبارات الغامضة الواردة في عقد الإذعان تكون لمصلحة الطرف المدعن دائما كان أو مدينا.<sup>1</sup>

### ثانيا: صحة التراضي

حتى يكون التراضي صحيحا، يجب أن يكون صادرا من أي أهلية سواء كان إيجابا أو قبولا، كما ينبغي أن تكون الإرادة خالية من العيوب، ويؤدي تخلف ركن التراضي إلى بطلان العقد، بينما إذا كان التراضي غير صحيح فالعقد قابل للإبطال.

**1- الأهلية:** الأهلية نوعان أهلية وجوب وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وأهلية أداء وهي صلاحية الشخص للقيام بنفسه ولحسابه بالتصرفات القانونية، والأهلية في العقود تتعلق بأهلية الأداء، ومناطقها التمييز والإدراك، وطبقا للمادة 40 ق.م. 3 كل شخص بلغ سن الرشد أي 19 سنة، وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وتعتبر أحكام الأهلية من النظام العام فليس لأحد التنازل عن أهليته أو تغيير أحكامها ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> على خلاف الحكم في القاعدة العامة على أن تفسير العبارات الغامضة في العقد تكون لمصلحة المدين.

<sup>2</sup> المادة 45 من القانون المدني الجزائري.

أ- تدرج أهلية الأداء بحسب السن: تدرج الأهلية بالنظر إلى سن الشخص إلى ثلاث مراحل:  
\* المرحلة الأولى: القاصر غير مميز أو عديم التمييز: وتمتد هذه المرحلة من ولادته إلى بلوغ سن 13 سنة، ويكون الشخص خلال هذه المرحلة فاقد التمييز عديم أهلية الأداء، وجميع تصرفاته باطلة طبقا للمادة 42ق.م.

\* المرحلة الثانية: القاصر المميز ناقص الأهلية: يعتبر كذلك من تاريخ بلوغ الشخص سن التمييز أي 13 سنة كاملة لغاية بلوغه سن الأهلية الكاملة أي 19 سنة كاملة، ويكون عديم التمييز وبالتالي ناقص أهلية الأداء طبقا للمادة 43 ق.م. فتصرفاته المالية تعتر صحيحة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً، وباطلة إذا كانت ضارة ضرراً محضاً، وقابلة للإبطال أي صحيحة مهددة بالزوال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر.<sup>1</sup>

\* المرحلة الثالثة: الشخص كامل الأهلية: كل شخص بلغ سن 19 سنة كاملة هو كامل الأهلية يجوز له مباشرة كل التصرفات القانونية وتقع صحيحة طبقا للمادة 40 ق.م إلا إذا مسه عارض من عوارض الأهلية.

ب- عوارض الأهلية: إن الشخص كامل الأهلية قد تمس أهليته أحد العوارض فتأثر عليها قانونا ويصبح ناقص أو عديم الأهلية، فهي نوعان:

\* عوارض معدومة للأهلية: وتمثل في الجنون والعتة، وكلاهما يعتبر خلل في العقد فالجنون يفقد العقل تماما، أما العتة فينقصه، فإذا أصيب الشخص بإحدهما أصبحت تصرفاته باطلة أي في حكم تصرفات الصبي غير المميز لانعدام التمييز والإدراك طبقا للمادة 42 ق.م.

\* عوارض منقصة للأهلية: تتمثل في السفه والغفلة، وهذين العارضين يمسان تدبير الشخص وليس عقله، أي عنصر الإدراك، وحكم تصرفات السفه وذي الغفلة هي كالصبي المميز، قابلة للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، وصحيحة إذا كانت نافعة، وباطلة إذا كانت ضارة، طبقا للمادة 43ق.م.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> التصرفات النافعة نفعاً محضاً هي التي تؤدي إلى زيادة الذمة المالية، والضارة ضرراً محضاً إلى افتقار الذمة المالية، أما الدائرة بين النفع والضرر فهي تصرفات تحتل الربح والخسارة، وقد نص قانون الأسرة بشأن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر على أن حكم العقد هو عقد موقوف لا ينتج آثاراً قانونية إلا إذا تم إجازته من طرف الولي أو الوصي طبقاً لحكم المادة 83 من قانون الأسرة.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 97.

\* الفرق بين عوارض الأهلية وموانع الأهلية: قد يكون الشخص كامل الأهلية وغير مصاب بأحد عوارض الأهلية، إلا أن القانون يمنعه من مباشرة التصرفات أو يكون غير قادر على ذلك، مراعاة لمصلحته الخاصة وهي ثلاث موانع:

- المانع القانوني: يتعلق بحالة المسجون الذي يحكم عليه بمسئوليته الجنائية، وبعقوبة تكميلية وهي منعه من التصرفات القانونية، ويعين له قيما لتمثيله في مباشرة التصرفات القانونية.

- المانع الطبيعي: وتتعلق بحالة ذو العاهتين، حيث نص المشرع على ضرورة تعيين مساعد قضائي لمساعدته في التعبير عن إرادته طبقا للمادة 80 ق.م وإلا كان العقد قابلا للإبطال، أو المريض مرض الموت حيث تصرفاته تكون قابلة للإبطال لمصلحة الورثة.

- المانع المادي: ويتعلق بحالة المفقود والغائب، حيث يتم تعيين نائب لمباشرة أعماله القانونية، وإدارة مصالحه طبقا لأحكام قانون الأسرة.<sup>1</sup>

وقد يكون المنع من التصرف حماية لمصلحة العاملة، كمنع القضاة وأعوان القضاء ككتاب الضبط والخبراء... من شراء الحقوق المتنازع عنها الواقعة في اختصاص المحاكم التي يباشرون أعمالها في دائرتها، فتصرفاتهم باطلة طبقا للمادة 402 ق.م.

## 2) عيوب الإرادة

نص المشرع الجزائري على أربعة عيوب من عيوب الإرادة وتتمثل في الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال، وتتمثل في حلال يمس الإرادة عند تكوين المتعاقد لرضاه فيصح الرضا معيبا وحكم العقد أنه قابلا للإبطال لمصلحة من كان ضحية لعيب من عيوب الإرادة.

أ- الغلط: هو وهم تلقائي يقوم في ذهن الشخص فيدفعه إلى تصور أمرا على خلاف الحقيقة أو مخالفا للواقع ويؤدي به إلى التعاقد كمن يقوم بشراء لوحة زيتية معتقدا أنها أصلية أو لفنان مشهور، ثم يتبين بأنها مجرد تقليد، ونص عليه المشرع في المواد من 81 إلى 85 ق.م.

\* النظرية التقليدية في الغلط: قسم الفقه التقليدي الغلط على أساس موضوعي إلى ثلاث أنواع:

- الغلط المانع: هو الغلط المعدم للإرادة والعقد يكون باطلا بطلانا مطلقا، ويكون في ماهية الالتزام، أو في ذاتية محل الالتزام أو في السبب.

<sup>1</sup> تناول المشرع الجزائري أحكام الغائب والمفقود في المادة 108 و109 من قانون الأسرة، ويرجع إلى دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 129، 130، 131.

- **الغلط غير المؤثر:** هو الذي لا يؤثر في قيام العقد بالإبطال، حيث يقع في أمور ثانوية في العقد كالغلط المادي في القيمة أو الحساب أو في المتعاقد إذا لم يكن ذلك مهما.

- **الغلط المؤثر أو المعيب للرضا:** هو الذي يقع في - ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد - والغلط الذي يقع في صفة من صفات محل الالتزام الأساسية.<sup>1</sup>

\* **النظرية الحديثة في الغلط:** تعرضت هذه النظرية للنقد من الفقه الحديث وتم هجر المعيار المادي الموضوعي الذي يقسم الغلط إلى أصناف، ويتم الإبطال على أساس أين وقع الغلط؟ واعتمد الفقه الحديث على المعيار الذاتي في إبطال العقد على أساس الغلط، فيكفي أن يكون الغلط **جوهريا** أي هو الدافع الأساسي للمتعاقد في إبرام العقد.

\* **موقف المشرع الجزائري:** وقد اعتمد المشرع الجزائري اتجاه الفقه الحديث من خلال المادة 81 و82 ق.م. أي المعيار الذاتي، فيؤدي الغلط إلى إبطال العقد في حالة توفر شرط وحيد وهي أن يكون **جوهريا** أي دافعا إلى التعاقد بحيث بلغ حدا من الجسامة لو تبين للمتعاقد لامتنع عن التعاقد، سواء كان في ماهية العقد أو في محل العقد أو في سببه أو في شخصية المتعاقد الآخر... والمهم هو أهمية الغلط في نظر المتعاقد ومن الأمثلة التي ساقها المشرع في المادة 82 ق.م. - الغلط في الشيء محل التعاقد أو في صفة يراها المتعاقدان جوهرية كالغلط في نوعية القماش الذي اشتراه الشخص، - والغلط في شخصية المتعاقد كأن يعتقد المؤجر أن المستأجر شخص متزوج وله عائلة ويتبن أنه أعزب. وهو ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها، كما اعتمد في استثناء دقيق المعيار الموضوعي واعتبر الغلط في الحساب والقيمة غير مبطل للعقد وإنما يكفي **تصحيح العقد**.<sup>2</sup>

\* **الغلط وحسن النية في التعاقد:** اشترط الفقه شرطا آخر للتمسك بالغلط كسبب لإبطال العقد يتمثل في اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر، حيث حسبهم لا يجوز مفاجئة المتعاقد الثاني حسن النية بإبطال عقد لسبب لم يكن يدري شيئا عن أهميته، فيعتبر مساسا بمبدأ حسن النية في العقود، واشتروطوا أن يكون المتعاقد الثاني قد وقع في نفس الغلط، أو كان على علم به، أو من المفروض أن يعلم ومثاله أن يشتري شخص قطعة معتقدا أنها أثرية ثم يتبين عكس ذلك، فيجب لإبطال العقد أن يكون الطرف الثاني

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ص. 101، و102، ودرديد محمود علي، مرجع سابق، ص. 132، 133.  
ملف رقم 4046468 صادر بتاريخ 2008/04/23، الغرفة المدنية للمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا العدد الأول، 2008، ص. 113-119<sup>2</sup>.

وقع في نفس الغلط أو على الأقل على علم أو من المفترض أن يعلم من خلال الظروف بأهمية هذه الصفة في نظر من تعاقد معه.

ولقد أخذ المشرع بهذا الحكم من خلال المادة 85 كأثر وليس كشرط، حيث تقضي المادة بأنه ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية ويبقى على الأخص ملزماً بالعقد بقصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ العقد ويظل بذلك من يشتري قطعة معتقداً أن لها قيمة أثرية مرتبطاً بعقد البيع، إذا عرض البائع استعداده لأن يسلم للمشتري نفس الشيء الذي انصرفت إرادته إليه.

**ب- التدليس:** هو عيب من عيوب الإرادة نص عليه المشرع في المادتين 86 و 87 ق.م. والمقصود به هو استخدام أحد المتعاقدين لطرق احتيالية لتغليط المتعاقد الثاني ودفعه إلى التعاقد، فالتدليس هو تغليط بإيقاع المتعاقد الآخر في الغلط، وهو الأمر الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال.

**\* شروط التدليس:**

**الشرط الأول - استخدام طرق احتيالية لإيقاع المتعاقد الآخر في الغلط:** ويجب توافر عنصرين، العنصر الأول هو مادي يتعلق باستخدام الحيل والخدع للتأثير في المتعاقد الثاني ولم يحصرها المشرع في شكل معين، فقد تكون على شكل مادي ملموس كتزوير مستندات أو اصطناعها، أو استخدام صفة كاذبة، أو الكذب غير المألوف كتصريح المؤمن له الكاذب لشركة التأمين، ويعتبر مجرد السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة مهمة في التعاقد تدليسا ككتمان بائع سيارة تعرضها لحادث مرور طبقاً للمادة 86 فقرة 2.<sup>1</sup>

كما يجب أن يقترن ذلك بنية غير مشروعة فالكذب المباح الصادر من التاجر لترويج بضاعته لا يتضمن أي نية لتضليل ولا يبطل العقد.

**الشرط الثاني - أن تكون الطرق الاحتيالية هي الدافع إلى التعاقد:** بحيث تبلغ حداً من الجسامة لو تبينها المدلس عليه لما تعاقد، ويستند القاضي في ذلك إلى المعيار الذاتي، أي إلى مدى تأثير الحيلة في التعاقد ودفعه إلى التعاقد على أساس ظروف المتعاقدين كالسن والجنس، ودرجة الخبرة والثقافة، وإلى ظروف التعاقد...

<sup>1</sup> علي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 61، و دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 210، 211.

**الشرط الثالث- اتصال التدليس بالمتعاقد الثاني:** أي أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الثاني، أو أن هذا الأخير يعلم به أو من المفروض أن يعلم، فإذا لم يكن له أية صلة بالتدليس فلا يؤثر على صحة العقد ومثاله، إذا تم العقد بين أكثر من شخصين في عقد الشركة وكان موضوعه غير قابل للانقسام، فلا يجوز للمتعاقد للمدلس عليه طلب إبطال العقد بأن احد الشركاء قام بتدليس، ويكون باقي الشركاء بمعزل عن التدليس، حماية للثقة واستقرار المعاملات، ويقتصر حق المدلس عليه على طلب التعويض ممن صدر منه التدليس طبقا للمادة 87 ق.م.

**ج- الإكراه:** هو عيب يفسد إرادة المتعاقد بسبب خضوعه لضغط مادي أو معنوي يولد في نفسه رهبة تدفع للتعاقد، نصت عليه المادتين 88 و 89 ق.م. وقد ميز الفقه بين الإكراه المعدم للرضا الذي تكون فيه إرادة المتعاقد معدومة وحكم العقد هو البطلان المطلق لانعدام الرضا، كمن يمسك يد المكره بقوة ويجعله يوقع على سند الإبراء، أما الإكراه المفسد للرضا الذي يجعل إرادة المكره موجودة ولكنها فاقدة لعناصرها كالحرية والاختيار، فالمكره تحت التهديد والضغط اختار أهون الضررين وأراد ويكون العقد قابلا للإبطال.

**\*شروط الإكراه:** تتمثل في ثلاثة شروط:

**الشرط الأول:** استعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع: فقد تكون وسيلة الإكراه مادية باستخدام قوة مادية بالضغط على شخص كالضرب الشديد لدفع الشخص إلى التعاقد، أو معنوية بالتهديد بخطر جسيم حالا أو محقق وشيك الوقوع لا يمكن تجنبه، بإلحاق الأذى للمتعاقد أو أحد أقاربه من الأصول أو الفروع أو الزوج الآخر، في النفس بالقتل أو الجسم بالضرب أو الخطف، أو المال بالسرقة أو في الشرف بالتشهير مثلا...وينبغي أن يكون الغرض غير مشروع، فإذا كان مشروعاً كدائن يهدد مدينه باللجوء إلى القضاء لطلب الحجز على أموال مدينه.<sup>1</sup>

**الشرط الثاني: الرهبة التي تدفع إلى التعاقد:** ويقصد بها أن يؤثر الضغط الشديد في نفسية المتعاقد وينتج خوفا شديدا يدفعه إلى التعاقد وتقدر الرهبة على أساس المعيار الذاتي، وتخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فيراعي في ذلك ظروف المتعاقدين السن والجنس والمستوى التعليمي، والحالة الصحية والنفسية والمركز الاجتماعي، وأحوال التعاقد كالليل أو النهار أو في بيئة قريبة أو بعيدة عن العمران.

<sup>1</sup> يرى أغلب الفقه أن الإكراه لا يتحقق طالما كان الغرض مشروعاً حتى لو كانت الوسائل غير مشروعة، يرجع إلى عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، ص.341، 342، ودريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 157 وعلي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 66.

**الشرط الثالث: اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر:** وهو نفس شرط التدليس، حيث يجب أن تكون وسيلة الإكراه صادرة من المتعاقد الثاني، أو يكون على علم بها أو على الأقل من المفروض أن يعلم، فإذا كان حسن النية وثبت عدم وجود أي صلة أو تواطؤ بين المتعاقد والشخص الذي مارس الإكراه، فلا يكون لضحية الإكراه طلب إبطال العقد وإنما يجوز له طلب التعويض على اعتبار عدم مشروعية الإكراه طبقاً للمادة 89 ق.م.

**د- الاستغلال:** يعتبر الاستغلال عيب مفسد للرضا حيث نص عليه المشرع في المادة 90 ق.م. ويقصد به استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر من طيش بي | ن أو هوى جامح لدفعه إلى التعاقد و يؤدي إلى عدم التوازن بين التزامات الطرفين.

\* شروط الاستغلال: طبقاً للمادة 90 ق.م. يشترط توافر شرطين:

**الشرط الأول: العنصر المعنوي وهو أن يكون المتعاقد الضحية في حالة ضعف نفسي حصرها المشرع في حالتين: الطيش البين وهي الخفة والتسرع الزائد الذي يؤدي إلى التصرف دون إرادة حكيمة كالوارث الشاب الذي يبذر أمواله على غير مقتضى العقل فيبيعها بثمان بخس لشراء أشياء دون فائدة، أما الهوى الجامح فهو الولع والرغبة والتصرف بعاطفة اتجاه المتعاقد الثاني، كشخص مسن يتزوج بامرأة شابة جميلة، فتستغل فيه ذلك ليهب لها أموالاً، ويجب أن يكون للطرف الآخر غرضاً غير مشروع وهي نية الاستفادة من حالة الضعف.**

**الشرط الثاني: العنصر المادي أي عدم التوازن في الالتزامات:** وهي اختلال أداءات الطرفين بشكل فادح غير مألوف ويرجع لقاضي الموضوع تقدير معيار التفاوت الفادح، سواء تعلق بعقد تبرع أو عقد معاوضة.

\* **الفرق بين الاستغلال والغبن:** نص المشرع على أن الاستغلال هو عيب من عيوب الإرادة إلا أنه يتضح منة خلال المادة 91 أنه احتفظ بالغبن في تطبيقات على سبيل الحصر في القانون، والغبن هو عيب مادي في العقد، مجاله الطبيعي المعاوضات ولا يطبق في التبرعات، ويتمثل في عدم التوازن الاقتصادي في العقد، أي اختلال التزامات الطرفين اختلالاً فادحاً وشاذاً، وهو المظهر أو العنصر المادي إلا أنه لا يرتبط باستغلال حالة ضعف، أي لا يوجد مظهر معنوي له وبالتالي لا يعتبر عيب من عيوب الإرادة، وبالتالي فهو لا يؤدي إلى إبطال العقد، وإنما إلى إعادة التوازن والتعادل للالتزامات بما يرفع حالة الغبن.

ومن أهم حالات الغبن المادي في القانون المدني الجزائري، الغبن في بيع العقار الذي نصت عليه المادة 358 ق.م. بحيث إذا زادت قيمة الغبن عن الخمس القيمة الحقيقية للعقار، فيجوز طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس.

**3- حكم نقص الأهلية وعيوب الإرادة:** تتعلق عيوب الإرادة بخلل في إرادة الشخص عند تكوين رضاه وإبرام العقد، وتؤدي إلى قابلية العقد للإبطال لمصلحة ضحية كل من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، ويقع على عاتق إثبات عيوب الإرادة وشروطها ويتم بكافة وسائل الإثبات بالكتابة والشهود والقرائن... كما يؤدي نقص الأهلية بسبب السن أو عارض من العوارض المنقصة للأهلية السفه والغفلة، إلى إبطال العقد- أي البطلان النسبي- لصالح ناقص الأهلية، ويتقدم الحق في طلب إبطال العقد لنقص الأهلية أو غلط أو تدليس أو إكراه. بمرور 10 سنوات من تاريخ إبرام العقد أو 5 سنوات من بلوغ سن الأهلية أو اكتشاف الغلط أو التدليس أو ارتفاع الإكراه، كما يسقط الحق في طلب إبطال العقد للاستغلال بمرور سنة من تاريخ إبرام العقد.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني- ركن المحل

يعتبر المحل لركن الثاني في العقد ويؤدي تخلفه إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، وقد نص المشرع الجزائري على شروطه وأثره في المواد من 92 إلى 95 ق.م.

## أولا- مفهوم محل العقد

لم يعرف المشرع المحل إلا أن الفقه ميز بين محل الالتزام ومحل العقد، وقد اعتبر أن المحل هو ركن يتحدد بالالتزام الناشئ عن العقد، ومحل الالتزام هو الأداء الذي يتعهد به المدين في مواجهة الدائن كما ورد في تعريف العقد في المادة 54 ق.م، فإما أن يكون إعطاء شيء أو القيام بعمل كالالتزام العامل بالقيام بجهد فكري أو بدني، أو الامتناع عن عمل. وعنه يأتي محل العقد فهو العملية القانونية التي اتفقا على تحقيقها المتعاقدين، وتتحدد بالالتزامات الرئيسية، ففي عقد البيع محل التزام البائع بقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، وفي عقد العامل التزام العامل بالقيام بجهد فكري أو بدني...

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص.133. ومدة سقوط دعوى إبطال العقد للاستغلال هي مدة قصيرة، هي مدة سقوط لا تقادم، بحيث لا تخضع للوقف أو الانقطاع.



ثانيا- شروط المحل: يجب أن تتوفر في المحل ثلاثة شروط لا يقوم إلا بها نص عليها المشرع في المواد من 92 إلى 96 ق.م.

الشرط الأول: أن يكون المحل ممكنا وموجودا أو قابلا للوجود: يجب أن يكون الأداء الذي ورد عليه التعاقد ممكنا فلا التزام بمستحيل، فإذا كان المحل مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا حسب المادة 93 ق.م. والمقصود بها الاستحالة المطلقة<sup>1</sup> التي يمتنع على أي كان القيام بها كتعهد محامي برفع دعوى استئناف ثم تبين أن ميعاد الاستئناف قد انقضى.

وإذا ورد التعاقد على شيء معين فيجب أن يكون الشيء موجودا عند إبرام العقد أو قابلا للوجود طبقا للمادة 92 ق.م. فإذا هلك الشيء قبل التعاقد كان العقد باطلا لعدم وجود المحل، أما إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى أن المحل سيتحقق في المستقبل فالعقد صحيحا ومثاله شراء الثمار قبل نضجها، وشراء المنازل في طور الإنجاز(عقد البيع على التصاميم الذي نظمه القانون 04/11)<sup>2</sup>، إلا أن المشرع قد منع التعامل في الأشياء المستقبلية كرهن المال المستقبل وهبته، وجميع العقود الواردة على تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه طبقا للمادة 92 فقرة 2 ق.م. إلا في نطاق الوصية.<sup>3</sup>

الشرط الثاني: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين: إن الأداء محل العقد يجب تحديده وإلا كان العقد باطلا، فإذا ورد علة عمل يجب أن يحدد العمل تحديدا كافيا كتحديد التزام المقاول ببناء منزل بتحديد كيفية البناء وآجاله...

أما إذا ورد التعاقد على شيء فتحدد خصائصه ومواصفاته بما يمنع الاختلاط بغيره، فتميز بين الأشياء القيمة أو المحددة بذاتها، فيكون تحديد العقار بتعيين موقعه ومساحته، وطوابق هي وواجهاته ورقم الدفتر العقاري... أما المنقول فيحدد بخصائصه وصفاته الجوهرية كتعيين السيارة بصنفها ولونها وتاريخ صنعها، والأشياء المثلية أي المحددة بنوعها وهي المقدرة بالقياس أو الوزن أو العدد: فوجب تحديد نوعها وصنفها ومقدارها، كشراء كمية من القمح أو مواد البناء، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الجودة، فلا يبطل العقد ويدفع شيء من صنف متوسط(المادة 94 ق.م.).

<sup>1</sup> أما الاستحالة النسبية فتعني أن المدين يستحيل عليه القيام بالالتزام كتعهد شخص بتصميم بيت، ثم تبين بأنه ليس مهندسا ولا يفقه شيئا في التصميم، فالعقد ليس باطل وإنما صحيح ويمكن للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ أو التعويض.

<sup>2</sup> المتعلق بالقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية مؤرخ في 17 فبراير 2011، جريدة رسمية العدد لسنة 2011.

<sup>3</sup> وقد ذهب جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية إلى عدم جواز التصرف في المعلوم إلا في استثناءات كعمقود السلم والاستصناع، كما قال المالكية بجواز التصرف على المعلوم في التبرعات دون المعاوضات، يرجع إلى العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مرجع سابق، ص.

وإذا تعلق محل الالتزام بدفع مبلغ من النقود كضمن في عقود البيع أو قسط في الإيجار و دين في القرض، فيلتزم المدين بدفع المبلغ ذاته المقدر في العقد دون زيادة أو نقصان، ودون أن يكون لارتفاع قيمتها أو انخفاضها قيمة عند الوفاء(المادة 95 ق.م.)<sup>1</sup>

**الشرط الثالث- أن يكون المحل مشروعاً:** يشترط في المحل المشروعية طبقاً لنص المادة 93 ق.م. وإلا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً، والمقصود بالمشروعية أن يكون غير مخالف لنص أمر في القانون سواء كان قانوناً عاماً أو خاصاً، أو للنظام العام والآداب العامة،<sup>2</sup> فإذا ورد التعاقد على عمل يجب أن يكون مغير مخالف للقانون والنظام العام والآداب العامة، مثل حرمان القضاة وأعوانهم من شراء الأملاك المتنازع عليها في دائرة اختصاصهم أو الاتفاق على فائدة في القرض الاستهلاكي بين الأفراد. وإذا ورد التعاقد على شيء يجب أن يكون مما يجوز التعامل فيه، فإذا كان خارجاً عن دائرة التعامل بطبيعته كالهواء والماء... أو بنص قانوني كالتصرف في الأملاك العمومية بالبيع، أو في المخدرات لغير غرض طبي أو بيع الأعضاء البشرية خارج إطار القانون، أو بيع الأسلحة دو ترخيص والسيارات المحظور بيعها... إلخ، وإلا يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

### الفرع الثالث: ركن السبب

يعتبر السبب الركن الثالث في العقد، وقد جعله المشرع مستقل عن ركن المحل بموجب القانون 10/05 المذكور، والجدير بالذكر أن بعض الفقه ينكر ركن السبب ويقول بإمكانية الاستغناء عنه بإعمال أحكام عيوب الإرادة كالغلط والإكراه، وهو ما اتجه إليه المشرع الفرنسي في تعديل 2016.

### أولاً- مفهوم السبب:

إن ما يميز السبب عن المحل، هو أن المحل هو الجواب عن السؤال بماذا التزم المدين؟ أما السبب فهو الجواب عن السؤال بماذا التزم المدين؟ و في إطار السبب هناك نظريتين:

<sup>1</sup> وهناك استثناءات تتعلق ببعض العقود كعقد الإيجار طويل المدة وعقد العمل حيث يجوز للمتعاقد العامل أو المؤجر المطالبة بزيادة الأجرة في عقد الإيجار أو الأجر في عقد العمل والحال كذلك في العقود الدولية.

<sup>2</sup> إن فكرة النظام العام والآداب العامة، هي فكرة مرنة تختلف من مكان إلى آخر ومن زمان لآخر، وتتعلق بالأسس الجوهرية في مجتمع معين، فقد ترتبط بالدين و العادات والتقاليد والعرف السائد...

- السبب في النظرية التقليدية: هو الغرض المباشر من الالتزام ، ويتحدد في العقود المتمثلة آليا، ففي العقود الملزمة لجانبين يتحدد سبب التزام المتعاقد بمحل التزام المتعاقد الآخر، فسبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن، وفي عقود التبرع سبب الالتزام هو نية التبرع.

- السبب في النظرية الحديثة: مقتضاها أن سبب العقد الباعث الدافع إلى التعاقد وهو أمر داخلي نفسي يختلف من متعاقد إلى آخر.<sup>1</sup>

ثانيا- شروط السبب: اعتمد المشرع الجزائري ازدواج السبب، فأخذ بسبب الالتزام بخصوص الشرط الأول وهو وجود السبب، فنصت المادة 98 ق.م. على أن كل التزام مفترض أن له سبب مشروع، وبسبب العقد بالنسبة للشرط الثاني مشروعية السبب، أي الدافع إلى التعاقد من خلال المادة 97 ق.م. بقولها إذا كان التزام المتعاقد لسبب غير مشروع كان التعاقد باطلا.

الشرط الأول- وجود السبب: فإذا كان السبب معدوما كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، كمن يتعهد بدين تحت الإكراه دون وجود سبب، أو من يتعاقد نتيجة وجود غلط في سبب العقد كمن يتعهد بتنفيذ وصية تم يتبين أن الموصي قد عدل عنها قبل وفاته.

الشرط الثاني- مشروعية السبب: أن يكون سبب العقد مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، ويجب البحث هنا في الباعث إلى التعاقد، وليس في سبب الالتزام.

ثالثا- إثبات سبب العقد: قد لا يذكر سبب العقد ولا يظهر من خلال التعاقد، لذلك فرقت نص المادة 98 بين حالتين:

- عدم ذكر السبب في العقد: افترض المشرع أن السبب موجود ومشروع وهي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس ويجوز لمن يدعي العكس أي عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته، ويتم إثبات ذلك بكل طرق الإثبات (المادة 1/98 ق.م.).

- ذكر السبب في العقد: أقام المشرع قرينة قانونية بسيطة مفادها أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، وعلى من يدعي صورية السبب إثبات ذلك بالكتابة، لأنه لا يجوز إثبات عكس ما

<sup>1</sup> للتفصيل حول النظرية التقليدية والحديثة في ركن السبب يرجع إلى دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 194 وما يليها.

هو ثابت بالكتابة إلا بكتابة مثلها، أما إذا ادعى المدين عدم المشروعية فيحوز إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات لأنها من النظام العام.<sup>1</sup>

### الفرع الرابع: ركن الشكل في العقود الشكلية

الأصل في التعاقد الرضائية، ويكفي التراضي لانعقاد سائر العقود طبقاً للمادة 59 ق.م. فجوهر العقد مبدأ سلطان الإرادة ولا يجب تقييده بحدود معينة كالشكلية، كما كان معمولاً به في العصر الروماني، وهو الاتجاه في التشريعات الحديثة.

#### أولاً- مفهوم الشكلية والهدف منها:

إلا أن بعض التصرفات القانونية تتطلب أن تتخذ شكلاً معيناً بهدف حماية مصلحة المتعاقدين في حالة ما إذا كان التعاقد يرد على أشياء ذات قيمة اقتصادية، بتبنيهم إلى خطورة التصرف، كما تهدف الشكلية إلى حماية المصلحة العامة من خلال فرض الرسوم على التصرفات. فالشكلية هي إضفاء الكتابة على العقود كركن في انعقاد العقد فإذا تخلفت الكتابة كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

#### ثانياً- أنواع الشكلية:

أنواع الشكلية أو الكتابة نوعان الكتابة الرسمية والكتابة العرفية  
أ) الكتابة الرسمية: التي اشترطها المشرع كركن في العقد إلى جانب الأركان الأخرى وتعني إفراغ تراضي المتعاقدين في قالب شكلي رسمي يتدخل موظف مختص أو ضابط عمومي، ومن أهم التصرفات التي يشترط فيها الكتابة الرسمية كركن في العقد جميع التصرفات التي تهدف إلى نقل حق عيني عقاري، كعقد بيع العقار وهبته ورهنه، وذلك تحت جزاء البطلان المطلق، طبقاً لنص المادة 324 مكرر 1 ق.م. بالإضافة إلى عقد بيع المحل التجاري.<sup>2</sup>

ب) الكتابة العرفية: قد يتم تحرير بعض العقود بكتابة عرفية، والعقد العرفي هو محرر مكتوب بمعرفة المتعاقدين يتضمن توقيعهما ويكون ثابت التاريخ، وقد يتضمن توقيع الشهود، حيث يعتبرها كوسيلة

<sup>1</sup> ونفس الحكم مقرر في القانون المدني العراقي في المادة 132، والقانون المدني البحريني، المادة 112، يرجع إلى دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 211.

<sup>2</sup> ملف بتاريخ 0967151، قرار صادر بتاريخ 2016/02/11، الغرفة العقارية للمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2016، ص.ص. 70-73.

للإثبات من خلال نص المادة 327 ق.م. حيث أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبغه، ويعتمد عليه في العقود الرضائية كعقد الشركة المدنية(المادة 4).

● الفرق بين شكلية الإثبات وشكلية الانعقاد: إن الكتابة قد تكون ركنا لقيام العقد ويترتب على تخلفها بطلان العقد بطلانا مطلقا، كما هو الحال في عقد بيع العقار، فالعقد العرفي ببيع عقار لا يمكن أن ينقل الملكية. أما الكتابة كوسيلة إثبات فالمراد بها ضمان حقوق المتعاقدين ولا يترتب عليها بطلان التصرف، وهو الحال في إثبات الدين إذا تجاوزت قيمته 100 ألف دينار جزائري، ففي عقد القرض إذا زادت قيمة الدين عن هذا الحد يشترط الكتابة لإثباته سواء كانت عرفية أو رسمية طبقا لنص المادة 333 ق.م.

### الفرع الخامس: الجزاء المترتب على اختلال أركان العقد أو شروط صحته(البطلان)

يترتب على اختلال ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته أثرا قانونيا اتجاه المتعاقدين

أو الغير، فلا ينتج العقد آثاره، وذلك نتيجة قيام العقد على أسس غير صحيح، وقد تناوله المشرع في المواد من 99 إلى 105 ق.م.

أولا: تعريف البطلان وتمييزه عما يشابهه من مراكز قانونية.

البطلان هو انعدام أثر العقد من الناحية القانونية، أو هو الجزاء المترتب على تخلف أحد أركان العقد أو أحد شروط صحته ويتميز البطلان عما يلي:

**البطلان والفسخ:** الفسخ جزاء يلحق العقود الملزمة لجانبين في مرحلة التنفيذ في حالة الإخلال أحد الطرفين بالتزاماته، فهو لا يرد إلا على عقد صحيح مستوفي الأركان والشروط، والبطلان هو اختلال العقد في مرحلة التكوين ويرد على كل العقود.

**البطلان وعدم النفاذ:** عدم نفاذ العقد أي عدم جواز الاحتجاج بالعقد ولو كان صحيحا، ومثاله عدم نفاذ بيع ملك الغير في مواجهة المالك الحقيقي، ويمكن لهذا الأخير إقراره.

**البطلان والانحلال:** يرد الانحلال أو الإلغاء على عقد صحيح باتفاق الطرفين أو بالإرادة المنفردة لأحدهما عن طريق الرجوع فيه، حيث سمح المشرع لأحد الطرفين دون الآخر بالرجوع في بعض العقود كرب العمل في عقد المقاولة... أو كلاهما كعقد الشركة والوكالة وغيرها.

## ثانيا: النظرية التقليدية والحديثة في البطلان

طبقا للنظرية التقليدية البطلان نوعان، بطلان مطلق يمس أركان العقد وبطلان نسبي يمس شروط العقد، وقد تعرض هذا التقسيم إلى النقد من طرف الفقه الحديث الذي قال بالنظرية الأحادية للبطلان على أساس أن هناك مفهوم واحد للبطلان، فالعقد يصح إذا استوفى أركانه وشروطه، ويكون باطلا إذا تخلفت هذه الأركان والشروط، فالأثر القانوني للبطلان واحد هو العدم، وكل ما في الأمر أن العقد قد يكون في حالة اختلال أركانه باطلا أي منعدم من الناحية القانونية فلا ينشأ أصلا، وفي حالات أخرى خاصة يكون قابلا للإبطال، فهو صحيح ومنشأ لآثاره القانونية ولكنه مهدد بالزوال، بسبب اختلال شروط العقد كتنقصان الأهلية، أو فساد الرضا بعيب من العيوب الرضا، فإذا تقرر الإبطال من طرف صاحب المصلحة، يصبح عقد باطل وتزول آثاره بصفة رجعية.<sup>1</sup> موقف المشرع الجزائري: بصدد البطلان اعتمد المشرع اتجاه الفقه الحديث لذلك استخدم مصطلح العقد القابل للإبطال، وليس البطلان النسبي، لأن العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح مهدد بالزوال، فإما أن يظل صحيحا، وإما أن يصبح باطلا.<sup>2</sup>

### ثالثا: أنواع البطلان وحالاته

إن الجزاء على اختلال أركان وشروط العقد يختلف باختلاف طبيعة القاعدة القانونية التي تم مخالفتها ، فإذا كانت تحمي مصلحة عامة كنا بصدد البطلان، وإذا كانت مصلحة خاصة كنا بصدد القابلية للإبطال.

**1) حالات البطلان:** في حالة اختلال أحد أركان العقد أو وجد نص قانوني خاص يقضي ببطلانه وهي:

- انعدام ركن الرضا إما لعدم تطابق الإرادتين أو لانعدام الأهلية لصخر سن أو جنون أو عته.
- عدم وجود المحل أو استحالته استحالة مطلقة، أو عدم تعيينه أو عدم مشروعيته.
- عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته.
- تخلف الشكل في العقود التي تتطلب الكتابة.

<sup>1</sup> علي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 77.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 298 ص. 643.

وقد ينص المشرع في حالات خاصة على البطلان كنص المادة 92 فقرة 2 الذي يقضي ببطلان التصرف في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه.

**2) حالات القابلية للإبطال:** ويترتب في حالة تخلف شرط من شروط صحة العقد وهي:

- عيوب الرضى إذا شاب إرادة أحد المتعاقدين عيب من العيوب وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

- نقص الأهلية لصغر السن بالنسبة للقاصر المميز ما بين 13 و16 سنة، أو عارض من العوارض المنقصة للأهلية وهي السفه والغفلة.

وقد نص المشرع على حالات خاصة للعقد القابل للإبطال وأهمها جواز إبطال المشتري لبيع ملك الغير، وإبطال ذي العاهتين للعقد الذي أبرمه دون مساعد قضائي بعد تعيينه من المحكمة.

**رابعا: أوجه التمييز بين البطلان والقابلية للإبطال:**

تتمثل أهم أوجه التمييز بينهما في ما يلي:

**1) العقد الباطل منعدم من الناحية القانونية فلا تترتب عليه أية آثار قانونية، والعقد القابل للإبطال هو عقد صحيح مرتب لكل آثاره القانونية، ولكن مهدد بالزوال أي غير مستقر من الناحية القانونية، فإذا تم إبطاله أصبح باطلا ومعدوما .**

**2) العقد الباطل لا يحتاج إلى حكم قضائي لتقريره، ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك به أمام القضاء في صورة دعوى أو دفع، المتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص والدائنين والغير... لأنه يتعلق بالمصلحة العامة والنظام العام، فيجوز لشخص رفع دعوى بطلان عقد إيجار أبرمه الجار لاستغلاله في الدعارة من طرف المالك الجديد وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها(المادة 101 ق.م.).**

أما العقد القابل للإبطال فلا بد من صدور حكم قضائي يقرر إبطاله، ويقتصر الحق في طلب الإبطال على من تقرر البطلان لمصلحته دون المتعاقد الآخر، كناقص الأهلية... كما ليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

3) العقد الباطل لا تلحقه الإجازة ولا يصححه التقادم لأنه من النظام العام، أما العقد القابل للبطلان فتلحقه الإجازة ويصححه التقادم.

خامسا: أثر الإجازة والتقادم في العقد الباطل والعقد القابل للإبطال

### 1) أثر الإجازة: الإجازة ترد على العقد القابل للإبطال

الإجازة هي تصرف قانوني من جانب واحد يهدف إلى التنازل عن طلب إبطال العقد صراحة أو ضمنا مثلا تنفيذ القاصر للعقد باختياره بعد بلوغه سن الأهلية، وتؤدي إلى استقرار الوجود النهائي للعقد بعد أن كان مهتدا بالزوال، فالإجازة تقتصر على العقد القابل للإبطال فيجوز لصاحب الحق في الإبطال القاصر بعد بلوغه، أو ضحية عيب من عيوب الإرادة... طلب إجازة العقد ويكون للإجازة أثر رجعي من تاريخ إبرام العقد (المادة 100 ق.م.)، ولا ترد الإجازة على العقد الباطل .

### 2) أثر التقادم : التقادم يصحح العقد القابل للإبطال ويرد على دعوى البطلان

إن العقد القابل للإبطال يصححه التقادم، فتسقط دعوى إبطال العقد بمرور مدة زمنية معينة تقدر بـ 10 سنوات من تاريخ إبرام العقد، أو 5 سنوات من بلوغ سن الأهلية، اكتشاف الغلط أو التدليس أو ارتفاع الإكراه طبقا للمادة 101 ق.م. (5 سنوات أو 10 سنوات نأخذ بأقصر التقادمين)، وتسقط دعوى الاستغلال بمرور مدة من تاريخ العقد، فالتقادم يصحح العقد القابل للإبطال بصفة مطلقة، ويستقر الوجود القانوني للعقد بعد أن كان مهتدا بالزوال.

وبالنسبة للعقد الباطل فهو معدوم من الناحية القانونية ولا يمكن أن يصححه التقادم، إلا أنه مراعاة على استقرار المعاملات التي استمرت أمدا طويلا (حالة تنفيذ الالتزامات) فدعوى البطلان تسقط بمرور 15 سنة من تاريخ إبرام العقد طبقا للمادة 102 ق.م.



أما الدفع بالبطلان الذي يرد به أحد المتعاقدين دعوى المتعاقد الآخر الذي يطالبه فيها بتنفيذ عقد باطل، فيدفع بالبطلان مهما طال الزمن فالدفوع لا تخضع للتقادم ولا تسقط بمرور الزمن، وذلك حفاظا على عدم التنفيذ.<sup>1</sup>

### سادسا: آثار البطلان

**1) فيما بين المتعاقدين:** إذا كان العقد باطل أو قبلا للإبطال وتقرر إبطاله فإنه لا يرتب آثارا قانونية وتزول آثاره بأثر رجعي (حالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه)، حيث يعاد المتعاقدين إلى حالتهم الأصلية لما قبل التعاقد طبقا للمادة **103 / 1** ق.م. عن طريق الالتزام بالرد، فكل متعاقد يرد ما أخذه ففي عقد البيع الباطل، يلتزم البائع برد الشيء المبيع وثمراته ويرد البائع الثمن، فإذا استحال على أحدهما الرد فللقاضي الحكم بتعويض عادل، فإذا هلك الشيء في يد المشتري يلتزم برد قيمة المبيع وقت هلاكه على أساس المسؤولية التقصيرية، ويرد البائع الثمن على أساس الإثراء بلا سبب. وكذلك الحال في العقود التي يستحيل فيها الرد كالانتفاع في عقد الإيجار، فيلتزم المؤجر برد أقساط الإيجار والمستأجر بالتعويض.

