

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الجزائر -1- بن يوسف بن خدة
كلية العلوم الإسلامية
قسم الشريعة و القانون

محاضرات في مقياس نظرية الالتزام

دراسة في ضوء القانون المدني و القضاء الجزائري

محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية لسانس – شعبة الشريعة –

إعداد :

الدكتورة كودري فاطمة الزهرة

أستاذة محاضرة (ب)

السنة الدراسية 2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الَّذِي خَلَقَنِي فَهُوَ يَهْدِينِ

وَالَّذِي هُوَ يُطْعِمُنِي وَيَسْقِينِ

وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ

وَالَّذِي يُمَيِّتُنِي وَيَحْيِينِ

وَالَّذِي أَطْمَعُ أَنْ يَغْفِرَ لِي خَطِيئَتِي يَوْمَ الدِّينِ

رَبِّ هَبْ لِي حُكْمًا وَأَلْحِقْنِي بِالصَّالِحِينَ

الآيات 79 – 83 من سورة الشعراء.

قائمة المختصرات:

ق.م	القانون المدني.
ق.أ	قانون الأسرة.
ق.ت	قانون تجاري.
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
ق.ح.م	قانون حماية المستهلك.
ق.ن.ق	قانون النقد و القرض.
ع.م.م	مجلة المحكمة العليا.
م	المادة .
/	الفقرة من المادة.
ص	صفحة.
ط	طبعة.
أ	الأستاذ.
op cit	مرجع سابق
P	صفحة

تقديم:

هذه المحاضرات ألقيتها على طلبة الشريعة السنة الثانية لسانس وقمت بتنقيحها مرارا ، وحاولت قدر الإمكان اعتماد الأسلوب السهل الممتنع، وذلك بتبسيط المفاهيم مع الدقة في الشرح وترسيخ المبادئ القانونية خاصة ما يتعلق منها بالواقع المعيش ، رغبة مني في تمكين الطالب من التفوق في نظرية لقبها الفقهاء بالعمود الفقري للقانون، حيث لا يخفى على القارئ أن نظرية الالتزام التي تعتمد القانون المدني مرجعا لها، هي التي تساهم في تكوين الملكة الفكرية القانونية ، باعتبارها تنظم العقود التي نبرمها يوميا صراحة أو ضمنا، كشراء المواد الغذائية أو شريحة الهاتف ، كما تنظم المسؤولية التقصيرية بمختلف أنواعها كمسؤولية الأب عن أفعال ابنه القاصر ، ومسؤولية المؤسسة أو البنك عن أخطاء الموظفين ، ومسؤولية المنتج ... كما تنظم هذه النظرية حقل كعامل في التعويض عن الضرر المهني و التعويض عن الطرد التعسفي، وإن كنت دائما لمدين متقاعس يتهرب من تنفيذ التزامه والوفاء لك بحقه فهذه النظرية تعينك في معرفة الضمانات العامة و الخاصة التي بإمكانك الاستفادة منها لضمان الوفاء بحقوقك .

ولأنني تلميذة الأستاذ علي فيلاي اتبعت نصيحته في الاعتماد على المراجع الجزائرية و الاجتهادات القضائية ومحاولة قراءة موقف المشرع الجزائري من النصوص القانونية الجزائرية و القرارات القضائية ، مع إبراز المراجع الجزائرية لأننا المختصون و المطالبون بدراسة القانون الجزائري.

هذا وقد حاولت الاختصار قدر الإمكان لتمكين الطالب من التحكم بالموضوع، دون إهمال أهم العناصر التي ينبغي للطلاب تعلمها خاصة أن هذه المادة لطالما كانت موضوع أسئلة مسابقة الدكتوراه في كليتنا في الثلاث سنوات الأخيرة.

ختاما أسأل الله تعالى أن أكون قد وفقت في هذه الدراسة راجية منه أن تكون لي صدقة جارية .

الدكتورة كودري فاطمة الزهرة

كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر 1

. 2021 /2020

مقدمة :

1- التعريف بالموضوع:

تطرقنا في نظرية الحق إلى تقسيمات الحقوق وأشرنا إلى الحق الشخصي من زاويتين، فقلنا بأن هذا الحق عندما ينظر إليه من جانب الدائن (أي الشق الإيجابي) يسمى حق الدائنية، أما إذا نظرنا إليه من جانب المدين (أي الشق السلبي) يسمى بالالتزام، وعلى هذا الأساس فإن الالتزام هو علاقة قانونية ذات قيمة مالية تربط بين شخصين أحدهما يسمى المدين (وهو الذي يقع عليه عبء الالتزام) والآخر يسمى الدائن (وهو الذي له حق تقاضي شيء معين من المدين).

الالتزام ذو خصائص متعددة كالخاصية الشخصية و الإلزامية للالتزام¹، فهو رابطة قانونية ترتب أثراً قانونياً وليس مجرد التزام طبيعي، وهو رابطة بين شخصين أو عدة أشخاص، مضمونه إعطاء أو فعل أو الامتناع عن فعل².

2- أهمية الموضوع:

ترجع أهمية هذه النظرية لاتساع مجال تطبيقها لأنها تشمل كل جوانب الحياة المالية، حيث تنظم العلاقات العقدية للأشخاص، (المادة 166 من القانون المدني) سواء كانت هذه العقود مدنية (كاهبات والوصايا ومختلف المعاملات المتداولة يوميا كمشراء المواد الغذائية أو الأجهزة الكهرو منزلية)، أو تجارية، بل إن نظرية الالتزام لا تتعلق بالتصرفات القانونية فحسب وإنما كل الأفعال التي من شأنها التأثير على الذمة المالية سواء بقصد أو بغير قصد، مثل قيام الطفل بكسر جهاز كمبيوتر محمول، يحق لصاحب الجهاز الرجوع إلى والده لتعويضه طبقاً للمادة (134 من القانون المدني).

وعلى هذا الأساس فإن نظرية الالتزام تمثل العمود الفقري للقانون المدني³، كما يقال بأن هذه المادة هي المجال الرئيسي للمنطق القانوني، وتعد دراستها خير وسيلة لتكوين الملكة القانونية، فمن لا يعرف الالتزامات لا يعرف القانون.

¹ أنظر أ. شوقي بناسي، مقدمة في الالتزامات، دار الخلدونية، ط 2018 القبة الجزائر ص 64-87.

² Rémy cabrillac. Droit des obligations. 12^e édition. DALLOZ. Paris 2016. P 1-4.

³ أنظر علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة ومعدلة، موضوع للنشر، الجزء 1، 2008، ص 6.

3- تعريف نظرية الالتزام عند الفقه المقارن:

يعتبر الالتزام علاقة قانونية ذات قيمة مالية، تربط بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين، أو هو رابطة قانونية بين طرفين محلها إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عنه¹، غير أن شُرَّاح القانون اختلفوا حول العنصر الأكثر أهمية، فهل العلاقة بين الشخصين هي العنصر الجوهرية في الالتزام أم العنصر المالي؟.

أ- المذهب الشخصي: (المدرسة الفرنسية):

العبرة لدى هذه المدرسة أن الالتزام رابطة شخصية تربط بين الدائن و المدين² وهي رابطة التي تحول الدائن سلطة على المدين، ويترتب على هذا أنه لا وجود للالتزام دون وجود طرفين وقت إنشائه (دائن ومدين)، ولهذا فإن الإرادة المنفردة ليست مصدرا للالتزام، كما لا يجوز الاشتراط لمصلحة الغير³.

ب- المذهب المادي (المدرسة الألمانية):

تنظر هذه المدرسة للالتزام على أنه رابطة مادية بين ذمتين ماليتين⁴، فالأولوية في الالتزام للعنصر المالي، ويترتب على هذه القاعدة عدة نتائج، حيث يعتد بالإدارة المنفردة كمصدر للالتزام ويجوز الاشتراط لمصلحة الغير، كما تجوز حوالة الدين وحوالة الحق⁵.

4- تعريف الالتزام عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

عُرِّفَ الالتزام بأنه " كل تصرف يتضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهاء حق أو إسقاطه سواء أكان هذا من شخص واحد كالوقف والوصية والإبراء...، أو من شخصين كالبيع بالإيجار " أو هو "إيجاب الإنسان على نفسه إما باختياره وإرادته، وإما بإلزام الشرع " ⁶.

نستنتج من هذين التعريفين بأن العبرة في الالتزام بالآثار المترتبة عليه من إنشاء الحقوق وتحمل الواجبات، وهو تصور موضوعي محض.

¹ أنظر العربي بلحاج النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزء الأول التصرف القانوني - العقد و الإرادة المنفردة، ط5 ديوان المطبوعات الجامعية، بن عنون الجزائر ص 18 و 19

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6 بن عنون الجزائر، 2005 ص 9

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص ص 12-13.

⁴ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 9

⁵ علي فيلاي، المرجع السابق، ص ص 13-14.

⁶ تعريف الأستاذين صابفي مبارك وبدران أبو العينين بدران، ذكرهما الأستاذ علي فيلاي في المرجع السابق، ص 18.

5- موقف المشرع الجزائري:

من خلال دراسة بعض نصوص القانون المدني وبالرجوع لآراء بعض شراح هذا القانون يمكن معرفة موقف المشرع الجزائري حيث يرى الأستاذ علي فيلاي بأن القانون المدني لم يحظ باهتمام كبير من قبل السلطة حيث تم تحضيره من قبل لجنة متكونة من قضاة متأثرين بالقانون الفرنسي، غير أن المشرع لم يهمل الحلول ذات الأهمية البالغة المستمدة من النظرية الموضوعية، كما تأثر المشرع بأحكام الشريعة الإسلامية حيث نصت المادة 1 من القانون المدني على اعتبارها مصدرا رسميا احتياطيا بالإضافة إلى المواد 106، 107 / 1، 3، م 119 / 2، 150، م 210 من القانون المدني.

و بالرجوع للمواد 54، 85، 124، نجد المشرع متأثرا بالمذهب الشخصي غير أنه بالرجوع للمادة 116 نجد المشرع أخذ بالاشتراط لمصلحة الغير وفي المادة 123 مكرر أخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام مما يعني تأثره بالمدرسة الموضوعية كذلك، وعليه يمكن القول بأن المشرع تأثر بالمذهب الشخصي عموما دون إهمال إيجابيات النظرية الموضوعية، حيث اعتنق النظرية الشخصية باعتماد حوالة الدين ووعده الجمهور بجائزة و الاشتراط لمصلحة الغير، وأعطى النظرية المادية الموضوعية نصيبا من أحكامه باعتماد معيار الغبن في البيع¹.

6- تقسيمات الالتزام:

تختلف تقسيمات الالتزام بحسب الزاوية التي ينظر إليها، فإذا نظرنا إلى آثاره القانونية نجد الالتزام الطبيعي والالتزام المدني، أما إذا نظرنا إلى محله فنجد من يميز بين الالتزام بمنح، بفعل، والالتزام بعدم فعل شيء ما من جهة وهناك من يميز بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة من جهة أخرى، أما إذا نظرنا للالتزام من حيث مصدره ينقسم الالتزام إلى الالتزامات الإرادية من جهة (أو ذات المصدر الإرادي) وتمثل في العقد والالتزام بإرادة منفردة، والالتزامات غير الإرادية من جهة أخرى.

أ- الالتزام من حيث آثاره القانونية:

*الالتزام المدني:

يتكون هذا الالتزام من عنصرين: عنصر المديونية (الدين) وعنصر المسؤولية أي سلطة إجبار المدني على تنفيذ التزامه، وهكذا فإن الالتزام المدني يستفيد من الحماية القانونية الكاملة.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق (ملخص ص 19 - 40).

***الالتزام الطبيعي:**

هو التزام لا يستفيد من حماية قانونية كاملة لأنه من الحقوق الناقصة إذ لا يمكن إجبار المدين على تنفيذه له ويبقى ذلك راجع لضميره الأخلاقي ولهذا تطبق المعادلة التالية في التمييز بين هذين الالتزامين:
الالتزام الطبيعي = الالتزام المدني – المسؤولية.

الالتزام المدني = الحق + الدعوة الرامية لإلزام المدين على تنفيذ الالتزام.

ب- الالتزام من حيث محله:

هناك تقسيمات للالتزام من حيث محله، أحدهما تقليدي (قانوني) والآخر فهو جديد
***التقسيم التقليدي:**

استنادا للمادة 54¹ من القانون المدني يمكن تقسيم الالتزام إلى ثلاثة أنواع:

• الالتزام بمنح:

هو التزام مأخوذ من كلمة Dare باللاتينية التي تفيد نقل الملكية، والمادة 351² من القانون المدني تعد مثلا على ذلك غير أنها من الناحية العملية تطبق على المنقولات فقط، لأن الموثق هو الذي يلتزم بإتمام إجراءات الشهر العقاري لأن الملكية العقارية لا تنتقل إلا بالشهر في المحافظة العقارية.

• الالتزام بفعل:

يلتزم المدين في هذه الحالة بالقيام بعمل مادي، فكري أو قانوني أو أي نشاط معين لصالح الدائن، وقد ورد بالقانون المدني العقود الواردة على العمل في الباب التاسع من الكتاب (2) وهي: عقد المقاولة، الوكالة، الوديعة، الحراسة.

• الالتزام بعدم فعل شيء ما:

بمقتضى هذا الالتزام يتعهد المدين بعدم الإتيان بفعل معين يُحدد في الاتفاق المبرم مع الدائن كعدم طرد عامل سابق في الشركة، أو عدم فتح المستأجر لنافذة إضافية بالعين المؤجرة،...

***التقسيم الحديث:**

لم يكتف المشرع بالتقسيم التقليدي في المادة 54 ولكن تأثر بالتقسيم الحديث في عدة نصوص.

¹ نصت المادة 54 من م. على أن: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

² نصت المادة 351 ق.م على أن: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي.

• الالتزام بتحقيق نتيجة:

يتعهد المدين بتحقيق غاية محددة ويكون مسؤولاً أمام الدائن بمجرد عدم تحقيق هذه النتيجة فالخطأ مفترض فيه لمجرد أن الغاية المنتظرة لم تتحقق ومثال ذلك المادة 62 من القانون التجاري التي تفرض على " الناقل أن يضمن سلامة المسافر"¹.

• الالتزام ببذل عناية:

يتعهد المدين بموجب هذا الالتزام ببذل جهده للوصول لغرض معين سواء تحقق الهدف أو لم يتحقق، وهو مطالب ببذل جهد مماثل للجهد الذي يبذله الرجل المعتاد، وهي ترجمة خاطئة لعبارة *Le Bon père de la famille* وهذا المعيار أخذ به المشرع في عدة نصوص مثل المواد 172، 495، 592،... إلخ من القانون المدني، ويمكن تطبيقه على التزام الطبيب في العملية الجراحية، لأن الشفاء بيد الله.

ج- تقسيم الالتزام من حيث المصدر:

*المصادر الإرادية:

يطلق على المصادر الإرادية للالتزام: التصرفات القانونية وقد تكون هذه التصرفات من جانب واحد فيكون الالتزام بإرادة منفردة مثل الوصية، وقد يكون التصرف القانوني ناشئاً بعد تطابق لإرادتين (إيجاب + قبول) فيسمى في هذه الحالة (بالعقد) مثل عقد البيع أو الهبة.

*المصادر غير الإرادية:

هي الأقوال والأفعال سواء كانت إرادية أو غير إرادية شرط أن يرتب القانون عليها آثاراً قانونية، وللإشارة فإن مصطلح إرادية أو غير إرادية ينطبق على الفعل.

ويدخل ضمن هذه الطائفة: القانون كمصدر غير إرادي للالتزام، العمل المستحق للتعويض، شبه العقود. و سوف نقسم دراستنا على هذا الأساس (التقسيم الأخير) غير أننا نركز على العقد و الفعل المستحق للتعويض باعتبار أننا درسنا مصادر الحق الشخصي في نظرية الحق و قلنا حينها أننا سنمر مرور الكرام على العقد والمسؤولية و ركزنا على شبه العقود، وعليه يمكن تقسيم الخطة كما هو موضح أدناه للإجابة عن الإشكالية : ماهي الأحكام العامة للالتزام ؟ و ماهو النظام القانوني للعقد و الفعل المستحق للتعويض في القانون الجزائري ؟.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق ص 27.

خطة الدراسة:

فصل تمهيدي: الأحكام العامة للالتزام .

الباب الأول: النظرية العامة للعقد

مع الإشارة إلى أن الالتزام بإرادة منفردة يخضع لأحكام العقد طبقاً للمادة 123 مكرر وسنقسم هذا الفصل إلى:

الفصل الأول: تكوين العقد

الفصل الثاني: آثار العقد

الباب الثاني: الفعل المستحق للتعويض

الفصل الأول: المسؤولية عن الفعل الشخصي

الفصل الثاني: المسؤولية عن فعل الغير

الفصل الثالث: المسؤولية عن الأشياء و الاستثناءات الخاصة بها .

فصل تمهيدي: أحكام مشتركة في نظرية الالتزام

نتناول في هذا الفصل الأحكام العامة في القانون المدني:

أولاً: إثبات الالتزام (المواد 323 – 350 ق.م.).

ثانياً: آثار الالتزام (160 – 202).

ثالثاً: الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام (203 – 238).

رابعاً: انتقال الالتزام (239 – 257).

خامساً: انقضاء الالتزام (258 – 322).

أولاً: إثبات وجود الالتزام:

تناول المشرع الجزائري إثبات الالتزام في الباب السادس (06) من الكتاب الثاني من القانون المدني، وقسم هذا الباب إلى خمسة فصول وقد تناولت هذه الأخيرة – على التوالي – الإثبات بالكتابة، الإثبات بالشهود، القرائن، الإقرار، اليمين، والقاعدة في الإثبات أن: "الدائن هو الذي يقع عليه عدم إثبات الالتزام أما المدين فيثبت التخلص منه (وفقاً للمادة 323 من القانون المدني)¹ .

أ – الإثبات بالكتابة:

يقصد بالكتابة تسلسل الحروف أو الأرقام أو الرموز أو أية علامات ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها أو طرق إرسالها، سواء كانت تقليدية أو إلكترونية.² والكتابة بهذا المفهوم قد تكون رسمية أو عرفية، وقد تشترط للإثبات فقط وقد تكون ركناً للانعقاد.

1- المحرر الرسمي:

عرفته المادة 324 "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه " تجدر الإشارة أن: ما تم لديه: لا يطعن فيه إلا بالتزوير طبقاً للمادة 324 مكرر 5. ما تلقاه: يمكن إثبات عكسه بكافة الطرق.

¹ أنظر المواد 323 إلى 350 من القانون المدني الجزائري.

وانظر القرار رقم 49767 المؤرخ في 1987/06/03 المنشور بالمجلة القضائية 1990/ع3 ص 30. المذكور بمرجع أ. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، قرارات المحكمة العليا، منشورات كليك، ط 2013، الجزء 2، ص 461.

² وأن الشخص لا يجوز أن يصطنع دليلاً من صنع يده، وأن الدليل لا يخضع للتجربة طبقاً للمادة 330 /2.

والعقد الرسمي يشترط عادة في العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو التنازل عن أسهم من شركة، طبقا للمادة 324 مكرر 1.

و للإشارة فإن العقد الرسمي يعد حجة لمحتوى الاتفاق (المادة 324 مكرر 5) وهذه الحجة تسري في مواجهة المتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص، ولا يطعن في هذا المحرر إلا بالتزوير (324 مكرر 6)، ويعد هذا الأخير سنداً تنفيذياً (المادة 600 / ق.إ.م.إ.).¹

2- المحرر العرفي:

هو المحرر الصادر ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه.

- أو: عبارة خاطئة في القانون الجزائري من المفروض " و " -

و للمحرر العرفي حجية متى كان له تاريخ وللمحرر العرفي حجية على الغير متى كان تاريخه ثابتاً وفقاً للمادة 328 من القانون المدني.²

ب- الإثبات بالشهود:

- يمكن الإثبات بالشهود في التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن 100.000 دج المادة 333 من القانون المدني.

- يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في حالة فقدان الدائن للسند المكتوب بسبب أجنبي لا يد فيه (المادة 336 / 3) أو في حالة وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي (المادة 336 / 2 من القانون المدني).

- يجوز الإثبات ولو تجاوزت القيمة 100.000 دج في المواد العقارية لأنها تقوم على دعائم السرعة والائتمان (المادة 333 / 1).

- أما إذا كنا بصدد معاملات مدنية تفوق 100.000 دج فإن الكتابة هي الطريقة المعتمدة للإثبات (المادة 333 / 1 بمفهوم المخالفة).

و هذه المبادئ لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية التي حثت على التوثيق والشهادة، في قول المولى عز وجل: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يُأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَ لِيَمْلَأِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن

¹ أنظر المواد 323 مكرر، 323 مكرر 1 من القانون المدني و المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

² م 327 و 328 من ق.م.

كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمَلَّأَ هُوَ فَلْيَمْلَأْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلًا وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَ أَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَ أَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَ إِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ يُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ))¹.

ثانيا: آثار الالتزام

المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به طبقا للمادة 160 من القانون المدني، والأصل أن المدين ينفذ التزامه تنفيذا عينيا وإذا لم يتمكن من ذلك يتم التنفيذ عن طريق التعويض .

أ – التنفيذ العيني:

طبقا للمادة 164 من القانون المدني يجبر المدين على تنفيذ التزامه عينيا متى كان ذلك ممكنا ، أما إذا كان التنفيذ غير ملائم إلا من قبل المدين نفسه (الالتزام بالعمل)، فيمكن إكراهه بفرض الغرامة التهديدية عليه².

ب – التنفيذ عن طريق التعويض:

إذا استحال التنفيذ العيني ففي هذه الحالة يعوض المدين للدائن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ، والقاضي هو المختص بتقدير التعويض كأصل عام³، طبقا للمادة 182 ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، وهو ما يسمى بالتعويض (المادي)، ولقد أضاف المشرع بموجب القانون رقم 05-10 التعويض عن الضرر المعنوي: وهو يشمل كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة طبقا للمادة 182 مكرر.

ج – ضمانات تنفيذ الالتزام:

نصت المادة 188 على أن: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه.

و في حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان".

¹ الآية 282 من سورة البقرة.

² راجع م 174 و 175 ق.م

³ لأن هناك ما يعرف بالتعويض الاتفاقي والتعويض القانوني:

المادة 183 أجازت للمتعاقدين تحديد قيمة التعويض بالاتفاق ولأن القانون تكفل بتحديد التعويض في نصوص قانونية مثل القانون المتعلق بالتعويض في حوادث المرور وتعويض ضحايا الإرهاب ..إلخ.