● **بالنسبة للمتعاقد ناقص الأهلية:** حماية لناقص الأهلية في حالة بطلان العقد أو تقرر إبطاله فإن لا يرد إلا ما عاد عليه من منفعة طبقا للمادة **2/103** ق.م. أي ما أنفقه وعاد عليه بالفائدة أو ما بقي لديه.

● **بالنسبة للمتعاقد الذي تسبب في عدم مشروعية العقد :** في العقد الباطل لعدم مشروعية المحل أو السبب، لا يمكن لمن تسبب في عدم المشروعية المطالبة بالاسترداد، وهذا جزاء له على غشه طبقا للمادة **3/103** ق.م.

**2) بالنسبة للغير:** لا يقتصر أثر البطلان على المتعاقدين وإنما يمتد إلى الغير، والمقصود بالغير هو كل من اكتسب حقا عينيا على الشيء محل العقد الذي تقرر بطلانه، فهل يبقى حق الغير ثابت أم يزول بسبب الأثر الرجعي للبطلان؟

مثلا إذا كان العقد بيع عقار وتصرف المشتري في الشيء الذي اشتراه ببيعه ثانية أو رهنه أو تأجير، فالأصل أن بطلان البيع الأول يؤدي إلى بطلان البيع الثاني أو الرهن لأن ما بني على باطل

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ص. 182، 183، 184.

فهو باطل، فتزول كل الحقوق التي رتبها المشتري لأنها صادرة من غير مال ويسترد البائع العين خالية من أي حق.

واستثناء يبقى حق الغير على الشيء ثابتا رغم تقرير بطلان العقد، إذا استند الغير على سبب قانوني آخر لكسبه وهي

– **في عقود الإدارة:** مثلا أن يرتب المشتري إجارا على العين التي اشتراها ثم زالت ملكيته، فيبقى حق المستأجر قائما إذا اثبت حسن نيته.

– **في عقود التصرف:** إذا كان الشيء منقولاً وتسلمه الغير بحسن نية أي يجهل أسباب البطلان التي تشوب التصرف، فإمكانه التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية(المادتين **827**، **828**ق.م.)، ويمكن التمسك بالتقادم المكسب.

أما إذا كان الشيء عقارا، فيأخذ بنظام الشهر العيني للتصرفات، ويكون تسجيل دعوى البطلان دليلا على سوء النية إذا كان اكتساب الحق العيني بعد رفع الدعوى وإلا فإن الحق العيني يبقى قائما مثال يبقى حق الرهن الرسمي الذي رتبه المشتري على العقار لشخص آخر المرتهن، قائما ويعود العقار إلى البائع مثقلا ب قيد الرهن.

– **الشركات الفعلية الباطلة:** في حالة الحكم ببطلان عقد الشركة لأحد الأسباب كعدم توفر الشكل، أو عدم الشهر أو أن أحد الشركاء عديم الأهلية، بعد أن باشرت نشاطها وتعاملت مع الغير فإنها تكون باطلة بالنسبة للمستقبل، وتعتبر بالنسبة للماضي شركة واقعية منتجة لآثارها حماية لحقوق الغير حسني النية الذي اطمأن للشركة وتعامل معها، واستقرار الأوضاع القانونية، كأجور العمال، وحقوق المتعاملين مع الشركة.<sup>1</sup>

### (3) الآثار الخاصة أو العرضية<sup>2</sup> للعقد الباطل

قرر المشرع الحفاظ على بعض آثار العقد الثانوية رغم كونه باطلا حفاظا على استقرار المعاملات إذا توفرت شروط ذلك في إطار نظريتين:

<sup>1</sup> دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 222، وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ص. 199.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص. 232، ، وعلي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 79، 80.

أ) نظرية إنقاص العقد: طبقا للمادة 104 ق.م. تطبق نظرية إنقاص العقد إذا :

\* كان العقد باطلا في جزء منه وصحيح في الجزء الباقي،

\* قابلا للانقسام، أي ألا يكون الجزء الباطل هو الدافع إلى التعاقد، بحيث يمكن الانتقاص دون الإخلال بمضمون العقد.

فيمكن للقاضي إجراء عملية انتقاص الجزء أو البند الباطل والحفاظ على العقد قائما، فإذا تضمن العقد بندا باطلا أو قابلا للإبطال يقتصر البطلان على البند الباطل وحده دون باقي العقد الذي يظل صحيحا، ويشترط ألا يكون هذا البند هو الدافع إلى ، مثال بيع جملة من الأشياء ووقع غلط جوهري في أحد الأشياء، فبتطبيق نظرية إنقاص العقد ، يمكن للبائع إبطال العقد بالنسبة للشيء الذي وقع فيه الغلط، ويظل صحيحا بالنسبة للأشياء الأخرى إلا إذا تبين أن البائع قصد أن يتم البيع كله جملة على كل الأشياء، ومنه أيضا يهب الرجل مالا لطليقته ويشترط عليها عدم الزواج، فشرط عدم الزواج بند باطل لمخالفته النظام العام، وتصح الهبة إلا إذا الشرط هو الدافع إلى التبرع، ولإبطال الشرط التعسفي في عقد العمل.<sup>1</sup>

ب) نظرية تحوّل العقد: طبقا للمادة 105 ق.م. تطبق نظرية تحوّل العقد إذا:

\* إذا كان العقد الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال،

\* أن تكون عناصر العقد الجديد متوفرة في العقد الأصلي، ولا يمكن للقاضي إضافة عنصر جديد،

\* انصراف نية الطرفين إلى إبرام العقد الجديد، لو علمت بالبطلان.

وقاضي الموضوع يستخلص نية المتعاقدين من خلال العقد، وله سلطة تحويل العقد وإعادة تكييفه ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، ومثال ذلك تحوّل عقد البيع لتفاهة الثمن إلى عقد هبة صحيح إذا ثبت ذلك في ورقة رسمية وتحوّل الوعد بجائزة إذا خلا من المدة إلى إيجاب إذا توفرت فيه عناصر الإيجاب.

<sup>1</sup> ملف رقم 324515، قارا صادر بتاريخ 2006/01/18 عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006،

ص.ص. 217-221.

## المطلب الثالث: آثار العقد أو القوة الملزمة للعقد

إذا كان العقد صحيحا مستوفيا لكل أركان وشروطه يصبح واجب التنفيذ بالنسبة للمتعاقدين وفقا لما تنص عليه المادة 106 ق.م. "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"، وهو ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد المنصوص عليها في المواد من 106 إلى 118 ق.م. وستتطرق إلى القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص، ثم إلى القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع.

### الفرع الأول: القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص

طبقا للمادة 106 ق.م. فإن العقد شريعة المتعاقدين وهو يعبر عن مبدأ نسبية أثر العقد، فالعقد لا يلزم إلى أطرافه ولا يلزم الغير الأجنبي عن العقد سواء في الحقوق أو الالتزامات، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يجوز أن يكسب العقد حقوقا للغير طبقا للمادة 113 ق.م. بقولها "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا".

#### أولا: الأصل اقتصار الأثر الإلزامي للعقد على المتعاقدين:

تنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين وتلزمهما، ، ومفهوم المتعاقدين لا يقتصر على طرفا العقد فقط وإنما له مفهوم واسع فيمتد إلى من له صلة بهما وهم الخلف العام والخلف الخاص الذي قد يتأثر بالعقود التي يبرمها سلفه، أما الأجنبي الذي لا تربطه أي صلة بالمتعاقدين فلا يتأثر بالعقد سواء كان حقا أو التزاما.

**1) الخلف العام:** الخلف العام هم من يخلف المتعاقد في ذمته المالية كلها من حقوق والتزامات أو في جزء شائع منها باعتبارها مجموعا، وتحقق بموت المتعاقد السلف، أو بالوصية، فيعتبر كل من الورثة والموصى لهم بجزء شائع أي غير معين من التركة كالسدس والربع.

تنصرف آثار العقد إلى الخلف العام فيكتسبون الحقوق الناشئة عن العقود التي أبرمها السلف، ويتحملون الالتزامات طبقا للمادة 108 ق.م. إلا أن هذه القاعدة مقيدة بما يلي:

\* الأحكام العامة في الميراث المستمدة من قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، طبقا لقاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، فتصفي التركة من الديون وتنتقل الحقوق إلى الورثة.<sup>1</sup>

\* إذا تضمن العقد شرط عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام حيث أن العقد شريعة المتعاقدين، فيجوز الاتفاق مثلا على انتهاء عقد الإيجار بموت المستأجر أو المؤجر.

\* إذا تضمن القانون نص بعدم انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين، كانهاء عقد الوكالة بوفاة الموكل أو الوكيل، (المادة 586 ق.م.) وانتهاء عقد شركة الأشخاص بموت أحد الشركاء.

\* إذا كانت شخصية المتعاقد المتوفى محل اعتبار في العقد، فتكون طبيعة العقد تتنافى مع انتقال آثاره إلى الخلف العام، كالتعاقد مع فنان أو طبيب جراح...

**(2) الخلف الخاص:** هو من يتلقى من السلف حقا معيناً بذاته سواء كان حقا عيني أو شخصي يرد على شيء مادي أو معنوي، كالمشتري يخلف البائع في الشيء المبيع والموصى له بشيء محدد يخلف الموصي والموهوب له كذلك يخلف الواهب في الشيء الموهوب... فلا يرتبط الخلف الخاص بالوفاء، وتشترط المادة لانصراف أثر العقد إلى الخاص ما يلي:

\* ارتباط العقد الذي أبرمه السلف بالشيء الذي انتقل إلى الخلف (الشيء المستخلف) فيكون من مستلزماته، إما حقوق مكتملة، كحق ارتفاق، أو حق تأمين، أو دين مضمون برهن... أو التزامات مقيدة كقيد ارتفاق، وقيد عدم المنافسة التجارية.

\* أن يكون العقد سابق على الخلافة، أي أبرم قبل انتقال الشيء إلى الخلف الخاص.

\* علم الخلف الخاص بهذه الحقوق والالتزامات وقت انتقال الشيء إليه.

**سؤال:** هل الدائنين العاديين يعتبرون خلفا عاما أو خلفا خاصا للمتعاقد؟

**جواب:** إن الدائن العادي يتخذ وضعاً خاصاً فهو يتأثر بالعقود التي يبرمها مدينه، فإذا اكتسب المدين حق زاد الضمان العام، وبالتالي فرص الدائن في استيفاء حقه، أما إذا تحمل المدين التزاما افتقر الضمان العام ونقصت فرص الدائن في استيفاء حقه، لذلك حوله المشرع حماية قانونية اتجاه تصرفات مدينه الضارة بالضمان العام، كالدعوى غير المباشرة ليحافظ على أمة=وال مدينه، والدعوى البولصية (عدم نفاذ التصرفات) والدعوى الصورية إذا صدر من المدين تصرف صوري.

<sup>1</sup> على عكس بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي، حيث توزع التركة مباشرة وتعتبر شخصية الوارث امتدادا لشخصية المورث.

## ثانيا: آثار العقد بالنسبة إلى الغير

الأصل أن الغير الأجنبي عن العقد الذي لا تربطه صلة بالمتعاقدين لا يتأثر بالعقود التي يبرمها المتعاقدين فلا يكتسب حقا ولا يتحمل التزاما لأن العقد شريعة المتعاقدين، وهو تطبيق لمبدأ نسبية أثر العقد، فالغير لا يمكن أن يستفيد من عقد لم يكن طرفا فيه أو يلزم به، ولكن طبقا للمادة 113 فإن العقد لا يرتب التزاما في ذمة الغير ويجد تطبيقه في قاعدة التعهد عن الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا، وتطبيقه قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير.

### 1) التعهد عن الغير تطبيق لمبدأ نسبية أثر العقد:<sup>1</sup>

التعهد عن الغير هو أن يلتزم أحد المتعاقدين المتعهد(أ) اتجاه المتعاقد الآخر المتعهد إليه(ب) في عقد بحمل الغير المتعهد عنه(ج) على تحمل التزام وقبول عقد لم يكن طرفا فيه وهو أجنبي عنه، طبقا لنص المادة 114 ق.م.أ و هو تعهد شخص بالحصول على رضا شخص بعقد لم يكن طرف فيه، ومثاله أن يملك شخصان قطعة أرض على الشيوع مناصفة، فيبيع أحدهما الأرض، ويتعاقد مع المشتري عن نصيبه، ويتعهد له بالحصول على رضا شريكه الغائب بالبيع، وأن يتجاوز الوكيل حدود وكالته وعجز عن الحصول على إذن موكله، فيتعاقد باسمه، ويتعهد للمتعاقد معه بالحصول على رضا موكله بهذا التجاوز.

أ) شروط تطبيق قاعدة التعهد عن الغير: نصت المادة 114 ق.م. على ثلاثة شروط لقيام التعهد عن الغير وتمثل في:

- أن يتعاقد المتعهد باسمه وليس باسم الغير الذي تعهد عنه، على خلاف الوكيل الذي يتعهد باسم موكله.

- اتجاه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه وليس إلى إلزام الغير وإلا كان التعهد باطلا لاستحالة محله واحتماليته.

- أن يكون محل التزام المتعهد هو الحصول على رضا الغير بالعقد، أي قبول التعهد.

ب) حكم التعهد عن الغير: للغير مطلق الحرية في قبول التعهد أو رفضه، لأنه أجنبي عن العقد ولا يمكن أن يتحمل التزاما ناشئا عن عقد لم يكن طرفا فيه طبقا للمادة 113 ق.م.

<sup>1</sup> دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 251، وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ص. 216، وعلي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 89.

\* **قبول الغير للتعهد:** إذا قبل الغير للتعهد، صراحة أو ضمنا ، ويكون المتعهد قد وفى بالتزامه، فينقضي التزام المتعهد، وينشأ عقد جديد بين الغير المتعهد عنه والمتعاقد إليه المتعهد إليه، ويمكن أن يتفقا على شروط جديدة.

\* **رفض الغير للتعهد:** إذا رفض الغير التعهد، لا تترتب عليه أية مسؤولية، وإنما تترتب المسؤولية على المتعهد لإخلاله بالتزامه العقدي اتجاه المتعهد إليه، ويجب عليه التعويض طبقا لأحكام المسؤولية العقدية، كما يمكنه أن ينفذ الالتزام عينيا إذا كان ذلك ممكنا.

**نتيجة:** إن التعهد عن الغير لا يشكل استثناء من مبدأ نسبية أثر العقد، وإنما بالعكس يعتبر تطبيقا لهذا المبدأ.

## 2) الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من مبدأ نسبية أثر الغير

أ) **مفهوم قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير:** الاشتراط لمصلحة الغير هو اتفاق بين شخصين أحدهما يسمى المشترط والثاني يسمى المتعهد، يترتب عليه إنشاء حق مباشر لصالح شخص آخر أجنبي عن العقد على عاتق المتعهد، فهو يقرر حقا مباشرا لشخص من الغير يسمى بالمستفيد أو المنتفع. فطبقا للمادة 113 فإن العقد يجوز أن يكسب الغير حقا، وقد نظم المشرع قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في نصوص المواد 116، 117، 118 ق.م.

ومن أهم تطبيقات الاشتراط عقد التأمين على الحياة لمصلحة الأولاد، حيث يؤمن الشخص (المشترط) على حياته اتجاه شركة التأمين (المتعهد) لمصلحة أولاده وهم من الغير (المستفيد)، أو اشتراط البائع في عقد البيع أن يتم وفاء المشتري (المتعهد) مباشرة لصالح دائنه (المستفيد)، أو اشتراط هيئة الضمان الاجتماعي في اتفاقيات مع عيادات طبية على تقديم العلاج للمؤمنين...

ب) **شروط الاشتراط لمصلحة الغير:** لتطبيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ينبغي توفر الشروط التالية:

- أن يتعاقد المشترط باسمه وليس باسم المستفيد فهذا الأخير ليس طرف في العقد، على خلاف عقد النيابة حيث يتم التعاقد باسم الأصيل لأنه طرف في العقد.

- اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر لصالح المستفيد بحيث ستفيد منه مباشرة دون المرور بذمة المشترط.

- أن تكون للمشترط مصلحة شخصية مشروعة في الاشرط سواء كانت مادية أي معاوضة أو أدبية منى خلال التبرع مثلاً.

(ج) آثار الاشرط لمصلحة الغير:

\* **العلاقة بين المشترط والمتعهد في إطار عقد الاشرط:** ت نفذ الالتزامات بالناشئة عن عقد الاشرط و يجوز لهما طلب التنفيذ العيني أو فسخ العقد أو التعويض في حالة تقصير الطرف الآخر في أداء التزاماته، فيجوز للمشترط مطالبة المتعهد بالوفاء بالتزامه اتجاه المستفيد.

\* **العلاقة بين المشترط والمستفيد:** وتعبّر عن مصلحة المشترط من وراء اشرطه، وإما أن تكون معاوضة كالوفاء بدين عليه اتجاه المستفيد فيتطلب الاشرط أهلية التمييز، أو تبرعا فيتطلب الأهلية الكاملة.

\* **العلاقة بين المتعهد والمستفيد:** يتضمن عقد الاشرط خروجاً صريحاً عن مبدأ نسبية أثر العقد حيث يترتب عليها ما يلي:

- ينشأ للمستفيد حق مباشر وشخصي من عقد الاشرط حيث يمكنه مطالبة المتعهد مباشرة بالوفاء بالتزامه برفع دعوى دون ضرورة تدخل المشترط، فيمكنه طلب فسخ العقد أو بطلانه، ويمكن للمشترط التدخل.

- يجوز للمشترط نقض الاشرط قبل إعلان المستفيد رغبته في الاستفادة وقد يتم النقص صراحة أو ضمناً.

- إظهار المستفيد رغبته في الاستفادة، ويتم ذلك صراحة أو ضمناً، فإذا أظهر هذه الرغبة سقط حق المشترط في نقض الاشرط.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني: القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع

طبقاً للمادة 106 ق.م. فإن العقد شريعة المتعاقدين لا يمكن نقضه ولا تعديله بالإرادة المنفردة لأحدهما، وإنما يلتزمان به فيصبح نافذاً متى استوفى أركانه وشروطه، وقوة العقد تلزم كذلك المشرع والقاضي.

<sup>1</sup> دريد محمود علي، النظرية العامة للالتزام، ص. 260 وما يليها، وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 227.



أولاً: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والاستثناءات الواردة عليه

**1) بالنسبة للمشرع: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين مبدأ تشريعي:** أقره المشرع في المادة 106 ق.م. فالأصل في العقود حرية الأفراد على تحديد شروطها وآثارها، ويتم تنظيمها بقواعد مكملة، واستثناء على هذه القاعدة تحت تأثير التطورات الاقتصادية والاجتماعية تدخل المشرع في تنظيم العقود بقواعد أمره بهدف حماية النظام العام وحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فرض قواعد أمره حماية للعامل في عقد العمل، والمستهلك في عقد الاستهلاك... ويتدخل المشرع لإنهاء بعض العقود مثل إنهاء عقد الشركة بوفاة أحد الشركاء، وعقد الوكالة بموت أحد طرفيه.

**2) بالنسبة للمتعاقدين - حرمانهما من نقض العقد أو تعديله بالإرادة المنفردة:** فالعقد يعتبر بمثابة قانون بالنسبة لطرفيه، ولا يمكن لأحد المتعاقدين التحلل منه بإدخال تعديلات عليه أيا كان نوعها وأهميتها، إنما يجوز الاتفاق بين المتعاقدين على ذلك، واستثناء على هذه القاعدة أجاز القانون لأحد الطرفين دون الآخر بنقض العقد رغم عدم رضا الطرف الآخر في بعض العقود لاعتبارات خاصة، كتحریم الالتزام مدى الحياة فأجاز للعامل لإنهاء عقد العمل بالاستقالة، وعدم جواز إلزام الورثة بالبقاء في حالة شيوع.

**3) بالنسبة للقاضي: عدم جواز القاضي التدخل لتعديل العقد في إطار عملية التفسير:** إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تلزم المشرع والمتعاقدين وحتى القاضي، وفي حالة وجود نزاع بين المتعاقدين وتم اللجوء إلى القاضي فيمتنع عليهما التعديل أو التغيير في مضمون العقد، وعليه التقييد بإرادة المتعاقدين المشتركة الصريحة والضمنية في إطار قواعد التفسير التي بيّنتها المادتين 111 و 112 ق.م. واستثناء على هذه القاعدة حول المشرع للقاضي في أحوال خاصة التدخل لتعديل العقد، كما هو الحال إطار نظرية الظروف الطارئة برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (المادة 107 ق.م.)، وإلغاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان، ومنح أجل للمدين للوفاء بالتزامه التعاقدية...<sup>1</sup>

ثانياً: تحديد موضوع العقد

يتعين للالتزام بالعقد، تحديد موضوعه، ويتم ذلك من خلال التطرق للمسائل التالية:

- تفسير العقد وتكييفه وهي مهمة القاضي

- تحديد نطاق العقد لإلزام المتعاقدين بتنفيذه

<sup>1</sup> دريد محمود علي، <النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص. 279.

## 1) تفسير العقد وتكييفه

أ- تفسير العقد: تثور عملية تفسير العقد في حالة وجود نزاع بين المتعاقدين حول تنفيذ العقد، يقوم القاضي أولاً بعملية التفسير وبين المشرع قواعد التفسير في المادتين 111 و 112 ق.م. وهي ثلاث حالات:

● حالة وضوح عبارات العقد: إذا كانت عبارات العقد تفيد المنى بشكل واضح وقاطع وصريح، فلا يجوز للقاضي الانحراف عن معناها وينبغي التقييد بها بعيداً عن أي تأويل بحجة التفسير طبقاً للمادة 1/111 ق.م.

● حالة غموض عبارات العقد: إذا كانت عبارات النص غير واضحة أي غامضة، بأن تتضمن نقص أو تناقض أو إبهام أو تحتمل عدة معاني، فينبغي على القاضي البحث الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وعدم التقييد بعبارات العقد ويعتد في ذلك بطبيعة التعامل والثقة بين المتعاقدين والعرف الجاري في المعاملات. طبقاً للمادة 2/111 ق.م.

● الشك في العبارات الغامضة: إذا استصعب على القاضي التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين رغم إتباع قواعد التفسير، يتعين عليه بقواعد العدالة وحسن النية، ومن أهمها التي أشار إليها المشرع، في نص المادة 112 ق.م. تفسير الشك في العبارات الغامضة لمصلحة المدين، فالأصل براء الذمة، أما في عقود الإذعان فيفسر الشك في مصلحة الطرف المدعى دائماً كان أو مدينا.<sup>1</sup>

ب) تكييف العقد: بعد عملية التفسير يتعين على القاضي التكييف القانوني الصحيح للعقد، فليست العبرة بالوصف الذي أعطاه المتعاقدان للعقد، فقد يكون عن جهل أو غلط عن قصد لإخفاء غرض غير مشروع، وإنما العبرة بالغرض العملي المقصود من وراء التعاقد، والذي يستخلصه القاضي من عبارات وظروف التعاقد وطبيعة التزامات الطرفين.

وتعتبر عمليتي تفسير العقد وتكييفه من الأعمال القانونية، وبالتالي يخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا، على صحة تفسير العقد وتكييفه ويجب على القاضي التقييد بقواعد التفسير وذكر الأسباب التي اعتمدها في التفسير وكذا في عملية التكييف وإلا عرض حكمه للطعن بالنقض.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ص. 242، وعلي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 101، 102، 103.

## 2) تحديد نطاق العقد

طبقا للمادة 107 فقرة 1 و 2 يلتزم المتعاقدان بتنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه وبجسنة نية.

أ) **مضمون العقد:** إن مضمون العقد لا يقتصر طبقا للمادة 107 فقرة 2 على ما ورد في العقد صراحة من التزامات، وإنما تشمل أيضا تلك التي لم ترد فيه ولكنها تعدّ من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام.

إن الالتزام بالعقد يشمل التقيد بنود العقد الأساسية والثانوية فالامتناع عن تنفيذ بعضها هو امتناع عن تنفيذ العقد، أما مستلزمات العقد فقد يغفل المتعاقدان عن تنظيم بعض تفاصيل العقد عن سهو أو لكونها أمرا مألوفا بين الناس في التعامل، فيكون العقد ناقصا ويتولى القاضي سد النقص ويسترشد في ذلك بالقانون أي القواعد المكملة وقواعد العرف والعدالة وطبيعة الالتزام، مثلا عدم اتفاق المؤجر والمستأجر في عقد الإيجار على من يتحمل صيانة العين المؤجرة، فيرجع إلى القواعد المكملة ليتعرف عن المسئول عن ذلك، أو لقواعد العرف... أو أن الالتزام بالنقل يشمل أيضا اختيار الوسيلة المناسبة، وأن من باع شيئا يعتبر ملزما ببيع ملحقاته أيضا إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك... ويعتبر تحديد مضمون العقد من مسائل القانون وتخضع لرقابة المحكمة العليا.

ت) **تنفيذ العقد بحسنة نية:** يجب على المتعاقدين التحلي بحسنة النية في تنفيذ العقود، وهي أمر مفترض، ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك، ولحسن النية مظاهر:

- الالتزام بالتزاهة في التعامل: بالابتعاد عن أي غش أو تماطل يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.<sup>1</sup>
- الالتزام بالتعاون: يتحمل المتعاقدان الالتزام بالتعاون المستمر في تنفيذ العقد فكل متعاقد يقع عليه إشعار المتعاقد الثاني وإعلامه بكل الأحداث التي تتعلق بتنفيذ العقد، وهناك عقود تقوم بطبيعتها على أساس التعاون كعقد الشركة وعقد العمل.

### ثالثا: الظروف الاستثنائية أو الظروف الطارئة ومراجعة العقد

إذا كانت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تلزم كل من المتعاقدين والمشرع والقاضي وهو مناط القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع، إلا أن هناك استثناء هاما قرره المشرع في المادة 107/3 ق.م.، يتمثل في نظرية الظروف الطارئة وتدخّل القاضي في تعديل شروط العقد.

<sup>1</sup> المادة 661 ق.م.

## أ) مفهوم نظرية الظروف الطارئة وشروطها

تقضي المادة 107 فقرة 3 بأنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقًا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعًا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاقا على خلاف ذلك، وتمثل شروط نظرية الظروف الطارئة فيما يلي:

- **طبيعة العقد من العقود المتراخية في التنفيذ:** أن يكون العقد من العقود المتراخية في التنفيذ، كأن يكون من عقود المدة كعقد الإيجار وعقد العمل أو العقود المستمرة كعقد التوريد، أو العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل، ولا يمكن التمسك بالنظرية في العقود التنفيذية الفورية أو العقود الاحتمالية لأن هذه الأخيرة بطبيعتها تحمل الربح والخسارة.

- **حادث استثنائي عام ومفاجئ:** أن يطرأ على تنفيذ الالتزام حادث استثنائي خارج عن إرادة المتعاقدين لا يمكن للمتعاقد العادي توقعه عند إبرام العقد ويجب أن يكون عام يخص كافة الناس أو فئة منهم، ولا يخص المدين وحده، ومثاله حدوث حرب أو كارثة طبيعية أو إضراب مفاجئ أو وباء

أو ارتفاع الأسعار أو نزول فاحش فيها.

- **الالتزام أصبح مرهقًا للمدين:** يكون أثر الحادث المفاجئ في أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقًا للمدين أي يهدده بخسارة فادحة، أي خارجة عن العادة المألوفة، كصدور قانون ضريبي جديد يترتب عليه ارتفاع الأثمان بصورة كبيرة، أو حدوث حرب تسبب في انقطاع الواردات مما تسبب في الوفاء بقيمة الالتزامات المرتفعة على المدين، ولا يجب أن يؤدي الحادث إلى استحالة تنفيذ الالتزام لأنه في هذه الحالة نكون بصدد القوة القاهرة (المادة 127 ق.م.) التي تعتبر سبب أجنبي يعفي المدين من المسؤولية العقدية ويؤدي إلى انقضاء الالتزام، أما الحادث الطارئ فالتنفيذ ممكن ولكن مرهق للمدين بحيث يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي وبالتالي فلا يؤدي إلى انقضاء الالتزام، وإنما توزع الخسارة بين الدائن والمدين.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص. 99 و100 وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ص. 255.

## ب) أثر الظروف الطارئة: مراجعة العقد

نصت المادة 3/107 على كيفية مراجعة العقد في حالة وقوع ظروف طارئة كما يلي:

- مراجعة العقد أمر جوازي للقاضي فهو ليس ملزم بمراجعته رغم توفر الشروط المذكورة، وإنما الأمر يخضع لسلطته التقديرية، هو يقدر الظروف ومصالحة الطرفين، ولا يجوز له فسخ العقد.
- يختار القاضي الطريقة المناسبة لإعادة التوازن للعقد عن طريق:
  - إذا كان الحادث الطارئ مؤقتاً يرجى زواله فيأمر بوقف تنفيذ العقد إلى زوال الحادث.
  - إنقاص التزام المدين المرهق، أو زيادة التزام الدائن بما يؤدي إلى توزيع الخسارة بينهما، كزيادة أسعار مواد البناء، يتم أما زيادة التكاليف المالية لصاحب العمل، أو إنقاص تكاليف المقاول في جودة السلع.
  - الجمع بين إنقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل.
- إن نظرية الظروف الطارئة هي من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها وكل اتفاق يقع باطلاً.

## الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالقوة الملزمة للعقد

إذا نشأ العقد صحيحاً يكون واجب التنفيذ على المتعاقدين، ويتم تنفيذ التزامات المتعاقدين باختيارهما تنفيذاً عينياً، إلا أنه قد يحدث امتناع المدين عن تنفيذ التزاماته فيتعذر التنفيذ العيني، وهنا يمكن للدائن أن يجبر المدين على التنفيذ العيني متى كان ذلك ممكناً عن طريق وسائل التنفيذ الجبري،<sup>1</sup> وإذا تعذر التنفيذ العيني يمكن للدائن أن يلجأ إلى التنفيذ بمقابل أي التنفيذ بطريق التعويض بإثارة المسؤولية العقدية للمدين (المادة 176 ق.م)، وهي جزاء عام في العقود، وقد يلجأ الدائن في العقود الملزمة لجانبين أن يطالب بفسخ العقد (المادة 119 ق.م...)، أو يوقف تنفيذ التزامه إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه عن طريق الدفع بعدم التنفيذ (المادة 123 ق.م).

## أولاً: المسؤولية العقدية الجزاء العام عن الإخلال بالقوة الملزمة للعقد

نتعرض في هذا الإطار إلى مفهوم المسؤولية العقدية، شروطها وأركانها.

<sup>1</sup> بخصوص وسائل التنفيذ الجبري يرجع إلى المادتين 164، و175 ق.م.

**1 المفهوم والشروط:** الأصل التنفيذ العيني للالتزامات اختياراً أو جبراً على المدين ولكن إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بخطأ المدين فلا يكون أمام الدائن إلا طلب التنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض في حالة توافر شروط المسؤولية العقدية (المادة 176 ق.م.م).

فالمسؤولية العقدية هي الجزاء العام المترتب في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتنفيذ العيني لالتزامه، ويتعين على الدائن أن استحوالة التنفيذ ترجع على خطأ المدين كهلاك محل العقد بخطأ من المدين، أو رفض المدين أداء الالتزام في الالتزام بالقيام بعمل (رفض لاعب كرة القدم الالتحاق بالنادي الرياضي الذي تعاقد معه)، ويتم ذلك عن طريق رفع دعوى المسؤولية العقدية.<sup>1</sup>

**\* شروط قيام المسؤولية العقدية: يشترط لرفع دعوى المسؤولية العقدية الشروط التالية:**

- **وجود عقد صحيح يربط الدائن بالمدين:** فإذا كان العقد باطلاً فلا يمكن المطالبة بالتنفيذ العيني، ولا بالتنفيذ بمقابل تقوم المسؤولية العقدية، ويمكن الحكم بالتعويض إذا كان هناك عمل غير مشروع على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية.

- **أن يكون العقد قائماً ويحدث الإخلال بالالتزام أثناء سريان العقد:** فإذا كان العقد قد انتهى فلا يمكن إثارة مسؤولية المدين إلا إذا تضمن العقد بنداً أو شرطاً باستمرار التزام المتعاقد إلى ما بعد انتهاء العقد، كالتزام العامل بعدم إفشاء السر المهني في عقد العمل بعد انتهاء عقد العمل، فتقع مسؤوليته حتى بعد نهاية عقد العمل، وفي هذا السياق ذهب العقد إلى ضرورة تحديد بداية ونهاية كل عقد، فتحديد بداية عقد النقل يكون بتسلم البضاعة من المرسل، ونهايته تحدد بتسليمها على المرسل إليه وليس بتفريغ البضاعة.<sup>2</sup>

- **أن ينشأ الضرر عن الإخلال بتنفيذ الالتزام التعاقدي:** أي أن يكون الالتزام الذي وقع الإخلال به وتسبب في الضرر متضمناً في العقد، فإذا تم اعتداء الناقل على الراكب في عقد نقل الأشخاص فلا يؤدي ذلك إلى قيام المسؤولية العقدية الناجمة عن عقد النقل، وإنما إلى قيام المسؤولية التقصيرية للناقل.

- **أن يكون من أصابه الضرر أحد المتعاقدين أو خلفه العام في حالة الوفاة.**

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 264، 265.

**2) أركان المسؤولية العقدية:** طبقا للمادة 176 وما يليها من القانون المدني تقوم المسؤولية العقدية في حالة إثبات توافر شروطها الثلاث، الخطأ العقدي، الضرر وعلاقة السببية.

**أ) الخطأ العقدي:** يقصد بالخطأ العقدي إخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي، والمدين قد يسأل عن خطئه الشخصي وهو الأصل، ولكن يمكن أن يسأل عن أخطاء غيره في حالة استخدامه أشخاصا آخرين في تنفيذ التزامه، كما قد يسأل عقديا عن الأضرار الناجمة عن الأشياء التي تكون في حراسته المستخدمة في تنفيذ العقد.

### \* الخطأ العقدي الشخصي:

- **مفهومه:** هو إخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي، وتمثل صورته سواء كان عدم التنفيذ جزئيا أو كلياً، أو يكون تنفيذ الالتزام متأخرا أو معيبا، حسب المادة 176 ق.م. ويستوي في ذلك أن يكون عدم تنفيذ الالتزام قد نشأ عن قصد أو إهمال أو دون قصد وإهمال، وتثور المسؤولية إلا إذا أثبت المدين أن هناك سببا أجنبيا لعدم التنفيذ.

### - تحديد الخطأ العقدي: يتحدد بحسب طبيعة الالتزام الذي تم الإخلال به من طرف المدين:

**في الالتزام بتحقيق نتيجة (بلوغ غاية):** إذا كان المطلوب من المدين الوصول إلى نتيجة محددة، كالناقل في عقد النقل يكون ملتزما بنقل أشخاص أو بضائع من مكان إلى آخر مع ضمان سلامة الأشخاص أو البضاعة، ويكون مخلا بالتزامه إذا لم تتحقق الغاية المتفق عليها في عقد النقل، كعدم وصول البضاعة، أو هلاكها أو الوصول المتأخر للأشخاص، فيتحقق خطأه العقدي، ومثاله أيضا المقاول الذي يلتزم بتشديد بناء في أجل محدد، ثم يتأخر عن هذا الميعاد.

**في الالتزام ببذل عناية:** إذا كان المطلوب من المدين بذل الجهد الكافي والعناية اللازمة في تنفيذ الالتزام دون أن يكون مطالبا بتحقيق نتيجة، فيكون مرتكبا للخطأ العقدي وبالتالي مسئولا إذا قصر في بذل العناية اللازمة المطلوبة قانونا أو اتفاقا للوصول إلى غاية محددة، ولا يسأل عن عدم تحقق النتيجة، كالطبيب في عقد العلاج الطبي يكون ملتزما ببذل العناية اللازمة في علاج المريض وليس الوصول إلى شفاؤه، و المبدأ هو عناية الرجل العادي(المادة 172 ق.م.) وهي العناية المتطلبة في العلاج

وفقا لأصول مهنة الطب، كما أن التزام المستأجر في العناية بالعين المؤجرة هو التزام ببذل عناية المستأجر العادي، وقد يحدد القانون أو الاتفاق مقدار العناية المطلوبة الذي قد يزيد أو ينقص.<sup>1</sup>

**في الالتزام بالسلامة:** إذا كان المطلوب من المدين ضمان سلامة الدائن أو سلامة الشيء محل الالتزام، فيكون مرتكبا لخطأ عقدي إذا تم المساس بسلامة الدائن أو سلامة الشيء، كالتزام المقاول بضمان سلامة البناء، والالتزام بالمتج بضمان سلامة المستهلك، ويكون هذا الالتزام عادة مرتبطا بالالتزام ببذل عناية أو تحقيق نتيجة.

\* **المسئولية العقدية عن فعل الغير:** قد يستخدم المدين أشخاصا في تنفيذ الالتزام التعاقدية، وفي هذه الحالة قد تقوم مسئولته العقدية عن الخطأ الصادر من هؤلاء الأشخاص الذي يترتب عنه ضرر للدائن، ومادام أن الدائن قد تعاقد مع المدين فيكون الأخير مسئولا اتجاهه على أساس المسئولية العقدية عن فعل الغير في حالة - وجود عقد صحيح بين المدين والدائن و- أن يكون الغير مكلفا قانونا أو اتفاقا بتنفيذ العقد.

ونشير إلى أنه ليس هناك نص قانوني عام بخصوص المسئولية العقدية عن فعل الغير في القانون المدني الجزائري، ولكن يمكن استنتاج جواز التمسك بها طبقا لما جاء في المادة 178 فقرة 2 التي وردت ضمن أحكام المسئولية العقدية، وتنص على أنه "...أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسئولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ الالتزام".<sup>2</sup> ويستفاد من هذا النص أن المدين يسأل عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ العقد كما هو الحال

في المقاوله من الباطن(المقاوله الفرعية) فيكون المدين المقاول الأصلي مسئول مسئولية كاملة عن خطأ المقاول من الباطن، وكذا مسئولية المستأجر الأصلي عن أخطاء المستأجر من الباطن في الإيجار من الباطن (الإيجار الفرعي)، ومسئولية صاحب الفندق عن خطأ عماله...

<sup>1</sup> لم يحدد القانون مفهوم معيار الرجل العادي، وقد عرفه الفقه بأنه شخص من أوساط الناس لا أكثرهم حرصا ولا أقلهم إهمالا، أو الشخص المعني بشؤون نفسه وشؤون أسرته.



\* **المسئولية العقدية عن الأشياء:** قد يسأل المدين عن فعل الأشياء، في حالة ما إذا استخدم أشياء تسببت في الإضرار بالدائن،<sup>1</sup> ولم يرد نص في القانون المدني يقرر هذا المبدأ كما هو الحال بالنسبة للمسئولية التقصيرية عن حراسة الأشياء، وإنما ورد ذلك في نصوص خاصة في عقد البيع في المادة **379 ق.م.** التي تجعل البائع ملزماً بالعيوب الخفية في الشيء المباع ولو لم يكن عالماً بها، والمادة **4** التي تجعل المؤجر كذلك مسئولاً عن العيوب التي تظهر في العين المؤجرة وتحويل دون الانتفاع بها.

**(ب) ركن الضرر:**

- **مفهوم الضرر وأنواعه:** لقيام المسئولية العقدية يجب على الدائن إثبات ركن الضرر الذي أصابه والناجم عن الخطأ العقدي الصادر من المدين، ولا تقوم المسئولية لو لم يترتب على الخطأ أي ضرر، فحيث لا ضرر لا مسئولية ولا تعويض.

والضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، مالية أو غير مالية، أو هو ما لحق الشخص من خسارة وما فاتته من كسب حسب نص المادة **182 ق.م.** وهو نوعان:

\* **الضرر المادي:** هو الضرر الذي يمكن تقويمه بالنقود يصيب الشخص في ذمته المالية أو جسمه، وهو أكثر شيوعاً في المسئولية العقدية مثاله، الإصابة التي تصيب المسافر في عقد النقل، والتلف الذي يصيب البضاعة عند نقلها، والضرر الذي يصيب التاجر في عقد البيع جراء عدم تسلمه البضاعة في ، فتلحقه خسارة ويفوته كسب قد يكون صفقة رابحة.

\* **الضرر المعنوي أو الأدبي:** يصيب الشخص في الجانب المعنوي من شخصيته، كالشعور والعاطفة أو الكرامة أو الشرف والسمعة، نص عليه المشرع في نص المادة **182 مكرر**، مثال ما يترتب عن تحرش معنوي والمعاملة السيئة الصادرة من رب العمل اتجاه العامل تسبب له المساس بكرامته، أو إفشاء السر المهني من طرف طبيب عن مرض مريضه وما يترتب عنه من المساس بشعوره ...

ويتم التعويض عن الضرر المادي والمعنوي اللاحق بالدائن، وقد يرتبط الضرران مثل إصابة مسافر في عقد النقل بحادث، تسبب له في جروح وتشوهات خلقية، فيترتب عنه التعويض عن الضرر المادي والأدبي.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ص. 277، 278، 279.