كرس المشرع مبدأ المساواة بين الدائنين ، و حماية لهذا المبدأ لم يمنع المشرع المدين من التصرف في أمواله، ولكنه مكّن الدائنين من مباشرة عدة دعاوى و إجراءات لحماية الضمان العام للمدين وتمثل هذه الدعاوى في الدعوى غير المباشرة، دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البولصية) والدعوى الصورية ، وكذلك مكن المشرع الدائن من حق الحبس أي الامتناع عن التنفيذ إلى غاية استيفاء حقه، أو ممارسة الحجز التحفظي أو حجز ما للمدين لدى الغير بموجب قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا ما سنتطرق إليه على التوالي:

1- الدعوى غير المباشرة:

سميت هذه الدعوى بالدعوى غير المباشرة لأن الدائن يعتبر نائباً عن المدين في مطالبته لحقوق هذا الأخير، وبالتالي فإن الأموال التي سيحنيها من خلال رجوعه على مدين مدينه ستدخل في الذمة المالية للمدين وتكون ضماناً عاماً لكل الدائنين¹ ولا يستفيد الدائن الذي باشر الدعوى من أفضلية على غيره من الدائنين الآخرين، ورغم ذلك فإن هذه الدعوى مهمة لأنها تمكن الدائن من إثراء الذمة المالية للمدين والتي تعد الوعاء الذي سينفذ عليه لاستيفاء الحقوق، وهي حل جيد لتلاقي عيوب التقاعس الذي يصدر من المدين بعد تجاهله لحقوقه المالية، وهذا ما أكدته م 189 بقولها: "لكل دائن ولو لم يجل أجل دينه أن " أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين...".

2- الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرف)

إن المشرع لم يمنع المدين من إبرام التصرفات القانونية، غير أنه منح للدائن حق متابعة المدين قضائياً من أجل استصدار حكم بعدم نفاذ تصرفاته في مواجهته حيث نصت م 191 ق.م في هذا الإطار على أن: " لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وتترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره.. " إن هذا النص استتبعه المشرع بنصوص أخرى توضح شروط وآثار وتقادم هذه الدعوى.

حيث لا يحتج بالتصرف التبرعي على الدائن ولو كان المدين حسن النية، أما التصرف بعوض فلا بد أن يثبت الدائن سوء نية المدين والمتعامل معه فعلم هذا الأخير بعسر المدين يعد من قبيل الغش وسوء النية، غير أن المدين بإمكانه دفع هذه الدعوى بأن يثبت أنه غير معسر بإثبات أن في ذمته المال المساوي لقيمة الديون أو أكثر منها ، أما إذا كان مضمون التصرف وفاء بالدين لأحد الدائنين - قبل حول أجله - فلا يسري مفعوله في مواجهة الدائنين الآخرين، بل إن هذا الوفاء لا يصح ولو حل تاريخ الاستحقاق إذا حدث تواطؤ

¹ أنظر م 189 و190 ق. مدني.

بين المدين وهذا الدائن لأن المدين لا يجوز له تفضيل أحد الدائنين على الدائنين الآخرين ومتى حدث ذلك فإن الدائن المستفيد من الوفاء خارج إطار قاعدة المساواة وقسمة الغرماء، حرمة المشرع من هذه الميزة أو الأفضلية التي قررها له المدين بغشه¹ ولعل أهم نص كرس فعالية دعوى عدم نفاذ التصرف هو نص المادة 195 من ق.م حيث جاء فيها: " إذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه، فإنه يتخلص مما ينتج عن دعوى الدائن متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإيداعه الخزانة". و بهذا فإن البيع ليس فيه مضرة للدائنين بل قد يكون مفيدا باعتبار أن ثمن المثل أفضل من ثمن البيع بالمراد في العادة.

3- الدعوى الصورية:

قد يحاول المدين تهريب ممتلكاته بتصرفات صورية كالبيع مثلا في حين أن هذا المال أصبح باسم ابنه أو زوجته وهو يهدف من هذا التصرف إبقاء الأموال تحت حيازته واستبعادها من الضمان العام للمدين، ولذلك منح المشرع للدائن الحق في الطعن في تصرفات المدين من أجل الحفاظ على أموال المدين. والجدير بالذكر إن هذه الدعاوى الثلاث تُمكن كل الدائنين على حد سواء من أموال المدين المسترجعة بعد رفع هذه الدعاوى، فرغم أن أحد الدائنين فقط هو الذي قام بالإجراءات إلا أن ذلك لا يمنع من تطبيق المساواة بين كل الدائنين.

4- الحجز التحفظي:

عرف الأستاذ القاضي عبد السلام ذيب "الحجز التحفظي بأنه إجراء استثنائي يلجأ إليه الدائن قبل نشوب النزاع عندما تتوفر فيه الشروط التي حددها المشرع على سبيل الحصر، وهي وجود علاقة المديونية بينه والمدين، وخشية قيام المدين من تهريب أمواله".²

إن المشرع الجزائري لم يمنع المدين من حرية التصرف في ممتلكاته، غير أنه مكن الدائن (الذي يخشى ضياع حقوقه متى كان يحمل سنداً للمدين أو له مسوغات ظاهرة) من طلب الحجز أثناء قيام النزاع أمام المحكمة وليس للمدين حكم نهائي بثبوت دينه بعد، ولا بد على الدائن إثبات الخشية، أي تخوفه من تضييع ضمان الدائنين، فإذا توفرت المسوغات الظاهرة أو السند إضافة إلى ظرف الخشية حق للدائن تقديم طلب الحجز المسبب والمؤرخ والموقع فيه ليصدر عن الأمر الاستعجالي في غضون خمسة أيام من تاريخ إيداع العريضة، وبعد ذلك لا بد من طلب تثبيت الحجز التحفظي.

¹ راجع المواد 191 إلى 197 من ق. المدني.

² أ. عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد - ترجمة للمحاكمة العادلة - موفم للنشر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، ط 3، الجزائر، 2012 ص 431-436.

5- حجز ما للمدين لدى الغير:

يحق للدائن الحجز على أموال مدينه حتى ولو لم تكن بحوزته ويختلف نوع الحجز بحسب الوثائق التي يجوزها الدائن، فإذا كان بيده سند تنفيذي جاز له الحجز على ممتلكات المدين لدى الغير حجزاً تنفيذياً وإذا لم يكن لديه سوى المسوغات الظاهرة وظرف الخشية فله أن يمارس الحجز التحفظي، ويقصد بالغير في هذا الإطار الشخص الأجنبي عن علاقة الدائنية فقد يكون مودعا لديه كالبنوك...¹

6- الحق في الحبس كضمان:

نصت المادة 200 من ق.م التي تعد أساس الحق في الحبس على أن: " لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين، أو ما دام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا " .

الحق في الحبس هو امتناع الدائن عن الوفاء إلى غاية استيفاء حقه من مدينه في العقود الملزمة لجانبين، فهو حق مقرر لكل شخص ما دام دائئا ومدينا في نفس الوقت، حيث يجوز له بمقتضى هذا الحق الاحتفاظ بما لديه من مال يخص مدينه ما دام أن هذا الأخير لا يقوم بالتزامه ، أو هو دَفْعٌ يتمسك به الدائن بوصفه وسيلة من وسائل الضمان شرط أن يتوفر الارتباط بين الدينين² أو الحق المعترف به قانونا لأحد الدائنين في حالات معينة، بالامتناع عن رد شيء في حوزته إلى غاية الوفاء بالحق الذي نشأ لصالحه، نظرا لمنحه الحق في الامتناع عن الوفاء ما دام المدين لم يقيم بالتزامه المقابل، فالحق في الحبس يعد "استجابة لاعتبارات العدالة ومقتضيات حسن النية"³ .

ثالثا: أوصاف الالتزام: هناك عدة صور نركز على التضامن و الشرط الواقف و الفاسخ.

1- التضامن:

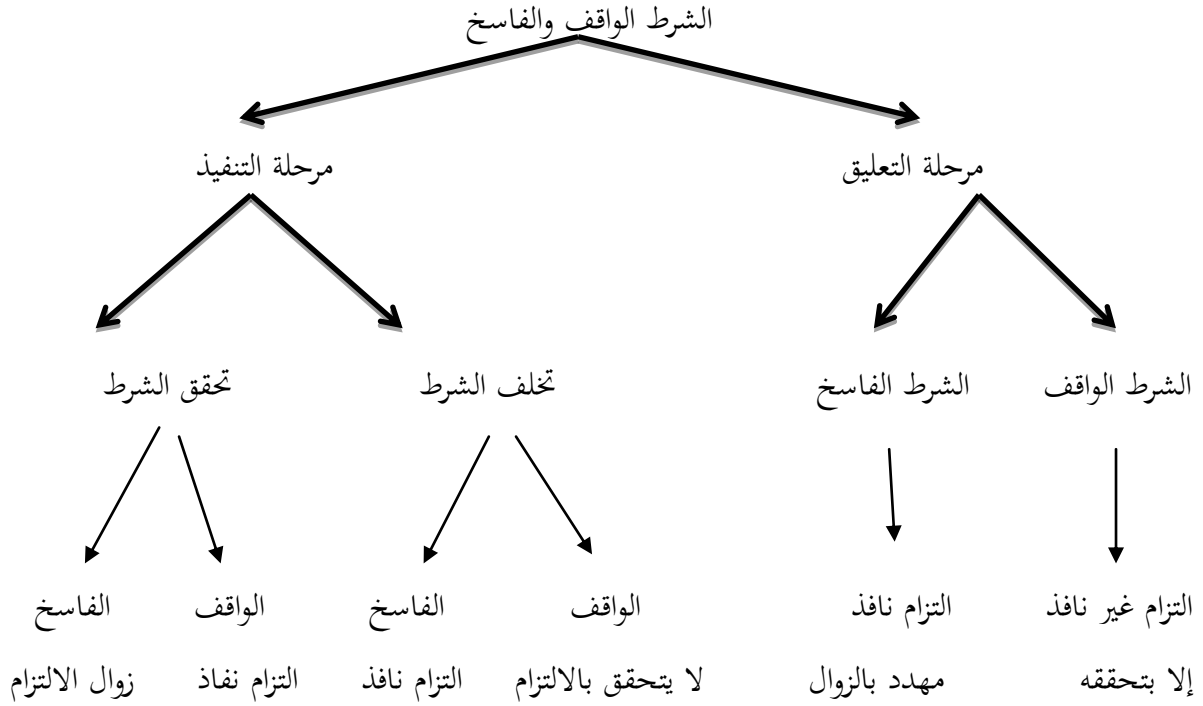
التضامن هو صورة لتعدد طرفي الالتزام ، فقد يتضامن المدينون (سلي) أو الدائنون (إيجابي)، وهو لا يفترض في المعاملات الخاضعة للقانون المدني بل يكون بموجب اتفاق، ومن أحكام التضامن أنه يجوز مطالبة أيا من المدينين المتضامنين، ووفاء أحدهم مبرئ لذمة الآخرين، ولمن قام بالوفاء بكل الدين، حق الرجوع على المدينين الباقين ككل بقدر حصته في الدين (المادة 232 – 234 من القانون المدني).

¹ أنظر أ. عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 437.

² أ. ولهاسي فريدة نادية، الحق في الحبس كوسيلة قانونية لحماية الدائن العادي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 ص 26.

³ أنظر أ. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص في نطاق قانون الالتزامات، في نطاق قانون الأموال، منشأة المعارف الإسكندرية ط 3، 2006، ص 33.

2- الشرط الواقف و الفاسخ



رابعاً: انقضاء الالتزام :

نظم المشرع الجزائري طرق انقضاء الالتزام في الباب الخامس من الكتاب (2) من القانون المدني وهي الوفاء، انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، انقضاء الالتزام دون الوفاء به، وهذا شرح لهذه الحالات على التوالي:

1/ الوفاء:

يقوم المدين بالوفاء لصالح الدائن ويصح الوفاء من نائب المدين ومن الغير إذا قبل المدين ذلك (المادة 258)، ويصح الوفاء متى كان الموفي مالكا للشيء الذي وفي، كما يشترط أن يملك أهلية التصرف، (المادة 260). وإذا تم الوفاء من المدين غير الأصلي فإن لهذا الأخير الحلول محل الدائن في استيفاء حقه من المدين وله في ذلك كل ما يتضمن هذا الحق من تأمينات وما يلحقه من توابع وما يرد عليه من دفع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذي وفي به (المادة 264)، ومن أحكام الوفاء أنه غير قابل للتجزئة طبقا للمادة 277 ق.م .

ولإشارة فإن الوفاء يشترط عند حلول الأجل غير أنه يجوز¹ للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجلا للمدين لا يتجاوز سنة و هذا متلائم مع أحكام الشريعة الإسلامية مع تحديد الأجل بسنة في قوله تعالى: (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ)² .

2/ الوفاء بمقابل:

ينقضي الالتزام إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عرض الشيء المستحق، بمعنى أن الدائن رضي بديل عن محل الالتزام طبقا للمادة 285 ق.م.

3/ انقضاء الالتزام دون الوفاء به:

أ- الإبراء:

إذا برأ الدائن مدينه اختياريا انقضى الالتزام بمجرد وصوله إلى علم المدين ويزول بسبب الانقضاء إذا رفضه المدين طبقا للمادة 305 من ق.م.

ب- استحالة الوفاء:

ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا بسبب أجنبي، طبقا للمادة 307 ق.م.

ت- التقادم المسقط: (المادة 308 ق.م)

يتقادم الالتزام بانقضاء 15 سنة فيما عدا ما ورد فيه نص خاص وينفذ التقادم بأي إجراء يُتخذ للمطالبة بالدين طبقا للمادة 317 ق.م .

¹ الأمر جوازي وليس وجوبي طبقا للمادة 281 قانون مدني .

² الآية 280 سورة البقرة.

الباب الأول

النظرية العامة للعقد

تمهيد لنظرية العقد:

1/ التعريف بالعقد:

يعرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع، يثبت أثره في محله.¹ و عرفه المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون المدني التي تنص على أن " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما" والتي تقابلها المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي² .

أما شرح القانون فيرى الأستاذ علي علي سليمان بأن " المهم في العقد هو اتجاه إرادتا المتعاقدين إلى إنشاء أثر قانوني لاتفاقهما، أي إلى التزام قانوني يلتزم المدين بتنفيذه ... " ³ .

أما العربي بلحاج فيعرفه بأنه " توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني أيا كان الأثر المقصود أو هو تطابق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو زواله"⁴ .

أما أستاذنا علي فيلاي فيرى بأن العقد هو ذلك الاتفاق الذي يهدف لإحداث آثار قانونية، فليس كل اتفاق عقد وإنما الاتفاق الذي يرقى لدرجة العقد هو الذي يُحدث تغييرا في الوضعية القانونية للمتعاقدين وذلك باكتساب حقوق وتحمل التزامات جديدة، ويغير من الذمة المالية للمتعاقدين، وقد يؤدي لميلاد شخص جديد كقعد الشركة الذي يترتب عليه إنشاء شخص معنوي جديد طبقا للمادة 417 ويتصرف هذا العقد للمتعاقدين وهذا ما يعرف بمبدأ نسبية العقد كما أن هذا العقد يحتج به في مواجهة الغير، وهو ما يعرف بمبدأ نفاذ العقد.⁵

ولالإشارة فإن نظرية العقد عرفت تطوراً غير في بعض مبادئ التعاقد وهذا ما سنتطرق عليه بعد دراستنا لتقسيمات العقد.

¹ بدان أبو العينين بدران، ذكره الأستاذ علي فيلاي، "النظرية العامة للعقد في هامش الصفحة رقم 43.

² " L'article 1101 de code civil fr : (Un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier , transmettre ou éteindre des obligation) voir, Rémy Cabrillac. Op cit . p 21.

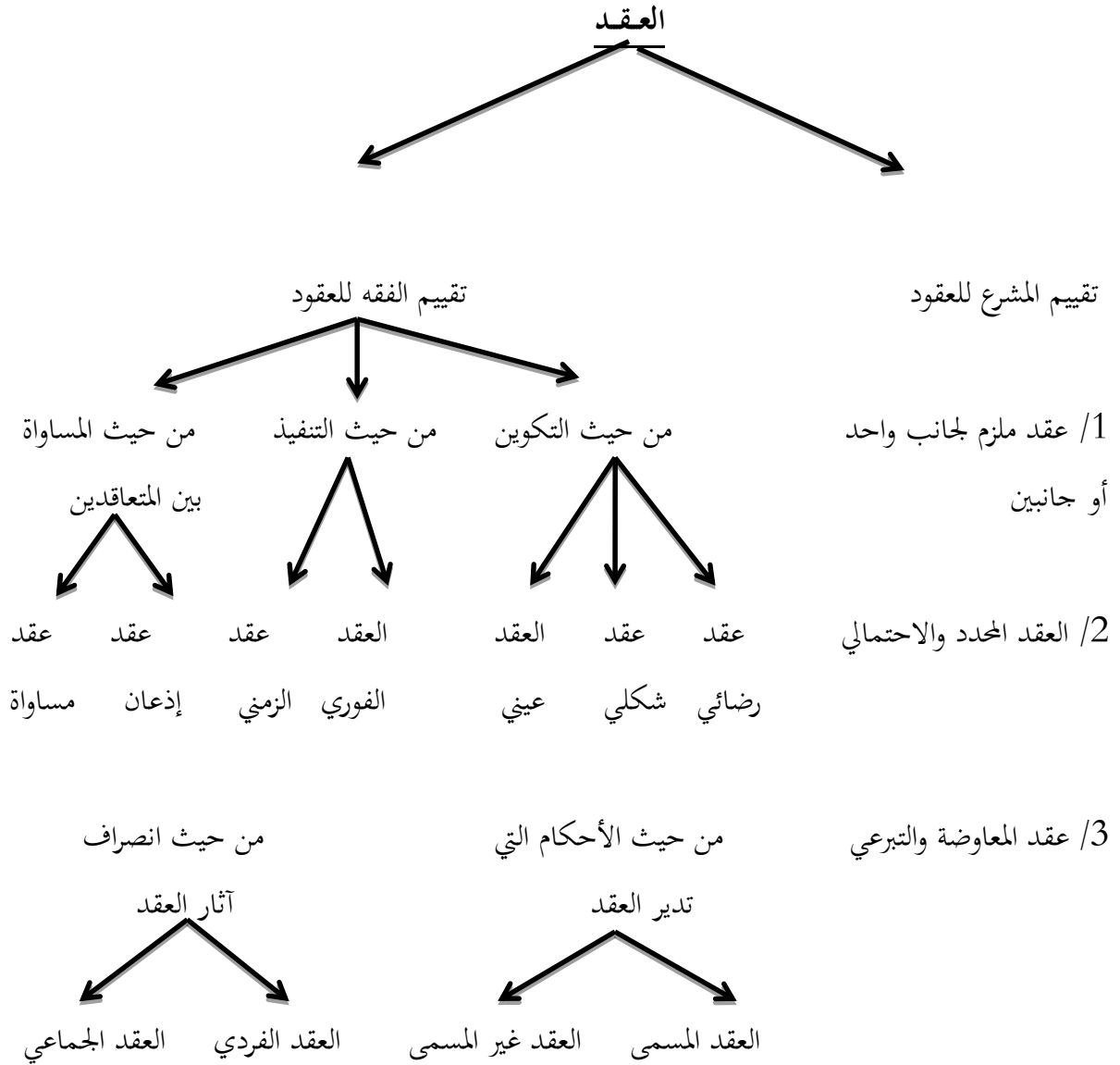
³ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 11.

⁴ العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 42

⁵ علي فيلاي، مرجع سابق. ص 44- 47 بتصرف.

2/ الأحكام العامة للعقد:

مخطط



3/ تقسيمات العقد:

أولاً: تقسيم المشرع للعقود:

أ- العقد الملزم لجانب واحد أو لجانبين:

1- العقد الملزم لجانبين:

يسمى هذا العقد كذلك بالعقد "التبادلي"، أساسه القانوني هو نص المادة 5 من القانون المدني، ومعيار تميز هذا العقد عن غيره هو الارتباط بين التزامات المتعاقدين بمعنى أن هناك التزامات متقابلة بين المتعاقدين فكل منها دائن ومدين للآخر، (مثال عقد البيع: المشتري يدفع الثمن فهو مدين بهذا المبلغ ودائن).

2- العقد الملزم لجانب واحد:

هو العقد الذي يرتب التزامات على أحد المتعاقدين دون الآخر وقد تناوله المشرع في المادة 58 من القانون المدني، فهو عقد يبرم بتطابق الإرادتين المتفتحتين على التزام أحد المتعاقدين دون الآخر، بمعنى أن هذا العقد ثنائي في الانعقاد وأحادي في أثره¹، مثل الهبة والوديعة بغير أجر. أهمية التفرقة: في العقد التبادلي يجوز الدفع بعدم التنفيذ (المادة 123 من القانون المدني) و(الفسخ المادة 119). كما أن تبعة الهلاك تقع على الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد.²

ب- العقد المحدد والاحتمالي:

1- العقد المحدد:

هو العقد الذي يكون فيه التزامات وحقوق المتعاقدين معينة ومحددة وقت إبرامه، فالمعيار هو "تحديد التزامات الطرفين".

2- العقد الاحتمالي:

هو عقد الغرر الذي لا يعرف فيه المتعاقد المقدار الذي يعطيه مقابل المقدار الذي سيأخذه لأن هذا الأخير يتوقف على حادث غير محقق، وللإشارة فإن معيار تمييز العقد الاحتمالي هو احتوائه على حظ الربح أو الخسارة طبقاً للمادة 2/57 من ق. م

¹ أنظر العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 48.

² علي علي سليمان، مرجع سابق.

ج - عقد المعاوضة وعقد التبرع:

1- عقد المعاوضة:

ورد تعريفه في المادة 58 من القانون المدني بطريقة غامضة " العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما " بحيث يختلط مفهومه مع العقد التبادلي، غير أن الفقه عرفه بأنه ذلك العقد الذي يتحصل فيه المتعاقد على فائدة ذات قيمة مالية مقابل تنفيذ التزامه.

2- عقد التبرع:

يعتبر عقدا تبرعيا إذا التزم المتعاقد بمنح شيء أو القيام بفعل دون الحصول على مقابل ذي قيمة مالية.

ثانيا: تقسيم الفقه للعقود:

أ- من حيث تكوين العقد:

1- العقد الرضائي:

هو العقد الذي يبرم بمجرد توافق الإرادتين أي تطابق الإيجاب مع القبول وهو المبدأ العام أو الأصل في القانون المدني، فالمتعاقد يختار المتعاقد الذي يريد ويتعاقد متى شاء ويجدد مع الطرف الآخر الشروط التي يشاء ويتم التعبير عن هذه الإرادة بالطريقة التي يختارها المتعاقدان (المادة 60 من القانون المدني).

2- العقد الشكلي:

هو العقد الذي اشترط فيه المشرع على المتعاقدين احترام شكلية معينة،¹ يترتب على وجودها قيام العقد وعلى تخلفها بطلان العقد بطلائاً مطلقاً، والشكلية المطلوبة للانعقاد قد تتمثل في إجراء بشكل معين كالكتابة الرسمية أو العرفية².