- شروط الضرر المستحق التعويض: لا يستحق الدائن التعويض عن كل الأضرار التي تلحقه وإنما يجب لتعويض سواء كان مادياً أو معنوياً توافر شروط معينة هي:

\* أن يكون الضرر محققاً: يشترط أن يكون الضرر محقق الوقوع سواء كان حالاً أي وقع فعلاً، أو سيقع في المستقبل بصفة حتمية أكيدة، والضرر الحال هو الذي تحقق سببه وأثره أما الضرر المستقبل فتحقق سببه دون أثره ولكن سيتحقق في المستقبل، أما الضرر الاحتمالي فلا يعرض لأنه غير محقق لا سببه ولا أثره، ومثاله إصابة شخص أثناء نقله بعاهة مستديمة في حادث مرور، فيعوض عن الضرر الحال المحقق وهو بتر رجله لأنه وقع فعلاً، وعن الضرر المستقبل وهو عجزه عن الكسب في المستقبل، ولا يعرض عن الضرر المحتمل إنما سرى الاجتهاد القضائي على تعويض مجرد تفويت الفرصة، وقد ذهب الاجتهاد القضائي في هذا الاتجاه، وتفويت الفرصة هو التعويض عن ضياع الأمل، مثال تعويض المسافر عن تفويت فرصة في حالة عدم توصيله في الميعاد المحدد لأجل المشاركة في مسابق، فيتم تعويضه عن الأمل في النجاح وليس النجاح ذاته.<sup>1</sup>

\* أن يكون الضرر مباشراً: هو الضرر الذي يكون نتيجة حتمية مباشرة لعدم تنفيذ الالتزام (علاقة سببية مباشرة)، حيث لا يمكن للدائن تجنبه دون بذل عناية الرجل العادي، أما الضرر غير المباشر فلا يعتبر المدين مسئولاً عنه مثال حالة عدم تموين سلعة (المادة الأولية) لمصنع مما أدى به إلى عدم تصنيع السلعة وعدم الوفاء بها في الميعاد المحدد (ضرر مباشر).

\* أن يكون الضرر متوقعاً: يقتصر التزام المدين على تعويض الضرر الذي كان يتوقعه الرجل العادي وقت التعاقد، كضياع طرد يخمل أشياء ثمينة أثناء نقله، فلا تعوض شركة النقل إلا عن الأشياء العادية التي كان من المتوقع وجودها في الطرد، ولكن في حالة الغش والخطأ الجسيم الصادر من المدين في الإخلال بالعقد فيعوض عن الضرر المتوقع والغير متوقع.

### ج) علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

لقيام المسؤولية العقدية يجب أن يكون الخطأ الذي ارتكبه المدين هو السبب في الضرر الحاصل للدائن.

- إثبات علاقة السببية: على الدائن إثبات علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر، والإثبات يختلف في الالتزام بتحقيق نتيجة، فيكون الخطأ مفترض، أما في الالتزام ببذل عناية فيجب إثبات الخطأ العقدي أما علاقة السببية بين الخطأ والضرر فتكون مفترضة.

<sup>1</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ص.185، و بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ص. 287.

● **نفي علاقة السببية:** إذا أثبت الدائن الخطأ وعلاقة السببية بينه وبين الضرر، يفترض المشرع علاقة سببية بين سلوك المدين والإخلال بالالتزام التعاقدي، وبالتالي يمكن للدائن نفي هذه علاقة السببية هذه عن طريق إثبات السبب الأجنبي، وهو كل حادث خارج عن إطار المدين لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه، وأن يكون السبب الوحيد في حدوث الضرر اللاحق بالدائن، وأ وقد نص عليه المشرع في المادة 127 ق.م. وتمثل صور السبب الأجنبي فيما يلي:

- القوة القاهرة والحادث الفجائي: كلاهما حادث استثنائي يشترط فيه أن يكون أمراً لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، شرط ألا يشترك معه خطأ المدين في حدوث الضرر ومثال القوة القاهرة الكوارث الطبيعية والحروب، أما الحادث فقد يكون خاصاً بالمدين كإضراب مفاجئ لعمال المصنع أو المرض المفاجئ للمدين، ويؤدي إلى انقضاء الالتزام، والإعفاء من المسؤولية.<sup>1</sup>

- **فعل الدائن:** قد يتدخل الدائن بخطئه في عدم تنفيذ الالتزام كضياع وتلف البضاعة بسبب سوء تعبئتها من طرف المرسل، ويجب أن يكون فعل المدين لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه وهو السبب الوحيد في حدوث الضرر.

- **فعل الغير:** هو الشخص الأجنبي عن العقد الذي لا يكون المدين مسؤولاً عنه، أما إذا كان للغير علاقة بالمدين بأن كان مساعده في التنفيذ فتثور مسؤولية المدين.

#### (د) تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية

أجاز المشرع لطرفي العقد الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية في حدود النظام العام والآداب العامة، وهذا تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهو ما تنص عليه المادة 178 ق.م. بقولها "يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه العقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، وييل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

<sup>1</sup> المادة 554 من القانون المدني.

فيجوز للمتعاقدين الاتفاق في العقد أو اتفاق لاحق على تشديد المسؤولية فيتحمل المدين تبعه القوة القاهرة والحادث الفجائي، كما يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية أو التخفيف منها ويعتبر هذا الشرط صحيحا، ولكن يكون باطلا في حالتين:

- **الحالة الأولى:** لا يجوز إعفاء المدين من مسؤوليته أو التخفيف منها إذا كان عدم تنفيذ الالتزام ناجم عن غش المدين أو خطئه الجسيم كسرقة الناقل للبضاعة التي كلف بنقلها، فلا يستفيد من شرط الإعفاء أو التخفيف، إنما يجوز للمدين اشتراط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من تابعيه ومساعديه في التنفيذ(المادة 2/178).
- **الحالة الثانية:** يبطل شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة الفعل غير المشروع لأن أحكام المسؤولية التقصيرية هي من النظام العام لا يجوز الإعفاء منها.

### ثانيا: الفسخ جزاء خاص

إن المسؤولية العقدية هي جزاء عام عن الإخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية، إلا أن الفسخ هو جزاء خاص في العقود الملزمة لجانبين، فيحق للدائن طلب التنفيذ العيني عن طريق التعويض، ويمكنه طلب الفسخ ليتخلص من التزامه العقدي متى تخلف الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه العقدي. نص المشرع الجزائري على الفسخ في المادة 119 ق.م. بقوله " في العقود الملزمة لجانبين، 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"، 00 كما نص على الانفساخ والدفع بعدم التنفيذ.

**1) مفهوم الفسخ وشروطه:** الفسخ هو حل الرابطة العقدية في العقود الملزمة لجانبين بطلب أحد المتعاقدين في حالة إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزامه العقدي. فهو يرد على عقد صحيح فإذا كان التنفيذ العيني ممكنا وامتنع عنه المدين يمكن للدائن طلب التنفيذ العيني أو الفسخ، وإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا وكانت الاستحالة بخطأ المدين يمكن للدائن الخيار بين طلب التعويض على أساس المسؤولية العقدية أو طلب فسخ العقد طبقا للمادة 119 ق.م.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ص.302، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص. 104.

\* التمييز بين الفسخ والانفساخ: الفسخ هو حل الرابط العقدي، فيزول أثرها بأثر رجعي بسبب امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، أما الانفساخ فيقع بقوة القانون إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا لسبب أجنبي خارج عن إرادة المدين وهو ما تنص عليه المادة 121 ق.م. بقولها " في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد بحكم القانون".<sup>1</sup>

\* شروط الفسخ: طبقا للمادة 119 ق.م. يشترط لتحقيق الفسخ توافر الشروط التالية - أن يكون العقد ملزما لجانبين: يتعلق الفسخ بالعقود الملزمة لجانبين حيث التقابل فالالتزامات بين الدائن والمدين، فأساسها الترابط في الالتزامات، ولا يمكن تصور الفسخ في العقود الملزمة لجانب واحد، لأنه لا جدوى منه.

- إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته: أي يكون الإخلال بتنفيذ الالتزام بخطأ من المدين مثال رفض التنفيذ في الالتزام بالقيام بعمل، أو عدم تسليم الشيء المبيع في عقد البيع بسبب هلاكه بخطأ المدين، فإذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي، فينفسخ العقد بقوة القانون.

- ألا يكون طالب الفسخ مقصرا في تنفيذ التزامه: بحيث يكون قد نفذ التزامه كليا أو جزئيا، أو على الأقل مستعدا لتنفيذ التزامه، وقادرا على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد.

\* أنواع الفسخ: هناك نوعان من الفسخ، الفسخ الاتفاقي والفسخ القضائي.

- إعدار المدين: وهو شرط إجرائي وجوبي ضروري للمطالبة بفسخ العقد، المقصود به إنذار المدين للوفاء بالتزامه، ويؤدي الإعدار إلى وضع المدين في وضع الممتنع عن التنفيذ.

أ) الفسخ الاتفاقي: طبقا للمادة 120 يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالتزامات، بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يعفي من الإعدار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين". وبناء عليه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على الفسخ إذا أحل أحدهما بتنفيذ التزامه، ويتخذ الاتفاق الصور التالية:

- الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا: وهو القاعدة العامة في الفسخ،

<sup>1</sup> المادة 307 ق.م.

- الاتفاق أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه: تشترط الإعذار ورفع الدعوى دون أن يكون للقاضي السلطة التقديرية في الفسخ.
- الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بغير حاجة إلى حكم قضائي: ويكون الحكم مقررا للفسخ ليس منشأ له.
- الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دونما حاجة إلى حكم أو إعذار: تجعل العقد مفسوخا بمجرد عدم تنفيذ الالتزام دون حاجة إلى اعذار.

**ب) الفسخ القضائي:** الأصل في الفسخ أن يكون قضائيا، عن طريق رفع الدائن لدعوى الفسخ أما القضاء بعد إعذار، ولا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين. ووفقا للمادة 2/119 ق.م. فإن للقاضي السلطة التقديرية للحكم في الفسخ القضائي أو رفضه، فيأمر به إذا توفرت شروطه ومبرراته، أو يرفض الفسخ، أو يمنح المدين أجلا للتنفيذ حسب الظروف وهو أجل معقول لتنفيذ التزامه، إذا كان التنفيذ جزئيا وما لم يوف به الدين قليل الأهمية بالنسبة لباقي الالتزام، كأن يقوم المقاول بإنجاز معظم البناء، ويتبقى بعض الأعمال القليلة.

\* **أثر الفسخ:** سواء كان قضائيا أو اتفاقيا **فالفسخ أثر رجعي** فيما بين المتعاقدين، يترتب عليه زوال العقد وإعادة الحال إلى أصله، أي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، عن طريق الالتزام بالرد أو الاسترداد فيجب أن يلتزم كلا من المتعاقدين برد ما أخذه، ففي عقد البيع يرد المشتري المبيع وثمراته، ويرد البائع الثمن وفوائده، ويتم الرد على أساس الدفع غير المستحق، وفي حالة استحالة الرد فللقاضي الحكم بتعويض عادل على المتعاقد الذي أخل بالتزامه على أساس المسؤولية التقصيرية.<sup>1</sup> وللإشارة فإن الأثر الرجعي للفسخ يكون بالنسبة للعقود الفورية دون العقود الزمنية نظرا لطبيعتها كعقود الإيجار فيفسخ العقد بالنسبة إلى ما تبقى من التزامات ولا يسري على الماضي، وهو نفسه أثر إبطال العقد.

كما أن الأثر الرجعي للفسخ يمتد إلى الغير الذي يتصرف إليه التعاقد، فمتى تم فسخ عقد البيع يتم استرداد المبيع من المشتري حاليا من الحقوق التي يكون المشتري قد رتبها على الشيء المبيع، غلا إذا استند لسبب قانوني لكسب الحق كالحيازة في المنقول سند الملكية أو التقادم المكسب.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 316 وعلي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص.

**2) الدفع بعدم التنفيذ:** يجوز في العقود الملزمة لجانبين لكل متعاقد الامتناع عن تنفيذ التزامه في حالة عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، فالدفع بعدم التنفيذ هو عمل تمهيدي للفسخ أو للتنفيذ نص عليه المشرع في المادة 123 ق.م. بأنه في العقود الملزمة لجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه. ويقوم الدفع بعدم التنفيذ على أساس الترابط في الالتزامات، وهو نفسه أساس الفسخ، حيث لا يمكن طلب تنفيذ الالتزام من المتعاقد الآخر، إلا إذا كان المتعاقد الأول قد بدأ في تنفيذ التزامه أو على استعداد لذلك، فيتم التنفيذ في وقت واحد، اعتبارا للعدالة.

**\* شروط الدفع بعدم التنفيذ:** يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ توفر الشروط التالية:

- أن يكون العقد ملزما لجانبين: أساس الامتناع عن تنفيذ العقد هو التقابل في الالتزامات في العقود الملزمة لجانبين.

- أن يكون الأداء مستحقا: يتم التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا كان الالتزام الذي لم يتم تنفيذه واجب الوفاء في الحال، أما إذا كان غير مستحق الأداء فلا يمكن الدفع بعدم التنفيذ.

- عدم قيام أحد الطرفين بتنفيذ الالتزام: سواء كان عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً، ويجب أن يكون المتمسك بحسن النية أي ألا يكون قد تسبب في عدم تنفيذ الطرف الآخر للعقد، أو كان ما لم يتم الوفاء به من المدين قليل الأهمية.<sup>1</sup>

**\* أثر الدفع بعدم التنفيذ:** يترتب على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وقف تنفيذ الالتزام وليس زوال الالتزام، فهو موقف سلبي يختلف عن الفسخ، وهو مرحلة مؤقتة قد تشكل وسيلة ضغط على الممتنع عن التنفيذ، فقد تنتهي إلى تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه باختياره، وقد لا يترتب عليه تنفيذ العقد وبالتالي يعدل المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إلى التحرر من العقد نهائياً بطلب الفسخ.

### **المبحث الثاني: التصرف بالإرادة المنفردة**

يعتبر التصرف بالإرادة المنفردة المصدر الثاني من مصادر الالتزامات، وقد تدخل المشرع في تعديل القانون المدني الجزائري 10/05 ليجعل الإرادة منفردة كمصدر مستقل من مصادر الالتزام، بعد أن كانت مدرجة قبل التعديل في إطار آثار العقد، امتثالاً للانتقادات الموجهة له في هذا الخصوص، وخصص الفصل الثاني مكرراً للتصرف بالإرادة المنفردة.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 296، 297.

## المطلب الأول: مفهوم التصرف بالإرادة المنفردة

### الفرع الأول: المفهوم

التصرف بالإرادة المنفردة هو تصرف يتم وينتج أثره القانوني بإرادة واحدة، وقد تكون الإرادة المنفردة سببا في إنشاء الحق العيني، كإنشاء الملكية عن طريق الوصية، كما قد تكون سببا في انقضاء الحق العيني، كالتنازل عن حق الانتفاع أو الملكية ليصبح الحق مباحا، كما قد تكون وسيلة لانقضاء الحق الشخصي عن طريق الإبراء، أو وسيلة لإزالة عيب في العقد عن طريق إجازة العقد، أو إقرار المالك الحقيقي لبيع ملك الغير، أو إنهاء بعض العقود كعزل الوكيل، أو استقالة العامل أو إنهاء عقد الزواج عن طريق الطلاق.

### الفرع الثاني: المذاهب المختلفة حول الإرادة المنفردة وموقف القانون الجزائري

اختلف الفقه بشأن اعتبار التصرف بالإرادة المنفردة مصدر مستقل من مصادر الالتزام، حيث كان الفقه الفرنسي القديم يرى أن العقد هو المصدر الإرادي الوحيد للالتزام، وعارضوا فكرة الإرادة المنفردة كمصدر للالتزامات، وعلى رأسهم بلانيول إلا أن قانون نابليون أخذ ببعض تطبيقاتها، بينما اعتبر الفقه الألماني الإرادة المنفردة المصدر الوحيد للالتزام.<sup>1</sup> وبالنسبة للفقه المصري فقد أورد التصرف بالإرادة المنفردة كمصدر مستقل من مصادر الالتزام، وهو نفس اتجاه المشرع الجزائري في تعديل 2005، حيث كان يدرج الإرادة المنفردة قبل هذا التعديل ضمن آثار العقد في المادة 115 قبل التعديل.

وبموجب تعديل القانون المدني بالقانون 10/05 خصص المشرع الجزائري فصلا خاصا للتصرف بالإرادة المنفردة هو الفصل الثاني مكرر من خلال المادة 123 مكرر بقولها "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"، فالتصرف بالإرادة المنفردة هو تصرف قانوني يهدف من خلاله المتصرف إلى إلزام نفسه دون الغير، ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة

علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.315، دريد محمود علي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص.334.<sup>1</sup>



و يسري على العقد من حيث أحكام الإيجاب وشروط الإيجاب أن يكون جازما أي باتا ونهائيا،  
وكاملا.

وهناك عدة التزامات تنشأ عن التصرف بالإرادة المنفردة في القانون الجزائري، منها ما تطرقنا  
إليه بصدد دراسة العقد، أهمها الإيجاب الملزم (المادة 63 ق.م.)، الوعد الملزم لجانب واحد (المادة 71  
ق.م.)، إجازة العقد القابل للإبطال (المادة 100 ق.م.)، الوصية الواردة في قانون الأسرة (المادة 184  
وما يليها)، إلا أننا في هذا المقام سنتطرق إلى أهم تطبيقات التصرف بالإرادة المنفردة وهو الوعد  
بجائزة الوارد في المادة 123 مكرر 1.

### المطلب الثاني: الوعد بجائزة كتطبيق للتصرف بالإرادة المنفردة

نصت المادة 123 مكرر 1 على الوعد بجائزة بقولها "من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين  
يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بجائزة أو دون علم بها..."

#### الفرع الأول: المفهوم والشروط

##### أولاً: المفهوم

طبقاً للمادة 123 مكرر 1 فإن الوعد بجائزة هو تصرف قانوني بإرادة منفردة هي إرادة  
الواعد الذي يعلن بموجبه للجمهور عن جائزة لأي شخص يقوم بعمل معين.

##### ثانياً: الشروط

يجب توافر ثلاثة شروط في الوعد بجائزة:

#### الشرط الأول: تعبير عن الإرادة موجه إلى الجمهور

يتضمن هذا التعبير عنصرين:

**العنصر الأول - وجود التعبير عن الإرادة:** إرادة باتة وجازمة لدى الواعد تتجه إلى إحداث أثر  
قانوني هو إلزام الواعد نفسه بالجائزة لمن يقوم بالعمل المطلوب، ويجب أن تتوفر في التعبير عن الإرادة  
وجود الرضا، وصحته وأهلية الواعد وإرادته الخالية من العيوب، طبقاً لما تطرقنا إليه في أحكام  
الإيجاب والتراضي في العقد.

فإذا كان هدف الواعد من خلال وعده هو الترويج لبضاعته والإشهار لها دون قصد إلزام نفسه، فلا يعتبر وعدا.

**العنصر الثاني- توجيه التعبير عن الإرادة إل الجمهور:** يجب ألا يوجه التعبير عن الإرادة إلى أشخاص معينين بذواتهم، وإلا كنا بصدد عقد والمقصود بالجمهور العدد غير المحدد من الناس والذين لا يعرفهم الواعد بذواتهم، وقد يعرفهم بصفاته، كما يجب أن يتم التعبير عن الإرادة بطريقة علنية حتى يصل العلم به إلى أكبر عدد ممكن باستخدام وسائل الإعلام، كما يمكن تخصيص الوعد إلى فئة معينة.<sup>1</sup>

### الشرط الثاني: أن يقوم بالعمل واحد من الجمهور

يجب على المعلن له أن يقوم بالعمل المطلوب منه والذي أعلن عنه الواعد، ففي حالة عدم القيام بالعمل من طرف أشي شخص، أو قام به دون احترام الشروط المعلن عنها فالواعد لا يلتزم بتقديم الجائزة.

ومثال العمل اكتشاف اختراع، العثور على شيء ضائع، النجاح في امتحان أو القيام بعمل فني أو أدبي.

**الشرط الثالث- تقديم الجائزة:** يقصد بالجائزة أي أداء ذو طابع مالي سواء أكان نقودا أو شيء يقوم بالنقود كدفع نفقات رحلة، وقد تكون الجائزة ذات قيمة معنوية كمنح وسام أو شهادة تقدير أدبي، ويجب تعيين الجائزة تعيينا دقيقا لأنها تعتبر محل التزام الواعد، ويجب أن تتوافر فيها شروطه أي: الإمكان أو الوجود، التعيين والقابلية للتعيين، والمشروعية كما سبق وأن بينا بصدد التعرض لأحكام ركن المحل في العقد.

وغالبا ما تكون الجائزة مالية دون تحديدها بحد معين أعلى أو أدنى، فتختلف قيمتها بحسب طبيعة العمل المطلوب أدائه والمصلحة التي تعود على الواعد.

### الفرع الثاني: أحكام الوعد بجائزة

قد يحدّد الواعد مدة لوعده للقيام بالعمل المطلوب وقد لا يحدد، فتختلف الأحكام تبعاً لذلك.

<sup>1</sup> يرجع إلى دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 341 وما يليها.

## أولاً: حالة تحديد مدة للوعد

يترتب على ذلك الآثار التالية:

**1) عدم جواز العدول بالنسبة للواعد:** يلتزم الواعد بالبقاء على وعده طول المدة المحددة، فإذا انقضت المدة دون أن يقوم شخص بالعمل المطلوب انقضى التزامه وهي أحكام الإيجاب الملزم، فإذا قام شخص بالعمل بعد انتهاء المدة أو كان قد بدأ في العمل ولم ينته منه، فلا يستحق الجائزة ولا يحق له الرجوع بالتعويض عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة.

**2) استحقاق الجائزة:** إذا قام شخص بالعمل المطلوب سواء كان قد أتمه قبل الإعلان أو خلال المدة المحددة، ولا يشترط لاستحقاق الجائزة رغبة الشخص في الحصول عليها أو علمه بها وقت قيامه بالعمل المطلوب، فأساس ذلك التزام الواعد بالإرادة المنفردة.

**3) حالة تعدد من قام بالعمل المطلوب:** قد يقوم بالعمل أكثر من شخص على انفراد أو بالتعاون ولم تنص المادة 123 مكرر 1 على هذه الحالة فنفرق بين حالتين:

● **الحالة الأولى:** إذا قام أكثر من شخص على انفراد بالعمل، فالجائزة تكون من حق السابق، فإذا تم العمل في وقت واحد فتقسم الجائزة بينهم.

● **الحالة الثانية:** في حالة تعاون عدة أشخاص في أداء العمل المطلوب، فتقسم الجائزة بينهم على أساس تقدير عادل طبقاً لما بذله كل منهم من جهد.

وتدخل الجائزة في تركة من قام بالعمل في حالة وفاته، وفي الضمان العام لدائنيه، والتزام الواعد بدفع الجائزة يتقادم بمضي 15 سنة وفقاً للقواعد العامة.

## ثانياً: حالة عدم تحديد مدة الوعد:

يلتزم الواعد بالوعد الصادر منه، فإذا تم العمل المطلوب خلال مدة معقولة يستحق من قام به الجائزة، سواء علم بها أو لم يعلم، وإذا حصل خلاف حول تقدير المدة المعقولة، يترك الأمر للقاضي للفصل فيها.

**1) حق الواعد في العدول:** لا يمكن للواعد أن يظل ملتزماً بالوعد، فيجوز له الرجوع في وعده، ويشترط أن يتم العدول بإعلان يوجه إلى الجمهور طبقاً للفقرة الثانية من المادة 123 مكرر 1 بقولها "وإذا لم يعين الواعد أجلاً لإنجاز العمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان الجمهور..."، وينتج

هذا العدول أثره إذا لم يتمكن أي شخص من الجمهور من إتمام العمل المطلوب. وفي هذا الفرض يمكن للواعد التحلل منه.<sup>1</sup>

**2) استحقاق الجائزة:** إذا تم العمل المطلوب قبل إعلان الواعد للعدول عن وعده تصبح الجائزة حقا لمن أتم العمل، ويمكن لهذا الأخير رفع دعوى للمطالبة بالجائزة خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور، تحت طائلة السقوط طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 123 مكرر 1، فإذا انقضت هذه المدة فلا يكون لمن قام بالعمل المطلوب إلا أن يرجع على الواعد بالتعويض طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية.<sup>2</sup>

### المبحث الثالث: المسؤولية التقصيرية (الفعل المستحق التعويض)

#### مقدمة

المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية الناشئة عن الفعل المستحق التعويض كما يسميه المشرع الجزائري هي مسؤولية مدنية تهدف إلى إصلاح الضرر الذي لحق بالشخص عن طريق التعويض وهي الأصل في المسؤولية المدنية واستثناءا تكون المسؤولية المدنية عقدية في حالة وجود عقد، كما تختلف عن المسؤولية الجنائية من حيث عدة أوجه أهمها:

- تتعلق المسؤولية الجنائية بقيام جريمة منصوص عليها في قانون العقوبات (تحديده يتعلق بمبدأ الشرعية)، بينما ترتبط المسؤولية المدنية بأي فعل تقصيري أو غير مشروع يسبب ضررا للغير (غير محدد ومحصور)، مع الإشارة إلى أن المسؤولية الجنائية قد يترتب عليها مسؤولية مدنية، مثلا قيام جريمة قتل ينجم عنها مسؤولية جنائية تتمثل في إلحاق العقوبة بالجاني ومسؤولية مدنية بتعويض ورثة الضحية عن الضرر اللاحق بهم.
- لا يجوز كقاعدة عامة التنازل أو التصالح بشأن المسؤولية الجنائية، لأنها ترتبط بالحق العام إلا في حدود معينة كنظام المصالحة الجزائية، بينما يجوز للشخص المتضرر التنازل عن حقه والتصالح في المسؤولية المدنية، لأنه حق مدني خالص له.

<sup>1</sup> دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 344، 345. وعلي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 317.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 318.

وتنقسم المسؤولية التقصيرية إلى ثلاثة أقسام:

1) المسؤولية عن الفعل الشخصي.

2) المسؤولية عن فعل الغير.

3) المسؤولية الناشئة عن الأشياء.

### المطلب الأول: المسؤولية عن الفعل الشخصي

تنص المادة 124 على أن " كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، يتضح من نص المادة أن المسؤولية عن الفعل الشخصي تقوم على ثلاث أركان.

#### الفرع الأول: الخطأ

يسمى عند الفقه بالخطأ التقصيري، وهو الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية ويعرّف بأنه الإخلال بالتزام قانوني أو غير قانوني يتمثل في عدم الإضرار بالغير، واستثناءا ظهرت أنواع من المسؤولية التقصيرية لا تقوم على الخطأ تسمى بالمسؤولية الموضوعية قوامها الضرر كما هو الحال في المسؤولية الناشئة عن الأشياء وبعض النصوص الخاصة في المسؤولية كالمسؤولية عن حوادث العمل التي تقوم على أساس تحمل التبعة<sup>(1)</sup>، ومن أهم صور المسؤولية التقصيرية المسؤولية عن حوادث المرور والتعسفي استعمال الحق...

#### أولاً: عناصر الخطأ:

#### يقوم الخطأ على عنصرين

1) **العنصر المادي:** التّعدي ويقصد به الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي من أهم صورته الإهمال والتقصير وعدم الحيطة، وقد يتخذ مظهرا إيجابيا كإتلاف مال الغير أو مظهرا سلبيا كعدم احترام قواعد المرور (المادة 125) ولا يهم درجة الخطأ لقيام المسؤولية، فقد يكون عمديا أو غير عمدي، جسيما أو عاديا أو يسيرا متى أدّى هذا الخطأ إلى إحداث الضرر.

<sup>1</sup> سيتم التطرق إلى أسس المسؤولية هذه في المحاضرات اللاحقة.

يتمثل معيار تقدير الخطأ في سلوك الرجل العادي(المادة 172) فإن معيار تقدير الخطأ هو سلوك الرجل العادي وهو معيار فقهي يعرف بأنه شخص من أوساط الناس لا أكثرهم حرصا ولا أقلهم إهمالا، ويعتد في ذلك بالظروف الخارجية التي يوجد فيها المسؤول من أهمها ظرف المكان والزمان والوسائل ولا يأخذ بالظروف الداخلية والنفسية، فالطبيب الاختصاصي يتم تقدير سلوكه الخاطئ على أساس سلوك طبيب في نفس اختصاصه وفي نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها.

وهو معيار فقهي يعرف بأنه شخص من أوساط الناس لا أكثرهم حرصا ولا أقلهم إهمالا، ويعتد في ذلك بالظروف الخارجية التي يوجد فيها المسؤول من أهمها ظرف المكان والزمان والوسائل ولا يأخذ بالظروف الداخلية والنفسية، فالطبيب الاختصاصي يتم تقدير سلوكه الخاطئ على أساس سلوك طبيب في نفس اختصاصه وفي نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها، وبخصوص مسألة الإثبات فإنه:

- إذا كان الخطأ عمديا كسائق السيارة الذي يتعمد صدم شخص يعد القصد السيئ قرينة قاطعة على الخطأ.
- إذا كان غير عمدي عن طريق الإهمال والتقصير كالسائق الذي يصدم شخصا نتيجة تجاوز السرعة، فيتم قياس سلوكه بسلوك الرجل العادي ويتم إثبات ذلك بكل وسائل الإثبات لأن الخطأ واقعة مادية.

## 2) العنصر المعنوي: التمييز والإدراك

لقيام المسؤولية التقصيرية يجب أن يصدر التعدي من شخص مميّز مدرك وقد نصت المادة 125 ق.م على " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو إهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميّزا"

والتمييز هو صلاحية الشخص لممارسة حقوقه وتحمل نتائج أفعاله مع إدراك ذلك ويكون الشخص مميزا إذا بلغ سن 13 سنة، ولا يساءل مدنيا من لحقه عارض من عوارض الأهلية كالجنون والعمته لأنه في حكم عديم التمييز ويتولّى مسؤوليته من يتولّى رقبته(المادة 42 ق.م.م).<sup>1</sup>

### ثانيا: أهم تطبيقات الخطأ التعسف في استعمال الحق

يتعلق الخطأ التقصيري بعدة تطبيقات للانحراف عن القانون أو الأخلاق أو السلوك السوي..مثل حوادث المرور و حوادث العمل..وقد ساق المشرع أحد هذه التطبيقات في المادة 124 مكرر، حيث يعتبر الاستعمال التعسفي للحق خطأ خصوصا في حالات وهي حالات على سبيل المثال:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير أي انعدام مصلحة المتعسف تماما، كما هو الحال في رفع دعوى قضائية كيدية، وطرّد صاحب العمل لعامل دون مبرر قانوني.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير أي مصلح قليلة يقابلها ضررا كبير للغير، كمن يطلق زوجته دون مبرر مشروع ظاهر، أو في التزامات الجوار من يهدم حائطا مختارا دون عذر قوي من شأن ذلك الإضرار بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط(المادة 108 ق.م.م).
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة، كترتيب عقوبة تأديبية على عامل ممثل نقابي تهديدا له للتستر على مخالفات صاحب العمل...

### ثانيا: حالات انتفاء الخطأ

يكون التعديّ مشروعا وبالتالي تنتفي أو تخفف المسؤولية المدنية في الحالات التالية:

أ-حالة الدفاع الشرعي(المادة 128 ق.م.م): لا يساءل الشخص مدنيا في حالة قيامه بإحداث ضرر للغير وهو في حالة دفاع مشروع لردّ خطر أو اعتداء يهدده في نفسه أو ماله أو نفس أو مال الغير

<sup>1</sup> وقد ألغى المشرع الفقرة 2 من المادة 125 بموجب تعديل القانون المدني 10/05 التي تقرر مسؤولية احتياطية مخففة لعديم التمييز، المادة 125 فقرة 2 السابقة...غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعى في ذلك مركز الخصوم".

شرط أن يكون الاعتداء حالا ولا يمكن رده إلا عن طريق هذا الدفاع، وأن يكون الدفاع يتناسب مع الاعتداء، ويمكن الحكم بتعويض عند اللزوم.

ب- حالة تنفيذ أمر صادر من رئيس(المادة 129 ق.م.): وهي تحص عمال الوظيف العمومي والأعوان العموميين حيث لا يسأل مدنيا الموظف الذي يصدر عنه ضررا للغير يكون نتيجة مباشرة عن العمل الذي قام به في إطار وظيفته التي يياشرها وتنفيذا لأوامر رئيسه شرط أن تكون طاعة الأوامر واجبة(كأن تكون صادرة من السلطة المختصة..)، ويكون الفعل مشروعاً أو أن الموظف اعتقد مشروعيته، مع وجوب مراعاته للحيطه والحذر في تنفيذه.

ج- حالة الضرورة(130 ق.م.): يكون الشخص في حالة الضرورة إذا دفعته الظروف للإضرار بالغير لتجنب ضرر أكبر محقق به أو بغيره، كأن يقوم سائق شاحنة بتحطيم واجهة محل تجاري لتفادي قتل شخص، فالضرر المراد تفاديه أكبر جسامة من الضرر الذي تسبب به، إلا أن حالة الضرورة لا تؤدي إلى نفي المسؤولية المدنية تماما وإنما التخفيف من التعويض، وفي هذه الحالة يقع على الضحية إثبات خطأ الفاعل حتى يساءل مدنيا لكل وسائل الإثبات.

## الفرع الثاني: الضرر

### أولاً: تعريف الضرر:

يعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، وطبقا للمادة 182 فقرة 1 هو الخسارة التي تلحق بالشخص والكسب الذي فاتته جراء حصول الضرر، وهو ركن أساسي لقيام المسؤولية يؤدي انتفاؤه إلى انتفاء المسؤولية فحيث لا ضرر لا تعويض ولا مسؤولية مدنية فهو مقياس تقدير التعويض المستحق للضحية، ومثال الضرر **الألم المادي والمعنوي** الناجم عن الإصابة.

### ثانياً- أنواعه:

#### الضرر نوعان

أ- **الضرر المادي:** هو الخسارة في الجسم أو المال التي تلحق الشخص نتيجة الإعتداء على حق من حقوقه، ويتحقق عند المساس بالذمة المالية للشخص كالتعدي على السلامة الجسدية بالضرب



والجرح، أو العجز الكلي المؤقت الناجم عن حادث مرور، أو التعدي على أموال الشخص بإتلافها أو تحطيمها.<sup>1</sup>

ب- **الضرر المعنوي:** هو الخسارة الناجمة عن التعدي على حق غير مالي للشخص كالإعتداء على الشخص في سمعته وشرفه وعاطفته أو دينه ، أو المساس بالحق في الاسم والحياة الخاصة وحرمة المسكن دون أن يسبب ذلك خسارة مالية، ويعوّض كالضرر المادي تماما،<sup>2</sup> وذلك بموجب المادة 182 مكرر التي تنص على "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

**ملاحظة:**

• يجب إثبات عناصر الضرر المادي لتعويضه بينما يخضع التعويض عن الضرر المعنوي للاقتناع الشخصي للقاضي.

• قد يقترن الضرر المادي بالضرر المعنوي كفقدان ابن لوالده حيث يلحقه الضرر المادي هو المتمثل في فقدان النفقة والضرر المعنوي المتمثل في الحزن والألم الناجم عن موت والده، أو التشوه الذي يلحق بالشخص نتيجة حادث ينجم عنه ضرر مادي أو معنوي.

### ثالثا- شروط الضرر

يشترط في الضرر كركن في المسؤولية الشروط التالية:

أ- **أن يكون محققا:** يتحقق الضرر إذا كان وقع فعلا من حيث سببه وأثره وهو الضرر الحال أو سيقع في المستقبل بصفة مؤكدة وهو الضرر المستقبل بحيث تحقق سببه ولم تحصل آثاره بعد، فإذا أصيب شخص في حادث مرور وأدى ذلك إلى قطع عضو من أعضائه فهو ضرر حال، وإذا أدى ذلك إلى العجز عن العمل في المستقبل بصفة أكيدة فهو ضرر مستقبل محقق وجب تعويضه، أما الضرر الاحتمالي فهو ضرر لم يحدث بعد وحدوثه غير مؤكد فلا يؤدي إلى قيام المسؤولية والتعويض.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> علي فيلاي، الالتزامات العمل المستحق التعويض، مرجع سابق، ص. 247.

<sup>2</sup> حول تطور موقف المشرع الجزائري يرجع إلى علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ص 166 وما يليها.

<sup>3</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ص. 179، 180 و بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ص. 158.

ب- أن يكون مباشراً: الضرر المباشر هو الضرر الذي ينشأ مباشرة عن الخطأ ويكون نتيجة طبيعية حتمية عنه، ويتمثل معيار تحديده في عدم قدرة الرجل لعادي على تجنبه ببذل جهد معقول حسب المادة 182 ق.م. "...ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول" وفي حالة تسلسل الأضرار يجب تحديد الضرر الذي يعوّض وهو الضرر المباشر وحده دون غيره من الأضرار، ومثاله الطرد التعسفي للعامل الذي ينجم عنه فقدان أجره وعمله.

ت- يجوز أن يكون الضرر متوقعا أو غير متوقع: يعوض الضرر المباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع على عكس المسؤولية العقدية التي يشترط أن يكون الضرر متوقعا حتى يستحق المضرور التعويض حسب المادة 182 فقرة أخيرة.

ث- أن يكون شخصيا: يجب لرفع دعوى المسؤولية أن يكون الضرر شخصا أي لحق الشخص ذاته إلا أنه يجوز أن يكون الضرر مرتداً -وهو الذي يرتدّ أو ينتقل من السلف إلى الخلف- إذا ترتب عن الضرر الأصلي أضرارا تصيب الغير، كوفاة شخص في حادث فإن الوفاة ينجم عنها ضرر مادي لحقه ضرر معنوي بأقاربه، فيجوز لهم رفع دعوى مسؤولية مدنية على أساس أن الضرر الذي أصابهم ناجم عن الضرر الأصلي.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

#### أولاً- مفهومها:

لقيام المسؤولية التقصيرية يجب أن تكون علاقة سببية مباشرة بين الخطأ والضرر مثلا إذا قاد الشخص سيارته دون رخصة سياقة ثم صدم شخصا آخر ورتب له أضرارا-دون أن يرتكب في ذلك خطأ- وكان الشخص المضرور هو المخطأ لظهوره فجأة وعبره الطريق دون مبالاة حيث لم يتمكن من تفاديه، هنا تنتفي العلاقة السببية بين الخطأ المتمثل في عملية الاصطدام والضرر الحاصل، ويعتبر فعل المصاب وحده سبب أجنبي قاطع للعلاقة السببية، ولا يمكن مساءلة السائق مدنيا بالرغم من عدم حيازته رخصة السياقة - هو خطأ منفصل تترتب عنه مسؤولية جنائية-

<sup>1</sup> ملف رقم 334050 ، قرار صادر بتاريخ 2006/07/19، الغرفة المدنية للمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2007.

## ثانياً: أثر السبب الأجنبي القاطع للعلاقة السببية

بصوره المذكورة في المادة 127 ق.م، القوة القاهرة، فعل الضحية وفعل الغير، يعتبر السبب الأجنبي قاطع للعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وهو كل حادث استثنائي عام -لا يخص المسؤول وحده- لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه يؤدي إلى حدوث الضرر ويقع على المضرور إثبات العلاقة السببية ويتم ذلك بكافة وسائل الإثبات وعلى المسؤول لكي يتخلص من المسؤولية نفي العلاقة السببية، (ارجع إلى السبب الأجنبي بصدد الحديث عن المسؤولية العقدية).<sup>1</sup>

## ثالثاً: حالات خاصة في العلاقة السببية

يوجد حالتين في العلاقة السببية تثير صعوبة في تحديد العلاقة السببية:

**1) حالة تعدد الأسباب:** في حالة تداخل عدة أسباب في إحداث الضرر، مثال شخص يعبر الطريق بإهمال وأتت سيارة مسرعة فصدمته وأصيب بتريف حاد في رأسه ثم تأخرت سيارة الإسعاف في نقله إلى المستشفى، وعند وصوله تعذر إنقاذه نظراً لعدم توفر زمرة دمه، فما هو السبب الذي يعتد به لتحديد المسؤولية؟

للإجابة ينبغي تحديد العلاقة السببية بين الأسباب والضرر الحاصل وفي هذا الصدد هناك نظريتان:

**أ- نظرية تعادل وتكافؤ الأسباب:** كل هذه الأسباب قد ساهمت في إحداث الضرر بشكل مباشر أو غير مباشر، فتساوى في المسؤولية ما دام العلاقة السببية بينها وبين الضرر قائمة، وتقسّم المسؤولية بصفة متماثلة على كل المسؤولين، أما السبب الذي تنتفي علاقته بالضرر فلا يعتدّ به.

**ب- نظرية السبب المنتج أو الفعّال:** ينبغي البحث في العلاقة السببية التي تربط كل سبب بالضرر الحاصل وكل سبب يعتبر منتجاً للضرر بقدر تدخله في حصوله، فالأسباب تتفاوت من حيث الدور الذي لعبته في إحداث الضرر، فمنها ما هو رئيسي كخطأ السائق، ومنها ما شارك في حصول الضرر ومنها ما دوره ضئيل في ذلك، ومنها ما هو سبب عرضي، ولا يقدر التعويض بالتساوي وإنما يتحمّل كل شخص المسؤولية بقدر مساهمته في الضرر.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الواقعة القانونية، ص. 195.

<sup>2</sup> علي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق التعويض، ص. 273 وما يليها.

**2) حالة تسلسل الأضرار أو النتائج:** وهي الحالة التي يترتب فيها عن الخطأ الواحد عدّة أضرار متسلسلة، مثال شخص أصيب في حادث مرور بجروح مما أدى إلى مكوثه بالمستشفى وتم تحديد الأضرار الجسمانية والعجز الحاصل، وبعدها خرج من المستشفى وعاد إلى العمل إلا أنه بعد مدة تفاقمت حالته وأصيب بمرض حاد تبين أنه ناجم عن الإجهاد في العمل وحصل له مضاعفات خطيرة، فهل يعرض عن كل هذه الأضرار المتسلسلة؟

يتم الرجوع إلى مفهوم الضرر المباشر الذي يكون نتيجة طبيعية مباشرة للخطأ أي للجروح والعجز وتحديد العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، أما المضاعفات اللاحقة فتعتبر أضرارا غير مباشرة كان يمكن تفاديها من طرف المضرور ببذل الجهد المعقول والمحافظة على صحته فهنا تنتفي العلاقة السببية.

### المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير

#### مقدمة:

الأصل ألاّ يسأل الشخص إلاّ على أفعاله الشخصية وفقا للنظرية التقليدية وهي النظرية الشخصية التي تقيم المسؤولية على أساس الخطأ الشخصي، إلا أن الاعتبارات الاجتماعية والتطورات الاقتصادية في بعض الحالات جعلت الأضرار تنشأ لأسباب تتعدى المسؤول الأصلي وترتبط بشخص آخر، كما قد يتعدّر الحصول على تعويض الضرر منه، لذلك قرّرت التشريعات استثناء ترتيب المسؤولية المدنية عن فعل الغير في حالات محدّدة تتمثل في مسؤولية متولي الرقابة ومسؤولية المتبوع.

### الفرع الأول: مسؤولية متولي الرقابة

#### أولا: المفهوم

نصت المادة 134 ق.م. على " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار. ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلّص 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".<sup>1</sup>

<sup>1</sup> ألغى المشرع نص المادة 135 في تعديل 10/05، المقتبس من القانون المدني الفرنسي، والذي كان يتضمن تطبيقا عن مسؤولية متولي الرقابة ووضع قرائن لصالح الضحية في مسؤولية الأب عن أفعال أولاده القصر، والمعلم والمؤدبين وأرباب العرف عن الضرر الصادر من التلاميذ، وقد اعتبره بعض الأساتذة مثل محمد جلال حمزة تزييد لا مسوغ له، وأن المادة 134 هي قاعدة عامة يمكن لها استيعاب جميع الحالات، علي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق التعويض، مرجع سابق، ص.90.

قرّر المشرع ترتيب المسؤولية المدنية على شخص غير المسئول الأصلي في حالة الحاجة إلى الرقابة بسبب قصور أو انعدام الإدراك لدى الشخص وهي حالة القصر والحالة العقلية أو الجسمية، فالولي مثلا هو المكلف برقابة ولده القاصر ومسئول مدنيا عن أفعاله الضارة حتى لو تجاوز القاصر سن التمييز- يكون المميز مسئول بصفة أصلية طبقا للمادة 125- بسبب حاجة القاصر للرقابة، بالإضافة إلى أن الأمر سيسهّل على المضرور الحصول على حقه.

### ثانيا: شروط مسؤولية متولي الرقابة:

هناك ثلاث شروط

#### الشرط الأول: الالتزام بالرقابة أي تولي شخص الرقابة على آخر

وهو واجب يلقي على عاتق الشخص بناء على القانون فتكون الرقابة قانونية، كرقابة الولي أو الأم الحاضنة في حالة الطلاق ، ورقابة المعلم...أو بناء على الاتفاق فتكون الرقابة اتفاقية بين الأطراف كالالتزام بمستشفى الأمراض العقلية برعاية المرضى، والتزام مشرفي الروضة برعاية الأطفال الصغار، وكذا التزام رب الحرفة في إطار عقد التمهيّن.

يعرّف الالتزام بالرقابة بأنه الإشراف الفعلي على الشخص ورعايته وحسن توجيهه ومنعه من الإضرار بالغير واتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة لذلك، ولا تكفي الرقابة الواقعية كمساعدة شخص لصديقه الأعمى في الذهاب والإياب.

إن مضمون الالتزام بالرقابة يختلف بحسب وضع متولي الرقابة والخاضع لها، فالولي يلتزم بالرقابة العامة على عديم التمييز، بينما يلتزم المعلم برقابة خاصة ومحدّدة تتعلق بالزمان والمكان اللذين يشرف فيهما على التلميذ، وهو الحال بالنسبة لرب الحرفة في عقد التمهيّن، كما أن الطفل دون سن التمييز يحتاج رعاية مادّية، ومن بلغها إلى رعاية معنوية، ورقابة المجنون رقابة أوسع نطاقا، ورقابة الأعمى هي خاصة تتعلق بعاهته فقط.

#### الشرط الثاني: خضوع شخص للرقابة

حدّد المشرع في نص المادة 134 الحاجة إلى الرقابة في صورتين فقط (على سبيل الحصر) وهما

\* **حالة القصر:** يكون القاصر في حاجة إلى الرقابة سواء كان مميّزا أو غير مميّز من طرف وليّه، وتثار مسؤولية هذا الأخير على أساس مسؤولية متولي الرقابة.

بالنسبة للقاصر الغير مميز لا يكون مسؤولا مطلقا عن أفعاله الضارة طبقا للمادة 125 فقرة 2 ق.م فيساعل وليّه أو من انتقلت الرقابة عليه بصفة أصلية كالحاضن(ة) في حالة الطلاق، والأم العازبة...

بالنسبة للقاصر المميز فرغم أنه مسؤول شخصيا عن أفعاله الضارة طبقا للمادة 125 المذكورة إلا أنه يبقى يفتقد للإدراك وتسهيلا للمضرور الحصول على حقه فيمكن له الرجوع مباشرة على متولّي الرقابة دون حاجة لإثبات خطأ القاصر، كما يمكنه الرجوع على القاصر المميز على أساس مسؤوليته الشخصية طبقا للمادة 124 ق.م. فهناك مسؤوليتان مسؤولية عن فعل الغير ومسؤولية شخصية.<sup>1</sup>

\* **الحالة العقلية والجسمية:** يتعلق بالخلل أو العاهة التي تطرأ على الشخص في عقله كالمجنون فتؤدي إلى عدم إدراكه لأقواله وأفعاله، وقد يتسبّب في أضرار للغير، أو في جسمه كالأعمى والمشلول الذي يصدر عنه أفعالا ضارة وتمثل خطرا على الغير بالنظر إلى العاهة التي يعاني منها، فكل منهما يحتاج إلى الرقابة سواء رقابة قانونية كالولي على المجنون، أو اتفاقية كالأعمى الذي يكلف شخصا لاصطحابه إلى عمله، فإذا أدت العاهة العقلية إلى نقص التمييز دون فقدانه فإن حكم أفعال الشخص هو حكم أفعال القاصر المميز.<sup>2</sup>

**الشرط الثالث- صدور فعل ضار من الخاضع للرقابة:** يجب لقيام مسؤولية متولّي الرقابة إثبات صدور الفعل الضار من طرف الخاضع للرقابة، ويكفي إثبات الضرر الذي تسبب فيه دون إثبات خطأ الخاضع للرقابة بعنصره، حيث لا ضرورة لإثبات المسؤولية الشخصية للخاضع للرقابة حتى تقوم مسؤولية متولي الرقابة، لأنه في حالة العكس ستنتفي الغرض من وراء تقرير هذه الأخيرة وهي حماية المضرور وتيسير الحصول على حقه بتقرير مسؤولية الشخص عن فعل غيره.

<sup>1</sup> للمزيد من التفصيل، يرجع إلى علي فيلاي، المرجع السابق، ص.ص. 95-100.

<sup>2</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص. 101.

### ثالثاً: الأساس القانوني لمسؤولية متولّي الرقابة:

يعتبر متولّي الرقابة مسئولاً مدنياً عن الأفعال الضارة الصادرة من الخاضع لها، وطبقاً للمادة 134 يتبين أن أساس ذلك هو الالتزام بالرقابة المفروض على عاتق متولّيها، فالوليّ مثلاً يلتزم قانوناً بالإشراف على القاصر وحسن توجيهه ورقابته إلى حين اكتمال مرحلة التمييز والإدراك أي بلوغ سن الرشد المدني، وقيام القاصر بالفعل الضار للغير هو قرينة قانونية تدلّ على تقصير المكلف بالرقابة في أدائها وبالتالي افتراض الخطأ في جانبه، وهي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، وكذا الحال بالنسبة لرقابة المعلّم والمؤدّب والحرفي... فالخطأ المفترض هو أساس قيام مسؤولية متولّي الرقابة.<sup>1</sup>

### رابعاً: قيام مسؤولية متولّي الرقابة وكيفية دفعها

لتقوم مسؤولية متولّي الرقابة يرفع المضرور دعوى مباشرة على متولّي الرقابة بإثبات الشروط الخاصة المذكورة دون حاجة لإثبات خطأ الخاضع لها، كما يجوز له رفع دعوى على الخاضع للرقابة إذا كان مميّزاً على أساس المسؤولية الشخصية - المادة 124- ولا يجوز الجمع بين المسؤوليتين وإنما يختار إحداها.

وقرينة الخطأ المفترض في جانب متولّي الرقابة المتمثل في الإخلال بواجب الرقابة هي قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس حيث يجوز للمكلف بالرقابة أن يدفع مسؤوليته عن طريق وسيلتين:

\***الإثبات السلبي:** عن طريق نفي الخطأ وإثبات قيامه بواجب الرقابة على أكمل وجه واتّخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الإضرار الغير وأنه وفّر له الظروف والوسائل المادية والمعنوية لمنعه من الإضرار بالغير وللقاضي فقط تقدير الجهد المبذول من طرف المكلف بالرقابة على أساس الظروف الخارجية التي وقع فيها الضرر بالنظر إلى معيار الرجل العادي، وظروف الخاضع للرقابة (سنه مثلاً فالصغير يحتاج لرعاية مادية والتمييز يحتاج لرعاية معنوية) وكذا طبيعة الفعل الضار(مثلاً اعتبار القضاء أن القاصر الذي يقوم بجريمة اغتصاب قرينه قاطعة على سوء التربية من طرف الولي وليس فقط سوء الرقابة).

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، ص.304، و علي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق التعويض، ص.115.

\*الإثبات الإيجابي: عن طريق نفي العلاقة السببية بين الفعل الضار والخطأ المفترض بإثبات أن الفعل الضار لا يرجع إلى الإهمال والتقصير في الرقابة، وإنّما يرجع إلى سبب أجنبي كفعل المضرور أو الحادث الفجائي ( لم يتوقّعه وحدث فجأة)، وبذلك تنتفي العلاقة السببية إذا تبين أن الضرر كان لا بد من وقوعه ولا يمكن دفعه، ولو قام المكلف بالرقابة بواجب الرقابة أي بما ينبغي من العناية.<sup>1</sup>

ولا يجوز لمتولّي الرقابة المسؤول المدني الرجوع الذي يقصد به استرداد المبلغ المدفوع للمضرور ممّن وقع منه الضرر أي من الخاضع لها في كلّ الأحوال، بسبب القصر سواء كان مميّزا أو غير مميّز أو بسبب الحالة العقلية أو الجسمية، فمسؤوليته حسب الفقه أصلية تقوم على الخطأ، وقد قصرت المادة 137 ق.م. حق الرجوع للمتبوع فقط دون متولّي الرقابة.

### الفرع الثاني: مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه

#### أولا: المفهوم

تنص المادة 136 ق.م. " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضرر متى كان واقعا منه في حالة تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها. وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرّا في اختيار تابعه متى كان يعمل لحساب المتبوع".

قد يستخدم أي شخص طبيعي كان أو معنوي أشخاصا آخرين في القيام بمهام ونشاطات لحسابه، وكل نشاط قد ينطوي لا محالة على أخطار وأضرار تلحق بالغير وتهدّد مصالحه مثلا العمّال في مؤسسة أو شركة، والموظفين في الإدارة و الخدم في المنازل يعتبر كل منهم تابعا، ويكون المتبوع مسؤولا مدنيا عن أفعال تابعيه الضارة وهذه المسؤولية لا تنفي المسؤولية الشخصية للتابع، حيث أن المضرور له الحق في إثارة المسؤولية الشخصية للتابع على أساس الخطأ الشخصي، وكذلك مسؤولية المتبوع على أساس علاقة التبعية وله الخيار بينهما.

#### ثانيا: شروط مسؤولية المتبوع

تتمثل شروط مسؤولية المتبوع في:

<sup>1</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص. 117.



**الشرط الأول- رابطة أو علاقة التبعية:** لم يعرف المشرع الجزائري رابطة أو علاقة التبعية وإنما أخذ بمعيار توصل إليه الفقه والقضاء الفرنسيين وهو أن رابطة التبعية تتحقق في حالة "عمل التابع لحساب المتبوع"، أي أن التابع يؤدي النشاط المطلوب منه لحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي وليس لفائدته الشخصية، وتتوافر علاقة التبعية في عقد العمل ونظام الوظيف العمومي وعلاقة الخدم بصاحب المنزل... فلا يكون سائق الطاكسي تابعا للزبون ولا المريض أو الموكل تابعين للطبيب والحامي، فالمقصود بعلاقة التبعية الإدارية والتنظيمية وليس التبعية القانونية أو الاقتصادية.

وقد استبعد التبعية القانونية حيث لا يشترط وجود عقد أو صحته لقيام علاقة التبعية،<sup>1</sup> كما لا تستند مسؤولية المتبوع إلى الخطأ في اختيار التابع وهذا يتضح من خلال قول المشرع " ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه.. " وكذا التبعية الاقتصادية حيث لا يشترط تقاضي التابع لمقابل من المتبوع حتى تثبت هذه العلاقة، ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه" ولم يشترط أيضا التبعية الفعلية أي سلطة الرقابة والتوجيه التي يقوم بها المتبوع على التابع لأن هذه السلطة لا تفسر مسؤولية مدير المؤسسة عن نشاط الإطارات المسيّرة فيها حيث يصعب توجيههم ورقابتهم نظرا لطبيعة نشاطهم التقني أو الفني وحريةهم في ممارسته، فمدير المستشفى يعتبر في مركز المتبوع بالنسبة للأطباء حتى لو كان ليس مختصا في الطب، والطبيب يقوم بعمله بكل حرية.

**الشرط الثاني- الفعل الضار الصادر من التابع:** لا يشترط المشرع صدور خطأ من التابع وإثباته، وإنما يكفي إثبات الفعل الضار أي الضرر الصادر منه، فالغرض من تقرير مسؤولية المتبوع هو التسهيل على المضرور وتيسير الحصول على حقه، ويمكن للمضرور أن يختار رفع المسؤولية الشخصية للتابع على أساس المادة 124 ق.م. وفي هذه الحالة يجب عليه إثبات الخطأ الشخصي للتابع.

**الشرط الثالث- اتصال الفعل الضار بالوظيفة:** لإثارة مسؤولية يجب إثبات وجود العلاقة بين فعل التابع الضار والوظيفة فالمتبوع لا يسأل عن السلوك العام للتابع ، فقد يصد ر عن هذا الأخير فعلا ضارا أجنبيا عن الوظيفة فلا يسأل عنه المتبوع. بموجب نص المادة 136 المذكورة "... متى كان واقعا منه في حالة تأدية الوظيفة او بسببها أو بمناسبةها...".

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، ص. 319.

أ- **الفعل الضار حالة تأدية الوظيفة:** إن التابع وهو يقوم بالنشاط المكلف به يكون ممثلاً للمتبوع فإذا صدر منه فعلاً ضاراً في المكان والزمان المخصصين للوظيفة، وبوسائل الوظيفة وتحقيقاً لمصلحة المتبوع، ومهما كانت درجة الخطأ جسيماً أو يسيراً، كسائق سيارة تابعة لشركة قام بمحادث مرور أثناء أداء وظيفته أو خطأ محاسب أثناء قيامه بإعداد بيان المحاسبة السنوي.

ب- **الفعل الضار بسبب الوظيفة:** إذا كان هناك ارتباط ضروري وحتمي بين الوظيفة والفعل الضار، وكانت هي السبب المباشر في وقوعه (الارتباط بينهما ارتباط العلة بالمعلول) ولولا الوظيفة ما حدث الفعل الضار، أي التجاوز المادي للوظيفة أو العمل المسند إلى التابع، كالتابع الذي لا يتقيد بمحدود وظيفته وبالغ في أدائها مثال الشرطي الذي يمارس ضرباً شديداً على المتهم أثناء عملية التحقيق، أو عون أمن في مؤسسة يبالغ في ردّ اعتداء على مدير المؤسسة... وفي حالة رضی المضرور بهذا التجاوز فلا تقوم مسؤولية المتبوع كمن يصرّ على التابع استخدام سيارة المتبوع دون إذنه.<sup>1</sup>

ت- **الفعل الضار بمناسبة الوظيفة:** تكون الوظيفة عاملاً مساهماً في حدوث الفعل الضار وليس ضرورياً، فالفعل الضار نتيجة ثانوية أو عرضية للوظيفة وكان من الممكن وقوعه بغض النظر عن الوظيفة، وهو ما يسمّى بالتجاوز المعنوي للوظيفة وإساءة استخدامها، كاستخدام الوظيفة من أجل تحقيق غرض شخصي للتابع أو تصفية حساب شخصي، مثال إخفاء عون إداري لملف أحد المواطنين بغرض حرمانه من الاستفادة من مزايا معينة، ومنه متى كان هنا اتصال للفعل الضار بالوظيفة تقوم مسؤولية المتبوع عن التابع مدنياً.

### ثالثاً: الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع

يرجع غالبية الفقه والقضاء بأن مسؤولية المتبوع تقوم على أساس تحمّل التبعة وفقاً للنظرية الموضوعية أو نظرية تحمّل التبعة وفقاً للقاعدة الفقهية الغنم بالغرم وتستند في ذلك إلى فكرة العدل، فالمتبوع يستحدث نشاطات ويستفيد بالمقابل من نشاط تابعيه بمغانم عديدة وبالمقابل تنجم عنها مخاطر وأضرار، لذلك وجب عليه تحمّل الأضرار والخسائر الناجمة عن ذلك بغض النظر عن سلوكه الخاطئ

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، ص. 330، وعلي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق التعويض، ص. 146.

أو غير الخاطئ، فهي تعنى بالضرر فقط ، بالإضافة إلى اعتبار عملي منطقي يتمثل في أنه غالباً ما يكون شخصاً موسراً بالمقارنة مع التابع معسراً (شخص مأجور)، وهذا يسهل على المضرور الحصول على حقه وبالتالي فمسئولية المتبوع هي موضوعية أساسها الضرر وتقوم على تحمّل التبعة.

#### رابعاً: قيام مسؤولية المتبوع وكيفية دفعها

يرفع المضرور دعوى مباشرة على المتبوع دون إثبات خطأ التابع على أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه (م 136)، كما يجوز له رفع دعواه على التابع على أساس المسؤولية الشخصية (م 124)، فيختار بينهما ولا يجوز له رفع دعوى واحدة على المتبوع والتابع معا للمطالبة بالتعويض بالتضامن.

كيف يمكن للمتبوع دفع مسؤوليته؟ لا يجوز نفي مسؤولية المتبوع عن طريق نفي الخطأ لأنها لا تقوم أصلاً علة الخطأ في جانب المتبوع، فهي مسؤولية موضوعية مفترضة تقوم متى توافرت شروطها الخاصة.

بينما يجوز للمتبوع نفي مسؤوليته بنفي العلاقة السببية بين فعل التابع والضرر الذي أصاب المضرور أي بنفي مسؤولية التابع عن طريق إثبات السبب الأجنبي طبقاً للمادة 127 ق.م. كخطأ الضحية أو الحادث الفجائي.

#### خامساً: حق رجوع المتبوع على التابع

يجوز للمتبوع أن يرجع على تابعه في حالة ارتكاب التابع خطأ جسيم باعتباره المسؤول الأصلي وفقاً للمادة 137 ق.م. ، من أجل استرداد المبالغ المؤداة كتعويض لصالح المضرور، وعلى المتبوع في هذه الحالة إثبات الخطأ الجسيم للتابع، فإذا لم يتمكن من ذلك بأن كان خطأ التابع يسيراً أو عادياً فيتحمّل المتبوع التعويض ولا يجوز له الرجوع على التابع لأن الأخطاء اليسيرة والعادية قد تحصل عادة ودوماً في الوظيفة.

المطلب الثالث: المسؤولية الناجمة عن الأشياء الحية والأشياء غير الحية (الجامدة)

الفرع الأول : القاعدة العامة في المسؤولية الناجمة عن الأشياء:

إلى نوعين من المسؤولية، مسؤولية حارس الشيء و مسؤولية حارس الحيوان

أولاً : المسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية (الجامدة):

تنص المادة 138 ق.م.على أن "كل من تولّى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء ويعفى 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 القاهرة.

1) مدخل عن تطور المسؤولية: في نهاية القرن الثامن عشر ومسايرة للتطور الصناعي والتكنولوجي الذي أدى إلى كثرة الحوادث وعجز القواعد العامة للمسؤولية القائمة على إثبات الخطأ عن ضمان حق المضرور في الحصول على التعويض،<sup>1</sup> عمل الفقه على وضع أسس جديدة للمسؤولية عن الأشياء غير الحية أو الجامدة وهي المسؤولية المفترضة في جانب حارس الأشياء غير الحية، بهدف حماية ضحايا الأشياء وإعفاء المضرور من الإثبات، فصدرت نصوصاً خاصة للتعويض أهمها التعويض عن حوادث العمل الذي أسس على فكرة تحمل التبعة.

وتدرّج القضاء في تأسيس هذه المسؤولية من الخطأ المفترض قابل لإثبات العكس إلى القرينة القاطعة في افتراض المسؤولية التي لا تسقط إلا بإثبات السبب الأجنبي،<sup>2</sup> كما توسّعت فيما بعد إلى جميع الأشياء دون استثناء، وعنه أخذت التشريعات الحديثة أحكام هذه المسؤولية.

<sup>1</sup> أشار المشرع الفرنسي إلى المسؤولية الناجمة عن الأشياء غير الحية وعن الحيوان وعن البناء تبعاً في المواد 1384.

فقرة 1 و1385 و1386 إلا أنه أقامها كلها على أساس الخطأ واجب الإثبات.

<sup>2</sup> استقر حكم محكمة النقض الفرنسية على ذلك في قضية جاندير في 13 فبراير 1930.

## 2) شروط مسؤولية حارس الشيء

### الشرط الأول أن يكون مصدر الضرر شيئاً

يمتاز مفهوم الشيء في مضمون المادة 138 بالشمول وهو كل شيء مادي غير حي بغض النظر عن صفته ونوعه، أي يتضمّن مفهوماً واسعاً للأشياء الجامدة أو غير الحية مهما كان نوعها، طبيعتها، أو حجمها منقول أو عقار، سائل أو جامد، صوتي أو غازي، متحرك أو غير متحرك خطير أو غير خطير، ومثلها المساكن والرمال والضجيج والتيار الكهربائي والمواد والنفائيات السامة، والحبل والإبر الطبية ولوحات الإعلانات، الغازات الضارة....، ويخرج من دائرتها الأشياء التي تحكمها نصوص خاصة كحوادث المرور وحوادث العمل، تهدم البناء والحريق والمنتوجات، وكذا الأشياء التي لا تكون محل حراسة كالرياح والأمطار والثلوج....<sup>1</sup>

### الشرط الثاني: تولّي شخص حراسة الشيء

1) مفهوم الحراسة: إن الحارس حسب مفهوم المادة 138 المذكورة هو الحارس المعنوي الشخص الذي يملك قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة وهي سلطات تكمل بعضها البعض، ويقصد بالاستعمال استخدام الشيء لمصلحة معينة ولا يقتصر على الاستعمال المادي كسائق السيارة ليس بمالكها هو ليس حارس فهو يملك مجرد الاستعمال المادي فقط، أما التسيير فهو التسيير المعنوي أي سلطة إصدار التعليمات والأوامر بخصوص الشيء من الناحية التنظيمية فطبيب الأشعة في المستشفى ليس حارساً على الشيء رغم امتلاكه للتسيير التقني ويبقى صاحب المستشفى هو الحارس، أما الرقابة فهي سلطة مساءلة ومحاسبة الغير على كيفية استخدام الشيء، وصاحب المصنع هو الحارس للآلات والوسائل والأجهزة المستخدمة في الإنتاج ويعتبر مسؤولاً عن الأضرار التي تسببها ولا يعتبر مشغّل الآلة حارساً لأنه مجرد حائز مادي.<sup>2</sup>

فمفهوم الحراسة هي الحراسة المعنوية وهي كما يعرفها البعض سلطة الإمرة على الشيء والحرية في استخدام الشيء قصراً واستقلالاً وقد أخذ بها المشرع الجزائري.

<sup>1</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص. 171 و172.

<sup>2</sup> يقول الفقه أن اعتبار الحارس المادي مسؤولاً عن الشيء هو تحميل التابع لأكثر من طاقته.

**2) انتقال الحراسة:** الأصل أن تكون الحراسة للمالك وهو الحارس القانوني وتكون بناء على سند قانوني المتمثل في حق الملكية وهذا يوفر الضمان للضحية فيرفع دعوى على المالك مباشرة، إلا أن الحراسة قد تنقل من مالك الشيء إلى شخص آخر بطريق قانوني أو غير قانوني وذلك بانتقال سلطات الاستعمال والتسيير والرقابة فلا يصبح المالك حارسا:

وتنتقل الحراسة بطريق قانوني وتبقى حراسة قانونية باكتساب شخص آخر لحق عيني أو شخصي على الشيء، مثال أن يتم إعاره الشيء لشخص آخر لاستعماله كإعارة آلة أو سيارة أو جهاز فيكون المستعير حارسا إذا انتقلت إليه سلطات الاستعمال والتسيير والرقابة مجتمعة كإعارة سيارة دون سائق لشركة، أو رهن المالك للشيء لصالح دائنه فيصبح الراهن الحيازي حارسا للشيء. \* تنتقل الحراسة بطريق غير قانوني وتصبح حراسة فعلية في حالة سرقة الشيء أو ضياعه فيصبح السارق أو من عثر على الشيء حارسا له ويكون مسؤولا عن الأضرار التي تسبب فيها.

### **3) تجزئة الحراسة وتعدد الحراس أو الحراسة الجماعية:**

**تجزئة الحراسة:** قال بعض الفقه بتجزئة الحراسة إلى حراسة البنية أو الهيكل وحراسة الاستعمال في الأشياء القابلة للانفصال كالخطيرة أو المتحركة ذاتيا، ومفاد ذلك أن حراسة الاستعمال تنتقل أما حراسة بنية الشيء فتبقى دائما بيد المنتج المالك، فتكون المسؤولية محل تجزئة بين المالك أيا لمنتج المسؤول عن الأضرار في عيوب الشيء والشخص المستعمل الذي يعتبر حارس الاستعمال.

ولقد أنكر الفقه هذا الرأي بسبب صعوبة تحديد الحارس بالنسبة للمضروب، وقال بأن الحارس هو من كانت له السيطرة الفعلية على الشيء، سواء كان الضرر ناجم عن استعمال الشيء أو عيب في بنيته، فالمسؤولية ملقاة على عاتق من في يده السلطات الثلاث مجتمعة وهي الاستعمال والتسيير والرقابة أو على الأقل اثنان منها فهذه السلطات تكمل بعضها بالنسبة لإحداث الضرر، ونشير إلى أنه رغم إنكار الفقه لتجزئة الحراسة، فقد تبناها القضاء الفرنسي والجزائري.

**الحراسة الجماعية:** قد يكون للشيء أكثر من حارس أي اشترك عدة أشخاص في ممارسة سلطات الاستعمال والتسيير والرقابة في آن واحد فيكونون مسؤولين بالتضامن فيما بينهم عن الضرر الذي يحدثه الشيء مثال كالشركاء في استغلا آلة أو جهاز أو تعدد مالكي شاحنة أحدثت الضرر، أو تعدد المستأجرين لأرض فلاحية.

## الشرط الثالث: تدخّل الشيء في إحداث الضرر للغير

أي أن يكون الضرر ناجم عن فعل الشيء حيث أن الأشياء غير الحية تكون أصلاً تحت سيطرة الإنسان فهي لا تتحرك تلقائياً وان اختلفت من حيث الطبيعة والنوع، فمنها ما هو متحرك أو غير متحرك، خطير بطبيعته أو بحسب وضعه، له قوة ذاتية وقد وضع الفقه معايير لتحديد متى يتدخّل الشيء في إحداث الضرر؟

**المعيار الأول: التمييز بين فعل الشيء وفعل الإنسان :** يحدّد هذا المعيار فعل الشيء انطلاقاً من طبيعة الشيء محل الحراسة ووضعه وعلى مدى صدور خطأ من الحارس، فاعتبر الشيء محدثاً للضرر إذا كان به عيب ذاتي أو كان في وضع معيب أو يحتاج إلى عناية خاصة، خرج من سيطرة صاحبه، وقد انتقد هذا المعيار لأن العبرة في هذه المسؤولية هي الحراسة، كما أنه يؤدي إلى التفرقة بين الأشياء بحسب طبيعتها ووضعتها ويطلب من المضرور إثبات وجود عيب بالشيء، بالإضافة إلى أنه من الصعب تحديد مدى ووقت خروج الشيء من يد صاحبه إلا في حالة واحدة هي الخطأ المتعمّد من الحارس.<sup>1</sup>

**المعيار الثاني: أن يكون الشيء أداة الضرر:** ألغى التمييز بين الأشياء على أساس طبيعتها أو ووضعتها المعيب بعد صدور حكم القضاء الفرنسي سنة 1886 الذي يعتبر نقطة تحوّل بالنسبة للمسؤولية على الحوادث التي تتسبب فيها الآلات الصناعية.<sup>2</sup>

ويركّز هذا المعيار على العلاقة السببية بين الشيء والضرر بغض النظر عن طبيعة الشيء ووضعه وفعل الإنسان، وينسب الضرر إلى الشيء إذا كان لهذا الأخير دوراً إيجابياً في إحداث الضرر، ويتمثل الدور الإيجابي في إحداث الضرر في وجود علاقة سببية بين الشيء والضرر الحاصل، ويكون دوره سلبياً متى انعدمت هذه العلاقة، دون اعتبار لسكون الشيء أو حركته أو وضعه الشاذ غير المألوف لأننا لسنا بصدد مسؤولية على أساس خطأ الحارس الشخصي طبقاً للقواعد العامة.

<sup>1</sup> تتطلب بعض التشريعات في الشيء حتى يكون متدخلًا في إحداث الضرر تطلبه لعناية خاصة المادة 178 قانون مدني مصري.

<sup>2</sup> حكم صادر من الدائرة المدنية بتاريخ 1886/06/11.

وتتمثل صور التدخل الإيجابي للشيء في إحداث الضرر في: - الاحتكاك أو الاتصال المادي المباشر بين الشيء والمضروب كوصول غازات سامة لجسم الإنسان - الاحتكاك أو الاتصال المادي غير المباشر كتطاير حصة من تحت عجلة سيارة وتكسر واجهة محل تجاري - الاحتكاك المعنوي كالفرع الذي يصيب الشخص جراء تخوفه من سيارة مسرعة فيصاب بالإغماء مثلاً.

ويرى الفقه أن إثبات تدخل الشيء الإيجابي في إحداث الضرر يكون على عاتق المضروب ويفترض في حالتين: حالة الاحتكاك المادي المباشر ، وحالة ما إذا كان الشيء في حالة حركة، وفي هاتين الحالتين ينتقل عبئ الإثبات على الحارس ويكون عليه إثبات التدخل السلبي للشيء في إحداث الضرر، أمّا في الحالات الأخرى كعدم وجود احتكاك مادي مباشر أو كان الشيء في حالة سكون فيقع على الضحية إثبات التدخل الإيجابي في إحداث الضرر.

## 2) أساس مسؤولية حارس الشيء وكيفية دفعها:

أ) أساس المسؤولية: إن أساس المسؤولية يعني السبب الذي من أجله يتم إسناد المسؤولية قانوناً وعبئ التعويض على شخص معين في المسؤولية عن الأشياء غير الحية وهو الحارس ، وقد اختلف الفقه في تأسيسها وهناك اتجاهين فقهيين بشأن ذلك:

**الاتجاه الأول:** وهو النظرية الشخصية أي الفقه التقليدي وأبرز نظرياته، نظرية الخطأ المفترض، ونظرية الخطأ في الحراسة وتركز هذه النظريات على خطأ الحارس في رقابة الشيء أو حراسته والذي يحدث الضرر، وافترض الخطأ يعني أن الحارس قد أهمل وقصّر في رقابة الشيء وحراسته، فإذا أحدث أضراراً بخروجه من سيطرة صاحبة فهذا يعني أن الحارس قد ارتكب خطأ، وقد وجّهت عدة انتقادات إلى هذا الفقه كون أن فصل المسؤولية عن حراسة الأشياء عن القاعدة العامة في المسؤولية التي تقوم على الخطأ يعني أنها لا تعتدّ إطلاقاً بسلوك الحارس، فقد وجدت لحماية مصلحة المضروب، كما أن قيام المسؤولية على أساس الخطأ المفترض، يعني أنه يمكن إثبات العكس إنما الوسيلة الوحيدة لدفع هذه المسؤولية هي إثبات السبب الأجنبي كما سنرى، ولردّ على هذا قال البعض بأنها تقوم على أساس الخطأ المفترض كقرينة قاطعة فير قابلة لإثبات العكس.

**الاتجاه الثاني:** وهم أنصار النظرية الموضوعية أي الفقه الحديث وأبرز نظرياته، نظرية تحمّل التبعة ونظرية الضمان وكلاهما يركّزان على الضرر الناجم عن الشيء بغض النظر عن سلوك حارسه،



فالغرض من تأسيس مسؤولية حارس الشيء هو حماية المضرور، فطبقاً لنظرية تحمّل التبعة أو المخاطر فكل شخص يحدث نشاطاً ينتفع به يجب أن يتحمّل الأضرار المترتبة عليه، وفقاً لنظرية الضمان فإن الحارس يلتزم عند استعماله الشيء بضمان حق الأشخاص في سلامة الجسم والمال بغض النظر عن ارتكابه خطأً، وانتقد هذا الرأي على باعتبار أن المسؤولية غير قائمة على الحارس وليس المنتفع.

\* **أساس المسؤولية في الفقه والتشريع والقضاء الجزائي:** يتضح من خلال نص المادة 138 أن المسؤولية عن حراسة الأشياء هو الخطأ في الحراسة وهو خطأ مفترض قانوناً لا يقبل إثبات العكس يقع بمجرد وقوع ضرر من الشيء، ولا يستطيع نفي الخطأ إلا بإثبات أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي، ولا يكلف المضرور بإثبات الضرر، إلا أن القضاء غير مستقر على ذلك فأحياناً يؤسس قراراته على الخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس، وأخرى على تحمّل التبعة وتجعل الضرر هو الأساس، كما أسست هذه المسؤولية على المسؤولية المفترضة قانوناً وهو ما يتفق مع الرأي القائل بأن المسؤولية عن حراسة الأشياء هي مسؤولية موضوعية مفترضة قوامها فكرة التضامن العدالة والمنطق، مقررة بحكم القانون وأساسها الضرر، فحارس الشيء يعتبر مسئولاً عن الأضرار الناجمة عن الأشياء التي يستخدمها في كل الحالات بغض النظر عن فعله الخاطئ (كأن يكون الشيء في وضع معيب...) أو غير الخاطئ، أو أن الضرر ناجم عن عيب في الشيء أو خروجه عن سيطرة حارسه، حيث أن التزامه في استعمال الأشياء يقتضي عدم تسببها في أضرار، حيث لم يمكن المشرع حارس الشيء في المادة 138 من نفي الخطأ عن نفسه.

(ب) **كيفية دفعها:** طبقاً للمادة 138 فقرة 2 فإن حارس الشيء لا يمكنه نفي مسؤوليته والتخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي أي قطع العلاقة السببية بين الشيء محل الحراسة والضرر الحاصل فهو الوسيلة الوحيد لنفي المسؤولية، ويتم بإثبات أن الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الغير أو عمل الضحية أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة (وهي صور السبب الأجنبي الواردة في المادة 127 ق.م.)، حيث لا يمكنه نفي الخطأ عن نفسه.

ومتى أثبت المضرور الشروط المذكورة (الحراسة- الضرر وقع بفعل الشيء) تقوم قرينة قاطعة على مسؤولية الحارس لا يمكن نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي، ورغم أن فكرة السبب الأجنبي هي قديمة ظهرت بظهور المسؤولية المدنية إلا أن تطبيقها في المسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية كان في متأخر بسبب عدم وجود نص قانوني في القانون الفرنسي يوضح ذلك.

## ثانيا: المسؤولية عن حراسة -الحيوان-

(1) **المفهوم:** تنص المادة 139 ق.م. على أن "حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب لا ينسب إليه.

ويلاحظ أن المسؤولية عن حراسة الحيوان أحكامها تتشابه مع المسؤولية عن حراسة الأشياء، إلا في نقطة واحدة هي محل الحراسة الذي يتمثل في الحالة الأولى في الجماد والحالة الثانية في الحيوان، وقد كان القانون الروماني لا يفرق بينهما.

## (2) شروط مسؤولية حارس الحيوان: تتمثل في ثلاث شروط.

**الشرط الأول:- أن يكون مصدر الضرر حيوانا:** وذلك مهما كان نوعه صغيرا أو كبيرا، خطيرا أو غير خطير...ويشترط أن يكون حيا، ومهما كان الغرض الذي يؤديه سواءً كان حيوان انتفاع يستعان به في الأعمال والخدمات أو على سبيل الاستئناس أو غيره.. فالأهم أن يكون مملوكا وحراسته ممكنة سواء كان أليفًا كالكلاب والخيول والمواشي أو متوحشا كالنمور والنحل والقرودة...، أما الحيوانات غير المحروسة كتلك الموجودة في الغابات فتخرج من حكم المادة 139، وبالنسبة للحيوانات الميتة فتعتبر أشياء غير حية ويطبق عليها نص المادة 138 ق.م.

## الشرط الثاني- تولّي شخص حراسة حيوان

\***مفهوم الحراسة:** كما هو الحال في الأشياء غير الحية يشترط أن يكون الحيوان في حراسة شخص معين والحراسة هي السيطرة الفعلية والمعنوية على الحيوان المتمثلة في سلطة الاستعمال والرقابة والتوجيه، والأصل أن حارس الحيوان هو مالكه فتكون له السيطرة الفعلية قانونيا بحكم ما للمالك من سلطة في التصرف في الحيوان واستخدامه ، فهل تنتقل الحراسة إلى شخص آخر ويكون هو المسئول عن الأضرار التي يتسبب فيها الحيوان؟

\* **انتقال الحراسة:** قد تنتقل الحراسة إلى الغير برضا المالك بإعارته مثلا أو بغير رضاه بسرقة، فيعدّ كل من المستعير والسارق حارسا للحيوان ومسئول عما يحدثه من ضرر بالنظر إلى انتقال سلطة التوجيه والرقابة، والحال كذلك إذا سلّ مالك حصان هذا الأخير إلى خيال ليشارك بها في سباق، لأنه يجوز أن ينتقل الحيوان إلى حيازة شخص آخر كراعي الحيوان غي مالك له فلا يكون حارسا

له، كما قد تنتقل الحراسة إلى البيطري أو لا بالنظر إلى انتقال الرقابة والتوجيه على الحيوان من عدمه. إلا أنه في حالة ضياع الحيوان أو تسرّبه من يد صاحبه فيبقى دائما حارسا له ومسئول عمّا يحدثه من ضرر.

**الشرط الثالث: أن يحدث الحيوان ضررا للغير:** يعدّ الحيوان محدثا للضرر إذا كان الضرر الحاصل للغير ناجم عن فعل إيجابي للحيوان، فإذا كان تدخل الحيوان سلبيا كأن تسبب الغير بالضرر لنفسه وكان تدخل الحيوان عرضيا كمن يرتطم بحيوان نائم فجرح فلا يكون حارس الحيوان مسئولا عنه، كما لا يشترط حتى ينشأ ضررا أن يحدث تلامس بين الحيوان والغير فقد يهرب حيوان من قفصه في حديقة الحيوانات ويتسبّب في أضرار للزوار نتيجة تدافعهم خوفا وذعرا من الحيوان، والضرر قد يكون القتل أو الجرح أو إتلاف المال أو نقل العدوى...إلخ.

### 3) أساس المسؤولية وكيفية دفعها

أ) أساس المسؤولية: انقسم الفقه بشأن تأسيس مسؤولية حارس الحيوان إلى اتجاهين، الاتجاه الأول أنصار النظرية الشخصية يقيمها على أساس الخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس، حيث متى ألحق الحيوان ضررا بالغير فلا يطالب المضرور بإثبات خطأ الحارس وإنما هو مفترض ما دام أن الحيوان كان

في حراسته، أي كان المكلف برقاوته والإشراف عليه حيث أن الحارس مسؤولا حتى لو خرج الحيوان من حيازته في حالة ضياعه باعتباره مسؤولا عن هذا الضياع أو التسرّب، وقرينة الخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس يتبيّن من خلال المادة 139 فقرة 1.<sup>1</sup>

أما الاتجاه الثاني وهم أنصار النظرية المادية فيؤسّسها على الضرر وتحملّ التبعة، وقد انتقد هذا الاتجاه على أساس أن الحارس يبقى مسئولا عن الحيوان حتى لو لم يكن منتفعا.

والرأي أن المسؤولية عن حراسة الحيوان كما قيل بالنسبة للمسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية هي مسؤولية موضوعية مفترضة بحكم المادة ونص المادة 139 هو قرينة قانونية لصالح المضرور الذي يقع عليه إثبات الضرر فقط الذي تسبب الشيء فور وقوعه.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص.407.

ب) وسائل دفعها: يمكن لحارس الحيوان أن ينفي مسؤوليته بطريق واحد فقط هو نفي العلاقة السببية بين فعل الحيوان والضرر الحاصل للغير، طبقا للمادة 139 فقرة 2 وذلك بإثبات السبب الأجنبي، وهو حادث استثنائي غير منسوب للحارس بصوره الواردة في المادة 127 ق.م. وهي القوة القاهرة كالرعد الشديد الذي يثير أحصنة فتضل وتحدث أضررا جسيمة بمحاصيل زراعية، كما قد يكون خطأ المضرور كشخص من المارة يثير كلبا فيقوم بعضه.