3- العقد العيني:

هو العقد الذي يشترط فيه تسليم الشيء محل العقد كركن للانعقاد مثل الهبة والغرض الاستهلاكي³.

ج- من حيث مساواة المتعاقدين:

1- عقد المساومة:

هو العقد الذي تتناقش بنوده أو شروطه من قبل المتعاقدين على أساس الحرية العقدية.⁴

¹ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 67.

² أنظر المواد 883 ، 418 ق.م.

³ أنظر علي فيلاي، ص 68.

⁴ علي فيلاي، ص 72.

2- عقد الإذعان:

هو التسليم للشروط المقررة مسبقاً طبقاً للمادة 72 من ق.م و هو العقد الذي لا يقبل المناقشة حيث يرضخ الطرف الضعيف للشروط المقررة من قبل الموجب، ونعني بالإذعان الخضوع وهذه العقود هي نتيجة حتمية لاحتكار القوي لخدمة معينة، مما يقلل من فرص الطرف (المتعاقد) الضعيف في إيجاد حلول أخرى، وهذا ما يؤدي إلى انضمامه لهذا العقد رغماً عنه نظراً لحاجته الماسة. و لهذا فإن هذه العقود تخضع لقواعد خاصة حيث يمكن للقاضي تعديل شروطها طبقاً للمادة 110ق.م .

د- من حيث الأحكام التي تدير العقود:

العقود المسماة: هي العقود التي تولى المشرع تسميتها وتنظيم أحكامها على خلاف العقود غير المسماة.

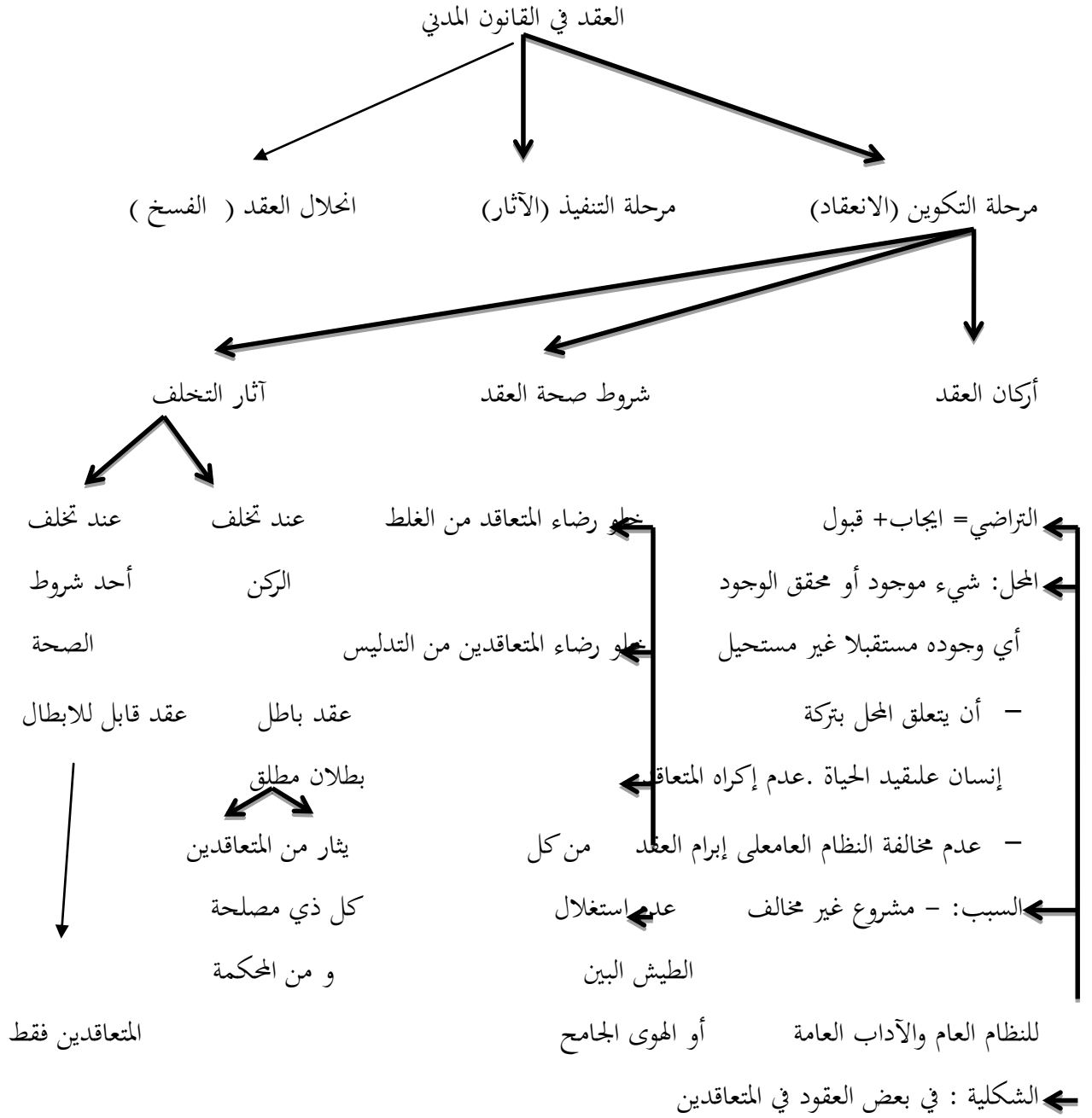
الفصل الأول

تكوين العقد

إن المسائل الجوهرية التي تخص مرحلة تكوين العقد تتمثل في أركان العقد (التراضي، المحل، السبب، والشكلية في بعض العقود)، وشروط صحته (بمعنى خلو رضا المتعاقد من الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال)، وللإشارة فإن المشرع الجزائري أخلط بين شروط صحة العقد وأركانه حيث يظهر من عنوان القسم 2 (شروط العقد) من الفصل الثاني (العقد) من الباب الأول (مصادر الالتزام) من الكتاب الثاني (الالتزامات والعقود) من القانون المدني، إن المشرع لم يميز بين هذين المصطلحين، في حين أن الفرق بينهما واضح وأكثر تخلف كل منهما مختلف، حيث يترتب في تخلف أحد أركان العقد بطلان العقد بطلاناً مطلقاً يمكن إثارته من كل ذل مصلحة، بل ومن قبل المحكمة من تلقاء نفسها، في حين أن تخلف أحد شروط الصحة يجعل العقد قابلاً للإبطال من الطرف الذي قُـرر الإبطال لصالحه فقط، ويصبح العقد صحيحاً متى أجازته من قرر الإبطال لفائدته.

و هكذا فإن العقد الصحيح يحتاج لتراضي الأطراف الملتزمة و قدرتها على التعاقد ، محل التعاقد ، السبب المشروع،¹ و الشكلية في بعض العقود.

¹ Philippe Malaurie et Laurent Aynès . Droit civil. Les obligation. ‘ 4 ° édition . Defrénois. Lextenso. Edition . Point Delta . Liban. P231



المبحث الأول

التراضي

يقصد بالتراضي تطابق الإرادتين وقد نصت المادة 59 في هذا الإطار على أن: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".
و التراضي لا بد أن يكون موجودا وصحيحاً.

و التراضي يقصد به تطابق الإرادتين فالإرادة هي أساس العقد وفقا لمبدأ سلطان الإرادة « L'autonomie de la volonté » وهذا المبدأ نابع من أساس فلسفي مفاده أن من قال العقد قال العدل ومن قال العلاقة العقدية قال الفعالية و يترتب عليه الحرية العقدية و القوة الملزمة للعقد و أن العقد يسري في مواجهة من التزم به¹

المطلب الأول: وجود التراضي

يشترط أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتان والإرادة التي تعيد بها في هذا الإطار هي الإرادة الجدية بمعنى الإرادة الصادرة من شخصية قانونية تتضح بأهلية التعاقد من جهة²، وأن تتصرف هذه الإرادة لإحداث آثار قانونية، وللإرادة صور مختلفة (الفرع 1)، ويتم التعبير عنها بطرق عديدة (الفرع 2)، ولا بد من تطابق الإرادتين (الفرع 3).

الفرع الأول: صور الإرادة

الإرادة هي ظاهرة نفسية تستوجب التعبير عنها لتتحول إلى ظاهرة اجتماعية يعتد بها القانون³ غير أن طرق التعبير قد لا تدل عن المعنى الحقيقي الذي تحمله الإرادة النفسية، فهل العبرة بالإرادة الباطنة للمتعاقد أم الإرادة الظاهرة.

أولاً: عرض المواقف الفقهية :

يرى رواد المذهب الشخصي (المذهب الفردي) بأن العبرة بالإرادة الباطنة لأن التعبير ما هو إلا وسيلة لإظهارها وقرينة بسيطة على المعنى الحقيقي لها، ويمكن لصاحبها إثبات عكسها و يترتب على هذه النظرية أن الغلط مبطل للعقد، وأنه يجوز البحث عن نية المتعاقد لتأويل العبارات الغامضة، أما رواد المذهب الموضوعي فيأخذون بالإرادة

¹ Rémy Cabrillac . op cit . p 20 -22.

² راجع ما يتعلق بالأهلية ، أ علي فيلاي ، نظرية الحق . موفم للنشر الجزائر 2011 . ص 203 - 228

³ أنظر العربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص 62.

الظاهرة لأن التعبير ظاهرة اجتماعية يحظى بحماية قانونية أما الإرادة الكامنة بالنفس فهي غير جديرة بالحماية، ويترتب على هذا بأن الغلط لا يفسد الرضا، وأن العبارة الواضحة تلزم القاضي والأطراف¹.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري :

بالرجوع للمواد 59، 60، 61، 62، 81، 97، 98، 111، 198، يمكن تفسير استقرار موقف المشرع الجزائري، وقد اختلف فقهاء القانون حول موقف المشرع الجزائري في هذا الإطار، غير أن الأستاذ علي فيلاي يرى بأن: أحكام القانون المدني تتأرجح بين نظرية الإدارة الظاهرة والباطنة وأن المشرع أخذ بالإرادة التي يمكن التعرف عليها، فالعبرة ليست بالإرادة الباطنة كما يريد صاحبها وإنما كما يفهمها الغير أو كما كشف عنها المتعاقدان وتبادلتهما، وعليه فإن الإرادة التي يعتد بها هي الإرادة الباطنة الخالية من الغش والتي تتفق مع المعايير الموضوعية كالعرف وظروف المعاملات والثقة المتبادلة بين المتعاقدين والنية الحسنة لكليهما².

الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة

التعبير عن الإرادة له طرق وآثار وستناولها أدناه:

أولاً: طرق التعبير عن الإرادة:

حددت المادة 60 من القانون المدني طرق التعبير عن الإرادة بحيث يكون "باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه". وللإشارة فإنه استناداً لمبدأ الرضائية فإن كل شخص حر في طريقة التعبير عن إرادته، ما لم يشترط النص القانوني طرقاً معينة.

ثانياً: آثار التعبير عن الإرادة

نظم المشرع الجزائري آثار التعبير عن الإرادة في المادة 61 من القانون المدني : "ينتج التعبير عن الإدارة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

¹ علي فيلاي، ص 89-91.

² أنظر علي فيلاي، مرجع سابق، ص 92-96.

أنظر علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 33.

أنظر العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 64.

وقد حددت المادة 61 الوقت الذي يحدث فيه التعبير عن الإرادة وأثره ففي حالة عدم وجود المعبر عن الإرادة ومن وجه التعبير له في مكان واحد فإن الأثر يترتب في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه التعبير إليه، وقد وضع المشرع قرينة على العلم تتمثل في وصول التعبير إلى من وجه له، غير أن هذه القرينة التي وضعها المشرع هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها.¹

ختاماً تجدر الإشارة بأن وفاة المعبر عن إرادته أو فقدان الأهلية لا تمنع من ترتيب الآثار القانونية للتعبير عن الإرادة، شريطة وصول التعبير إلى علم من وجه له قبل الوفاة أو فقدان الأهلية، بالإضافة إلى عدم وجود مانع تفرضه طبيعة التعامل أو صراحة المعبر طبقاً للمادة 62 ق.م.

الفرع الثالث: تطابق الإرادتين

لتطابق الإرادتين لا بد من صدور الإيجاب ثم القبول.

أولاً: الإيجاب:

هو العرض الصادر من شخص بوجه حازم عن إرادته في إبرام العقد ويشترط في العرض² الذي يرقى لدرجة الإيجاب أن يكون:

أ- عرضاً محدداً ودقيقاً:

بمعنى أن يتضمن العناصر الأساسية الجوهرية للعقد، أما مجرد المبادرة وإبداء اقتراحات غير دقيقة فإنه لا يعد إيجاباً وإنما دعوة للعقد.

ب- عرضاً باتاً :

بمعنى أن العرض جدي وعبر فيه الموجب عن إرادته بصفة لا رجعة فيها.

وللإيجاب صورتان، فقد يكون صادراً في مجلس العقد بين حاضرين، وقد يكون بصدد إيجاب مقترن بأجل.

ج- صور الإيجاب:

1- الإيجاب المقترن بأجل (المادة 63):

في هذه الحالة يتقدم الموجب بعرضه الجازم الدقيق والثابت، وبمنح الطرف الآخر أجلاً للقبول، سواء كان هذا الأجل محدداً أو يستخلص من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة، وقد ألزمت المادة 63 من القانون المدني الموجب

¹ العربي بلحاج، ص 67.

² علي فيلاي، ص 103 - 107 بتصرف.

في هذه الحالة بالبقاء على إيجابه إلى غاية انقضاء هذا الأجل ويسقط هذا الإيجاب بانقضاء الأجل أو رفضه من قبل الموجب له.

2- الإيجاب الصادر في مجلس العقد (المادة 64) :

أخذ المشرع بنظرية مجلس العقد المستوحاة من الفقه الإسلامي، حيث يرى بأن الإيجاب ملزم بعد صدوره فإذا صدر القبول ثم العقد ولو تراجع الموجب، أما المذاهب الأخرى فتري بأن الإيجاب غير ملزم وسقط بانقضاء مجلس العقد دون صدور القبول أو برجوع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول، وهذا الخلاف راجع إلى أن المذهب المالكي يأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، وقد تأثر المشرع الجزائري بالمصري الذي أخذ بالمذهب الحنفي ولم يكن موفقا في هذا الاتجاه باعتبار المذهب المالكي أفضل في هذه النقطة لأنه مسير للاتجاه الحديث الذي يهدف لاستقرار المعاملات وتحقيق العدالة العقدية يجعل الإيجاب ملزما.¹

ثانيا: القبول:

لتطابق الإرادتين لا بد من القبول الذي يتم التعبير عنه وفقا للطريقة التي يشاؤها المتعاقدان، ما لم يشترط المشرع طريقة خاصة، ولصحة القبول لا بد من صدوره في الوقت المناسب له أي قبل سقوط الإيجاب، كما يشترط أن يتطابق القبول مع الإيجاب وفقا للشروط التي حددها الموجب، لأن القبول المقترن بتحفظات وتعديلات في العرض الذي تقدم به الموجب، يعد مجرد إيجاب جديد وليس قبولا، إن فكرة تطابق القبول مع الإيجاب تثير مسألتين الأولى أصل العقد أما الثانية فتشكل استثناء عن القاعدة.

والأصل هو التطابق التام، الكلي الحرفي للإيجاب، غير أن هناك استثناء تتضمنه المادة 65 من القانون المدني " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا على أنه لا أثر للعقد عن عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرماً...." ولم يتوقف المشرع عند تبيان حكم الاتفاق في هذه الحالة واعتباره عقداً، وإنما تناول مسألة اختلاف الطرفين على المسائل التفصيلية، وتركها للسلطة التقديرية للقاضي الذي يفصل فيها بالرجوع لمعايير حددتها المادة 65 أعلاه منها: (طبيعة المعاملة، العرف، العدالة....).

سؤال: ماذا لو سكت من وجه الإيجاب لفائدته؟.

هل يعد ذلك قبولا أو رفضا؟ الأصل أنه لا ينسب لساكت قول .

¹ راجع، علي فيلاي، ص 109 - 112. بتصرف.

لقد تناول المشرع هذه النقطة في المادة 68 من القانون المدني فاعتبر السكوت في الرد قبولا إذا كان في مصلحة من وجه إليه، أو إذا اتصل بتعامل سابق بين المتعاقدين.¹

المطلب الثاني: صور خاصة التراضي

إن الصور العادية للتراضي هي تطابق إرادتي المتعاقدين، غير أن للتراضي صوراً أخرى فقد يتعذر على أحد المتعاقدين إبرام العقد فنيب غيره، وهو ما يسمى بالنيابة في التعاقد، بالإضافة إلى صور أخرى نركز على أهمها وهي الوعد بالتعاقد والتعاقد بالعربون.

الفرع الأول: النيابة في التعاقد:

نظمها المشرع في المواد (73- 77 من القانون المدني) وفي هذه الصورة للتعاقد لدينا ثلاث أطراف : الأصيل الموكّل، النائب الوكيل، والمتعاقد معه، والأصل في النيابة هو إعلان المتعاقد وقت إبرام العقد بأنه يتعاقد معه بصفته نائباً إلا إذا كان المتعاقد معه يعلم بوجود النيابة أو من المفروض حتماً أنه يعلم.

وإذا أبرم العقد وفقاً لهذه الطريقة فإن النائب هو الذي يؤخذ بعين الاعتبار عند النظر في عيوب الرضا، بينما تتصرف آثار العقد حقوقاً والتزامات إلى الأصيل الموكّل و المتعاقد مع النائب، بينما يعد النائب مجرد طرف أجنبي بالنسبة لآثار العقد.²

الفرع الثاني: الوعد بالتعاقد:

هو عبارة عن عقد يتضمن اتفاقاً بإبرام عقد معين في المستقبل، ويشترط لصحته ما يشترط في باقي العقود من أركان وخلو من عيوب الرضا، كما اشترط المشرع شروطاً خاصة بهذا العقد تتمثل في:

- 1 - ضرورة تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه في المستقبل.
- 2 - المدة اللازمة لإبرام العقد.
- 3 - إبرام الوعد بالتعاقد وفقاً للشكل الذي اشترطه القانون لتمام هذا العقد محل الاتفاق لمتضمن الوعد بالتعاقد، ومثال ذلك: عقد البيع الوارد على عقار، اشترط المشرع لتمامه إخضاعه للشكل الرسمي طبقاً للمادة 324 مكرر 1، فإذا كان المشتري يرغب في الحصول على وعد البيع من البائع قبل إبرام عقد البيع فلا بد من إخضاع هذا الوعد للشكل الرسمي تطبيقاً للمادة 2/71 من القانون المدني.

¹ أنظر المادة 68 /2 من القانون المدني.

² راجع المواد 73- 74 -75 من ق.م.

إن استيفاء هذا العقد للشروط الواردة أعلاه يجعله ملزماً إذ لا بد من تنفيذ الوعد المتفق عليه وفي حالة ما إذا شكك من وعد جاز للطرف الآخر مقاضاته والمطالبة بتنفيذ الوعد، تبقى السلطة التقديرية للقاضي في الحكم محل العقد طبقاً لما جاء في المادة 72 من القانون المدني.

الفرع الثالث: التعاقد بالعربون:

نظم المشرع التعاقد عن طريق العربون في المواد 72 مكرر ، فالتعاقد بالعربون هو طريقة من طرق التعاقد، يقدم بموجبه أحد المتعاقدين للآخر مبلغاً نقدياً أو منقولاً، بمناسبة إبرام هذا العقد و بحق لكليهما العدول أو تأكيد الانعقاد لاحقاً، وقد أثارت طبيعة هذا العقد جدلاً كبيراً وسط شراح القانون إلا أن ما يهمننا هو الآثار المترتبة على هذا العقد فهو عقد ملزم لا بد من تنفيذه ولمعرفة آثار الرجوع عن هذا العقد لا بد من التمييز بين حالتين:

1 - عدول من دفع العربون: الأثر المترتب عن العدول هو تعويض الطرف الآخر ويتمثل هذا التعويض في فقدان العربون المادة 72 مكرر/2 .

2 - عدول من قبض العربون: يدفع تعويضاً يساوي مقدار العربون الذي قبضه وبهذا فهو يرد ما قبضه ومثله المادة 72 مكرر/3.

المطلب الثالث: صحة التراضي

لصحة التراضي لا بد من خلو رضا المتعاقد من العيوب وتمثل هذه العيوب في الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال، أما إذا كان الرضا مشوباً بأحد هذه العيوب فإن هذا يعرض العقد للإبطال.

الفرع الأول: الغلط الجوهرى

يعرفه الأستاذ العربي بلحاج بأنه: "وهم يقوم في ذهن شخص يحمله على اعتقاد غير الواقع"¹. ويرى الأستاذ علي فيلاي بأن الغلط: "هو اعتقاد خاطئ من جهة وأنه الدافع للتعاقد من جهة أخرى، بحيث أولاه لما أبرم المتعاقد هذا العقد"².

وقد نظم المشرع الغلط الجوهرى في المواد 81-85 من القانون المدنى الذي يعيب رضاء المتعاقد ويجعل العقد قابلاً للإبطال، في حين أنه تجاهل اهتمام الفقه بالغلط المانع الذي يتعلق بطبيعة العقد أو محله أو سببه لأنه يحول دون تطابق الإيجاب مع القبول وبالتالي انعدام العقد.

ويجوز لمن وقع في غلط جوهرى طلب إبطال العقد³، وللغلط الجوهرى شروط وصور نختزلها فيما يلي:

أولاً: شروط الغلط الجوهرى أو مواصفاته:

أ- أن يكون الغلط جسيماً:

أشارت المادة 82/1 بصراحة لهذا الشرط حيث نصت: "يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط".

والجسامه في نص المادة 82/1 يقصد بها أن الغلط يتعلق بأمر مهم وخطير وليس مجرد أمر عادى وبسيط يمكن تجاهله من قبل المشرع حماية لاستقرار المعاملات ولإبطال العقد لا بد من وجود مصلحة مهمة تستدعى تدخل المشرع لحماية الضحية، ويتم تقدير هذه الجسامه وفقاً للمعيار الذاتى أى العوامل الشخصية والنفسية⁴، بمعنى ما كان يعتقد المتعاقد وما اكتشفه بأن اعتقاده خاطئ فيما بعد .

¹ العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 100.

² أنظر علي فيلاي، مرجع سابق ص 157. الهامش رقم 1.

³ أنظر القرار رقم 406468 المؤرخ في 2008/04/23 المنشور بمجلة المحكمة العليا 2008/ع1 ص 113 أنظر جمال سايس ،

مرجع سابق ، ج 4 ، ص 1503.

⁴ أنظر علي فيلاي، المرجع السابق ، ص 160 .