### الفرع الثاني: الحالات الاستثنائية في المسؤولية عن حراسة الأشياء

خروجا عن القاعدة العامة في المسؤولية عن حراسة الأشياء نص المشرع الجزائري على حالات خاصة لا تنظمها المادة 138 من القانون المدني رغم أن الضرر ناجم عن شيء، فنجد مضامين المادتين 140 و 140 مكرر تتمثل في ، المسؤولية في حالة الحريق، المسؤولية الناجمة عن تقدم البناء ومسؤولية المنتج، فما هي الأحكام التي تميزها عن القاعدة العامة؟

#### أولا: المسؤولية الناشئة عن الحريق أو مسؤولية الحائز عن الأضرار الناشئة عن الحريق

**1) المفهوم:** تتميز هذه المسؤولية عن القاعدة العامة في المسؤولية الناجمة عن الأشياء من حيث أساس المسؤولية، حيث تنص المادة 140 فقرة 1 على ما يلي "من كان حائزا بأي وجه كان لعقار أو جزء منه، أو منقولات حدث فيها حريق لا يكون مسئولا نحو الغير عن الأضرار التي سببها هذا الغير إلا إذا أثبت أن الحريق ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسئول عنهم".

**2) شروط قيام هذه المسؤولية:** تتمثل في شرطين أساسيين، حدوث ضرر بفعل الحريق و أن يرجع ذلك إلى خطأ في جانب المسئول أو من هو مسئول عنهم.

**الشرط الأول- حدوث الضرر بسبب الحريق:** يجب أن يكون الضرر الذي لحق الغير بسبب الحريق الذي شبّ في عقار الحائز أو جزء منه أو في منقولاته، مهما كانت صفته مالكا أو مستأجرا أو مستعيرا...والمقصود بالحريق اشتعال النار فجأة وبصورة معتبرة في العقار أو المنقول وتسربها إلى أموال الغير دون إمكان السيطرة عليها وتتسبب في إحراقه و إتلافه عن طريق التحطيم الكلي أو الجزئي لهذا المال، أما إذا حصل الضرر بسبب تماس كهربائي أو انفجار فلا تطبق هذه المادة وإنما نرجع إلى القواعد العامة أي المادة 138.

**الشرط الثاني- خطأ في جانب المسئول:** يجب على المضرور إثبات خطأ حائز العقار أو المنقول الذي اندلع فيه الحريق في إتلاف ماله، أو خطأ من هو مسئول عنهم (أي الخاضع للرقابة أو التابع)، مثل أن يثبت أن الحائز كان يخزن مواد قابلة للاشتعال دون اتخاذ تدابير الحيطة والحذر في ذلك، أي أن المضرور لا يستفيد من افتراض المسؤولية وذلك بالإضافة إلى إثبات الضرر والعلاقة السببية، وهو نفس الحكم في المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي في المادة 124 قانون مدني.

من هو الحائز وفقاً للمادة 140 فقرة 2 وهل هو نفسه الحارس؟ إن الحائز طبقاً للفقهاء هو من يملك السلطة الفعلية على العقار أو المنقول الذي اندلع فيه الحريق، سواء تمت الحياة بطريق مشروع أو غير مشروع، وأن المشرع يقصد مفهوم الحارس الوارد في المادة 138 و139 من القانون المدني نفسه بدليل قوله "... من كان حائزاً بأي وجه كان..." وهو ما أيده القضاء الجزائري، حيث أسندت المحكمة العليا المسؤولية عن الحريق الذي نشب في محل لممارسة نشاط النجارة وانتقل إلى محال المضرور مستغله وليس لمالكه أي لمن له السلطة الفعلية عليه.

كما يسأل الحائز في هذه الحالة عن خطأ من هو مسئول عنهم وهم عموماً الأشخاص الخاضعين لرقابته طبقاً للمادة 134 أو التابعين طبقاً للمادة 136 قانون مدني.

### 3) أساس المسؤولية الناجمة عن الحريق وكيفية دفعها

أ) أساس المسؤولية: إن الخطأ في المسؤولية الناشئة عن الحريق تقوم على أساس الخطأ واجب الإثبات وهو السبب الذي أدى إلى فصلها عن القاعدة العامة في الحراسة الناشئة عن الأشياء في المادة 138 ق.م. وذلك من أجل استبعاد المسؤولية المفترضة أو الخطأ المفترض عن الحارس وإلزام المضرور بإثبات الخطأ.<sup>1</sup>

ب) دفع المسؤولية: يمكن لحائز العقار أو المنقول الذي اندلع فيه الحريق أن يدفع المسؤولية عن تعويض الأضرار الناجمة عن الحريق، عن نفسه أو عن من هو مسئول عنهم بنفي الخطأ عن نفسه وإثبات أن الحريق نجم عن سبب أجنبي لا دخل له فيه، كالحادث الطارئ (تماس كهربائي أو انفجار)، أو خطأ الغير غير المسئول عنهم.

<sup>1</sup> وهو الحكم نفسه في القانون الفرنسي.

## ثانيا: المسؤولية عن تدهم البناء

1) المفهوم: تتميز هذه المسؤولية عن القاعدة العامة في المسؤولية الناجمة عن الأشياء، خصوصا من حيث الشخص المسئول، حيث تنص المادة 140 فقرة 2 على ما يلي " مالك البناء مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداما جزئيا ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، أو قدم في البناء أو عيب فيه".

2) شروط قيام هذه المسؤولية: تتمثل في شرطين أساسيين يجب على المضرور إثباتهما وهما، أن يكون الشخص المسئول مالكا للبناء، وأن يحدث تدهم البناء ويسبب ضررا للغير.

الشرط الأول: أن يكون مالك للبناء وهي الإجابة عن السؤال من هو المسئول في هذه الحالة؟

خروجا عن القواعد العامة في المسؤولية عن الأشياء حيث المسئول هو الحارس، فإنه في حالة تدهم البناء يكون المسئول هو مالكة وليس حارسه، والمالك هو وحده من يملك السيطرة الفعلية والقانونية على البناء حتى لو كان لا يشغله أي أن البناء في حيازة شخص آخر عن طريق حق عيني كالمنتفع وصاحب حق السكن أو حق شخصي كالمستأجر، ويكون المالك مسئولا حتى لو كان البناء مقاما في أرض مملوكة للغير أو بمواد مملوكة للغير، وفي هذه الحالة لا يجد المضرور صعوبة في تحديد المسئول باعتبار أن المشرع حدّد من هو المالك أي الذي يملك كل السلطات القانونية والفعلية على البناء حصرا واستقلالاً، وحدّد شروط اكتساب الملكية من رسمية وإجراءات شهر وتسجيل حسب نص المادة 783 ق.م. وكذا طرق انتقالها ، فإذا كانت ملكية البناء شائعة بين عدة أشخاص كانوا مسئولين بالتضامن عن الأضرار الناجمة عن تدهمه كالورثة قبل تقسيم التركة، وإذا كانت الملكية مشتركة ونصيب كل شريك معين فيكون كل شريك مالك مسئول عن الجزء الذي يملكه حسب المادة 742 ق.م.

الشرط الثاني: أن يكون الضرر ناجم عن تدهم البناء

إن البناء هو مجموعة من المواد أيا كانت طبيعتها طوب أو حجارة أو اسمنت، خشب أو حديد ومهما كان الغرض الذي أنشأت من أجله سواء أقيم بصفة دائمة أو مؤقتة وسواء كان قديما أو جديدا، يشييدها أو ينشئها الإنسان وتصبح متصلة بالأرض اتصالا قارا وثابتا، فالبناء عقار ويخرج منه العقارات بالتخصيص كالمصاعد والأشجار فهي أشياء، كما يستثنى منها البناءات غير المثبتة كالخيام مثلا، ومن أهم البناءات المنازل والعمارات والمنشآت والجسور والسدود والآبار

والتماثيل... أما الانهدام أو التهدم فهو تفكك أجزاء البناء وسقوطها كلياً أو جزئياً فيكفي سقوط جزء منه كشرفة المنزل أو سقفه، أما في حالة تلفه وفساده دون تدمر فلا نكون بصدد هذه المسؤولية، ويشترط طبعاً أن يتسبب هذا الانهدام في ضرر للغير في نفسه أو ماله.<sup>1</sup>

**ملاحظة:** نشير إلى أنه إذا كان البناء مهتد بالسقوط فقط تجيز المادة 140 فقرة 3 لمن كان مهتداً بضرر يصيبه من البناء أن يرفع دعوى لمطالبة المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدفع الخطر والوقاية منه (الدعوى الوقائية)، فإذا لم يرق المالك بذلك جاز له الحصول على إذن من المحكمة لاتخاذ التدابير على حساب المالك، بإجراء مستعجل خشية من فوات الوقت ووقوع الضرر..

### 3) أساس المسؤولية عن تدمر البناء ودفعها

#### أ) أساس المسؤولية

طبقاً للمادة 140 فقرة 2 يكفي لقيام هذه المسؤولية إثبات أن الضرر يرجع إلى تدمر البناء، لذلك نستنتج أن المسؤولية عن تدمر البناء تقوم على أساس الخطأ المفترض في جانب المالك وهذا الخطأ منحصر في ثلاث صور - الإهمال في صيانة البناء - وجود عيب في البناء أي عدم إصلاح العيب - أو قدم البناء بسبب عدم تجديده، وافترض خطأ المالك في هذه الحالة قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، أي أن عبء الإثبات ينتقل على المالك ليثبت أن البناء لم يكن في حاجة إلى صيانة أو إصلاح أو تجديد.

**ب) كيفية دفع المسؤولية:** إذا أثبت المضرور الشروط الخاصة للمسؤولية السابق ذكرها، بالإضافة إلى الضرر يكون ملزماً بالتعويض ولا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بنفي الخطأ عن نفسه أو بنفي العلاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر الحاصل بإثبات السبب الأجنبي.

يتم نفي الخطأ المفترض عن طريق إثبات أن تدمر البناء لم يكن بسبب إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه، وأنه قام بتشديد البناء طبقاً للأصول الفنية المتعارف عليها، وأن البناء ليس بحاجة لإصلاح أو تجديد.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني الواقعة القانونية، ص. 420.

كما يمكنه نفي العلاقة السببية بين الخطأ المفترض والضرر عن طريق إثبات السبب الأجنبي بأحد صوره المذكورة في المادة 127 ق.م. أي أن الضرر نجم عن حادث خارجي لا دخل له فيه كخطأ الغير أو خطأ المضرور أو حادث طارئ...

### ثالثاً: مسؤولية المنتج عن عيوب منتجاته

استجدّ المشرع هذه المسؤولية بموجب تعديل القانون المدني 10/05<sup>1</sup>، وتتميز عن القاعدة العامة في المسؤولية عن حراسة الأشياء الواردة في المادة 138 ق.م. من حيث المسئول عنها، شروط قيامها وكذا أساسها، فتنص المادة 140 مكرر 2 على ما يلي "يكون المنتج مسئولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية.

ويعتبر منتوجاً كل مال منقول ولو كان متصلاً بعقار لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية"

**1) نطاق مسؤولية المنتج:** يقصد بمسؤولية المنتج تلك المسؤولية التي تقوم على عاتق المنتج نتيجة الأضرار التي تسببها منتجاته للمستهلك أو للغير والتعويض عن هذه الأضرار، وهو نظام مستحدث يطرح عدة تعريفات:

**أ) من حيث المنتج:** المقصود بالمنتج في المادة 140 مكرر 2 كل مال منقول أي سواء كان مادي أو معنوي، طبيعي، أو صناعي يمكن أن يكون محلاً للبيع والشراء والإيجار، إلا أن المتعارف عليه أن المنتج ينحصر في المنقولات المادية غالباً، فقد عرفه المرسوم 39/90 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش، بأنه كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية ومثاله المواد الغذائية، والمواد المتزلية غير الغذائية كمواد التنظيف والآلات الإلكترونية، أو ذات استعمال آخر كالملابس و مواد التجميل والسيارات والآلات الصناعية والزراعية، والمنتجات اليدوية، سواء كانت محلية أو مستوردة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> المؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن تعديل القانون المدني.

<sup>2</sup> سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية وفي الاتفاقيات الدولية، ص. 226 وما يليها.



إلا أن القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أدمج في مفهوم المنتج الخدمة إلى جانب السلع إلا أن الخدمة لا تدخل في مفهوم المادة 140 مكرر.

(ب) من حيث المنتج: لم تتضمن المادة 140 مكرر مفهوما للمنتج، وقد عرفه الفقه والقضاء انطلاقاً من هذه المادة، أي مساءلة المنتج عن الأضرار المترتبة عن عيب في منتوجه والتي تمس بأمن وسلامة المستهلك أو الغير، وبالرجوع إلى الفقه والقانون الفرنسي نجد أنه يعرف المنتج من خلال عقد الاستهلاك بأنه كل من يعمل بصفة مهنية أو حرفية إما أن يكون صانع السلعة في شكلها النهائي، منتج المواد الأولية أو صانع بعض الأجزاء وهؤلاء هم أصناف المنتج الأساسي، ووسع دائرة المنتج ليشمل كل متدخل في دائرة الإنتاج كالذي يقوم بعمليات التركيب والتوزيع والاستيراد وطرح السلعة في السوق... وذلك بهدف تسهيل مهمة المتضررين في المطالبة بالتعويض.

وقد أخذ القانون 03/09 المذكور بالمفهوم الموسع للمنتج حيث عرفه في المادة الثالثة بأنه كل شخص طبيعي أم معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات.

(ج) من حيث الشخص المتضرر: يعرف الفقه المتضرر بأنه كل شخص مستفيد من دعوى المسؤولية وصاحب الحق في التعويض، وهو كل شخص متضرر من فعل المنتوجات المعيبة، أي تضرر من المنتج المطروح للتداول، وقد يكون المستهلك أي مشتري ومقتني المنتج، أو أي متضرر من المنتج من غير المستهلك كأحد المتدخلين في سلسلة الإنتاج كالموزع والبائع، وقد يكون المتضرر من الغير، والملاحظ أن المادة 140 مكرر وسّعت من دائرة حماية المضرورين باختلاف مراكزهم القانونية وصفاتهم، حيث يكون المنتج مسئولاً سواء كانت تربطه بالمتضرر علاقة عقدية أو لا، فلا تهم الرابطة بين المنتج المسئول والمضرور ويستوي أن يكون متعاقدًا أو لا.

2) شروط قيام مسؤولية المنتج: هناك شرطين لقيام هذه المسؤولية على أساس المادة 140 مكرر

2

### الشرط الأول- وجود عيب في المنتج

إن مسؤولية المنتج حسب نص المادة 140 مكرر تقوم بسبب عيب في المنتج، لذلك على المتضرر إثبات وجود عيب في المنتج حتى يستفيد من التعويض، فقيام المسؤولية مرهون بوجود العيب في المنتج، وهو ما نص عليه القانون المدني الفرنسي صراحة بوجود إثبات المتضرر للعيب

في المنتج وقت إنتاجه، بالإضافة إلى الضرر والعلاقة السببية بين العيب والمتضرر، وهذا سيصعب من مهمة المضرور فلا يتمكن من إثبات العيب خصوصا في المنتوجات المعقدة وذات التقنية العالية.

لذلك أعطى القانون المدني الفرنسي مفهوما عاما للعيب بقوله أن المنتج يكون معييا في نظر القانون إذا كان لا تجيب للسلامة المرغوبة قانونا، أي ان المنتج لا يوفر الامن والسلامة المنتظران من طرف المستهلك، فالعيب الذي يؤدي إلى انعدام السلامة هو تلك المخاطر التي ينطوي عليها المنتج وهو الذي يعقد مسؤولية المنتج.<sup>1</sup>

وقد ألزمت المادة 09 من القانون 03/09 المنتج بأن تكون منتجاته الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن ضمن الاستعمال المشروع لها وألا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه.

### الشرط الثاني- حصول الضرر

أخذت المادة 140 مكرر 2 بالمفهوم الموسع للأضرار كل ضرر لاحق بالشخص ويتعلق الضرر هنا بالعيب في المنتج وبالتالي بالأضرار المادية سواء كانت جسدية تصيب الشخص في جسده من إصابات بجروح أو عجز مهما كان نوعه، ويمكن المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي المرتبط بالضرر المادي الذي أصابه، أو كانت مالية أصابت أموال المضرور.

### الشرط الثالث- العلاقة السببية بين عيب المنتج والضرر

إن مطالبة المتضرر بإثبات العلاقة السببية بين عيب في المنتج والضرر الحاصل هو أمر صعب ويستدعي اللجوء إلى الخبرة القضائية ويعطي للمنتج فرصة للتهرب من المسؤولية، ولحماية المتضرر وتخفيف عبء الإثبات عليه قام الفقه بوضع قرينتين هما:

\* تتمثل الأولى بافتراض وجود العيب لحظة إطلاق المنتج المتداول أما الثانية بإطلاق المنتج بإرادة المنتج، وينتقل عبء الإثبات على المنتج لنفي العلاقة السببية بين المنتج والضرر الحاصل بإثبات أحد صور السبب الأجنبي المعروفة في القواعد العامة في غياب قواعد خاصة في هذا الصدد كالقوة القاهرة، وخطا المتضرر المتمثل في سوء الاستعمال، أو خطأ الغير كسوء التخزين.

<sup>1</sup> سالم محمد رديعان العزاوي، مرجع سابق، ص.74.

كما أن هناك أسباب خاصة لنفي العلاقة السببية نص عليها القانون الفرنسي تتمثل في إثبات أن المنتج لم يطرح للتداول، أو أنه كان خاليا من العيب أثناء طرحه للتداول، أو إثبات أن المعرفة العلمية المتطورة لم تكن تسمح باكتشاف العيب وقت طرحه للتداول

### 3) أساس وطبيعة مسؤولية المنتج

أ) الأساس القانوني لمسؤولية المنتج: بنيت مسؤولية المنتج في البداية على أساس الخطأ إلا أن آثار التطور التكنولوجي وزيادة المخاطر الناجمة على المنتجات بفعل تعددها وتعقدتها أدى إلى البحث عن أساس جديد يتمثل في تحمل التبعة أو نظرية المخاطر.

\* على أساس الخطأ : تثار مسؤولية المنتج على أساس إخلال المنتج بالتزاماته العقدية اتجاه المستهلك طبقا للمادة 176 ق.م.، أو على أساس الإخلال بالتزام عدم الإضرار بالغير طبقا للمادة 124 ق.م. وقد اعتبر الفقه والقضاء الفرنسيين أن مسؤولية المنتج تنعقد بمجرد طرح منتج معيب في السوق، أي على أساس قرينة الخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس (قرينة قاطعة)، باعتباره حارس التكوين أو البنية المتعلقة بالمنتج (الشيء)، وهو ما سبق ذكره بشأن تجزئة الحراسة.

\* على أساس تحمل التبعة أو نظرية المخاطر: لا تتأسس مسؤولية المنتج على أساس الخطأ وإنما تكون المسؤولية في هذه الحالة موضوعية لا علاقة لها بسلوك المتسبب في الضرر أي المنتج، تقوم بقوة القانون ولا حاجة للمتضرر للإثبات خطأ المسئول ولا حتى التدليل على وجود العيب وإنما تقوم بمجرد حصول الضرر، وقد قررتها المادة 140 مكرر 2 حيث يسأل المنتج عن منتجاته المعيبة ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية، وهو نفس موقف القانون المدني الفرنسي.

ب) الطبيعة القانونية لمسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة: لقد أقامت المادة 140 مكرر تأثرا بالقانون المدني الفرنسي نظاما موحدا للمسؤولية يقوم على الضرر ولا يتعلق بالمسؤولية العقدية أو التصيرية وإنما يستفيد منه كل ضحايا المنتجات المعيبة سواء كانوا من المتعاقدين أو غيرهم، وهذا نظام خاص للمسؤولية، مسؤولية موحدة احتياطية، مقرر بموجب أحكام خاصة و يقوم على أساس موضوعي ويعفى فيه المتضرر من إثبات الخطأ الشخصي للمسئول.

## المبحث الرابع: الإثراء بلا سبب (العمل النافع)

يعتبر الإثراء بلا سبب رابع مصادر الالتزامات ويصنف ضمن المصادر غير الإرادية، وقد وضعه المشرع الجزائري في الفصل الرابع تحت عنوان "شبه العقود"، وهو تعبير خاطئ كما أسلفنا،<sup>1</sup> حيث نصت المادة 141 ق.م. على "كل من نال عن حسن نية من 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..."، كما يلاحظ أن المشرع خلط بين القاعدة وتطبيقاتها ونص على الإثراء بلا سبب كتطبيق من تطبيقات شبه العقود بالإضافة إلى الدفع غير المستحق والفضالة، بينما يعتبر الإثراء بلا سبب هو القاعدة العامة.

### المطلب الأول: أحكام الإثراء بلا سبب

نتعرض فيما يلي إلى شروط الإثراء بلا سبب، وأثر الإثراء بلا سبب باعتباره القاعدة العامة.

### الفرع الأول: شروط الإثراء بلا سبب

لتتحقق الإثراء بلا سبب في القانون المدني الجزائري يجب توفر أربعة شروط وهي:

أولاً- إثراء المدين: لا بد من تحقق الإثراء وقد يكون ماديا عن طريق المال حيث ينتقل مبلغ من المال من ذمة الدائن إلى ذمة المدين، أو منفعة أو عمل مادي يقوم به الدائن لمصلحة المدين وهو الأصل، كما قد يكون معنويا كاستفادة مريض من علاج طبيب، أو تلميذ من دروس خصوصية قام بها معلم،<sup>2</sup> وقد يكون الإثراء إيجابيا بالزيادة في الذمة المالية للمدين عن طريق إدخال قيمة مالية أو منفعة كالغراس أو البناء في أرض الغير، كما قد يكون سلبيا بسداد دين في ذمة المدين، كما قد يكون الإثراء مباشرا يتم من الدائن إلى المدين مباشرة دون وساطة شخص آخر مثال قيام المستأجر بالترميمات اللازمة للعين المؤجرة، كما قد يكون بصفة غير مباشرة بتدخل شخص أجنبي لإثراء شخص على حساب آخر، كأن يبني شخص بأدوات الغير على أرض الغير.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> وهي عبارة خاطئة كانت تستخدم في التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام، يرجع إلى: ص. 10 من المطبوعة، والأصح هو الإثراء بلا سبب.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 234.

<sup>3</sup> يرجع إلى أنور سلطان، مرجع سابق، ص. 429.

**ثانيا- افتقار الدائن:** وهو شرط مقابل للشرط الأول حيث يجب أن يكون الاغتناء أو الإثراء ناتج عن الافتقار، حيث إذا لم يترتب على إثراء المدين افتقار الدائن فلا دعوى ولا تعويض، مثاله أن يقوم شخص بإنشاء مساكن على أرض زراعية تقع في خارج المدينة يترتب عنه ارتفاع أسعار الأراضي المجاورة، فلا يجوز لهذا الشخص الرجوع على أصحاب الأراضي رغم إثرائهم لأنه لم يترتب على ذلك أي افتقار له. وقد يكون الافتقار مادي أو معنوي إيجابي أو سلبي مباشر أو غير مباشر كما هو الحال بالنسبة للإثراء.

**ثالثا- انعدام السبب القانوني:** يجب ألا يكون للإثراء أو الافتقار سبب قانوني مشروع، ويقصد به السبب المنشئ أي المصدر القانوني الذي أدى إلى افتقار الدائن وإثراء المدين، فإذا استند الإثراء أو الافتقار إلى سبب آخر سواء كان عقداً أو إرادة منفردة أو نص قانوني كالتقادم أو حجية الشيء المقضي به مثلاً... فلا محل لتطبيق فكرة الإثراء بلا سبب، فلا يجوز مثلاً أن يرجع الواهب على الموهوب له بدعوى الإثراء بلا سبب لأن بينهما تصرف قانوني هو التبرع أدى إلى افتقار أحدهما على حساب الآخر.<sup>1</sup>

**رابعا- شرط حسن النية في القانون المدني الجزائري:** على خلاف التشريع الفرنسي وبعض التشريعات العربية الأخرى التي لم تقم لحسن نية أو لسوءها أي اعتبار لقيام الإثراء، حيث أقامت الإثراء على أساس موضوعي هو مبدأ العدالة الذي لا يجيز إثراء ذمة مالية على حساب ذمة مالية أخرى،<sup>2</sup> فقد اشترط المشرع الجزائري حسن النية لدى المثرى لقيام الإثراء مسائرا بذلك القانون التونسي والمغربي واللبناني حيث أقامه على معيار شخصي آخذا بعين الاعتبار حسن نية المثرى، في حين لم يبين الحكم في حالة ما إذا كان المثرى سيئ النية على خلاف المشرع اللبناني.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> علي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 236.

<sup>2</sup> حتى القانون الروماني مصدر نظام الإثراء لم يشترط حسن النية، يرجع بشأن التشريعات العربية إلى المادة 179 من القانون المدني المصري والمادة 180 من القانون السوري وغيرها...

<sup>3</sup> فرق القانون اللبناني في المادة 142 ق.م. لبناني بين المثرى حسن النية وسيئ النية، فالأول لم تلزمه إلا برد ما بقي لديه من الإثراء يوم رفع الدعوى، أما الثاني فألزمته برد ما أثرى به يوم الإثراء، حيث أن المشرع اللبناني قد اعتمد أيضا المعيار الشخصي في الإثراء.

## الفرع الثاني: أثر الإثراء بلا سبب

إذا توافرت شروط الإثراء بلا سبب، وجب على المثرى تعويض المفتقر ويتم ذلك عن طريق رفع دعوى الإثراء.

**أولاً- التعويض:** القاعدة أن المثرى يلتزم بتعويض المفتقر بقدر ما أثرى به طبقاً للمادة 141 ق.م.ج، والتعويض في الحقيقة يجب أن يكون بأقل القيمتين بين قيمة الإثراء وقيمة الافتقار، فلا يجوز أن يزيد التعويض على مقدار ما أصاب المثرى من كسب، حتى لو كانت قيمة الافتقار أكبر من قيمة الإثراء، فإذا كان المثرى قد أثرى بأكثر مما افتقر به المفتقر فلا يكون لهذا الأخير أن يحصل على أكثر مما خسره، وإلاّ كان مثرى بدوره على حساب المثرى دون سبب قانوني، لأننا لسنا هنا لا بصدد معاقبة المثرى على خطأ ارتكبه وإنما يحاسب على أساس قاعدة الإثراء.<sup>1</sup>

وعلى خلاف بعض القوانين، لم يبين القانون المدني الجزائري تاريخ تقدير التعويض، هل بقيمة الإثراء يوم حدوثه أو يوم رفع الدعوى وأغفل التعرض لهذا الحكم، وقد نص المشرع المصري على أن التعويض يكون بقدر الإثراء يوم حدوثه بغض النظر عن ارتفاع قيمة الإثراء أو انخفاضها يوم رفع الدعوى، وهو ما تقتضيه العدالة والمنطق، كأن يكون الإثراء عبارة عن مبلغ من النقود زادت أو انخفضت قيمتها يوم رفع الدعوى عن يوم حدوث الإثراء، فالتعويض يكون بقدر هذه النقود يوم الإثراء.

**ثانياً- دعوى الإثراء:** المدعي في دعوى الإثراء هو المفتقر أو نائبه أو خلفه العام ولا تشترط فيه أهلية محددة، والمدعى عليه هو المثرى أو نائبه أو خلفه العام، ولا يمكن رفع دعوى الإثراء إذا كان للمفتقر أن يرجع على المثرى بدعوى أخرى مستندا على سبب قانوني آخر، فإذا استحال عليه رفع هذه الدعوى الأخرى لمانع فعلي لا يد له فيه يمكن له رفع دعوى الإثراء.

وتتقادم دعوى الإثراء بلا سبب طبقاً للمادة 142 ق.م. التي تنص على " تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق"، وبالتالي فقد وضع المشرع تقادمين يأخذ بأقصرهما، التقادم الخاص وهو العشر سنوات

<sup>1</sup> دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 496، وعلي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 240.

من اليوم الذي علم فيه المفتقر الدائن بحقه في الرجوع بالتعويض على المدين المثري، أما إذا لم يعلم بحقه أو لم يعرف من أثري على حسابه، أو توافر له العلم السابق بعد مرور مدة 10 سنوات، فإن التقادم يخضع للقاعدة العامة وهي مدة 15 سنة من تاريخ حدوث الإثراء، مثال المفتقر علم بالإثراء بعد مرور 11 سنة من تاريخ الإثراء فحقه في رفع الدعوى يسقط بمرور 15 سنة من تاريخ حدوث الإثراء.

### المطلب الثاني: تطبيقات الإثراء بلا سبب

نص المشرع الجزائري كسائر التشريعات على تطبيقات لقاعدة الإثراء بلا سبب، فإن لم تتوفر شروط رفع هذه الدعاوى يمكن الاستناد للقاعدة العامة، وتتمثل في دفع غير المستحق (Paiement de l'indu)، والفضالة (La gestion d'affaire).

#### الفرع الأول: الفضالة

نتطرق إلى مفهومها، شروطها وأحكامها في القانون المدني الجزائري.

**أولاً- مفهوم الفضالة:** يعرف المشرع الجزائري الفضالة من خلال المادة 150 ق.م.ج. بقولها "الفضالة هي أن يتولّى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك".<sup>2</sup> وترد المادة 51 بأنه "تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي أثناء توليه شأنًا لنفسه قد تولّى شأن غيره لما بين الأمرين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر".

ومصطلح الفضالة بمعنى التفضل، عرف في العهد الروماني الذي كان يعتبرها شبه عقد كذلك، ثم استمدّها القانون الفرنسي القديم منه، ومنه إلى قانون نابليون والقانون الفرنسي الحالي الذي جعلها تطبيق من تطبيقات الإثراء بلا سبب، أما القانون المدني الجزائري فأدرجها ضمن شبه العقود، والمقصود بها تولّى شخص القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون إلزام أو تكليف بذلك، وغالبا ما تكون من أعمال التبرّع ومن أمثلتها الشائعة، قيام شخص بجمع محصول جاره

<sup>1</sup> ويرى البعض من بينهم الأستاذ علي علي سليمان أن المشرع الجزائري قد أطال مدة تقادم دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب شأنها شأن دعاوى الإبطال وهو تطويل يؤدي إلى عدم استقرار الأوضاع القانونية، علي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 246.

<sup>2</sup> المادة 188 من القانون المدني المصري، والمادة 149 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

الغائب بقصد عدم تعرض ذلك المحصول للتلف، أو التدخل لإطفاء حريق شب في بيت الجار أو لترميم جدار آيل للسقوط.<sup>1</sup>

ثانياً- أركان أو شروط الفضالة: يستخلص من المواد الآتفة الذكر ثلاث أركان للفضالة:

## 1) الركن المادي: أن يتولّى الفضولي القيام بشأن عاجل لحساب الغير وهو رب العمل

المراد بمصطلح الشأن كما ورد في المادة 150 ق.م هو العمل ويمكن أن تكون مجموعة من الأعمال، وتتعدد الأعمال التي قد يقوم بها الفضولي ويستوي أن يكون هذا العمل قانونياً أو مادياً، وقد يكون عملاً قانونياً من أعمال الإدارة أو التصرف، فلا يشترط في الفضولي الأهلية الكاملة، ومثال عن الأعمال القانونية قيام الفضولي ببيع محصول رب العمل خشية عليه من التلف، أو يدفع ضريبة عنه من أجل تجنب الغلق أو الحجز الإداري، ومثال الأفعال المادية إطفاء حريق في منزل صاحب العمل، أو بترميم جدار جاره الذي أشرف على الانهيار، ويشترط أن يكون العمل لحساب رب العمل،<sup>2</sup> ويشترط أن يكون العمل (أو الأعمال) استعجالياً وضرورياً لرب العمل أي نافعاً بصفة استعجالية ولا يحتمل التأخير، أو بصفة عامة مفيداً، وهو الشرط الذي نصت عليه بعض القوانين العربية، و لم يصرّح به المشرع الجزائري رغم أنه شرط الضرورة والاستعجال في تدخل الفضولي هو هام جداً.<sup>3</sup>

## 2) الركن المعنوي: أن يقصد بالقيام بالعمل تحقيق مصلحة الغير

لقيام الفضالة ينبغي أن تنصرف نية الفضولي إلى تحقيق مصلحة للغير (رب العمل)، وهو أن يتولّى شؤون الغير فإذا انصرفت نيته إلى تحقيق مصلحة لنفسه وتحققت مع ذلك مصلحة الغير، فلا يمكن في هذه الحالة الرجوع على الغير بدعوى الفضالة، وإنما يمكنه الرجوع على الغير على أساس الإثراء بلا سبب، مثال إذا قام المؤجر بالإصلاحات الضرورية للعين المؤجرة، ليس لمصلحة المؤجر وإنما بقصد الانتفاع بها، فيرجع على المؤجر وفقاً للقاعدة العامة في الإثراء بلا سبب، وإنما لا يشترط أن تكون المصلحة خالصة لرب العمل فيمكن أن تتحقق الفضالة في حالة ما تولى الفضولي شأنًا

<sup>1</sup> دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 512.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، مرجع سابق ص. 264، وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص. 499، 500.

<sup>3</sup> المادة 1179 قانون مدني تونسي والمادة 943 قانون مدني مغربي، علي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 278-279.



لنفسه تحقق معه مصلحته الخاصة ومصلحة الغير لارتباطهما ومثاله ما يقوم به الشريك على الشيوع من إدارة للمال الشائع وتحمل النفقات والتكاليف بخصوصه.<sup>1</sup>

### 3) الركن القانوني: ألا يكون الفضولي ملزماً بالعمل من الناحية القانونية

ويكون الالتزام بالعمل قانوناً إذا كان بتكليف بموجب عقد كالكيل، أو بموجب حكم قانوني كالحارس القضائي، أو بموجب نص قانوني كالولي... أو يكون متبوعاً يدفع التعويض عن تابعه، فإذا كان الشخص مثلاً موكلاً بالقيام بالعمل فيعتبر وكيلاً لا فضولياً، وإذا لم يكن موكلاً وأجاز رب العمل لاحقاً العمل الذي قام به فتطبق أحكام الوكالة وليس الفضالة طبقاً للمادة 152 ق.م. كما يشترط ألا يكون رب العمل قد نهي الفضولي عن القيام بالعمل فإذا تحقق النهي فلا تتحقق الفضالة.<sup>2</sup>

### ثالثاً- أحكام الفضالة

يكمن التشابه بين الفضالة والنيابة الاتفاقية (أي الوكالة) في أن الفضولي كالنائب يقوم بالعمل لصالح الغير، إلا أن الفرق بينهما يكمن في أن الوكالة عبارة عن تكليف عقدي بالعمل بينما الفضالة يكون لعمل تلقائياً، ولذلك فإن إقرار رب العمل لما قام به الفضولي يترتب عليه اعتباره وكيلاً عنه طبقاً للمادة 152 ق.م. وتنظم هذه العلاقة قواعد القانون المدني المتعلقة بالوكالة (المادة 571 وما يليها)، أما في حالة عدم الإقرار فتطبق أحكام الفضالة في حالة توفر الشروط السابقة، وسنتعرض فيما يلي إلى التزامات الفضولي، والتزامات رب العمل.

#### 1) التزامات الفضولي: تتمثل الالتزامات على عاتق الفضولي في ما يلي:

أ- التزام الفضولي بالمضي أو الاستمرار في العمل: نصت على هذا الالتزام المادة 153 ق.م. حيث يجب على الفضولي شخصياً أن يستمر في مباشرة العمل الذي بدأه لصالح رب العمل وهو غير ملزم به حتى يتمّ أو لغاية تدخل رب العمل للقيام به بنفسه، فما دام أنه غير مكلف به ولم يكن

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 502، 503، و علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص. 271، 272.

<sup>2</sup> دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 514، و بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص. 504.

ملزما به، فيجب أن يمتاز تدخله بالجدية، وليس مجرد تصرف يتميز بالرعونة والخفة وذلك بغرض عدم تعريض مصالح رب العمل للخطر.<sup>1</sup>

**ب- التزام الفضولي بإخطار رب العمل بتدخله:** طبقا للمادة 153 ق.م. يلتزم الفضولي بإخطار رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك، وأن يبادر بذلك في حالة ما تسنى له ذلك، والغرض من ذلك استعمال رب العمل لحقه في مباشرة شؤونه بنفسه، حيث يمكنه مطالبة الفضولي بالتوقف عن العمل ليقوم بنفسه بإتمام العمل الذي بدأه الفضولي.<sup>2</sup>

**ت- التزام الفضولي ببذل عناية الرجل العادي:** نصت على هذا الالتزام المادة 154 ق.م. جزائري وتتفق القوانين العربية والغربية على هذا الالتزام، حيث يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الرجل العادي أو رب الأسرة الحريص، فمعيار العناية المطلوبة هي عناية الرجل العادي وليس تحقيق نتيجة، فلا يعتبر مخطئا إلا في حالة ما انحرف عن هذه العناية مع وجوب مراعاة القاضي للنية الحسنة للفضولي في تقديم الخدمة، واعتباره شخصا متطوع لترتيب مسؤوليته في إطار الفضالة، ويمكنه التخفيف من المسؤولية والتعويض،<sup>3</sup> فإذا كلف الفضولي شخصا آخر للقيام بالعمل كالوكيل أو المقاول من الباطن، فيكون هذا الأخير مسئول اتجاه الفضولي، ويكون الفضولي مسئولا اتجاه رب العمل طبقا لمسئولية المتبوع عن فعل تابعه، وإذا تعدد الفضوليون في تقديم العمل الواحد فيكونوا مسئولين على وجه التضامن في مواجهة رب العمل، طبقا للمادة 154 فقرتها الأولى والثانية.

**ث- التزام الفضولي بتقديم حساب لرب العمل ورد ما تسلمه بسبب الفضالة:** وهو ما تنص عليه المادة 155 ق.م.ج بأن الفضولي يلزم بما يلزم به الوكيل برد ما تسلمه بسبب الفضالة وتقديم حساب على ما قام به، حيث عامل المشرع الفضولي معاملة الوكيل في هذه المسألة وفقا لما تنص عليه المادة 577 و578 ق.م، فيقوم بتقديم كشف حساب عن أعماله لصالح رب العمل وما أنفقه

<sup>1</sup> حيث أن ما يميز الفضالة هي الإيثار والمساعدة الإنسانية، فالغرض من فرض هذا الالتزام هو الحيلولة دون التدخل في شؤون الغير دون ضرورة وبدعم الشعور بالمسئولية، يرجع إلى بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 509، 510، و علي علي سليمان ص. 282، 283.

<sup>2</sup> لم يشترط القانون الفرنسي ولا القوانين العربية كالقانون التونسي والمغربي واللبناني هذا الشرط، واشترطه القانون البحريني.

<sup>3</sup> دريد محمود علي، المرجع السابق، ص. 515، وبلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 510، 511، 512.

وما حصل عليه، ويردّ الفضولي كل ما استوفاه بسبب إدارته في الفضالة من مداخيل حقوق وأموال ومحاصيل، فلا يجوز أن يستعمل المال لنفسه.<sup>1</sup>

**2) التزامات رب العمل:** طبقاً لنص المادة 157 فإن الفضولي يعتبر نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الرجل العادي ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة... فمن حيث الأثر يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل، وتكون الالتزامات على عاتق رب العمل في مواجهة الفضولي، أو في مواجهة الغير، وتمثل في ما يلي:

أ- **التزام رب العمل بتنفيذ التعهّات التي تعهد بها الفضولي لحسابه:** إذا عقد الفضولي تصرفات قانونية نيابة عن رب العمل، فإن أثر هذه التصرفات تنصرف إلى رب العمل، سواء كانت حقوقاً أو التزامات، ويلتزم رب العمل بتنفيذ هذه الالتزامات اختيارياً وإلا أجبر على تنفيذها، ولا يكون الفضولي مسؤولاً عنها ما لم يرتكب خطأ، ولا يشترط أن يصرّح الفضولي عن صفته عند تعاقد مع الغير أي أنه يتعاقد باسم رب العمل.

ب- **التزام رب العمل بتعويض الفضولي عن التعهّات التي التزم بها باسمه شخصياً:** إذا تعاقد الفضولي باسمه شخصياً لصالح رب العمل، ولم يصرّح للغير أنه يتعاقد باسمه، فتتصرف أثر التعاقد ضمناً إلى رب العمل، أما إذا صرّح بأنه يتعاقد باسمه فإن أثر التصرف تنصرف إليه ويكون ملزماً بتنفيذ الالتزامات الناشئة إزاء الغير ومسئول شخصياً عنها، ولكن يلتزم رب العمل بتعويض الفضولي عما قدمه من نفقات لإنجاز هذا التعهّات التي تدخل في أعمال الفضالة، مثال أن يتعاقد الفضولي باسمه مع مقاول لإصلاح جدار آيل للانهيار بمثل رب العمل.<sup>2</sup>

ت- **التزام رب العمل بردّ النفقات الضرورية والنافعة ودفع أجر الفضولي:** طبقاً لنص المادة 157 بأن رب العمل يلتزم بردّ النفقات الضرورية والنافعة التي أنفقها الفضولي، مضاف إليها الفوائد القانونية من يوم إنفاقها ويقصد بالنفقات الضرورية تلك التي تصرف للمحافظة على الشيء وصيانتها، أما المصروفات النافعة في هي التي تزيد في قيمة الشيء، أو تعود بالفائدة على رب العمل مثل طلاء جدار بعد ترميمه أو إنفاق مصروفات لتخزين محصول زراعي يخشى عليه من التلف،

<sup>1</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 290، و بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 512.

<sup>2</sup> دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 517، و بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 515.

وينبغي أن تكون هذه النفقات بالقدر اللازم دون مبالغة من جانب الفضولي خصوصا بالنسبة للنفقات النافعة.