ب- أن يكون الغلط مؤثراً:

بمعنى أن يكون هذا الغلط هو الدافع للتعاقد فلو علم بهذا الغلط ما كان ليبرم العقد، أما إذا كان الغلط هو الدافع الرئيسي فإن الوهم الذي اعتقده المتعاقد لم يؤثر على علامة رضائه وعليه فإنه على مجال للتضحية بمبدأ استقرار المعاملات ومنح المتعاقد حق إبطال العقد.

ثانياً: صور الغلط الجوهرية

إن الغلط المؤدي لإبطال العقد يزخر بصور عديدة غير أننا سنركز على الصور التي أشار إليها المشرع في النصوص القانونية.

أ- الغلط في صفة الشيء:

نصت المادة 82/2 " ويعبر الغلط جوهرية على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية".

استناداً لهذه المادة قد ينصب الغلط الجوهرية على صفة الشيء على العقد والمعيار المتخذ لتقدير الغلط في صفة الشيء هو المعيار الذاتي والشخصي كأصل عام، حيث ورد بالمادة أعلاه " يراها المتعاقدان جوهرية" فما هو جوهرية في شيء يختلف من متعاقد لآخر لذلك فالعبرة بالنظرة المشتركة للمتعاقدين لتفادي تعسف الضحية والمحافظة على استقرار المعاملات.

غير أنه في حالة استحالة معرفة الصفة الجوهرية للشيء بالرجوع لنظرة المتعاقدين معاً، اعتمد المشرع المعيار الموضوعي كاستثناء أو حل احتياطي يعتمد القاضي في السلطة التقديرية وذلك بالرجوع لشروط العقد والعوامل المحيطة به أو بالرجوع لحسن نية المتعاقدين الذي يقتضي الابتعاد عن الغش والخداع¹، ومثال ذلك شراء خاتم من عند الصانع ببلغ 15000 دج، فإذا لم يكن ذهباً فهذا غلط جوهرية لأن قيمة الثمن وبيعه في محل بيع الجواهر الذهبية يقتضي أنه مصنوع من الذهب.

ب- الغلط في ذات أو صفة المتعاقد الآخر:

نصت المادة 82/3 على هذا المثال بقولها: " وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

ويقصد بهذا النص أن العقد يكون قابلاً لإبطال الغلط، إذا كانت هذه الذات أو الصفة محل اعتبار بالنسبة للمتعاقد الذي وقع في الغلط بحيث لو علم بالحقيقة لما أبرم العقد، مثل الهبة التي يعتقد فيها

¹ المرجع نفسه، ص 164، 166 .

الواهب بأن الموهوب له هو ابنه الطبيعي أو الشخص الذي أسدى له خدمة أي سابق ثم يتبين عكس ذلك.

و عقد العمل الذي يعتقد فيه صاحب المصنع بأن العامل حربي في حين أنه لا يجيد قواعد الحرفة. ومن أمثلة الغلط في صفة المتعاقد نجد غلط المقرض أو الكفيل في صفة المدين الأصلي بحيث يعتقد المقرض أو الكفيل بأن المدين موسر (غني) في حين أنه توقف عن الدفع وهو على وشك الإفلاس.¹

ج-الغلط في القانون:

نصت المادة 3 من القانون المدني على أن: " يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين 81 و 82 "

بمعنى أنه يجوز إبطال العقد للغلط في القانون متى كان هذا الغلط جوهرياً ولو علم به المتعاقد ما لم يبرم العقد كقيام الوارث بتسديد ديون موروثه فيما يتجاوز قيمة الشركة.

و للإشارة فإن الدفع بالغلط في القانون يهدف للتطبيق الصحيح للقانون مما يجعله جائزاً، أما ما يعرف بقاعدة ألا يعذر بجهل القانون فهي قاعدة وضعت لمنع تمسك المجرم بجهله للقانون للتخلص من العقوبة.²

الفرع الثاني: التدليس

عرف الأستاذ علي علي سليمان التدليس بأنه: طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه للتعاقد³ ، أما الأستاذ علي فيلاي فيعرفه بأنه حيل يلجأ إليها المتعاقد لإيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه للتعاقد⁴ .

وقد ميزه الأستاذ العربي بلحاج عن الغلط فقال: " ذلك أن الغلط توهم تلقائي، أما التدليس فهو توهم بفعل شخص آخر وبهذا يصبح أن يطلق على التدليس تسميته التخليط أو الإيقاع في الغلط عن طريق الغش أو الاحتيال"⁵ .

وبعد تعريفنا للتدليس نتطرق إلى عناصر وشروط التدليس

¹ أنظر أ. كودري فاطمة الزهرة، الحماية القانونية للكفيل في عقود الائتمان، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 . سنة 2012

² علي فيلاي، ص 16- 167.

³ انظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 60.

-و انظر المادة 86 ق.م .

⁴ علي فيلاي، مرجع سابق ص 174.

⁵ أنظر العربي بلحاج، مرجع سابق ص 109 .

أولاً: عناصر التدليس

للتدليس عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي

أ- العنصر المادي للتدليس:

يتمثل العنصر المادي في الطريقة المتبعة لتضليل المتعاقد ودفعه لإبرام العقد وقد تتمثل هذه الطريقة في القيام بأفعال أو المبالغة في العبارات المادحة لدرجة الكذب وقد يتوقف الأمر على اتخاذ موقف سلبي يتمثل في السكوت من وقائع جوهرية، وهذا ما سنتطرق إليه في العناصر التالية:

1- التحايل باتخاذ موقف الإيجاب :

في هذه الحالة يتخذ المتعاقد مختلف الوسائل والأفعال لإخفاء الحقيقة كاستظهار مستندات مزورة أو شهود زور أو يتخذ مواقف مخالفة لعاداته اليومية لإظهار نوع من الرفاهية كقيادة سيارة فخمة وقد يدعم هذه الأفعال بأقوال غير حقيقية بحيث يكون الكذب وسيلة أخرى للتدليس، غير أنه لا بد من المبالغة حتى ترقى هذه الأكاذيب لدرجة التدليس لأن مجرد الترويج للسلعة بمدحها وفقاً لما هو متعارف عليه في العادات والتقاليد لا يعد كذباً خطيراً أو تدليساً.

2- التحايل باتخاذ موقف سلبي:

لا يقتصر التدليس على اللجوء للحيل في صورتها الإيجابية فحسب وإنما اعتبر المشرع المادة 2/86 : "تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا أثبت المدلس عليه أنه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

إن التمعن في نص المادة 2/86 أعلاه يفيد بأن الكتمان أو السكوت العمدي يعد تدليسا ويعرض العقد للإبطال، وبمفهوم المخالطة لهذه المادة لا بد من إعلام المتعاقد وإلا تحمل المتعاقد الآخر للمسؤولية، فهل الالتزام بالإعلام موجود في القانون المدني؟

فعلا الالتزام بالإعلام موجود في القانون المدني ولكنه يطبق كاستثناء و يطبق بشروط وهي علم المدلس بالواقعة وجعل المدلس عليه للواقعة، وأن تكون الواقعة جوهرية، ولذلك لا الالتزام بالإعلام قاعدة عامة في القانون المدني، لأن من مبادئ القانون المدني المساواة ولذلك فإن المشرع لا يفضل أحد المتعاقدين على الآخر ليفرض الالتزام على عاتق أحد الطرفين فقط¹.

¹ راجع لمزيد من التفصيل حامق ذهبية . الالتزام بالاعلام في العقود . أطروحة دكتوراه كلية الحقوق . جامعة الجزائر 1 .

وما يهمننا في هذا العنصر هو شروط السكوت أو الكتمان حتى يعد تدليساً¹ :

- أن يتعلق الأمر بواقعة مؤثرة.

- أن يكون المدلس يعلم بهذه الواقعة أو الملائسة.

- أن يكون المدلس عليه يجهل هذه الواقعة ويصعب معرفتها دون إعلامه بما من المدلس.

ومفهوم المخالفة إذا تحققت هذه الشروط ينشأ الالتزام بالإعلام الذي يعد في القانون المدني استثنائي و يطبق بشروط ، أما في القوانين الخاصة كقانون حماية المستهلك و قانون النقد و القرض فهو التزام قانوني بقواعد أمر²

ب- العنصر المعنوي للتدليس:

يتمثل العنصر المعنوي في نية التضليل والخداع والرغبة في إيقاع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه للتعاقد وتثبت نية التضليل بكافة الطرق³.

ثانياً: شروط التدليس

لا بد أن يكون التدليس صادراً من المتعاقد (المدلس)، كما يشترط أن تكون الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين جسيمة.

أ- أن يكون التدليس مؤثراً:

نصت المادة 1/86 من القانون المدني " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي يلجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

¹ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 181.

² انظر قرار المحكمة العليا رقم 581228 بين الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط ضد (س.ع) و الصندوق الوطني للسكن، المؤرخ في 2010/07/22، المنشور بمجلة المحكمة العليا العدد 2 لسنة 2010 ص 161 والذي ورد به :

الموضوع: بنك - اتفاقية قرض - التزام بالإعلام و التوجيه.

المبدأ: يقع على البنك قبل توقيع اتفاقية القرض ، التزام بإعلام و توجيه المقترض بإمكانية حصوله على دعم مالي من الصندوق الوطني للسكن - يؤدي إخلال البنك بهذا الالتزام إلى الإيقاع بالمقترض في غلط جوهري ، يبرر مطالبته بإلغاء اتفاقية القرض.

-أنظر جمال سايس ، مرجع سابق ، ج4 ص 1644.

³ أنظر لخلو خيار غنيمية، مرجع سابق ، ص 65.

يستشف من هذا النص بأنه لا بد أن تكون الطرق الاحتمالية أو الأكاذيب التي لجأ إليها المدلس قد أثرت في رضا المدلس عليه، بحيث كانت الدافع الأصلي لإبرام هذا العقد، أما إذا ما لم تؤثر هذه الحيل على رضائه وكان سيرم العقد في كل الأحوال فلا مجال لإبطال العقد.

ب- أن يكون التدليس صادرا من أحد المتعاقدين أو من في حكمه :

الأصل أن يكون التدليس صادرا من أحد المتعاقدين أو النائب عنه¹ غير أنه قد يصدر من طرف أجنبي عن المتعاقدين فهل يمكن إبطال العقد من قبل المدلس عليه رغم أن المتعاقد الآخر لم يلجأ للطرق الاحتمالية لإيقاعه في غلط يدفعه للتعاقد؟.

الأصل أنه ليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد إذا صدرت الحيل عبر المتعاقدين طبقا للمادة 87 من القانون المدني إذ لا يمكن المساس بمبدأ استقرار المعاملات ومساءلة المتعاقد الآخر على فعل غيره رغم أن المدلس عليه تعرض رضائه لعب أفسده، ويمكن لهذا الأخير التمسك بالغلط. غير أن المادة 87 من القانون المدني لم تجعل هذه القاعدة دون استثناء إذ يمكن لمدلس عليه التمسك بإبطال العقد " إذا أثبت أن المتعاقد معه كان يعلم ، أو من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس".

الفرع الثالث: الإكراه

تناول المشرع الجزائري الإكراه في المادتين 88 و 89 من القانون المدني حيث تناول في المادة 88 الشروط التي ينبغي توفرها في الرغبة البينة التي تعد العمود الفقري في تعريف الإكراه المبطل للعقد، أما المادة 89 تناولت مصدر الإكراه.