وبالنسبة لأجر الفضولي فإنه لا يقع التزام على عاتق رب العمل بمنح أجر للفضولي مقابل أعمال الفضالة، إلا إذا كان العمل داخل في نطاق مهنة الفضولي كالطبيب الذي يقوم بأعمال الفضالة تتعلق بمهنته فيستحق اجرا وكذا المحامي وغيره... أما إذا قام الطبيب بترميم منزل الجار فلا يأخذ اجرا عن ذلك ويقتصر حقه على المصروفات الضرورية والنافعة.<sup>1</sup>

ث- التزام رب العمل بتعويض الفضولي عما لحقه من ضرر بسبب الفضالة: طبقا لنص المادة 157 ق.م. يلتزم ب العمل بتعويض الفضولي عن كل ضرر حاصل جراء تنفيذ أعمال الفضالة، فإذا أصيب الفضولي بحروق أثناء مساهمته في عملية إطفاء حريق نشبت في منزل رب العمل أو أصيب بجروح في مطارده لحصان جامع يملكه رب العمل، فيلتزم رب العمل بتعويضه تعويضا كاملا عن هذه الأضرار، فيدخل التعويض ضمن التكاليف الواقعة على رب العمل في إطار الفضالة، ولا يكون مصدر التعويض المسئولية التقصيرية ولا علاقة لهذه الأضرار بخطأ رب العمل من عدمه.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: دفع غير المستحق

يقصد بدفع غير المستحق قيام شخص بالوفاء بدين غير واجب في ذمته لصالح شخص آخر ليس له الحق في تسلّم هذا الدين، كأن يقوم شخص مدين بدفع دينه إلى دائن غير دائنه الحقيقي، فيكون له الحق في استرداد ما أداه دون حق، لأنه في حالة احتفاظ الموفى له به يعتبر إثراء بلا سبب، وقد تطرق المشرع الجزائري إلى دفع غير المستحق في المادة 143 ق.م. بقولها " كل من تسلّم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له، وجب عليه رده. غير أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه إلا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على هذا الوفاء". وتنص المادة 144 على أنه " يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا للالتزام لم يتحقق سببه أو للالتزام زال سببه".

<sup>1</sup> المادة 198 من القانون المدني البحريني تتضمن نفس الأحكام، دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 517 وبلحاج العربي، مرجع سابق، ص.

515.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 296، 297، وبلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 516.

أولاً- شروط دفع غير المستحق: يشترط لتطبيق قاعدة دفع غير المستحق شرطين هما:

**1) أن يتم الوفاء بدين غير مستحق:** فيجب أن يكون هناك عمل من أعمال الوفاء وأن ينصب على دين غير واجب في ذمة الدائن، وتتعدد صور الوفاء فقد يكون قيميات أو مثليات أو نقود، وطريقته فقد يكون وفاء بمقابل، مقاصة إقرار بالدين... ويجب ألا يستند الوفاء إلى سبب قانوني كقصد التبرع للموفاي له، وينبغي أن ينصب الوفاء على التزام غير مستحق أو غير واجب، فإذا كان الوفاء صحيحاً لا مجال للاسترداد، حيث يكون وفاء دون سبب فتخلف السبب هو الذي يجعل الوفاء ديناً غير مستحق، سواء كان سبب الالتزام لم يتحقق أصلاً، أو يكون قد زال بعد تحققه.<sup>1</sup>

**أ- الوفاء بدين لا وجود له أساساً:** كأن يقوم أحد الورثة بالوفاء بدين على التركة أو تنفيذ وصية، ثم يتبين أنه لا وجود للدين، أو أن مورثهم قد عدل عن الوصية، كما قد يكون الدين طبيعياً في أصله ويعتقد المدين أنه ديناً مدنياً وهو مجبر على الوفاء به.

**ب) الوفاء بدين موجود لكنه انقضى قبل الوفاء به أو بعده وكان لزواله أثر رجعي:** بأن ينقضي الدين قبل الوفاء به لسبب من الأسباب كالتجديد والإبراء واتحاد الذمة، أو بسقوطه بالتقادم، أو أن يكون الدين مستحقاً عند الوفاء ثم أصبح غير مستحق وبدون سبب كما لو كان ومصدر الدين عقداً قابلاً للإبطال وتم إبطاله، أو عقداً تقرّر فسخه، فيكون للموفاي استرداد ما أداه على أساس الدفع غير المستحق.<sup>2</sup>

**ت) الوفاء بدين محقق الوجود مؤجل الاستحقاق ولكنه غير مستحق:** ومثاله إذا أوفى الشخص بدين لم يجل أجله، ولقد قررت المادة 145 ق.م.ج بأنه لا يمكن لدائن أن يطالب بحق قبل حلول أجله، أما إذا تم الوفاء معجلاً فلا يجوز استرداد ما دفع حتى لو كان المدين يجهل الأجل، إنما يجوز في هذه الحالة للمدين المطالبة برد مبلغ الإثراء الذي حصل عليه الدائن بسبب هذا الوفاء المعجل، في حدود الضرر اللاحق به.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني: الواقعة القانونية، مرجع سابق، ص. 477.

<sup>2</sup> دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 503، وبلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 481.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 479، و تميز بعض القوانين كالقانون المدني البحريني للمدين استرداد ما تم دفعه من دين قبل حلول أجله، و في نفس الوقت يمكن للدائن الموفى له أن يرد إلى المدين الأقل من قيمة ما استفاد من هذا الوفاء المعجل ومن قيمة ما لحق المدين من خسارة أو ضرر.

**2) أن يعتقد الموفي بوجوب قيامه بالوفاء:** يشترط لاسترداد أن يكون الموفي قد وقع في غلط عند الدفع، بأن اعتقد أنه ملزماً بأداء الدين ولا يكون قد قصد بوفائه التبرع، وقد أفاد المشرع الموفي من قرينة افتراض الغلط، بأن من يدفع ديناً غير مستحقاً لا بد أن يكون قد وقع في غلط، فلا يكلف الموفي بإثباته، ولا يشترط علم أو جهل الموفي له المستلم بأن الموفي ملزم بالوفاء، ويجب عليه الرد في كل الأحوال (لا عبرة بحسن أو سوء نيته).

إن قرينة الغلط في جانب الموفي هي قرينة بسيطة، فيجوز للموفي له إثبات عكسها بإثبات يعلم الموفي بأنه لم يكن ملزماً بالوفاء طبقاً للمادة **143** فقرة **2** ق.م. إلا أنه يجوز للموفي الاسترداد رغم عدم وقوعه في غلط (أي كان عالماً بأنه غير ملزم بالوفاء)، في حالة ما إذا كان مكرهاً على الوفاء، أو حالة ما إذا كان ناقص الأهلية وقت الوفاء.

### ثانياً: أحكام دفع غير المستحق

إذا توفرت الشروط المذكورة يمكن للموفي رفع دعوى على الموفي له المثرى تسمى بدعوى استرداد غير المستحق، إلا أن أحكام ذلك تختلف فيما إذا كان الموفي له حسن النية أو سيئها، وسنبين أحكام ذلك فيما يلي:

**1) حالة الموفي له حسن النية:** والمقصود بذلك أن الموفي له يعتقد أحقيته فيما تسلمه، والأصل افتراض حسن النية، وعلى الموفي إقامة الدليل على سوء نية الموفي له بجميع طرق الإثبات. وفي هذه الحالة فلا يلتزم برد إلا ما تسلمه فعلاً، أما الثمار والفوائد فلا يلتزم بردها لأنه تملكها بالقبض سواء كان ما تسلمه أشياء قيمة أو مثلية أو نقود طبقاً للمادة **147** فقرة **1** من القانون المدني. فإذا كان المدفوع عينا عقاراً أو منقولاً يلتزم الموفي له برد العين إن وجدت فإن هلكت أو تلفت دون خطأ منه، فلا يكون مسئولاً عن هلاكها. كما ينبغي على الموفي إذا استرد العين دفع النفقات الضرورية والنافعة التي أنفقها الموفي له للمحافظة على العين.

**2) حالة الموفي له سيء النية:** في حالة علم الموفي له بأنه تسلم ما لا حق له فيه، أي شيئاً غير مستحقاً سواء كان العلم وقت تسلّم الشيء أو بعده، ويكون عبء الإثبات على الموفي، فإنه يلتزم برد الأشياء التي تسلمها بالقدر الذي أخذه أشياء عينية عقارات أو منقولات، أو أشياء مثلية أو نقود، وكذلك الثمار والأرباح الناتجة من هذه الأشياء من يوم الوفاء طبقاً للمادة **147** فقرة **2**

ق.م. إنما لا يسترد الموفى له المصروفات التي أنفقها على العين، وإذا هلكت العين أو تلفت فيكون مسئولاً عن هلاكها أو تلفها.

**3 حالات خاصة:** نص المشرع الجزائري على حالتين تطبق عليهما أحكام خاصة في هذا الصدد هما:

أ- **الوفاء بدين مؤجل قبل حلول أجله:** طبقاً للمادة 145 إذا وفى المدين دينه المؤجل مع علمه بقيام الأجل، اعتبر ذلك تنازلاً منه عن الأجل، ولا يعطى له الحق في استرداد ما أذاه، إنما يجوز له إذا كان يجهل بقيام الأجل أن يطالب الدائن بردّ مبلغ الإثراء، فيرد الدائن ما عاد عليه من منفعة بسبب الوفاء المعجل، في حدود ما لحق المدين من ضرر، ومثاله إذا كان الدين الموفى به بناء تم تسليمه قبل حلول أجل استلامه، يمكن للدائن بدل رد البناء أن يرد للمدين قيمة إيراد البناء خلال المدة المتبقية.

ب) **الوفاء لناقص الأهلية:** خصّ المشرع ناقص الأهلية بسبب صغر السن أو عارض من عوارض الأهلية بحماية خاصة إذا كان في مركز الموفى له، حيث تنص المادة 148 على أنه " إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلّم غير المستحق فلا يكون ملزماً إلا بالقدر الذي أثري به". فلا يلتزم ناقص الأهلية بالرد إلا في حدود ما عاد عليه من منفعة، سواء كان حسن أو سيء النية (يعلم أو لا يعلم أن ما تسلّمه لا حق له فيه)، كما في حالة هلاك ما تسلّمه أو تلفه في يده بقوة قاهرة أو تبرّع به فلا يرجع الموفى عليه في هذه الحالات.<sup>1</sup>

ت- **حالة خاصة لا يجوز فيها الاسترداد:** لا يجوز رفع دعوى الاسترداد لسبب خاص طبقاً للمادة 146 ق.م.ج بقولها " لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن، وهو حسن النية، قد تجرّد 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". إن هذا الحكم وضع لحماية الموفى له الدائن حسن النية نظراً لاعتقاده بأنه استوفى حقه من المدين الحقيقي، قد يعتمد إلى إعدام سند الدين والتخلص من التأمينات المخصصة

<sup>1</sup> دريد محمود علي، مرجع سابق، ص. 510، 511.

لضمان الوفاء بالدين، فيسقط في هذه الحالة حق الموفي في رفع دعوى الاسترداد، لأن الدائن تجرد من سلاحه قبل المدين الحقيقي، ولا يمكنه في هذه الحالة الرجوع عليه.<sup>1</sup>

**4) سقوط دعوى الاسترداد:** تسقط دعوى استرداد غير المستحق بذات المدة التي تسقط بها دعوى الإثراء بلا سبب وهي القاعدة العامة طبقاً للمادة 149 ق.م.ج. وهي عشر سنوات من تاريخ علم الموفي بحقه في الاسترداد، أو خمس عشرة سنة من تاريخ نشوء الحق.

### المبحث الخامس: القانون

يعتبر القانون مصدراً غير مباشر لكل مصادر الالتزامات المذكورة سواء كانت إرادية وهي العقد والإرادة المنفردة، أو غير إرادية وهي المسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب، فالقانون هو الذي جعلها مصادر وبالتالي يعتبر مصدراً غير مباشر لهذه الالتزامات، وبالمقابل هناك التزامات لا ترجع في نشأتها للمصادر المذكورة، وهي تستند إلى القانون بصفة مباشرة.

وقد تعرّض المشرع الجزائري للقانون كمصدر مستقل من مصادر الالتزام من خلال المادة 153 ق.م. بقوله " تسري على الالتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيرها النصوص القانونية التي قرّرتها"، ويعتبر القانون على هذا الأساس مصدراً خاصاً مباشراً للالتزام، حيث قد تنشأ بعض الالتزامات عن القانون بصفة مباشرة دون إسنادها لأحد المصادر الأربعة التي تم التطرق إليها أي (العقد، التصرف بالإرادة المنفردة، المسؤولية التقصيرية-الفعل الضار- والإثراء بلا سبب- الفعل النافع-) فهذا النوع من الالتزامات قررها القانون مباشرة عن طريق نصوصه، ويرجع بشأن أحكام هذه الالتزامات إلى نص القانون الذي يحدد شروطها وأركانها وآثارها.

وهذه الالتزامات قد تنشأ في إطار القانون الخاص مثل القانون المدني، كالتزامات الجوار والحائط المشترك (المادة 704 ق.م)، وفي قانون الأسرة كالتزامات النيابة القانونية التزم الولي والوصي والمقدم والالتزام بالنفقة للأب على أولاده أو بين الزوجين... إلخ، كما قد تنشأ في القانون العام كالتزام بالضرائب...

<sup>1</sup> علي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 252، 253، و بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني: الواقعة القانونية، مرجع سابق، ص.



## الفصل الثاني: أحكام أو آثار الالتزام

تشمل أحكام الالتزامات، يتعلق الأول بتنفيذ الالتزام، والثاني بأوصاف الالتزام، والثالث، بانتقال الالتزام والرابع بانقضاء الالتزام، وقد حاولنا مقارنة القانون المدني الجزائري ببعض القوانين العربية وكذلك بينا أثر الفقه الإسلامي في اعتماد الكير من الأحكام كما هو الحال في حوالة الحق والتقادم.

### المبحث الأول: تنفيذ الالتزام

سنتطرق في هذا المبحث إلى التنفيذ العيني للالتزام وهو الأصل، ثم قد يحصل تعنت المدين ورفضه التنفيذ العيني رغم كونه ممكنا، فيتم اللجوء إلى التنفيذ الجبري باستخدام وسائل التنفيذ الجبري التي يحيل عليها المشرع في القانون المدني، أما في حالة ما إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا فيتم التنفيذ عن طريق التعويض.

### المطلب الأول: التنفيذ العيني

الأصل أن يتم التنفيذ العيني اختيارا، ولكن يمكن أن يكونا جبرا، وتعرض إلى مفهوم التنفيذ العيني، شروطه وأنواعه بحسب موضوع الالتزام الذي يرد عليه.

### الفرع الأول: مفهوم التنفيذ العيني وشروطه وأنواعه

**أولاً- المفهوم:** يقصد بالتنفيذ العيني للالتزام أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما التزم به، سواء كان ما تعهد به القيام بعمل، الامتناع عنه أو إعطاء شيء، ومثاله نقل البائع ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، أو إنجاز المقاول للبناء وفق التصميم المتفق عليه مع صاحب العمل.<sup>1</sup>

ويكون تنفيذ التزامه بكل حرية واختيار، في حالة مطالبة الدائن بذلك، وكان ذلك ممكنا، ولكن إذا رفض يمكن للدائن إجباره على التنفيذ العيني في إطار ما يسمّى بالتنفيذي العيني الجبري، وهو ما تنص عليه المادة 164 ق.م.ج.

<sup>1</sup> دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص. 8.

## ثانياً- شروط التنفيذ العيني

يشترط حتى يتم التنفيذ العيني توافر الشروط التالية:

**1) أن يكون التنفيذ العيني ممكناً:** إن المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام تقتضي ألا يكون التنفيذ العيني مستحيلاً أو غير مجدٍ إما بسبب أجنبي حيث يؤدي ذلك إلى انقضاء الالتزام، أو بخطأ المدين فيؤدي ذلك إلى التعويض، مثلاً في حالة الالتزام بالقيام بعمل وامتنع المدين أداء هذا العمل (تدخل المدين يكون ضرورياً) كالنظام الطبيب والمهندس، ورفض لاعب كرة قدم الالتحاق بالنادي الذي تعاقد معه، فيصبح التنفيذ العيني مستحيلاً ويتم التعويض، أو حالة ما إذا هلك الشيء المباع بخطأ من البائع يصبح نقل الملكية مستحيل، وحالة ما إذا تصرف البائع في الشيء المباع مرتين فباعه لصالح المشتري الأول، ثم تولى بيعه ثانية إلى مشتري ثاني وانتقلت الملكية لهذا الأخير، فتصبح نقل الملكية إلى المشتري الأول مستحيلة، هو ما تنص عليه المادتين 174 و175 ق.م.<sup>1</sup>

**2) الإعذار (المادتين 179 و180 ق.م.):** الإعذار هو تنبيه إشعار الدائن للمدين بوجوب تنفيذ التزامه إذا ما حلّ أجل التنفيذ، ويتم عن طريق توجيه إنذار إلى المدين عن طريق المحضر القضائي أو بما يقوم مقام الإنذار كالتكليف بالحضور، ويجوز الاتفاق على خلاف هذه الطرق باعتبار المدين معذراً بمجرد حلول أجل الوفاء دون الحاجة إلى أي إجراء، ويهدف الإعذار إلى تحديد موقف كل من الدائن والمدين من التنفيذ العيني للالتزام بعد حلول أجل الوفاء، فلا يفهم المدين أن عدم مطالبة الدائن هو تسامح منه في التأخر في التنفيذ أو عدم التنفيذ، ومتى تمّ الإعذار ولم ينتثل إليه المدين عدّاً مقصراً أو ممتنعاً عن التنفيذ.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> عبد القادر الفار، أحكام الالتزام آثار الحق في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1991، ص. 58-59، إلا أنه قد تنتقل الملكية أحياناً بقوة القانون، فتنقل الملكية في بيع المنقول بمجرد العقد طبقاً لنص المادة 165 ق.م. أو بحكم قضائي حيث يقوم الحكم القضائي مقام العقد الذي المدين عن إبرامه في إطار الوعد بالتعاقد، طبقاً لنص المادة 72 قانون مدني جزائري. وعبد<sup>2</sup> أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثاني، بيروت، لبنان، 1952، ص. 830، القادر الفار، مرجع سابق، ص. 70،

وقد كرس ذلك الاجتهاد القضائي الجزائري حيث ذهبت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2000/01/12، ملف رقم 206796، مجلة قضائية العدد 01 لسنة 2001، بقولها من الثابت قانوناً أن طلب التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين، كما تشترطه المادة 180 ق.م. ويتجاهل قضاة الموضوع هذا الدفع وعدم مناقشته فإنهم أخطئوا مما ينبغي التصريح بنقض القرار المطعون فيه".

واستثناء هناك حالات لا حاجة فيها للإعذار أوردتها المشرع الجزائري في نص المادة 181 ق.م. وتتمثل فيما يلي:

- حالة ما إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا أي غير مجد أو بدون فائدة بفعل المدين، كرفع محامي لاستئناف بعد فوات الميعاد المحدد للاستئناف،
- إذا ما كان محل الالتزام عبارة عن تعويض ترتب عن عمل ضار في إطار المسؤولية التقصيرية، حيث يقع الالتزام على كل شخص بالامتناع عن الإضرار بالغير، والقيام بذلك معناه استحالة التنفيذ فلا محل للإعذار،
- إذا كان محل التزام المدين هو ردّ شيء يعلم المدين أنه مسروق أو غير مستحق،
- إذا صرّح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه، حيث يبيّن ذلك عزم المدين قطعا بعدم تنفيذ الالتزام، وبالتالي قطع الشك باليقين.<sup>1</sup>

### ثالثا- أنواع التنفيذ العيني بحسب المحل

يرد التنفيذ العيني على التزام معين إما أن يكون نقل ملكية شيء أو أي حق عيني آخر، القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

**1) التنفيذ العيني في الالتزام بنقل ملكية شيء أو حق عيني (الالتزام بإعطاء شيء) (نصوص المواد 165 إلى 167 ق.م.)**

تتنوّع الأشياء إلى المعينة بالذات والمعينة بالنوع، وبالنسبة للأشياء المعينة بذاتها أي الأشياء القيمة فقد تكون عقار أو منقول معين بذاته، ويتم التنفيذ العيني للالتزام بنقل ملكية العقار أو أيّ حق عيني وارد على العقار بالقيام بإجراء تسجيل العقد في السجل العقاري والشهر العقاري، أما المنقول فيتم التنفيذ العيني بالنسبة لنقل ملكية المنقول بمجرد العقد.

أما بالنسبة للأشياء المعينة بنوعها أو الأشياء المثلية، كمقدار معين من القمح أو أي سلعة أخرى فيتم التنفيذ العيني بإجراء عملية الفرز.

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص. 836...

## 2) التنفيذ العيني في الالتزام بالقيام بعمل والامتناع عن عمل(نصوص المواد 167 إلى 173

ق.م)

يمكن أن يكون الالتزام بالقيام بعمل ببذل عناية كالالتزام الطبيب والمحامي والمستأجر... بالمحافظة على العين المؤجرة و المودع لديه بالمحافظة على الشيء المودع، كما قد يكون التزاما بتحقيق نتيجة، ومثاله التزام البائع بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري، والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وفي الالتزام بالقيام بعمل، قد تكون شخصية المدين ليست محل اعتبار في العقد، فلا يكون تدخل المدين ضروريا لتنفيذ الالتزام تنفيذًا عينيا، كالتزام الناقل بتوصيل المسافر أو البضاعة، في حالة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه في هذه الحالة يمكن تنفيذ الالتزام عينيا على نفقة المدين، كما قد تكون شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذ الالتزام، حيث يتطلب التنفيذ العيني ضرورة تدخل المدين مثال قيام فنان برسم لوحة فنية... وفي هذه الحالة إذا امتنع المدين عن تنفيذ الالتزام عينيا، فلا يمكن جبره على ذلك يتم اللجوء إلى التنفيذ بطريق التعويض.

أما في حالة الالتزام بالامتناع عن عمل كالتزام بعدم المنافسة وعدم إفشاء السر المهني، فإذا وقعت الإخلال بهذا الالتزام يمكن طلب إزالة هذه المخالفة على نفقة المدين إذا كان ذلك ممكنا بالحصول على إذن من القضاء، ويعتبر هذا الالتزام بتحقيق وإذا تعذر ذلك لم يبق إلا التعويض.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: وسائل حث المدين على التنفيذ العيني للالتزام

الأصل أن يتمّ تنفيذ طوعا و اختيارا، فإذا لم يتمّ بالتنفيذ جاز للدائن اللجوء إلى الطرق التي قرّرها القانون لتنفيذ الالتزام العيني جبرا ما دام ذلك ممكنا، ولقد مكن المشرع الدائن من وسائل قانونية يمكنه بمقتضاها الضغط على المدين وحثه على التنفيذ العيني للالتزامه، وستعرض إلى هذه الوسائل فيما يلي:

<sup>1</sup> عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 62-63، و دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص. 12.

## أولاً- الغرامة التهديدية: (نصوص المواد 174-175 ق.م.)

أ\* مفهومها: وتسمى أيضا بالتهديد المالي، وهي عبارة عن مبلغ مالي يحكم به القاضي على المدين إذا امتنع عن تنفيذ التزامه يقدر على أساس وحدة زمنية معينة(يوم، أسبوع أو شهر...) يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه يخضع تقديرها لسلطة القاضي، وتعتبر وسيلة ضغط على المدين لحثه على التنفيذ العيني للالتزام ابتدعها القضاء الفرنسي، وتطبق خصوصا إذا كانت طبيعة الالتزام القيام بعمل الذي يقتضي أحيانا تدخل المدين الشخصي، فإذا امتنع عن التنفيذ- لا يمكن إجباره على التنفيذ الجبري لما فيه من مساس بشخصيته- يكون أمام الدائن المطالبة بفرض الغرامة التهديدية.<sup>1</sup>

ب\* شروط الحكم بالغرامة التهديدية: للحوء إليها ينبغي توافر أربع شروط هي:

- امتناع المدين عن تنفيذ التزامه عينا سواء كان الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل.
- أن يكون بالإمكان تنفيذ الالتزام عينا: حيث أن الغرض من فرض الغرامة إجبار المدين على التنفيذ العيني، ولا يكون للغرامة أية جدوى إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا، وإنما ينتقل الدائن إلى المطالبة بالتنفيذ بطريق التعويض.<sup>2</sup>
- أن يكون التزام المدين شخصا: أي يتطلب تدخل المدين الشخصي لتنفيذ الالتزام، كما إذا كان التزام المدين القيام بعمل حيث شخصه محل اعتبار في التنفيذ كالتعاقد مع لاعب كرة القدم للعب في ناد معين، حيث أن بعض الالتزامات يمكن فيها التنفيذ العيني كالاتزام بدفع مبلغ من النقود أو بنقل الملكية.<sup>3</sup>
- مطالبة الدائن من القضاء الحكم على المدين بالغرامة التهديدية: حيث لا يحكم بها القاضي من تلقاء نفسه.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص. 64.

<sup>2</sup> شكري سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الطبعة الأولى، 1984/1985، بند 26.

<sup>3</sup> عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 65.

<sup>4</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، بند 451، وعبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 66.

## ج\* خصائص الغرامة التهديدية

- الحكم بالغرامة التهديدية أمرا جوازيا للقاضي وتقديرها تحكما للقاضي: ومتى حكم بها كان له أن يقدرها فهي لا تتعلق بالضرر الذي أصاب الدائن، وإنما بتعنت المدين في التنفيذ، و على هذا الأساس يمكن أن يزيد القاضي في مقدارها متى لاحظ أنه لا يؤثر في إرادة المدين.
- الحكم بالغرامة التهديدية يكون مؤقتا على أساس المدة المحددة له، ومصيره التصفية النهائية من طرف القاضي على أساس موقف المدين.
- لا تعتبر الغرامة التهديدية دينا محققا في ذمة المدين إنما ينبغي التصفية النهائية لها ثم التنفيذ بالحكم الصادر بالتعويض.

د\* **مآل الغرامة التهديدية:** يتحدد مصير الغرامة التهديدية بحسب موقف المدين النهائي، فيتم التصفية النهائية للغرامة التهديدية بتقديرها النهائي متى استنفذت الغرض منها، وتحوّل الغرامة إلى تعويض عن التأخير في التنفيذ في حالة استجابة المدين وبادر بالتنفيذ العيني، وإلى تعويض عن عدم التنفيذ في حالة إصرار المدين على عدم الاستجابة، والمهم أنه لا يراعى في تصفية الغرامة الضرر الذي أصاب الدائن فقط، وإنما العنت الذي أبداه المدين، حيث يكون للقاضي السلطة في تقدير ذلك، فهي نوع من العقوبة الخاصة.<sup>1</sup>

ثانيا- الحق في الحبس (نصوص المواد 200 إلى 202 ق.م.).

أ\* **مفهومه وشروطه:** الحق في الحبس هو وسيلة قانونية يلجأ إليها الدائن لاقتضاء حقه من مدينه، بحبس شيء مملوك لمدينه أو حبس محل التزامه هو، وهذا حتى يوفي المدين بالدين الذي عليه اتجاه الحابس. فهو وسيلة ضغط على إرادة المدين تدفعه إلى التنفيذ العيني لالتزامه.<sup>2</sup>

وتتمثل شروط الحبس فيما يلي:

<sup>1</sup> دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص. 21-22، حيث اتجه القضاء الفرنسي إلى ترك الأمر لقضاة الموضوع غير متقيدين بقدر الضرر الذي

أصاب الدائن، عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 67.

<sup>2</sup> دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص. 22، يرجع إلى المادة 246 قانون مدني مصري.

- **تقابل الالتزامين:** يفترض وجود التزام على الدائن الحابس، فهو موضوع الحبس سواء كان التزاما بتسليم شيء أو القيام بعمل،<sup>1</sup> ويشترط كذلك أن يقابله التزام المدين، فيكون كل طرف دائن ومدين، فالبائع دائن بالثمن ومدين بنقل الملكية والتسليم، ويجب أن يكون التزام المدين مدنيا وليس طبيعيا ومستحق الأداء وخاليا من أي نزاع، لأن الالتزام الطبيعي متروك تنفيذه لمحض إرادة المدين، والالتزام المؤجل أو المعلق على شرط واقف لا يجيز للدائن حبس ما لديه لأن الحبس يراد منه جبر المدين على الوفاء بدينه حالا، كما لا يجوز للدائن حبس ما لديه إذا كان التزام المدين متنازع عليه لأنه يكون في هذه الحالة غير مؤكد، فلا يجوز للمستأجر حبس العين المؤجرة بحجة أنه يستحق تعويضا قبل المؤجر إذا كان هذا التعويض متنازعا عليه أمام القضاء.<sup>2</sup>

- **الارتباط بين الالتزامين:** يجب أن يكون ارتباط بين التزام الدائن الحابس، والتزام المدين، أي أن يكون التزام الدائن بمناسبة التزام المدين، وقد يكون الارتباط قانونيا كأن يكون الالتزامين ناجمين عن عقد ملزم لجانبين كالبيع والإيجار..، أو ملزم لجانب واحد كعقد الوكالة دون أجر، حيث يمكن للوكيل حبس ما في ذمته للموكل، حتى يقتضي ما أنفقه في سبيل تنفيذ الوكالة، وقد ينشأ الارتباط القانوني عن عمل ضار أو نافع.

أما الارتباط المادي فلا يستند إلى واقعة قانونية وإنما إلى واقعة مادية، فينشأ بمناسبة شيء وجد في يد الحابس كأن يشتري شخص شيء ضائع أو مسروق بحسن نية، ويكون عليه رده فيقوم بحبسه إلى غاية استرداد ما أداه من نفقات ومصروفات للمحافظة على الشيء.

**ب\* آثار الدفع بالحبس:** تشمل ما يلي:

● **حقوق الدائن الحابس:** وتكون اتجاه المالك المدين وخلفه العام من جهه، واتجاه الغير والخلف

الخاص:

ويستثنى من ذلك بعض الأشياء لطبيعتها، فالأشياء التي لا يجوز حجزها لا يجوز حبسها من باب أولى كالأموال العامة مثلا، توفيق حسن فرج،

<sup>1</sup> مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2008، ص. 644.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، المرجع السابق، ص. 646، ودربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص. 23.

- **اتجاه المدين وخلفه العام:** إذا توفرت شروط الحبس يكون للدائن حبس الأداء ويمتنع عن أدائه للمدين سواء كان التزامه أداء شيء أو القيام بعمل، دون حاجة إلى إعدار أو ترخيص قضائي إلى أن يستوفي حقه الذي في ذمة المدين كاملاً، ويسري الحبس على الخلف العام للمدين ويرد على العين وما تدرّه من ثمار ومنافع.<sup>1</sup>

- **اتجاه الغير والخلف الخاص للمدين:** يقصد بالغير دائني المالك حيث يسري الحبس على الدائنين العاديين سواء ثبتت حقوقهم قبل أو بعد ثبوت الحق في الحبس، فيكون للدائن الحابس الامتناع عن تسليم الشيء لدائنيه العاديين الذين قاموا بالتنفيذ عليه.<sup>2</sup>

- أما بالنسبة للخلف الخاص كالذي تلقى حقا عينيا من المدين كرهن أو ارتفاق، فيجب التمييز إذا كان المحل عقارا، فيتمسك الدائن بالحبس في مواجهته، إذا كان حق الرهن تم شهره بعد ثبوت الحق في الحبس، أما إذا تم شهر الحق قبل الحبس فلا يتم التمسك بالحبس، وإذا كان المحل منقولاً فالحبس يفترض حيازته من الحابس فيسري على الخلف الخاص.

● **التزامات الحابس:** يلتزم الدائن الحابس بالمحافظة على العين المحبوسة والاعتناء بها عناية الرجل العادي، ويقدم حسابا عنها إلى مالكيها مثال منزل مأجّر، ويردها إلى مالكيها بانقضاء الحبس بوفاء المدين مثلاً.<sup>3</sup>

● **انقضاء الحبس:** يعتبر الحق في الحبس ضمانا لصالح الدائن في مواجهة المدين، فينقضي بانقضاء الالتزام المضمون، وذلك بوفاء المدين لما عليه أو عن طريق ما يقوم مقام الوفاء كالمقاصة والوفاء بمقابل واتحاد الذمة... كما ينقضي الحبس بهلاك الشيء المحبوسة، أو إذا قدم المدين ضمان للوفاء كرهن أو كفالة يراه القضاء كافيا، أو بخروج الشيء من يد الدائن الحابس بإرادته كتنازله عن حقه في الحبس.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص. 1176، توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص. 648، و دربال عبد

الرزاق، مرجع سابق، ص. 24، 25.

<sup>2</sup> ينظر إلى المادة 274 قانون موجبات لبناني.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص. 1183.



## المطلب الثاني: التنفيذ عن طريق التعويض (المادة 176 ق.م.)

- مفهومه وأنواعه: طبقا لنص المادة 176 ق.م. إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا، نميز بين ما إذا كانت الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي، أو إلى خطأ المدين، ففي الحالة الأولى لا مسئولية على المدين أما في الحالة الثانية، فيتم اللجوء إلى التنفيذ بطريق التعويض كبديل عن التنفيذ العيني، ويقصد بالتنفيذ عن طريق التعويض، التعويض الذي يحصل عليه الدائن المضروب، بشرط أن يكون الضرر الذي لحق به له علاقة سببية بالخطأ المتمثل في عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخر في تنفيذه، أو تنفيذه بشكل معيب، ومن أهم صور استحالة التنفيذ:<sup>1</sup>
  - في الالتزام بالقيام بعمل لا يكون التنفيذ العيني ممكنا إلا بتدخل المدين— فيمتنع عن ذلك رغم إكراهه بالغرامة التهديدية دون جدوى.
  - في الالتزام بنقل ملكية شيء أو أي حق عيني آخر، وأصبح مستحيلا نظرا لتصرف المدين في الشيء لصالح شخص آخر كأن يباع الشيء لمشتريين، ويتملكه واحد فقط.
  - إذا كان التنفيذ العيني ممكنا لكن اتفق الدائن والمدين على التعويض، فالأصل يتم التعويض عن طريق القضاء، إلا أنه يجوز الاتفاق عليه في إطار التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي).
- شروط استحقاق التعويض: يشترط لاستحقاق التعويض أن تتوافر شروط المسئولية المدنية سواء العقدية أو غير العقدية وتتمثل في: - خطأ من جانب المسئول - ضرر أصاب الدائن، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وإعذار المدين بتنفيذ التزامه طبقا للمادة 179 و 180 ق.م. طبقا لما سبقت الإشارة إليه.
- طرق تقدير التعويض أو أنواع التعويض: قد يتم تقدير التعويض من طرف القاضي أو من المتعاقدين، أو في القانون.

<sup>1</sup> سي يوسف كجار زاهية حورية، آثار الالتزام في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة تحليلية ومدعمة باجتهادات فقهية وقضائية، بيت الأفكار، ص.49،50.

**التعويض القضائي:** الأصل في التعويض أن يتم تقديره من طرف القاضي وطبقا لنص المادة 182 ق.م. إذا لم يكن التعويض مقدّرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، مثال المدين الذي لا يسلم البضاعة الذي تعهد بتسليمها لصالح الدائن، يدفع تعويضا يشمل ما لحق الدائن من خسارة وهي قيمة البضاعة وما فاته من كسب، وهو الربح الذي كان يأمل الحصول عليه لو تسلم البضاعة في الوقت المحدد.

و طبقا لنص المادة 132 ق.م. قد يكون التعويض نقديا وهو الصورة الغالبة، كما قد يكون عينيا، كإزالة ما أتاه الشخص إخلالا بالتزامه كهدم جدار أو سدّ نافذة...، كما قد يدفع جملة واحدة أو على شكل أقساط أو في شكل إيراد مرتب مدى حياة الدائن.<sup>1</sup>

**التقدير الاتفاقي أو الشرط الجزائي:** الشرط الجزائي هو عبارة عن تعويض يتفق عليه أطراف العقد مقدّما في العقد ذاته أو في اتفاق لاحق، يدفعه المدين للدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو في حالة التأخر في التنفيذ، حيث يقدر التعويض اتفاقا، مثال أن يتعهد مقاول بدفع مقابل نقدي في حالة تأخره في إنجاز البناء في الوقت المتفق عليه،<sup>2</sup> فهذا الاتفاق يلزم الطرفين ولا يجوز لهم نقضه.<sup>3</sup>

وتتمثل أهمية الشرط الجزائي بالنسبة للمتعاقدين في متا يلي:

- تجنب عبئ إثبات الضرر بالنسبة للدائن: حيث يفيد توقع المتعاقدين للضرر بموجب الاتفاق والتقدير المسبق، وإذا أراد المدين إثبات العكس عليه إثبات عدم وجود الضرر.
- الضغط على المدين لتنفيذ التزامه: فهو يشكل تهديد على المدين مما يدفعه إلى تنفيذ التزامه طوعا، فهو يشكل وسيلة ضغط مباشرة على المدين.

---

للمزيد في هذا الشأن يرجع إلى سي يوسف كجار زاهية حورية، مرجع سابق، ص. 54 و55، ودربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص. 15.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثاني، مرجع سابق، 844، وقد أطلق عليه المشرع الفرنسي مصطلح البند الجزائي، وعرفه في المادة 1126 من القانون المدني الفرنسي، بقوله "البند الذي يلتزم شخص بموجبه لأجل ضمان تنفيذ اتفاق بأداء شيء في حالة عدم التنفيذ".

<sup>3</sup> يرجع إلى سي يوسف كجار زاهية حورية، مرجع سابق، ص. 62.

- توفير الوقت والنفقات: بالتقدير المسبق للتعويض يحصل الدائن على التعويض بأسهل الطرق دون تحمّل عناء المصاريف القضائية.<sup>1</sup>

وتسري على الشرط الجزائي أحكام التعويض من حيث شروط استحقاق التعويض، حيث يجب على الدائن توجيه الإعداء، كما ينبغي توافر الخطأ، وقد افترض المشرع الضرر، فإذا استوفت الشروط يكون للدائن استحقاق التعويض المتفق عليه.

● سلطة القاضي في الإعفاء من الشرط الجزائي أو تعديله : الأصل أن يستحق الدائن قيمة الشرط الجزائي المتفق عليها في العقد، إلا أن المشرع للقاضي سلطة تعديل مقدار في حالات محددة شرط طلب أحد طرفي العقد وذلك طبقاً لما تنص عليه المادتين 184 و 185 ق.م.

- عدم وجود ضرر: لا يقضي القاضي بالشرط الجزائي أصلاً إذا أثبت المدعي عدم إصابة الدائن بأي ضرر

- في حالة زيادة مقدار الشرط الجزائي عن الضرر: للقاضي أن يخفض من مقدار التعويض الاتفاقي إذا رأى بأنه مبالغ فيه ولا يتناسب إطلاقاً مع مقدار الضرر، أو في حالة التنفيذ الجزئي للمدين لالتزامه.

- في حالة إذا قل مقدار التعويض عن الضرر: لا يتدخل هنا القاضي للرفع من قيمة التعويض إلا في حالة إثبات أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، حيث يكون قد خالف مبدأ حسن النية والتزاهة في العقود، وبالتالي يمكن المساس بقيمة التعويض دون أن يخل بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> يرجع إلى: توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص. 677، و دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص. 66، و سي يوسف كجار زاهية حورية، مرجع سابق، ص. 66 و 67.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص. 679، و دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص. 18، و سي يوسف زاهية، مرجع سابق، ص. 70، 71.

## المبحث الثاني: أوصاف الالتزام

سنتطرق أولاً إلا الشرط والأجل، إلى تعدد محل الالتزام بدراسة الالتزام التخييري والالتزام البدلي، ثم إلى تعدد أطراف الالتزام إلى التضامن الإيجابي والتضامن السلبي.

### المطلب الأول: الشرط والأجل

**الفرع الأول: الشرط (المواد 203 إلى 208 ق.م.):** يقصد بالشرط أمر مستقبل ممكن الوقوع يتوقف على تحققه وجود الالتزام أو زواله، فيجعل الالتزام موصوفاً، ومثاله أن تتعهد شركة التأمين بدفع مبلغ التعويض في حالة ما إذا تحقق الخطر المؤمن ضده كالكارثة الطبيعية أو السرقة أو الحريق... إلخ، أو أن يتنازل الدائن عن لمدينه عن جزء من الدين في حالة وفائه بالأقساط المتبقية.<sup>1</sup>

● **الشرط الواقف والشرط الفاسخ:** ينقسم إلى نوعين: يكون الشرط الواقف إذا ترتب على وجود الالتزام شرط واقف، كأن يعد الأب ابنه بجائزة في حالة نجاحه في الامتحان، - أو مؤسسة تتعهد بجائزة لمن يكتشف دواء معين-، فيكون التزام الأب معلقاً على شرط النجاح أما إذا ترتب على تحقق الشرط زوال الالتزام سمي بالشرط الفاسخ كأن يهب شخص شخصاً آخر على أن تفسخ الهبة في حالة ما إذا رزق الواهب ولداً، فيكون التزام الواهب عرضة للزوال في المستقبل في حالة تحقق شرط واقعة الإنجاب حيث يتعين على الموهوب رد الشيء إلى الواهب.<sup>2</sup>

● **شروطه:** يشترط أن يكون الشرط سواء الشرط الواقف أو الفاسخ أمراً مستقبلاً بحيث لا يكون قد تحقق وقت التعاقد، وألا يكون مستحيلاً ولكن غير محقق الوقوع، بأن يكون وقوعها أو عدم وقوعها أمر غير مؤكد، كما يشترط أن يكون الشرط غير مخالف للنظام العام والآداب العامة أي مشروعاً، وفي حالة عدم مشروعية الشرط يحصل بطلان الالتزام أيضاً.

<sup>1</sup> المادة 393 من القانون المدني الأردني تعرف الشرط بأنه " التزام مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه". يرجع إلى عبد القادر

الفار مرجع سابق ص. 146، ودربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص. 42.

<sup>2</sup> عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 147.

● أحكامه أو آثاره:

أ- مرحلة ما قبل تحقق أو تخلف الشرط أو فترة التعليق

- بالنسبة للشرط الواقف: يكون للدائن في فترة التعليق حق ثابت ولكنه غير نافذ وغير مؤكد، فوجود الالتزام مرتبط بتحقق الشرط، ويمكن للدائن صاحب الحق أن يترف فيه ويقبل التوريث، دون أن يحول الحق في إجبار المدين على الوفاء به سواء بطريق مباشر بالتنفيذ الجبري، أو غير مباشر [إجراء مقاصة على دين المدين، كون ثبوت الالتزام في ذمة المدين معلق على توافر الشرط.

- بالنسبة للشرط الفاسخ: ي كون للدائن حق ثابت و نافذ أثناء فترة التعليق، ولكنه مهدد بخطر الزوال إذا تحققت الواقعة المعلق عليها زوال الالتزام، فهو واجب الأداء على المدين اختيارا أو جبرا ويكون للدائن مطلق الحق في التصرف فيه.<sup>1</sup>

ب- مرحلة ما بعد تحقق الشرط أو عند انتهاء التعليق وتحقيق مصيره: في حالة ما إذا تبين مصير الشرط بأن تحقق بالنسبة للشرط الواقف، أو تخلف بالنسبة للشرط الفاسخ.

- بالنسبة للشرط الواقف: يترتب على تحقق الشرط تأكد وجود الالتزام، فيصبح نافذا ومستحقا، من تاريخ نشوء الحق لا من تاريخ تحقق الشرط، ويرتب جميع آثاره القانونية، فيصبح واجب الأداء اختيارا أو جبرا على المدين، أما إذا تخلف الشرط الواقف، يعتبر التزام المدين لاغيا كأن لم يكن وتنمحي جميع آثاره.

- بالنسبة للشرط الفاسخ: إذا تحقق الشرط الفاسخ يزول حق الدائن تماما منذ تاريخ نشوئه تطبيقا للأثر الرجعي للشرط وتتم إعادة المتعاقدين إلى الحالة الأصلية بقل إبرام التصرف فيرد كل من المتعاقدين ما تسلمه كردّ المبيع والتمن في عقد البيع، أما إذا تخلف الشرط يتأكد الحق لأن الواقعة التي كانت تهدد الالتزام بالزوال تأكد عدم تحققها.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص.ص. 153-155، و دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص. 44، 43.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص. 57، وعبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 156، 157 و دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص. 44، 45.

**الفرع الثاني: الأجل (من المادة 209 إلى المادة 212 ق.م.):** يقصد بالأجل أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على حدوثه إما نفاذ الالتزام واستحقاقه أو زواله وانقضائه<sup>1</sup> وينقسم الأجل بحسب مصدره إلى أجل اتفاقي، كتعهد مقاول بإنجاز مبنى خلال مدة زمنية محددة، أو من يتعهد بتوريد بضاعة لمدرسة مع بداية السنة الدراسية، والاتفاق بين صاحب العمل والعامل على مدة في عقد العمل محدد المدة، أو يكون مصدره القضاء وهو الأجل القضائي أو ما يسمّى بنظرة الميسرة التي يمنحها القاضي للمدين، أما الأجل القانوني فمصدره القانون، كإنقضاء حق الانتفاع بوفاء المنتفع.

● **الأجل الواقف والأجل الفاسخ:** يمكن أن يكون الأجل واقفاً إذا تحقق الأجل يترتب عليه نفاذ الالتزام، مثاله التزام المدين بردّ مبلغ القرض عند وفاة شخص معين، أو يكون فاسخاً (منهياً) إذا ترتب على حلوله زوال وانقضاء الالتزام كتعهد شركة معينة بصيانة آلات لمدة سنة، والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة لمدة سنة، فإذا انقضت انقضى التزام المستأجر.

● **شروط الأجل:** يشترط أن يكون الأجل أمراً مستقبلاً مثال أن يكون عبارة عن تاريخ معين ، أو واقعة مستقبلية لا يعرف تاريخ وقوعها بالضبط، كما يشترط أن يكون الأجل أمر محقق الوقوع وهي خاصية تميز الأجل عن الشرط، كشرط الوفاة هو محقق رغم أنه مستقبلي لا يعرف تاريخ وقوعه بالتحديد.

● **أحكام الأجل أو آثاره**

أ- **مرحلة ما قبل حلول الأجل**

- **بالنسبة للأجل الواقف:** إذا كان الالتزام مقترن بأجل واقف، فالالتزام موجود ومحقق، فيجوز للدائن أن يتصرف فيه ويجري بشأنه الأعمال المادية كصيانته من التلف واتخاذ إجراءات حمايته كطلب تأمين كقيد الرهن أو رفع دعوى الصورية... إلا أن الالتزام غير نافذ أي غير مستحق

<sup>1</sup> دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص. 46، و عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 158.

الأداء فلا يجوز للدائن إجبار المدين على أدائه، فإذا وفى المدين للدائن عن قصد قبل حلول الأجل، فلا يجوز له استرداده إنما يمكنه فقط المطالبة بالتعويض عن الضرر نتيجة الوفاء المعجل.

- بالنسبة للأجل الفاسخ: الالتزام المقترن بأجل فاسخ هو حق موجود ونافذ لكنه مؤكد الزوال، فلصاحبه أن يديره وتنفذ جميع تصرفاته عليه في حدود الأجل، ويجوز للدائن المطالبة بحقه، غير أن زواله مؤكد بحلول الأجل.

#### ب- مرحلة ما بعد حلول الأجل

- بالنسبة للأجل الواقف: إذا حل الأجل بانقضائه أو بسقوطه أو بالتنازل عنه، سواء كان بسبب بصفة طبيعية كحلول تاريخ معين، أو إفلاس المدين أو إعساره، يصبح الالتزام مستحق الأداء وناظدا والحق قابلا للتنفيذ الاختياري والجبري.

- بالنسبة للأجل الفاسخ: يترتب على حلول الأجل زوال الالتزام من تلقاء نفسه، ولا يسري الزوال بأثر رجعي، والدين يكون مستحق من تاريخ حلول الأجل، مثال التزام المأجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المأجرة لمدة سنة واحدة، فمتى انقضت السنة حل الأجل، وانتهى الالتزام ولم يعد للمستأجر أي حق في الانتفاع.

#### المطلب الثاني: تعدد محل الالتزام (الالتزام التخييري والالتزام البدلي)

قد يلحق الوصف بمحل الالتزام، إذا كان له أكثر من محل وتبرأ ذمة المدين بالوفاء بأي منها.

#### الفرع الأول: الالتزام التخييري أو التخيير في المحل (نصوص المواد من 213 إلى 215)

● مفهومه: يقصد به الالتزام الذي يشمل محله أشياء متعددة، على أن تبرأ ذمته إذا أدى واحدا منها، مثال أن يلتزم الشريك في عقد الشركة بتقديم حصة من مال أو أرض أو عمل، أو أن يلتزم شخص اشترى أرض بدفع ثمنها إما بيتا أو سيارة، ويمثل هذا النوع من الالتزامات ضمانا للدائن في التنفيذ العيني، حيث في حالة تعذر الوفاء بالالتزام الأول يتم الوفاء بالثاني.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 166، ودربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص. 59، ويقابل الالتزام التخييري في الفقه الإسلامي خيار التعيين.

ويشترط حتى يكون الالتزام تخييراً تعدد محال الالتزام بأن يكون محلان أو أكثر، فيمكن أن يكون المحل عملاً أو شيئاً أو امتناعاً، كما يجب توفر الشروط العامة للمحل وهي أن يكون ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً، وموجوداً إذا كان شيئاً، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين، وأن يكون مشروعاً.

### ● أحكام الالتزام التخييري

- من له استعمال الخيار؟ الخيار أو الاختيار هو تصرف بالإرادة المنفردة يجب أن يستوفي شروطه، والأصل أن يكون الخيار في هذا النوع من الالتزام للمدين، ولكن يمكن الاتفاق على خلاف ذلك، أو قضى القانون بذلك، وفي حالة كان الخيار للمدين ولم يفعل، أو تعدد المدينين ولم يتفقوا، فيمكن رفع الأمر للقاضي الذي يحدد أجلاً للمدين لمباشرة خياره، وإلا تولى القاضي أمر الخيار، ويترتب على حصول الاختيار أن ينقلب الالتزام التخييري إلى بسيط.

وإذا كان الخيار للدائن ولم يفعل، يمكن للمدين رفع الأمر إلى القاضي لتعيين أجل للدائن لممارسة الخيار فإن لم يفعل يؤول الأمر للمدين للقيام بذلك.<sup>1</sup> أما في حالة هلاك جميع المحال فقد ميزت المادة 215 ق.م. بين هلاكها بسبب أجنبي فتبرأ ذمة المدين، أو هلاكها بسبب خطأ المدين يتم وفاء الأخير بقيمة آخر شيء هلك، أما إذا هلكت إحدى المحال بسبب أجنبي أو بخطأ المدين فيتم الوفاء بالمحل الباقي.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: الالتزام البدلي أو إبدال المحل (نص المادة 216 ق.م.)

● مفهومه: يقصد به الالتزام الذي يشمل محله شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً عنه شيئاً آخر، ومثاله في عقد القرض يقرض الدائن المدين مبلغاً من النقود ويتفق معه على رد المبلغ عند حلول الأجل، فإذا لم يشأ يعطيه بدلاً عن المبلغ شيئاً آخر كمتزل، فالنقود هو المحل الأصلي أما المتزل فهو المحل البدلي، ومن أهم صور الالتزام البدلي العربون إذا دفع بدلالة العدول،

<sup>1</sup> قد ينص القانون على أن يكون الخيار للدائن ومثاله، أنه إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، يمكن للدائن أن يختار بين اقتضاء تأمين كاف، أو أن يستوفي حقه فوراً.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص. 168، وتوافق المادة 215 ق.م. جزائري المادة 410 قانون مدني أردني، يرجع إلى عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 169، 170.



بحيث يمكن للمدين أن يؤديه بدلا عن التزامه الأصلي، فتكليفه القانوني ليس تعويض أو شرط جزائي إنما هو البديل في التزام بدلي.<sup>1</sup>

#### ● أحكامه:

- يتميز الالتزام البدلي عن الالتزام التخييري أنه في الأول ينحصر المحل في شيء واحد مع إعطاء المدين الحق في الواء ببدل عنه، أما في الالتزام التخييري يكون المحل منذ البداية عدة أشياء ويتم الوفاء بأحد منها طبقا لما يريده صاحب الخيار.

- وبما أن الالتزام البدلي يتحدّد المحل بالشيء الأصلي لا البديل، فإذا هلك الشيء الأصلي بسبب أجنبي تبرأ ذمة المدين، وإذا هلك بسبب المدين فيكون مسئولا عن التعويض ولكن يمكنه أداء البديل، وفي حالة هلاك البديل بسبب أجنبي يتم الوفاء بالمحل الأصلي، ومن أمثلة الالتزام البدلي في القانون المدني كتجنب دعوى الإبطال في حالة الاستغلال بعرض الثمن الذي يراه القاضي كافيا لرفع الغبن (المادة 90 ق.م.)، وتجنب البائع دعوى ضمان الاستحقاق برّد ما دفعه المشتري للغير (المادة 374 ق.م.)

**المطلب الثالث: الالتزام التضامني أو تعدّد أطراف الالتزام (التضامن الإيجابي والتضامن السلبي)**  
قد يرتبط وصف الالتزام بأطراف الرابطة القانونية، فيتضامن الدائنين فيجوز لأي من الدائنين المتعددين اقتضاء الدين كله نيابة عن الباقي ويسمّى بالتضامن الإيجابي، كما يجوز أن يتضامن المدينين في الوفاء بالدين، فيجوز للدائن أن يرجع على أي من المدينين المتعددين بكل الدين ويسمّى بالتضامن السلبي.<sup>2</sup>

#### **الفرع الأول: التضامن الإيجابي (التضامن بين الدائنين) (المواد من 217 إلى 221 ق.م.)**

● **مفهومه:** يقصد به أن يتعدد الدائنون في دين واحد بغض النظر عن تعدد المدينون أو عدم تعددهم، فيؤدي إلى عدم تجزئة الدين على عدد الدائنون، حيث يكون من حق كل دائن مطالبة

<sup>1</sup> راجع ما تطرقنا إليه بشأن العربون في الفصل الأول من الدراسة بشأن العقد، والعربون كصورة من صور التراضي، ونص المادة 72 مكرر ق.م. جزائري.

<sup>2</sup> إن التضامن السلبي أي بين المدينين هو الشائع، أما التضامن بين الدائنين فهو نادر الحدوث.

المدين بكل الدين، فتراز ذمة المدين بالوفاء لأي منهم، ويرد الدائن الذي يستوفي الذي يستوفي كل الدين إلى الدائنين الأخرين نصيبهم.

ويهدف هذا التضامن إلى تسهيل استيفاء الدائنين لحقهم، إلا أنه نادر الحدوث لأضراره، وذلك بسبب احتمال إعسار الدائن الذي استوفي الدين كله، أو أن يكون سيئ النية، وضياع حق باقي الدائنين، كما أنه يمكن الاستغناء عنه بنظام الوكالة، لهذا فهذا النوع من التضامن غير مفترض بل لا بد من وجود نص أو اتفاق يقرّه.

#### • أحكامه: يترتب على التضامن الإيجابي الآثار التالية:

##### أ) في علاقة الدائنين المتضامين بالمدين:

- وحدة الدين: يقصد به حق الدائنين في مواجهة المدين هو واحد رغم تعددهم، ولكل واحد من الدائنين المتضامين الحق في المطالبة بالدين، كما يجوز للمدين أن يفي بالدين كله لأي دائن فتراز ذمته في مواجهة باقي الدائنين، فإذا اعترض بقية الدائنين على هذا الوفاء يتم الوفاء بنصيب الدائن المطالب فقط، ويمكن المدين أن يتمسك بأوجه الدفع المشتركة بين كل الدائنين، كبطلان الالتزام لعدم المشروعية.

- تعدد الروابط: رغم وحدة الدين هناك رابطة مستقلة تربط كل دائن على حدة بالمدين، وبالتالي فأسباب انقضاء الالتزام بسبب الوفاء أو المقاصة أو الإبراء بالنسبة لدائن واحد، لا تؤثر في حقوق بقية الدائنين إلا بقدر نصيب الدائن الذي قام في حقه سبب الانقضاء.<sup>1</sup>

- النيابة التبادلية: يعتبر كل دائن متضامن نائبا عن بقية الدائنين الأخرين فيما ينفعهم فقط وليس فيما يضرهم، فالإعذار الذي يوجهه أحد الدائنين للمدين للوفاء يسري في حق البقية، فيعد وكأنه صدر منهم جميعا، أما الإعذار الموجه من المدين إلى أحد الدائنين المتضامين، فلا يسري على

<sup>1</sup> عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 178 ، ودربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص. 52.

بقية الدائنين، وكذلك إذا صدر حكم قضائي لصالح المدين ضد أحد الدائنين فإنه لا يحتج بهذا الحكم ضد سائر الدائنين.<sup>1</sup>

(ب) في علاقة الدائنين المتضامين ببعضهم البعض: إذا كان الدين يعتبر وحدة غير قابلة للتجزئة في علاقة الدائنين المتضامين بالمدين، فإنه عكس ذلك في علاقة الدائنين المتضامين ببعضهم البعض، ويترتب على استيفاء أحد الدائنين للدين من المدين، أن يصير حقا لكل الدائنين، فيقسم بينهم بنسبة حصصهم ويكون لبقية الدائنين حق الرجوع على الدائن الذي استوفى الدين.

### الفرع الثاني : التضامن السلبي (التضامن بين المدينين) (المواد من 222 إلى 235 ق.م.ج.)

● مفهومه: يقصد به أن يتعدد المدينين فيكون كل منهم مسئولاً عن الدين كله في مواجهة الدائن، ولهذا الأخير أن يطالب أيًا منهم بالدين كله، ويمكن لكل مدين أن يفي بالدين فيرى نفسه وكل المدينين، كما يمكنه الرجوع على كل منهم بقدر نصيبه في الدين.

ويعتبر هذا النوع من التضامن شائع من الناحية العملية، حيث أنه يزيد في ضمان الدائن ويعتبر وسيلة فعالة لصالحه، حيث قد يخشى الدائن إعسار أحد مدينيه، فيمكنه الرجوع على أي منهم للمطالبة بالدين كله، فيقل احتمال تعرض حق الدائن للضياع ما دامت ذمم المدينين متعددة في الوفاء بهذا الحق.<sup>2</sup>

ويعتبر هذا النوع من التضامن غير مفترض، وإنما يتقرر بموجب نص قانوني أو اتفاق، ومثال التضامن الذي نص عليه المشرع، تضامن المقاول والمهندس المعماري في التعويض عن تهمد البناء كلياً أو جزئياً لمدة عشر سنوات (التقادم العشري) المشار إليه في نص المادة 554 ق.م.ج، وكذا في الوكالة في نص المادة 579 ق.م.ج. والعمل غير المشروع في نص المادة 126 ق.م.

● أحكامه: يترتب على التضامن السلبي الذي يقع بين المدينين الآثار التالية

<sup>1</sup> ونفس الأثر بالنسبة للإقرار بالدين، وانقطاع التقادم والمصالحة، عبد الرزاق السنهوري الجزء الثالث، المرجع السابق، ص. 226.  
<sup>2</sup> اعتبره البعض التضامن السلبي نوع من التأمينات الشخصية يوازي الكفالة الشخصية، بل ويزيد عنها في الضمان، حيث أن التزامات كل مدين متضامن هو التزام أصلي، على خلاف الكفالة التي تعتبر التزام تابع لالتزام المدين الأصلي، الذي يبطل ببطلانه.

## أ) في علاقة الدائن بالمدينين المتضامين:

- وحدة الدين: يقصد به أن المدينين ملتزمون في مواجهة الدائن بدين واحد، فكل منهم ملتزم بالوفاء به كله إذا رجع إليه الدائن، ويجب على الدائن أن يقبل الوفاء منه فتيماً ذمة كل المدينين، وليس للمدين أن يحتج على الدائن بالدفع تخص غيره من المدينين ويستطيع الاحتجاج بالدفع التي تتعلق به كأن ينقضي دينه بسبب الإبراء أو المقاصة، أو أن يكون باطلاً مونه قاصر... أو بالدفع المشتركة لكل المدينين كعدم مشروعية محل الالتزام، أو غياب شكل انعقاد التصرف.

- تعدد الروابط: رغم وحدة الدين هناك رابطة مستقلة تربط الدائن بكل مدين متضامن على حدة، وعلى الدائن أن يراعي عند اختيار مدين للرجوع عليه شكل الرابطة بينه وبين هذا المدين، حيث يمكن أن يحتج المدين بالدفع المشتركة وبالدفع الخاصة به كأن يكون التزامه معلق على شرط واقف لم يتحقق بعد، وأن أسباب انقضاء التزام أحد المدينين بغير الوفاء كالمقاصة يترتب عليها أن يسقط عن بقية الدائنين قدر حصة المدين الذي قام في حقه سبب الانقضاء.

- النيابة التبادلية: يعتبر كل مدين متضامن نائباً عن بقية المدينين الآخرين فيما ينفعهم فقط وليس فيما يضرهم، حيث يقتصر أثر العمل الضار على المدين المعني دون غيره، كإعذار مدين معين، أما العمل النافع كصدر حكم قضائي لصالح أحد المدينين.

- في علاقة المدينين المتضامين ببعضهم البعض: إذا كان الدين يعتبر وحدة غير قابلة للتجزئة في علاقة الدائنين المتضامين بالمدين، فإنه عكس ذلك في علاقة الدائنين المتضامين ببعضهم البعض، ويترتب على وفاء أحد المدينين لكل الدين لصالح الدائن، أن يرجع المدين على بقية المدينين كل بحسب نصيبه في الدين على اعتبار ان الدين قابل للانقسام بينهم، فإذا أعسر أحد المدينين يتحمل باقي المدينين الموسرين، ويتم الرجوع بموجب دعوى شخصية.<sup>1</sup>

## المبحث الثالث: انتقال الالتزام

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص. 312، عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص. 55.

يقصد بانتقال الالتزام ( إذا نظرنا إليه من جهة المدين)، أو الحق (إذا نظرنا إليه من جهة الدائن)، أن يتحول الحق ذاته من دائن إلى آخر إذا تعلق الأمر بحوالة الحق، ومن مدين إلى آخر إذا تعلق الأمر بحوالة الدين، ولنشير إلى أن القوانين العربية قد استمدت هذا النظام من الشريعة الإسلامية حيث لم تعرف القوانين اللاتينية في البداية موضوع حوالة الحق وحوالة الدين، باعتبارها تنظر إلى الالتزام على أنه رابطة شخصية بين الدائن والمدين وأهملت جانبه الموضوعي أي الأداء المالي موضوع العلاقة، إلا أن أغلبها أقرت لاحقا حوالة الحق فقط.<sup>1</sup>

### المطلب الأول: حوالة الحق (المواد من 239 إلى 250 قانون مدني جزائري )

نتطرق فيما يلي إلى مفهومها وأركانها ثم آثارها.

#### الفرع الأول: مفهومها وأركانها

**أولاً- مفهومها:** هي عقد أو اتفاق بين الدائن ويسمى المحيل مقتضاه تحويل أو نقل ما له من حق اتجاه مدينه ويسمى المحال عليه، إلى شخص آخر يسمى المحال له ليصبح هذا الأخير دائنا جديدا يأخذ محل الدائن الأصلي.<sup>2</sup> ويشترط في هذا العقد أركان وشروط كل العقود من رضا صحيح ومحل وسبب، وشكلية في بعض العقود إذا لزم الأمر، وسنركز على ركني التراضي والمحل.

**ثانياً- أركانها:** ستتقتصر على ركني التراضي والمحل.

**أ- التراضي:** رغم عدم اشتراط المشرع الجزائري رضا المدين (المحال عليه) لانعقاد حوالة الحق، ولكن اشترط قبوله في مرحلة النفاذ حتى تكون نافذة في مواجهته وفي مواجهة غيره.

● **الرضا في مرحلة الانعقاد:** اتفاق حوالة الحق هو عقد رضائي كسائر العقود تتطلب الرضا لتنعقد صحيحة، ويقتصر عنصر الرضا في مرحلة انعقاد حوالة الحق على رضا الدائن الأصلي وهو

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.416 وما بعدها ، توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص. 556، عبد الرزاق

دربال، المرجع السابق، ص. 63، وعبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 213.

<sup>2</sup> للمقارنة ينظر إلى المادة 303 من القانون المدني المصري، أنور سلطان ، مرجع سابق، ص. 389.

المحيل والدائن الجديد وهو المحال إليه، ولا يشترط رضا المدين أي المحال عليه، لأنه لن يتأثر أو يضار بتغير الدائن فلا ضرورة لرضائه لانعقاد الحوالة.<sup>1</sup>

● **الرضا في مرحلة النفاذ:** يتم نفاذ حوالة الحق أن يلتزم المدين بالوفاء إلى الدائن الجديد بدل الدائن الأصلي، ويتوقف ذلك على قبول المدين للحوالة أو إعلانه بها كدليل على العلم بها.

وفيما يتعلق بنفاذ الحوالة في مواجهة الغير، والغير هو كل شخص من غير المحيل والمحال له، كمحال له ثان، ودائن المحيل... فيتم عند قيام المدين بقبول الحوالة أو إعلانها له من طرف المحيل، والقبول يتم صراحة أو ضمنا لاحقا على انعقاد الحوالة، ويكون ثابت التاريخ ويهدف ذلك إلى تجنب التواطؤ إضراراً بالغير الذين تكون حقوقهم ثابتة وسابقة على وجود الحوالة.<sup>2</sup>

أما إعلان المحيل للحوالة للمدين فيجب أن يكون ثابتاً بورقة رسمية، عن طريق المحضر أو مباشرة، ويكمن الغرض من إعلان أو قبول الحوالة هو امتناع المدين عن الوفاء لغير الدائن الجديد، كما أنه ضماناً للدائن الجديد في مواجهة المدين، كما أنه يفيد امتناع الغير عن التعامل بخصوص الحق مع الدائن الأصلي.<sup>3</sup>

ب- **محل حوالة الحق:** محل حوالة الحق هو نقل الحق الذي في ذمة المحال عليه (المدين) اتجاه الدائن الأصلي (المحيل)، والأصل جواز نقل كل الحقوق الشخصية سواء كان حقا بسيطا أو موصوفا كأن يكون مضاف لأجل أو معلق على شرط... ومهما كانت طبيعته سواء التزام بالقيام بعمل، بالامتناع عن عمل أو إعطاء شيء، ويجوز نقل حتى الحقوق المتنازع فيها، إلا ما استثني بموجب القانون ومثاله، منع القضاة أو المحامين شراء الحقوق المتنازع فيها متى كانت واقعة في دائرة اختصاصهم، أو نظرا لطبيعة الالتزام، كالحقوق غير قابلة للحجز عليها، كالحق في النفقة والمعاشات والأجور والمعاشات، كما يمكن لأطراف العقد منع حقوق من الانتقال للغير، كمنع المستأجر من التنازل على حقه للغير (الإيجار الفرعي أو من الباطن).<sup>4</sup>

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص. 556.

<sup>2</sup> ويكون القبول ثابت التاريخ، بتسجيله أو بإثبات مضمونه على يد موظف مختص طبقا للمادة 328 قانون مدني جزائري.

<sup>3</sup> توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص. 556-563.

<sup>4</sup> نفس المرجع، ص. 556، 557 وعبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص. 66.

## الفرع الثاني: آثارها

أولاً- أثر الحوالة بالنسبة للدين المحال: تختلف الأحكام المطبقة على الحوالة بالنسبة للدين المحال أي التصرف المتضمن الحوال بين الدائن الأصلي والدائن الجديد، بالإضافة إلى أحكامها الخاصة، فقد تكون بعوض فينطبق عليها أحكام عقد البيع، من ثمن وضممان الاستحقاق والتعرض، فيكون المحال له ملزم بدفع مقابل، أو بغير عوض مما يجعل أحكام عقد التبرع كعقد الهبة ينطبق عليها كالأهلية وجواز الرجوع فيها...، وقد يقوم المحيل برهن حقه محل الحوالة بنقل حقه الثابت إلى المحال له بموجب الحوالة عن طريق الرهن، فتنتطبق عليها أحكام الرهن، كما يطبق على الحوالة الأحكام الخاصة بها المتعلقة بأطرافها.

### ثانياً- أثر الحوالة بالنسبة لأطرافها

أ- أثر الحوالة في علاقة طرفيها المحيل والمحال إليه أو له: ينتقل الحق محل الحوالة إلى المحال له بجميع صفاته وضماناته ودفعه، والتي كانت له عندما كان في ذمة الدائن المحيل، صفاته كأن يكون معلقا على شرط أو كان مؤجلا، وضماناته كأن يكون مضمونا بكفالة أو تضامن أو بحق رهن أو امتياز، و الدفع التي كان يملكها المدين اتجاه المحيل فتصبح موجهة ضد المحال له، كأن يكون الدين قابلا للإبطال، ومن ثم تنتقل إلى المحال إليه ملكية الحق محل الحوالة، ويلتزم المحيل بتسليم السند المثبت للحوالة إلى المحال إليه.

وعلى هذا يلتزم المحيل اتجاه المحال إليه بضمان أفعاله الشخصية التي تضر بالحوال بالإزالة أو النقصان، فليس للمحيل مثلا أن يحول الحق إلى محال له ثان، قبل نفاذ الحوالة، كما يضمن وجود الحق في حالة ما إذا كانت الحوالة بعوض، ولكن لا يضمن يسار المدين، ويجوز الاتفاق على خلاف ذلك،<sup>1</sup> وفي حالة إخلال المحيل بضمان وجود الحق أو اليسار فيلتزم برد ما تم دفعه من طرف المحال له كعوض للحوالة، وكذا المصاريف التي يكون قد تكبدها في إطار الحوالة في إبرامها وفي رجوعه على المحال عليه أو المحيل بالضمان.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> المادة 308 من القانون المدني المصري.

<sup>2</sup> وهو نفس الحكم في القانون المصري، ينظر نص المادة 310 قانون مدني مصري، توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص.561.

ب- علاقة المحال له (الدائن الجديد) بالمحال عليه (المدين): في هذا نميِّز بين مرحلتين، مرحلة انعقاد الحوالة فيكون للمحال له اتخاذ جميع الإجراءات التحفظية لضمان حقه، القيام بالمطالبة القضائية لدينه بغرض قطع التقادم، أو تجيدي قيد الرهن الذي كان ثابتا قبل الحوالة، أما في مرحلة نفاذ الحوالة، أي بعد قبولها فإن حقه يصبح ثابتا ويجب على المدين المحال عليه الوفاء له، حتى تبرأ ذمته، وبالمقابل للمحال عليه التمسك في مواجهة المحال له بكل الدفع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة المحيل.<sup>1</sup>

ج- علاقة المحيل بالمحال عليه: تختلف علاقتهما بحسب ما إذا كانت الحوالة نافذة أم لا.

فقبل الإعلان أو القبول يعتبر المحيل هو الدائن الوحيد للمدين حيث يمكنه مطالبته بالوفاء بدينه، وله أن يبرئه منه، ويتخذ كل إجراء تحفظي أو تنفيذي يراه ضروريا، أما بالنسبة للمحال له وإن كان كذلك دائنا للمحال عليه فإن حقه محدود فيجوز له مباشرة الإجراءات التحفظية دون التنفيذية.

بعد نفاذ الحوالة يصبح المحال له هو الدائن الوحيد للمدين المحال عليه— ولا يجوز الوفاء للمحيل لأنه أصبح أجنبيا وإذا حدث الوفاء له يكون غير مبرأ لذمة المدين.<sup>2</sup>

د- علاقة المحال له بالغير: يقصد بالغير كل شخص أجنبي عن المحيل والمحال له كمحال له ثان، أو دائني المحيل، وحتى المحال عليه المدين فيعتبر من الغير قبل نفاذ الحوالة لأنه أجنبي عنها، أما بعد قبولها من طرفه، إعلانها من طرف الدائن، فلا يعتبر غيرا.

ويترتب على نفاذ الحوالة تفضيل المحال له على دائني الدائن، أما في حالة تراحم المحال له فنكون أمام صورتين:

• **تراحم المحال له مع محال له ثان:** إذا وجد محال له آخر بالحق بأن تمت الحوالة مرتين، فالعبرة بالحوالة التي أصبحت نافذة بالإعلان أو القبول، وليس بالتي أنشئت أولا.

<sup>1</sup> عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص. 69.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص. 535 وما بعدها.



• **تزامم المحال له مع دائن حاجز:** ومفاد ذلك أنه إذا تم نفاذ الحوالة فيترتب على ذلك تفضيل المحال له في مواجهة دائني الدائن الذين يتخذون إجراءات الحجز على الحق المحال بعد نفاذ الحوالة، ولكن إذا كان الحجز قد تم قبل نفاذ الحوالة، ثم يتم نفاذها و يقع حجز ثاني بعد نفاذها، فهنا يقع التزامم بينهم على أساس اعتبارين، الاعتبار الأول هو تفضيل المحال له على الحاجز الثاني (لأن الحجز الثاني قد وقع على محل لا يملكه المدين أي المحيل)، والاعتبار الثاني هو حق الحاجز الثاني في مزاحمة الحاجز الأول رغم أن المحال له مقدّم عليه (حق ثابت قانوناً)، حيث يقتسم الأطراف الثلاث أي المحل له والحاجز المتقدم والحاجز المتأخر الحق المحال قسمة الغرماء، على أن يؤخذ من حصة الدائن الحاجز الثاني لتكملة قيمة الحوالة لصالح المحال له.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: حوالة الدين (المواد من 251 إلى 257 قانون مدني جزائري)

نتعرّض أولاً إلى مفهومها وآثارها ثم إلى آثارها

#### الفرع الأول: مفهومها وصور انعقادها

**أولاً- مفهومها:** هي اتفاق أو عقد بين المدين الأصلي (المحيل) وشخص من الغير (المحال عليه) يقبل التحمل بالدين بدلا من المدين الأصلي في مواجهة الدائن، أو هو إحلال شخص (المحال عليه) محل المدين الأصلي (المحيل) في الدين الواجب على الأخير اتجاه الدائن.<sup>2</sup>

**ثانياً- صور انعقادها:** يجب أن يتوفر في حوالة الدين الأركان والشروط اللازم توفرها في العقود، من تراض ومحل وسبب، وعلى خلاف حوالة الحق تنعقد حوالة الدين في صورتين، فقد تتم بعقد بين المدين المحيل والشخص المحال عليه، وقد تتم بعقد بين الدائن والمحال عليه مباشرة دون حاجة لرضاء المدين:

**أ- اتفاق المدين الأصلي (المحيل) والجديد:** يجب أن تتوفر فيه شروط العقد العامة، تطبق الأحكام القانونية بحسب ما إذا كانت معاوضة بحيث يتلقى المدين الجديد عوضاً عن حوالة الدين، أو تبرّع بحيث لا يتلقى مقابلاً عنها. ولنفاذ الحوالة لا بد من قيام الدائن بإقرارها أي قبوله لها، حيث أن تغير الدائن بالنسبة إليه هو محل اعتبار، ويمكن أن يكون الإقرار صراحة أو ضمناً، ويعتبر سكوت

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج، ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص. 564، ونفس الحكم في القانون المدني المصري نص المادة 314 فقرة 2.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص. 564.

الدائن عن إقرار الحوالة بعد إعلانها له رفضاً للحوالة، ويترتب على إقرار الدائن براءة ذمة المدين الأصلي من الدين.<sup>1</sup>

ب- اتفاق الدائن (المحيل) والمدين الجديد: هنا لا يكون المدين الأصلي طرفاً في الحوالة، حيث تتم بين المدين (المحال عليه) الجديد والدائن، وتتعقد وتصبح نافذة دون حاجة لتدخل المدين الأصلي، والأهم أن تبرز نية الحوالة في الاتفاق وليس أمر آخر كتقديم مدين متضامن من المدين الأصلي، وليس لهذا الاتفاق شكل خاص وقد يكون بمبادرة من الدائن أو من المدين الجديد، وبناء عليه يصبح المدين الجديد هو الملتزم بالوفاء بالدين في محل المدين الأصلي ولا أهمية لعلم هذا الأخير أو عدم علمه، أو حتى اعتراضه عليها.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: آثارها

#### أولاً - علاقة أطراف الحوالة أي بين الدائن والمحال عليه (المدين الجديد)

في حالة إقرار الدائن للحوالة فلا يكون له إلا مطالبة المدين الجديد المحال عليه، وتبرأ ذمة المدين الأصلي من الدين، فإذا رجع الدائن على المحال عليه وكان هذا الأخير معسراً، فيمكنه الرجوع على المدين الأصلي على أساس ضمان اليسار في حالة ما كانت الحوالة اتفاقاً بين المدين الأصلي والمحال عليه وأقرها الدائن، ولا يمكنه الرجوع بضمان اليسار إذا كانت الحوالة نشأت باتفاق بين الدائن والمحال عليه.

وينتقل الدين من المدين الأصلي إلى الجديد بأوصافه، كأن يكون معلق على شرط، وبضماناته كالرهن الرسمي أو الحيازي الذي قدمه المدين الأصلي، كما ينتقل بدفوعه، فيمكن للمحال عليه التمسك اتجاه الدائن بالدفوع التي كانت للمدين الأصلي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> وذلك على خلاف حوالة الحق التي تصبح نافذة بالإقرار أو الإعلان، بينما حوالة الدين لا يكفي فيها الإعلان بل يجب إقرار الدائن لها حتى ترتب أثرها، ومرد ذلك أن المدين لا يهيمه أن يوفي لهذا الدائن أو ذاك، بينما الدائن يهيمه أن يكون المدين شخصاً معيناً دون آخر، للمزيد ينظر توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص. 567، 568.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، جزء ثالث، مرجع سابق، ص. 546. وما بعدها، عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص. 73.

<sup>3</sup> توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص. 570، ونشير إلى أن الضمانات التي تنتقل مع حوالة الدين هي التي يقدمها المدين الأصلي، وبالنسبة لتلك التي يقدمها أجنبي ككفالة شخصية أو عينية لضمان الوفاء بالدين، فتسقط بحوالة الدين، حيث أن الأجنبي إنما كفل المدين الأصلي لا الجديد.

## ثانياً - علاقة الدائن بالمدين الأصلي:

يتوقف ترتيب حوالة الدين لأثرها على إقرار (قبول) الدائن لها، فإذا لم يقرّها فيمكنه مطالبة مدينه الأصلي بالوفاء، دون الاحتجاج عليه بجلول المدين الجديد محله، فإذا أقرها تبرأ ذمة المدين الأصلي وليس للدائن الرجوع عليه ولكن يكون ضامنا ليسار المدين الجديد وقت إقرار الدائن للحوالة.

**ثالثاً - علاقة المدين الأصلي بالمدين الجديد:** إن علاقة المدين الأصلي بالمدين الجديد المحال عليه تأخذ إما شكل التبرع، أو وفاء الدائن الجديد بدین عليه اتجاه المدين الأصلي، وقد يقصد من ذلك إقراضه، وبالتالي تطبق الأحكام القانونية المتعلقة بهذه العقود وتترتب عليه المسؤولية العقدية في حالة الإخلال بالتزامه بالوفاء لصالح الدائن.

## المبحث الرابع: انقضاء الالتزام

كل التزام مآله الانقضاء، وفلا يمكن أن يكون أبدياً، والأصل أن ينقضي الالتزام بتنفيذه أو الوفاء به، سواء بالتنفيذ الاختياري أو الجبري عينياً أو عن طريق التعويض، إلا أن هناك أسباب تؤدي إلى انقضاء الالتزام بالرغم من عدم تنفيذه، وذلك بالوفاء بشيء آخر يقوم مقام الوفاء أو ما يسمى باستبدال الالتزام عن طريق الوفاء بمقابل، أو التجديد، أو الإنابة، أو المقاصة، أو اتحاد الذمة، أو بأسباب دون الوفاء به أصلاً، كما يسمى سقوط الالتزام في حالة الإبراء أو استحالة التنفيذ أو التقادم المسقط.

**المطلب الأول: انقضاء الالتزام عن طريق الوفاء ( المواد من 258 إلى 284 قانون مدني جزائري)**

نتطرق فيه إلى أحكام الوفاء من حيث المفهوم والشروط والعوارض والآثار

### الفرع الأول: مفهوم الوفاء وشروطه وعوارضه

**أولاً - مفهوم الوفاء:** يقصد بالوفاء التنفيذ العيني للالتزام ويعتبر عقد بين الدائن والمدين، يجب أن تتوفر فيه أركان وشروط التصرف القانوني كالأهلية وسلامة الرضا من العيوب، والأصل أن الوفاء

يترتب عليه براءة ذمة المدين نهائياً، إلا أنه قد لا يكون الوفاء بسيطاً بحيث يحدث بين المدين والدائن الأصلي، وإنما يحدث عن طريق الحلول بحيث يحل مدين أجنبي أو دائن أجنبي في الوفاء.

ويشترط في الموفي والموفي له شروط لصحة الوفاء حيث ينبغي أن يكونا أهلاً للتصرف القانوني، حيث يترتب على الوفاء انقضاء الدين، وأن يكون الموفي مالكا للشيء الموفي به إذا كان الوفاء وارداً على نقل ملكية شيء، وأن يكونا ذوي صفة.

### ثانياً- أطراف زمان ومكان الوفاء:

**1) بالنسبة للموفي:** قد يكون الوفاء من المدين حيث يتم الوفاء كأصل عام من المدين، أو من نائبه سواء كانت نيابة قانونية أو اتفاقية، ولكن قد يحل شخص آخر محل المدين في الوفاء، وقد يكون الوفاء من غير المدين من شخص له مصلحة في الوفاء كالمدين المتضامن، وكفيل المدين، سواء كانت الكفالة عينية أو شخصية والحائز لعقار مرهون، كما يتم الوفاء من طرف شخص لا مصلحة فيه كمن يقوم يتبرع للمدين، أو فضالة، وليس للدائن رفض الوفاء من غير المدين.

**2) بالنسبة للموفي له:** قد يكون الوفاء أو لنائبه سواء كانت نيابة قانونية أو اتفاقية، وقد يكون الوفاء لغير الدائن، متى أقرّ الدائن هذا الوفاء، ويكون الوفاء صحيحاً في حالة عدم الإقرار، بشرط أن يعود ذلك بالمنفعة على الدائن وفي حدود تلك المنفعة كالوفاء لدائن الدائن.<sup>1</sup>

**3) زمان ومكان الوفاء:** الأصل أن يتم الوفاء في الأجل المحدد له إلا إذا كان مضافاً لأجل، وأعطى المشرع للقاضي السلطة التقديرية في منح المدين أجلاً للوفاء في ما يسمى بنظرية الميسرة، كما أن الوفاء يتم وفقاً لقاعدة الدين مطلوب ولي محمول، فيكون الوفاء في موطن المدين.

### الفرع الثاني: آثار الوفاء

يترتب على الوفاء انقضاء الديون الواقعة على المدين بأوصافها، وهناك حالات تطرح إشكالات:

**أولاً- حالة تعدد الديون:** إذا تعددت الديون الواقعة على الدائن اتجاه المدين، وكانت مستحقة ومن طبيعة واحدة كمبالغ نقدية، وكان ما وفي به المدين لا يستوفي الديون كلها، في هذه الحالة

<sup>1</sup> عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص.ص. 83-85.

منح المشرع الحق للمدين في تعيين جهة الدفع، أي الديون تنقضي أو لا تنقضي، حيث سيراعي في ذلك مصلحته منها التي تكلفه كدين مضمون برهن، ومصلحة الدائن في عدم تجزئة وفاءه بالدين، فإذا لم يتم المدين بالتعيين يتولى المشرع تعيين جهة الدفع، حسب الترتيب التالي: الدين الحال، فإذا كانت كلها حالة الدين الأشد كلفة على المدين حسب ما يقرره القضاء، كدين ينتج فوائد، ودين ثابت في سند تنفيذي...<sup>1</sup>

**ثانيا- الوفاء مع الحلول:** إن الوفاء من غير المدين يؤدي إلى انقضاء الدين بالنسبة للدائن، ويحل الموفي محل الدائن في مواجهة المدين، فهو ما يسمى بالحلول الذي قد يقرر قانون أو اتفاقا، وإلا فإنه يكون للموفي الرجوع على المدين بدعوى شخصية إذا لم يكن متبرعا في الوفاء، على أساس الفضالة، أو الإثراء بلا سبب، أما إذا نص القانون أو الاتفاق على الحلول فيتم رجوع الموفي على المدين بدعوى الحلول وفق ما يلي:

- **الحلول القانوني:** ويكون في حالة نص القانون على ذلك صراحة، أو أن يكون الموفي ملتزما بالدين مع المدين كالمدين في دين غير قابل للانقسام، أو ملتزما بالوفاء محل المدين كالكفيل...
- **الحلول الاتفاقي:** يحصل باتفاق بين الدائن والموفي ولو دون رضا المدين، أو باتفاق المدين مع الموفي ومثاله أن يقترض المدين مبلغا ماليا لتسديد الدين ويذكر ذلك في عقد القرض، فيحل بذلك المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه من القرض.

### **المطلب الثاني: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء**

إذا توفر سبب يؤدي إلى انقضاء الالتزام عن طريق استبداله أو إحلال طريقة أخرى تعادل التنفيذ العيني والمتمثلة في الوفاء بمقابل، التجديد، الإنابة، المقاصة واتحاد الذمة.

### **الفرع الأول: الوفاء بمقابل (المواد 285-286 قانون مدني جزائري)**

هو الاتفاق بين الدائن والمدين بمقتضاه يحصل رضا الدائن بالوفاء بشيء غير الشيء المستحق أصلا. وللوفاء بمقابل ركنان، يتمثل الركن الأول في الاتفاق على مقابل للوفاء بأن يوفي المدين بشيء آخر غير محل الأصلي، كأن يكون المحل الأصلي سيارة ويتم الوفاء بالنقود، ويشترط فيه

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص. 86.

شروط التصرف القانوني الصحيح، أما الركن الثاني أن يتم الاتفاق على استبدال الشيء في وقت الوفاء ذاته أي أن تنتقل الملكية فعلا فور الاتفاق، فهنا الاتفاق لا ينشأ التزام جديد -حتى لا نكون بصدد تجديد الالتزام- بل ينقضي الالتزام بموجبه، ويخضع الوفاء بمقابل من حيث آثاره إلى أحكام الوفاء ولأحكام عقد البيع لأنه يتعلق بانتقال ملكية شيء محدد.

### الفرع الثاني: (التجديد 287 إلى 293 قانون مدني جزائري)

**أولاً: مفهومه وشروطه:** يقصد بالتجديد اتفاق طرفي الالتزام الدائن والمدين على استبدال الدين القديم بدين جديد ويتناول التجديد أحد عناصر الدين كتغيير محله أو أطرافه ومثاله أن يتفق الدائن والمدين على إنهاء التزام موضوعه دفع مبلغ من النقود على أن ينشأ التزام جديد موضوعه تسليم كمية من الحبوب على أن يتم الوفاء بها في وقت لاحق.<sup>1</sup>

وتتمثل شروط التجديد في ما يلي:

**أ\* الاتفاق على تجديد التزام قديم بالتزام آخر جديد:** لا يتم التجديد إلا بالاتفاق بين الدائن والمدين ويجب توافر أهلية التصرف في كلا المتعاقدين، وموضوع الاتفاق هو إحلال أو استبدال الالتزام القديم بالتزام جديد، فيجب أن يكون الالتزام القديم المراد استبداله صحيحاً غير باطل، وأن يكون قائماً، وأن يكون الالتزام الجديد متراحياً في التنفيذ فإن نفذ فوراً كُنّا بصدد الوفاء بمقابل.<sup>2</sup>

**ب\* التغيير في أحد عناصر الالتزام:** يفترض التجديد اختلاف الالتزام الجديد عن القديم في أحد عناصره الأساسية، وقد يتم تغيير أطراف الالتزام أو محله أو سببه.

● **تغيير الدائن:** يتم تغيير الدائن باتفاق بين الدائن القديم والجديد والمدين، يصبح بمقتضاه الدائن الجديد صاحب الحق في استيفاء الدين، فينشأ التزام جديد وينقضي الالتزام الأصلي.

● **تغيير المدين:** ينشأ باتفاق بين الدائن والمدين الجديد دون حاجة لرضاء المدين الأصلي، وتبرأ ذمة المدين الأصلي، وقد ينشأ بموجب اتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد ليصبح هذا الأخير ملتزماً بالمدين اتجاه الدائن، ويشترط رضا الدائن بهذا الإحلال.

عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص. 814، وتوفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص. 572، وعبد الرزاق دربال، مرجع

<sup>1</sup> سابق، ص. 91.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص. 574 و575.

● **تغيير الدين:** يجب أن يتم التغيير في أحد العناصر الأساسية الجوهرية للالتزام، كالمحل كأن يتم الاتفاق على الأداء بشيء محدد بدلا عن مبلغ من النقود أو العكس، أو سببه كأن يتغير التزام المشتري من التزام بالوفاء بالثمن في عقد البيع إلى الالتزام بردّ قرض، فإذا ورد التغيير على عنصر غير أساسي مع بقاء العناصر الأخرى كتغيير موعد الوفاء إلى موعد لاحق فلا يعتبر تجديدا وإنما هو تأجيل للوفاء فقط، وكذا إضافة تأمين للالتزام.<sup>1</sup>

**ج\* نية التجديد:** يجب الاتفاق على أن الغرض من إحلال التزام محل التزام آخر هو انقضاء الالتزام الأصلي ونشأة التزام آخر محله، ويتم ذلك صراحة أو ضمنا من خلال ملابسات الاتفاق، أي انصراف نية المتعاقدين إلى التجديد.<sup>2</sup>

**ثانيا- آثاره:** يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بكل أوصافه وضماناته، ونشأة التزام جديد محله ومستقل تماما عنه بأوصاف جديدة يكون مصدره عقد التجديد، إلا أنه يجوز الاتفاق على انتقال أوصاف الالتزام الأصلي كالتأمينات إلى الالتزام الجديد.

### الفرع الثالث: الإنابة أو التفويض (المواد من 294 إلى 296 قانون مدني جزائري)

**أولا- مفهومه وشروطه:** هي اتفاق بين الدائن والمدين على أن يتم الوفاء من طرف أجنبي مكان المدين الأصلي، وفيه يكون المدين منيبا أو مفوضا، ويكون الشخص الذي يوفي منابا أو مفوضا إليه، ويكون الدائن منابا لديه أو مفوضا لديه، فتبرأ ذمة المدين الأصلي تماما ويصبح الأجنبي هو المسئول عن الوفاء كنا بصدد الإنابة الكاملة مثاله أن يتبرع شخص بمبلغ معين دون أن يكون متوفرا لديه فينصب شخص آخر في دفعه للمتبرع له على أن يكون قرضا على عاتق المتبرع، أما إذا أضيف المدين الجديد إلى الأصلي في تحمل الدين كنا بصدد الإنابة الناقصة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص. 574، وعبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص. 92، 93.

<sup>2</sup> وهو الحكم ذاته في القانونية المصري واللبناني، المادة 354 فقرة 1 من القانون المدني المصري، والمادة 320 من قانون الموجبات اللبناني.

<sup>3</sup> يطلق عليها الإنابة في القانون المدني الجزائري والمصري، والتفويض في القانون المدني اللبناني، يرجع إلى توفيق حسن فرج، مرجع سابق ص.

579، 580، وعبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص. 96 .

وتتمثل شروط النيابة في اتفاق الأطراف الثلاث عليها ووجود دين صحيح بين المنيب المدين الأصلي والمناب لديه الدائن، وأن تكون هناك نية للإنبابة لدى الدائن بإبراء ذمة المدين الأصلي، ويحل محله المدين الجديد المناب.

**ثانيا: آثاها:** تختلف آثار الإنابة بحسب ما إذا كانت كاملة أو ناقصة:

**أ\* حالة الإنابة الكاملة:** بالنسبة لعلاقة المدين الأصلي بالدائن فيترتب عليها انقضاء الدين، فهذا النوع من الإنابة يتضمن تجديدا للدين يتغير المدين، وفي نفس الوقت يتضمن تجديدا للدائن، والحال كذلك إذا اتفق المدين البائع مع مدينه المشتري على دفع المشتري الثمن لمدين البائع، وتكون باطلة في حالة ما إذا كان المدين الجديد معسرا وقت الإنابة، ومن جهة أخرى بالنسبة لعلاقة المدين الأصلي بالجديد، ففي حالة وفاء هذا الأخير بطريق الإنابة كان له الرجوع على الدائن على أساس دعوى الفضالة أو الإثراء بلا سبب، في حالة عدم وجود دين سابق بينهما، وبالنسبة لعلاقة المدين الجديد بالدائن، حيث تؤدي الإنابة إلى انقضاء دين المدين الأصلي، ينشأ بمقتضاها دين المدين الجديد.

**ب\* حالة الإنابة القاصرة:** تبقى على المدين الأصلي وتضيف إليه مدين جديد، ولا ينقضي الدين الأصلي، فتعتبر الإنابة بذلك تأمين شخصي للدائن، ويكون للدائن مدينان يمكنه الرجوع إلى أي منهما أولا، فمتى وفي أي من المدينين انقضى الدين الأصلي والجديد فإذا وفي المدين الجديد يمكنه الرجوع على المدين الأصلي على أساس الإثراء بلا سبب أو الفضالة... إذا لم يكن بينهما دين سابق أو كان متبرعا، وإلا في فيمكن إجراء المقاصة بين الدينين، دين المدين الأصلي والمدين الجديد.<sup>1</sup>

**الفرع الرابع: المقاصة(المواد من 297 إلى 303 قانون مدني جزائري)**

**أولا- مفهومها :** هي وسيلة سلبية في تسوية الديون المتقابلة بين ذمتين كل منهما دائنة للأخرى، ومدينة لها معا وذلك بمقدار أقل، حيث يكون المدين دائنا لدائنه، فيستوفي ماله عند مدينه بما عند

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص. 581 وعبد الرزاق دربال، ص. 99، 98.



مدينه اتجاهه، وتمثل وظيفة المقاصة بأنها ضمان لانقضاء الديون حيث تمكن الدائن العادي من الاستئثار بالدين الذي في ذمته لطرف آخر دون غيره من دائني هذا الأخير واقتصاد نفقات الوفاء.<sup>1</sup>

ثانيا: أنواعها: المقاصة ثلاثة أنواع قانونية واتفاقية وقضائية.

أ\* المقاصة القانونية: نهي نوع من الوفاء يقع بقوة القانون أي هي نوع من الوفاء الجبري، وترتب آثارها بمجرد التمسك بها من طرف أحد المدينين، وتستوجب الشروط التالية:

- تقابل الدينين: أي أن يكون الدينين بين نفس الشخصين، فيكون كل من طرفي المقاصة دائما ومدينا بصفتهما الشخصية
- تماثل الدينين: حتى تقع المقاصة يجب أن تكون محال الدينين متماثلة من حيث النوع والجنس والجودة، كالنقود أو أشياء مثلية من نوع واحد وجنس واحد وجودة واحدة، كقمح.
- خلو الدينين من النزاع: فلا تتم المقاصة إذا كان أحد الدينين متنازعا فيه نزاعا جديا أي أمام القضاء، فيجب أن يكون الدين ثابتا في ذمة المدين محدد المقدار، فلا يجوز إجراء المقاصة إذا كان أحد الدينين تعويضا عن فعل ضار لم يتم تحديده بعد، أو توقف تحديده على إجراء خبرة.
- أن يكون الدينين مستحقي الوفاء: لا يجوز أن تقع المقاصة بين دينين أحدهما حال وآخر مؤجل أي غير مستحق الأداء، سواء كان الأجل قانوني أو اتفاقي، أما الأجل القضائي فلا يمنع من إجراء المقاصة.<sup>2</sup>

وتتمثل آثار المقاصة القانونية في انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، وتنقضي مع الدينين توابعهما أو ضماناتهما من رهن وكفالة... ورغم أنها تترتب بقوة القانون إلا أنه ينبغي تمسك من له مصلحة بالمقاصة القانونية.

<sup>1</sup> ومثاله، أن يكون علي دائنا لأحمد بمبلغ 800 د.ج. ثم يصبح أحمد دائنا لعلي بمبلغ 400 د.ج. فتقع المقاصة بين الدينين، وينقضي بقدر الأقل منهما، ويبقى دين واحد فقط على أحمد لصالح علي بمبلغ 400 د.ج.، يرجع عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 54، وعبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص. 100.

<sup>2</sup> عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 59-61 وعبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص. 101، 102.

ب\* **المقاصة القضائية:** في حالة عدم توفر شرط من شروط المقاصة القانونية وهو الخلو من النزاع، حيث يمكن استكمال هذا الشرط عن طريق القضاء على خلاف باقي الشروط التي يجب توفرها، مثال رفع مؤجر دعوى ضد مستأجر للمطالبة بأداء أقساط الإيجار، فيرد المستأجر طلب المؤجر مدعيا بأحقية في تعويض يقع على المؤجر كونه تعرض للسب من طرف المؤجر أو أحد تابعيه، وللقاضي أن يستجيب إلى المقاصة أو لا يستجيب بالنظر إلى اقتناعه من عدمه، فإذا قضى بالمقاصة انقضى الدينان بقدر الأقل من الدينين.<sup>1</sup>

ج\* **المقاصة الاتفاقية أو الاختيارية:** في حالة عدم توفر أحد أو أكثر من الشروط اللازم توفرها في المقاصة كشرط التماثل في الديون أو الاستحقاق...، قد يتفق الطرفان على إيقاع المقاصة، ويسري أثرها من تاريخ الاتفاق بنفس آثار المقاصة القانونية فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما بتوابعهما.<sup>2</sup>

#### الفرع الخامس: اتحاد الذمة (المادة 304 قانون مدني جزائري)

يقصد به اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لدين واحد، مما يؤدي إلى انقضاء الدين بالقدر الذي تتحد فيه الذمتان، وغالبا ما يتحقق ذلك بسبب الميراث بأن يتوفى الدائن المورث فيرثه المدين وبهذا تجتمع في شخص الأخير صفتي الدائن والمدين، فإذا كان الوارث مدينا ومات دائنه، تصبح التركة دائنة للمدين الوارث، فيرث الدين الذي للتركة بذمته وحده إذا كان وارثا وحيدا ويصبح دائنا لنفسه، فتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين، كما قد يكون وارثا مع آخر فيرث نصيبه من الدين بقدر حصته في التركة ويبقى مدينا للوارث الآخر، وينقضي النصيب الباقي من الدين باتحاد الذمة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أنور سلطان، أحكام الالتزام، النظرية العامة للالتزام دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني، 1974، وعبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 62.

<sup>2</sup> عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص. 105، وعبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 62.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص. 106.

## المطلب الثالث: انقضاء الالتزام دون وفاء

قد لا يستوفي الدائن حقه إما بناء على اختياره عن طريق الإبراء أو لاستحالة تنفيذ الالتزام، أو أن القانون حال دون ذلك بسبب التقادم المسقط.

### الفرع الأول: الإبراء

● **مفهومه وشروطه وآثاره:** الإبراء تصرف قانوني يتنازل بموجبه الدائن باختياره، وبلا مقابل عمّا له من حق في مواجهة المدين، فلا يحتاج إلى قبول المدين، وتمثل خصائصه في أنه هو تصرف بالإرادة المنفردة وهو الحكم في القانون الجزائري والمصري والأردني وهو مستمد من الفقه الإسلامي فلا يشترط قبول المدين للإبراء وإنما يجوز أن يرده، ويعتبر الإبراء أيضاً تصرفاً تبرعياً من الدائن فهو تنازل عن الدين دون مقابل، فيشترط فيه أهلية التبرع، ولا يشترط أن يتخذ شكل خاص كما قد يكون صريحاً أو ضمناً.

وتتمثل آثار الإبراء في انقضاء الالتزام بكل توابعه من تأمينات ومتى تعد الدائنون فإن إبراء أحدهم يسقط عنهم حصته من الدين، ويكون لدائني الدائن الطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية لأنه تبرع يفقر الضمان العام.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: استحالة التنفيذ (المادة 307 قانون مدني جزائري)

● **مفهومه وشروطه وآثاره:** يعتبر استحالة التنفيذ سبباً من أسباب انقضاء الالتزام ويشترط لذلك أن ينشأ الالتزام صحيحاً ثم يطرأ عليه طارئ يجعل تنفيذه مستحيلاً بصفة مطلقة، والاستحالة هنا تكون لا بخطأ المدين وإنما ترجع إلى سبب أجنبي، سواء استحالة قانونية كترع ملكية عين بعد بيعها فلا يمكن إجراء التسليم بعد صدور قرار نزع الملكية، كما قد تكون استحالة طبيعية كهلاك العين قبل تسليمها بغير خطأ المدين، أو أن يكون محل الالتزام حيوان مثلاً ثم يموت الحيوان لمرض أصابه فجأة، وتكون الاستحالة خارج نطاق المدين، أي بسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ الغير أو الدائن.

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص. 583، و584، عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 228-231، عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص. 107 و108، وفي القانون الفرنسي يعتبر الإبراء اتفاقاً أو عقد حيث يتطلب قبول من طرف المدين.

ويترتب على استحالة التنفيذ انقضاء التزام المدين، وينقضي بالمقابل الالتزام المقابل له، ويعفى المدين من أية مسؤولية أي تعويض، ويتحمل المدين تبعه الاستحالة في العقود الملزمة لجانبين كعقد البيع بحيث يتحلل الدائن من أي التزام كدفع الثمن، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فتقع على الدائن.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: التقادم المسقط (المواد من 308 إلى 322 قانون مدني جزائري)

أولاً- مفهوم التقادم المسقط وأنواعه: التقادم هو مرور مدة زمنية على استحقاق الدين دون المطالبة به، أو هو سقوط الالتزام عند مطالبة الدائن بتنفيذه إذا اثبت المدين انقضاء مدة معينة دون المطالبة به، وأساس التقادم هو دعم استقرار التعامل حتى لا يتماطل الناس عن المطالبة بحقوقهم إلى ما لا نهاية، ويقوم أيضا على قرينة الوفاء فالأصل أن الدائن يطالب بحقه فور استحقاقه وأن عدم مطالبة الدائن بحقه مدة طويلة يرجح نزوله عن التمسك به، وإبراء المدين من التزامه.<sup>2</sup>

والتقادم نوعين التقادم المسقط للحقوق، والتقادم المكسب ويتمثل الفرق بينهما في:

- يتعلق التقادم المسقط بالحقوق العينية والشخصية وهو لا يقترن بالحيازة حيث تسقط الدعوى التي تحمي الحق، أما التقادم المكسب فلا يكسب إلا الحقوق العينية وأساسه الحيازة لمدة معينة، لأن الحائز يكسب ما حازه من حقوق عينية.
- يعتد في التقادم المكسب بحسن أو سوء نية من يتمسك ويؤثر ذلك على مدد التقادم، وليس للنية أثر على التقادم المسقط.
- لا يتمسك بالتقادم المسقط إلا عن طريق الدفع، أما التقادم المكسب فيمكن التمسك به عن طريق الدعوى أو الدفع.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج، مرجع سابق، 585-587، وعبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 232-234، وعبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص. 109.

<sup>2</sup> عبد الرزاق دربال، ص. 110، وتوفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص. 588.

<sup>3</sup> عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص. 236، وعبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص. 111.

## ثانياً- مدد التقادم وكيفية احتسابها:

أ\* **مدد التقادم:** القاعدة العامة في التقادم هي **التقادم الطويل أو العام**، فالأصل أن تتقادم الحقوق العينية والشخصية بمرور 15 سنة في القانون الجزائري،<sup>1</sup> ما لم ينص القانون على عدم سقوط بعض الحقوق كحق الملكية و الأموال العامة للدولة، والمسائل المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص، وقد ينص المشرع على مدة أطول للتقادم كحقوق الإرث التي تقدر ب33 سنة، وخارج هذا الإطار، وهذه القاعدة تطبق في جميع الحالات التي لم يرد فيها تقادم خاص، وخارج هذا الإطار نص المشرع على مدد أخرى **للتقادم القصير** بالمقارنة مع الأصل العام وتمثل في:

● **التقادم الخمسي:** وتقدر مدتها بخمس سنوات، واسري هذه المدة على الحقوق المتميزة بالدورية والتجدد، ويقصد بالدورية المستحقة في مواعيد متتالية بان تدفع كل سنة أو كل شهر أو أسبوع وقد يكون مصدرها الاتفاق كأقساط الغيجار أو القانون كالأجور والمعاشات، ويقصد بالتجدد الاستمرار في وجودها دون انقطاع ودون أن يمس بأصل الحق، وهي محددة على سبيل المثال في القانون، والسبب الذي أدى إلى إخضاعها إلى تقادم قصير هو أن تراكمها فوق 5 سنوات سيرهق المدين الذي يدفعها عادة دورياً مما يتقاضاه.

● **التقادم بأربع سنوات:** تتعلق الحقوق التي تتقادم بأربع سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة، وعلى رد ما دفع بصفة غير مستحقة للدولة من ضرائب ورسوم، ويبدأ سريانها من نهاية السنة التي استحققت عنها الضريبة أو الرسم، أو من تاريخ دفعها.

● **التقادم الشئائي:** يتم بمرور سنتين ويتعلق بطائفة من المهن الحرة، وهي حقوق الأطباء عن أتعاب العلاج، والصيدالة عن الأدوية، والمحامون عن المرافعة، والمهندسون عن التصاميم التي ينجزونها، والخبراء عن الخبرة والأساتذة والمعلمون عن خدمة التعليم الخصوصية...، ويتم حساب السنتين من تاريخ إنهاء العمل الموكل، وسبب التقادم القصير هو أنهم يستوفون حقوقهم عادة فور إنهاء عملهم.

وتقدر مدة التقادم الطويل ب 15 سنة كذلك في القانون المدني المصري والأردني، و10 سنوات في قانون الموجبات اللبناني، توفيق حسن فرج،<sup>1</sup> مرجع سابق، ص. 589، وعبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص. 112.

● **التقادم الحولي أو بسنة واحدة:** ويتعلق بحقوق التجار والصناع، عن الأشياء التي يوردونها لعملائهم من أجل استهلاكها، وأجور العمال الأجراء والخدم، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم، اتجاه الزبائن، وأساس التقادم القصير هو قرينة الوفاء حيث يفترض أن هؤلاء يكونوا قد استوفوا حقهم بمرور هذه المدة حيث تمثل أساس رزقهم، ويشترط عدم تحرير سند للدين، فإذا حرّر انقلب إلى تقادم طويل أي 15 سنة.<sup>1</sup>

**ب\* حساب مدة التقادم:** يبدأ سريان مدة التقادم من يوم استحقاق الالتزام أو الدين، حيث لا تحسب مدة تقادم الدين المضاف إلى أجل إلا من تاريخ حلول الأجل، والدين المعلق على شرط إلا من تاريخ تحقق الشرط، ويمكن مخالفة هذه القاعدة حيث يسبق حساب التقادم تاريخ الاستحقاق أو يتأخر عنه، ومثال على ذلك بداية حساب التقادم لرفع دعوى الإبطال من تاريخ اكتشاف الغلط أو التدليس أو ارتفاع الإكراه، فهنا يتأخر بدء سريان التقادم على تاريخ الاستحقاق، كما يحسب التقادم بالتقويم الميلادي ولا يدخل أول وآخر يوم، وتدخل في حسابه أيام الأعياد ويسري التقادم ضد الدائن وخلفه العام والخاص.<sup>2</sup>

### ثالثاً- وقف وقطع التقادم

**أ\* وقف التقادم:** يتوقف سريان التقادم في حالة وجود مانع قانوني يحول دون مطالبة الدائن به، ويتعلق الوقف بأسباب تتعلق بالدائن أو ظروف قاهرة، وتتمل الأسباب المتعلقة بالمدين في فقدان الأهلية أو الغياب أو الحكم بعقوبة جنائية، فيستمر الوقف مدة عدم أهليتهم أو غيبتهم، وذلك إذا زادت مدة تقادم حقوقهم على 15 سنة، وقد ترتبط أسباب الوقف بظروف مادية كالحرب أو معنوية كعلاقة الزوج بزوجته، التي قد تحول بين المطالبة بحقه، ويستمر الوقف إلى غاية زوال

---

217 يرجع إلى المادة 313 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري ويلاحظ تماثل المشرع الجزائري والمصري بدرجة كبيرة بشأن هذه المدد، على خلاف المشرع الأردني، توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص. 589 إلى 594، و عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، 114، 115.

218 حيث يكتمل التقادم لو تصادف انتهاء مدته مع يوم عيد، ولومضت مدة 10 سنوات تقادم على حق الدائن لا تبقى لخلفه العام في حالة وفاته إلا 05 سنوات النسبة للحق الذي آل إليهم.

المانع سواء كان ماديا أو أدبيا، ثم يستأنف حساب مدة التقادم، وتأخذ بعين الاعتبار المدة السابقة على الوقف.<sup>1</sup>

**ب\* قطع أو انقطاع التقادم:** يقصد به عدم الاعتداد بالمدة الماضية للتقادم وليس فقط إلى وقفها، وينقطع حساب مدة التقادم إما بسبب الدائن أو بسبب المدين، وتمثل الأسباب المرتبطة بالدائن أساسا في المطالبة القضائية التي يباشرها الدائن اتجاه المدين، متى توافرت شروط الدعوى وذلك من تاريخ تحريك الدعوى أمام القضاء، وذلك حتى لو كانت المحكمة غير مختصة، فإذا حكم بعدم قبول الدعوى مثلا أو تم ترك الخصومة... فلا يعتبر ذلك قطع للتقادم. ويقطع أيضا التنبيه بالوفاء والحجز الذي يباشره الدائن على أموال مدينه سواء كان حجزا تحفظيا أو تنفيذيا، كما ترتبط أسباب قطع التقادم بالمدين وأهمها إقرار المدين بحق الدائن صراحة صدر في كل خاص أولا مادام أنه يفيد الاعتراف بالمدين، وقد يكون الإقرار ضمنيا، ويستفاد من أي عمل يفيد الإقرار كطلب المدين من دائنه أجلا للوفاء أو تمسكه بمقاصة، أو وفائه الجزئي للمدين... ويؤدي قطع التقادم اعتبار المدة السابقة على قطعه لاغية كأن لم تكن، ويسري تقادم جديد.<sup>2</sup>

**رابعا- آثار التقادم:** يترتب على مرور المدة القانونية للتقادم انقضاء الالتزام، فلا يمكن إجبار المدين على التنفيذ سوء التنفيذ العيني أو بمقابل، إنما لا يتم الانقضاء بقوة القانون بصورة تلقائية ولكن يجب على ذي المصلحة التمسك به غالبا في شكل دفع موضوعي وأساسا يتمسك به المدين، أو خلفه العام أو الخاص ودائنه بالدعوى غير المباشرة، فإذا مرت مدة التقادم ورفع الدائن دعوى لمطالبة المدين بتنفيذ التزامه، ولم يتمسك المدين بهذا الانقضاء لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.<sup>3</sup>

## خاتمة

انتهينا بحمد الله وشكره من خلال إعداد هذه المحاضرات والتي أردناها أن تكون مرجعا للأعضاء في إطار تكوينهم في طور اليسانس، وقد حاولنا من خلالها إبراز ملامح النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري بأسلوب سلس مبسط يلاءم المستوى المتواضع للطلبة في تكوين التدرج، مستعينين بالأسس الثلاث لتلقين المادة القانونية وهي الفقه باعتبارها مقياس نظري بامتياز، والتشريع فركزنا على المبادئ الأساسية لنظرية الالتزامات في المحورين مصادر الالتزام وأحكام الالتزام والتعديلات التي طرأت عليه بخصوص مصادر وأحكام الالتزام خصوصا تعديل 10/05، سواء في المحور الأول أو الثاني، وربطنا هذه المبادئ بتطبيقها من خلال استعراض بعض الأحكام والقرارات القضائية خصوصا اجتهادات المحكمة العليا الجزائرية.

وحاولنا أن نلقي الضوء على القوانين المقارنة خصوصا القانون الفرنسي الذي يعتبر مصدرا مباشرا للقانون المدني الجزائري، و أبرزنا التعديلات التي طرأت عليه وخصوصا تعديل 2016 الذي يعتبر منعرجا هاما بخصوص أحكام نظرية الالتزامات.

كما بينا تأثر نظرية الالتزامات في القانون الجزائري بعدة شرائح تحت تأثير عوامل سياسية واجتماعية ودينية... كما هو الحال في استمداد الكثير من الأحكام من الشريعة الإسلامية الغراء، والمتعلقة مثلا ببعض أحكام العقود، وتنفيذ التصرفات والتقادم... وهو ما يعكس محاولة المشرع مساندة خصوصية مجتمعنا وأوضاعنا، وأهمية التفرد في مجال الصناعة القانونية.

وفي الأخير نأمل أن يجد الطلبة في هذه المحاضرات ملاذهم ووسيلة لإنارة درهم ومساعدتهم في فهم المقياس والنجاح في مشوارهم الدراسي، وسنعمل لاحقا بحول الله على إثرائها ووفقنا الله تعالى لما يحبه ويرضاه.

الأستاذة راشدي حدهوم دليلة



## قائمة المصادر المراجع

### أولاً: النصوص القانونية

1) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 لسنة 1975، المعدل والمتمم بأهم تعديلاته المعتمد عليها: القانون رقم 10/05 مؤرخ 20 يونيو 2005، جريدة رسمية العدد 44 لسنة 2005، وبالقانون 05/07 مؤرخ في 13 ماي 2007، جريدة رسمية عدد 31 لسنة 2007.

2) القانون 09/08 مؤرخ في 23 فبراير 2009 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

3) القانون 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، جريدة رسمية العدد 14 لسنة 2006، ألغى القانون 27/88 مؤرخ في 12 يوليو 1988، جريدة رسمية عدد 28 لسنة 1988، المتضمن تنظيم التوثيق.

4) القانون 03/09 مؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15 لسنة 2009.

5) القانون رقم 04/15 مؤرخ في 01 فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، جريدة رسمية العدد 06 لسنة 2015.

6) القانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 مؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15 لسنة 2005.

### ثانياً: الكتب

1) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2004.

- (2) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع- الإثراء بلا سبب والقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2007.
- (3) دريد محمود علي، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول: مصادر الالتزام، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2012.
- (4) عبر القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، الأردن، 1997.
- (5) علي علي سليمان، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة التاسعة، 2015.
- (6) دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004.
- (7) علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2005.
- (8) محمد صبري السعدي، الجزء الأول شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الطبعة الثانية، عين مليلة، الجزائر، 2004.
- (9) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- (10) فاضلي إدريس الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، 2007/2006.
- (11) رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010.
- (12) زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدني للمنتج، دار هومة، الجزائر، 2009.
- (13) أنور سلطان، مصادر الالتزام، بيروت، 1983.
- (14) زهدور محمد المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية، بيروت، 1990.

- 15) لعشب محفوظ، عقود الإذعان في القانون المدني الجزائري، الجزائر، 1990.
- 16) علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الجزائر، 1992.
- 17) سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، الاسكندرية، 1975.
- 18) مناني فراح، العقد الإلكتروني، وسيلة حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2009.
- 19) مقني بن عمار، مهنة التوثيق في القانون الجزائري تنظيم ومهام ومسئوليات، دار الجامعة الجديدة، 2013.
- 20) مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2011.
- 21) سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2008.
- 22) أحمد خليفة شرقاوي، القوة التنفيذية للمحركات الموثقة دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والتوزيع، مصر، 2011.
- 23) طاهري حسين، الوسيط في شرح الإجراءات المدنية، مدعما باجتهاد المحكمة العليا ومرفقا بنماذج قضائية، دار ريجانة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2002.
- 24) العربي بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد، دار حافظ، جدة، 2011.
- 25) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 26) توفيق حسن فرج، مصادر وأحكام الالتزام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2008.

27) سي يوسف كجار زاهية حورية، آثار الالتزام في ضوء القانون المدني الجزائري دراسة تحليلية مدعّمة باجتهادات فقهية وقضائية، الطبعة الأولى، بيت الأفكار، الجزائر، 2021.

### ثالثا: المقالات

- 1) بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجزري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، سبتمبر، 2018.
- 2) محمود سليمان البدر، المسؤولية المدنية للطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، يونيو، 1981.

### رابعا: الرسائل والأطروحات الأكاديمية

- 1) شيخ سناء، الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، 2012.
- 2) مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، فرع المسؤولية المهنية، جامعة تيزي وزو، 2012.

## الفهرس

2	مقدمة.....
4	الفصل التمهيدي: أحكام عامة عن النظرية العامة للالتزام.....
4	المبحث الأول: مفهوم الالتزام.....
4	أولاً: تعريف الالتزام.....
5	ثانياً: خصائص الالتزام.....
6	المبحث الثاني: أنواع الالتزامات أو تقسيمات الالتزام.....
6	أولاً: تقسيم الالتزام من حيث أثره إلى التزام مدني والتزام طبيعي.....
6	ثانياً: تقسيم الالتزام من حيث المحل.....
7	ثالثاً: تقسيم الالتزام من حيث الغاية.....
9	الفصل الأول: مصادر الالتزام.....
9	مقدمة عامة حول التقسيم التقليدي والحديث لمصادر الالتزام.....
10	المبحث الأول: التصرف القانوني بإرادتين (العقد).....
10	المطلب الأول: مفهوم العقد وتقسيماته.....
10	الفرع الأول: تعريف العقد ومجاله.....
10	أولاً: تعريف العقد.....
11	ثانياً: مجال العقد أو منطقة العقد.....
12	ثالثاً: أساس القوة الملزمة للعقد (مبدأ سلطان الإرادة).....
13	الفرع الثاني: تقسيمات العقود.....

- أولاً: من حيث التنظيم القانوني.....13
- ثانياً: من حيث التكيف القانوني إلى عقود بسيطة وعقود مركبة.....14
- ثالثاً: تقسيم العقود من حيث التكوين إلى عقود رضائية وشكلية وعينية.....15
- رابعاً: تقسيم العقود من حيث المضمون أو الأثر.....15
- خامساً: تقسيم العقود من حيث الطبيعة.....17
- المطلب الثاني: أركان العقد أو تكوين العقد.....20
- الفرع الأول: ركن التراضي.....20
- أولاً: وجود التراضي.....20
- ثانياً: صحة التراضي.....34
- الفرع الثاني- ركن المحل.....41
- أولاً: مفهوم محل العقد.....41
- الفرع الثالث: ركن السبب.....43
- أولاً: مفهوم السبب.....43
- الفرع الرابع: ركن الشكل في العقود الشكلية.....45
- أولاً- مفهوم الشكلية والهدف منها.....45
- ثانياً- أنواع الشكلية.....45
- الفرع الخامس: الجزاء المترتب على اختلال أركان العقد أو شروط صحته(البطلان).....46
- أولاً: تعريف البطلان وتمييزه عما يشابهه من مراكز قانونية.....46
- ثانياً: النظرية التقليدية والحديثة في البطلان.....47

- 47..... ثالثا: أنواع البطلان وحالاته.....
- 48..... رابعا: أوجه التمييز بين البطلان والقابلية للإبطال.....
- 49..... خامسا: أثر الإجازة والتقدم في العقد الباطل والعقد القابل للإبطال.....
- 50..... سادسا: آثار البطلان.....
- 53..... المطلب الثالث: آثار العقد أو القوة الملزمة للعقد.....
- 53..... الفرع الأول: القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص.....
- 53..... أولا: الأصل اقتصار الأثر الإلزامي للعقد على المتعاقدين.....
- 55..... ثانيا: آثار العقد بالنسبة إلى الغير.....
- 57..... الفرع الثاني: القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع.....
- 58..... أولا: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والاستثناءات الواردة عليه.....
- 60..... ثالثا: الظروف الاستثنائية أو الظروف الطارئة ومراجعة العقد.....
- 62..... الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالقوة الملزمة للعقد.....
- 62..... أولا: المسؤولية العقدية الجزاء العام عن الإخلال بالقوة الملزمة للعقد.....
- 69..... ثانيا: الفسخ جزاء خاص.....
- 72..... المبحث الثاني: التصرف بالإرادة المنفردة.....
- 73..... المطلب الأول: مفهوم التصرف بالإرادة المنفردة.....
- 73..... الفرع الأول: المفهوم.....
- 73..... الفرع الثاني: المذاهب المختلفة حول الإرادة المنفردة وموقف القانون الجزائري.....
- 74..... المطلب الثاني: الوعد بجائزة كتطبيق للتصرف بالإرادة المنفردة.....

74	الفرع الأول: المفهوم والشروط
74	أولاً: المفهوم
74	ثانياً: الشروط
75	الفرع الثاني: أحكام الوعد بجائزة
76	أولاً: حالة تحديد مدة للوعد
76	ثانياً: حالة عدم تحديد مدة الوعد
77	المبحث الثالث: المسؤولية التقصيرية (الفعل المستحق التعويض)
78	المطلب الأول: المسؤولية عن الفعل الشخصي
78	الفرع الأول: الخطأ
78	أولاً: عناصر الخطأ
80	ثانياً: أهم تطبيقات الخطأ التعسف في استعمال الحق
80	ثانياً: حالات انتفاء الخطأ
81	الفرع الثاني: الضرر
81	أولاً: تعريف الضرر
81	ثانياً: أنواعه
82	ثالثاً: شروط الضرر
83	الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر
83	أولاً: مفهومها
84	ثانياً: أثر السبب الأجنبي القاطع للعلاقة السببية



- 84 ..... ثالثا: حالات خاصة في العلاقة السببية.
- 85 ..... المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير.
- 85 ..... الفرع الأول: مسؤولية متولّي الرقابة.
- 85 ..... أولا: المفهوم.
- 86 ..... ثانيا: شروط مسؤولية متولّي الرقابة.
- 88 ..... ثالثا: الأساس القانوني لمسؤولية متولّي الرقابة.
- 88 ..... رابعا: قيام مسؤولية متولّي الرقابة وكيفية دفعها.
- 89 ..... الفرع الثاني: مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه.
- 89 ..... أولا: المفهوم.
- 89 ..... ثانيا: شروط مسؤولية المتبوع.
- 91 ..... ثالثا: الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع.
- 92 ..... رابعا: قيام مسؤولية المتبوع وكيفية دفعها.
- 92 ..... خامسا: حق رجوع المتبوع على التابع.
- 93 ..... المطلب الثالث: المسؤولية الناجمة عن الأشياء الحية والأشياء غير الحية (الجمادة).
- 93 ..... الفرع الأول : القاعدة العامة في المسؤولية الناجمة عن الأشياء.
- 93 ..... أولا : المسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية (الجمادة).
- 100 ..... ثانيا: المسؤولية عن حراسة -الحيوان-.
- 101 ..... الفرع الثاني: الحالات الاستثنائية في المسؤولية عن حراسة الأشياء.
- 101 ..... أولا: المسؤولية الناشئة عن الحريق أو مسؤولية الحائز عن الأضرار الناشئة عن الحريق.

103.....	ثانيا: المسؤولية عن تهمّ البناء.....
105.....	ثالثا: مسؤولية المنتج عن عيوب منتجاته.....
110.....	المبحث الرابع: الإثراء بلا سبب(الفعل النافع).....
110.....	المطلب الأول: أحكام الإثراء بلا سبب.....
110.....	الفرع الأول: شروط الإثراء بلا سبب.....
110.....	أولا: إثراء المدين.....
111.....	ثانيا: افتقار الدائن.....
111.....	ثالثا: انعدام السبب القانوني.....
111.....	رابعا: شرط حسن النية في القانون المدني الجزائري.....
112.....	أولا: التعويض.....
112.....	ثانيا: دعوى الإثراء بلا سبب.....
113.....	المطلب الثاني: تطبيقات الإثراء بلا سبب.....
113.....	الفرع الأول: الفضالة.....
113.....	الفرع الأول: الفضالة.....
113.....	أولا: مفهوم الفضالة.....
114.....	ثانيا: أركان وشروط الفضالة.....
115.....	ثالثا: أحكام الفضالة.....
118.....	الفرع الثاني: دفع غير المستحق.....
118.....	أولا: شروط دفع غير المستحق.....

119.....	ثانيا: أحكام دفع غير المستحق.....
120.....	المبحث الخامس: القانون.....
121.....	الفصل الثاني: أحكام الالتزامات.....
121.....	المبحث الأول: تنفيذ الالتزام.....
121.....	المطلب الأول: التنفيذ العيني.....
121.....	الفرع الأول: مفهوم التنفيذ العيني وشروطه وأنواعه.....
124.....	الفرع الثاني: وسائل حث المدين على التنفيذ العيني للالتزام.....
128.....	المطلب الثاني: التنفيذ بطريق التعويض.....
131.....	المبحث الثاني: أوصاف الالتزام.....
131.....	المطلب الأول: الشرط والأجل:
131.....	الفرع الأول: الشرط.....
133.....	الفرع الثاني: الأجل.....
134.....	المطلب الثاني: تعدد محال الالتزام.....
135.....	الفرع الأول: الالتزام التخيري:
136.....	الفرع الثاني: الالتزام البدلي:
136.....	المطلب الثالث: الالتزام التضامني أو تعدد أطراف الالتزام.....
137.....	الفرع الأول: التضامن الإيجابي.....
138.....	الفرع الثاني: التضامن السلبي:
140.....	المبحث الثالث: انتقال الالتزام.....

140.....	المطلب الأول: حوالة الحق.
140.....	الفرع الأول: مفهومها وأركانها.
141.....	الفرع الثاني: آثارها.
144.....	المطلب الثاني: حوالة الدين.
144.....	الفرع الأول: مفهومها وصور انعقادها.
144.....	الفرع الثاني: آثارها.
146.....	المبحث الرابع: انقضاء الالتزام.
146.....	المطلب الأول: انقضاء الالتزام عن طريق الوفاء.
146.....	الفرع الأول: مفهوم الوفاء وشروطه وعوارضه.
147.....	الفرع الثاني: آثار الوفاء.
148.....	المطلب الثاني: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.
148.....	الفرع الأول: الوفاء بمقابل.
148.....	الفرع الثاني: التجديد.
150.....	الفرع الثالث: الإنابة أو التفويض.
151.....	الفرع الرابع: المقاصة.
153.....	الفرع الخامس: اتحاد الذمة.
153.....	المطلب الثالث: انقضاء الالتزام دون وفاء.
153.....	الفرع الأول: الإبراء.
154.....	الفرع الثاني: استحالة التنفيذ.

154.....	الفرع الثالث: التقادم المسقط.....
161 .....	خاتمة.....
162 .....	قائمة المصادر المراجع.....
166.....	الفهرس.....