وقبل الخوض في شرح هذه العناصر لا بد من الإشارة إلى بعض التعاريف الفقهية للإكراه، فقد عرفه علي علي سليمان بأنه " عيب ثالث في الإرادة يجعل المتعاقد يبرم العقد تحت سلطان خوف حال، فالخوف هو الذي يكون حالا وليس الخطر، بحيث يجعل إرادته غير حرة، فهي موجودة لكن تختار إبرام العقد لاتقاء شر تخشاه"². أما الأستاذ العربي بلحاج " فيعرف الإكراه بأنه : ضغط يتعرض له العاقد فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد"³.

¹ أنظر المادة 1/86.

² أنظر علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 64

³ أنظر العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص 115

أما الأستاذ علي فيلاي فيرى بأن الإكراه هو: " ضغط تتأثر به إرادة الفرد فيدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه، وفي الحقيقة ليست وسائل الإكراه... (التهديدات) هي التي تفسد الرضاء، وإنما الرهبة أو الخوف الذي تحدثه هذه الوسائل في نفس المتعاقد هي التي تفسد الرضا " ¹.

أما الأستاذة لخلو خيار غنيمه فتقول بأن الإكراه لا يعد في حد ذاته عيباً في الرضاء، بل الرهبة هي التي تكون هذا العيب لأن المادة 88 اشترطت أن يرتب الإكراه رهبة بيّنة حتى يؤدي لإبطال العقد ²

و من هنا نلاحظ بأن الإكراه عنصرين أحدهما مادي ويتمثل في الوسائل المستعملة للتهديد المتعاقد أو تهديده بأن خطراً جسيماً محققاً سيلحق أحد أقاربه أو شرفه أو ماله...، بالإضافة إلى العنصر المعنوي وهو الخوف أو الرهبة البيّنة التي بعثها المتعاقد الآخر في نفس المتعاقد المكره وتؤثر هذا الخوف بشكل يدفعه للتعاقد، والمعيار المعتمد في هذا الإطار هو المعيار الشخصي أو الذاتي حيث يختلف تأثير التهديدات من شخص لآخر وهذا ما نستنتجه من المادة 3/88 التي نصت على أن: " و يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، ونسبة وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه".

أولاً: شروط الإكراه :

1- تعرض المتعاقد لرهبة بيّنة :

لقد تكلفت المادة 2/88 بتعريف هذه البيّنة بقولها: " وتعتبر الرهبة قائمة على بيّنة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو أحد أقاربه، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال".

فالرهبة البيّنة شروط تتمثل في وجود ظروف تتصور للمتعاقد بأن هناك خطراً معيناً ولهذا الخطر مواصفات، كما أن هذا الخطر لا يهدد أياً كان.

أ- الشروط المتعلقة بالخطر:

- لا بد أن يكون هذا الخطر جسيماً: بمعنى أنه ذو عواقب وخيمة يخشاها المتعاقد المكره وأنه سيقبل إبرام العقد تفادياً لحدوثها ومعيار تقدير جسامته الخطر هو معيار ذاتي شخصي استناداً لأحكام المادة 3/88 المذكورة أعلاه.

- لا بد أن يكون الخطر محققاً: بمعنى وشيك الوقوع، أي قد يقع هذا الخطر بعد لحظات ¹.

¹ علي فيلاي ، المرجع السابق، ص 186 و 187.

² لخلو خيار غنيمه ، مرجع سابق ، ص 67.

ب- الشخص المهدد بالخطر:

لقد أشار المشرع في المادة 2/88 إلى الشخص المهدد بالخطر الذي قد يكون المتعاقد نفسه، أو أقارب المتعاقد سواء كان هذا الخطر يهدد القريب في نفسه أو جسمه أو شرفه أو ماله، وللإشارة فإن المشرع لم يقيد عبارة الأقارب بدرجة القرابة.

2- الرهبة البيّنة هي الدافع للتعاقد:

يتعلق الشرط الثاني بالدافع للتعاقد، حيث تكون هذه الرهبة أو الخوف هي التي أدت إلى إبرام العقد فالتعاقد كان نتيجة حتمية منطقية ورئيسية للتهديد والضغط الذي تمت ممارسته على المتعاقد، حيث أدى هذا الإكراه إلى إفساد الرضا والتضييق من حرية الخيار لدى المتعاقد وهو ما يسمى بالإكراه المعنوي الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال، أما إذا لم تكن هذه التهديدات مجرد دافع للتعاقد وأدت إلى إعدام إرادة المتعاقد وتم جبره على وضع بصمته على العقد فإننا هذا يؤدي إلى اعتبار العقد باطلاً بطلائعاً مطلقاً.

ثانياً: مصادر الإكراه

نصت المادة 89 في هذا الإطار على أن: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه".
إن الإكراه الصادر من قبل المتعاقد يمكن إثباته طبقاً للمادة 1/88² غير أن الإكراه الصادر من غير المتعاقدين لا بد فيه من إثبات المتعاقد المكره لعلم المتعاقد الآخر (العلم الحقيقي) أو حتمية علمه (العلم الحكمي)، فإذا لم يستطع إثبات علم المتعاقد الآخر بصدور الإكراه من الغير، فإن المتعاقد المكره لا يفقد حقه وإنما يجوز له الرجوع على هذا الغير وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية طبقاً للمادة 124 من القانون المدني، وللإشارة فإن المشرع تناول الإكراه الصادر من الأشخاص فقط دون حالة الضرورة أو الضغط المترتب عن الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية ...³

¹ علي فيلاي المرجع السابق، ص 188-189.

² نصت المادة 1/88: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بيّنة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".

³ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 194.

الفرع الرابع: الاستغلال

بعد رجوعنا للعديد من التعريفات المقترحة لعيب الاستغلال والتي ركزت على الاستغلال في عقود المعاوضة فقط، كان لا بد من التأكيد منذ البداية بأن هذا العيب يطبق على كل العقود وهذا واضح من خلال الأساس القانوني لهذا العيب ألا وهو نص المادة 90 من القانون المدني.

فقد عرف الأستاذ **علي علي سليمان** الاستغلال بأن: "تكون إدارة المعيوب قد عيبت بالطيش أو الهوى فاستغل المتعاقد معه هذا الضعف وحصل منه على التزامات لا تعادل مطلقاً ما التزم به"¹.

أما الأستاذ **العربي بلحاج** فيقول بأنه: "استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً غير مألوف"²، وهو التعريف الذي لا يتعارض وأحكام المادة 3/90 من القانون المدني.

وهذا ما أكدته الأستاذ **علي فيلاي** بقوله: "الاستغلال لغة هو الانتفاع من الغير بدون حق، أما اصطلاحاً فهو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض"³.

والاستغلال بهذا المعنى هو عيب في الرضا لأنه يؤثر على سلامة رضاء المتعاقد وهو مفهوم مختلف عن مفهوم الغبن فهو عيب في العقد يتعلق باختلال التوازن بين التزامات المتعاقدين فالعبرة بالتفاوت المادي الذي أشار إليه المشرع في نصوص خاصة في القانون المدني⁴ منها المادة 91 من القانون المدني.

وبعد تعريفنا للاستغلال نتطرق لعناصره وأثر توفر شروطه.

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 67.

² العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 127.

³ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 203.

⁴ راجع المواد 358 (الغبن في بيع العقار)، 415 (المقايضة)، 732 (القسمة).

أولاً: عناصر الاستغلال (المادة 1/90)

للاستغلال عنصران يتمثل الأول في العنصر المادي أما الثاني فيتعلق بالعنصر المعنوي:

أ- العنصر المادي للاستغلال:

لقد نصت المادة 1/90 في شرطها الأول على هذا العنصر بقولها: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب هذا العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد....."

يتضح لنا من خلال هذا النص بأن التفاوت الكثير أو الاختلال الواضح أو التناسب بين التزامات المتعاقدين هو معيار الركن المادي للاستغلال غير أن فكرة التفاوت لا تطبق على عقود دون أخرى بل إن الاستغلال موجود في كل أنواع العقود كل ما في الأمر أن التفاوت:

- يختلف من عقد لآخر، ففي عقود المعاوضة: نجد الركن المادي للاستغلال في صورة تفاوت بين التزامات الطرف المستغل والفائدة التي تحصل عليها فهي ضئيلة مقارنة بما التزم به.

- أما في العقود التبادلية: فإن الركن المادي للاستغلال يتحقق بوجود تفاوت واضح بين ما التزم به الطرف المستغل وما التزم به الطرف المستغل.

- أما في العقود الاحتمالية: فإن التفاوت يكون بين خط الربح والخسارة للطرفين، بحيث تنعدم أو تختفي فكرة تكافؤ احتمال حظ الربح والخسارة لدى المتعاقد المستغل بالمقارنة مع احتمال حظ الربح والخسارة لدى المتعاقد الآخر.

- أما في العقود التبرعية: فإن فكرة الاستغلال تطبق رغم انعدام العوض أو المقابل الذي يمكن المقارنة معه، ويمكن تقدير مدى وجود التفاوت الكثير أو عدم التناسب بالرجوع لمعايير اقترحها الفقهاء، فهناك من اقترح افتراض الركن المادي للاستغلال كلما تعلق الأمر بالعقود التبرعية، غير أن الاقتراح الأقرب لنص المادة 90 من القانون المدني هو التفاوت بين التزامات المتبرع والغاية المعنوية التي يسعى لتحقيقها، ويكون هذا التفاوت موجوداً بالمقارنة بين المقدار غير المألوف للمال المتبرع به من جهة وثروة المتبرع من جهة أخرى.¹

¹ انظر علي فيلاي . مرجع سابق، ص 208.

ب- الركن المعنوي للاستغلال:

يُنظر للركن المعنوي للاستغلال من زاويتين، فبالنسبة للطرف المستغل أو المغبون يتمثل في الضعف النفسي أي الطيش البين أو الهوى الجامح، أما بالنسبة للمتعاقد الآخر (المستغل) فيتعلق الأمر بنية استغلاله لضعف الطرف المغبون¹ وإبرام العقد، وفقا لشروط والتزامات متفاوتة أو قبول الهبة في هذه الظروف رغم وجود تفاوت بين ما تبرع به الطرف المغبون وبين قيمة ثروته.

1- ضعف الطرف المغبون:

يتجسد هذا الضعف في إحدى صورتين: الطيش البين أو الهوى الجامح أما الطيش البين: "فهو الخفة الزائدة والتسرع الذي يصحبه عدم التبصر وعدم الاكتراث بالعواقب، ويشترط في الطيش أن يكون بينا أي واضحا وظاهرا... أما الهوى الجامح فهو الولع أو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس الشخص فتدفعه إلى التصرف عاطفيا وبدون إرادة حكيمة² فهو الرغبة الشديدة والشعور الملح وميل النفس وولعها ولعاً لا قبيل لدفعه بحيث يفقد معها المتعاقد حرية الخيار ويقبل إبرام التصرف بعد أن نالت هذه الرغبة من سلامة رضائه وصحة قراره³ وحسن تدبيره.

2- استغلال الضعف النفسي للمغبون:

لا بد أن يكون الضعف النفسي هو الدافع للتعاقد أي أن يستغل الطرف الآخر هذا الضعف للاستفادة من عقد تفاوت فيه التزاماته مع التزامات الطرف الضعيف وهذا الأمر يقتضي علم المستغل بضعف الطرف المغبون، ويُعد عدم التعادل الفادح قرينة على نية الطرف المستغل لدى الأستاذ العربي بلحاج⁴، أما الأستاذ علي فيلاي فيرى بأن إضافة هذا الشرط ما هو إلا وسيلة لتضييق مجال تطبيق نظرية الاستغلال⁵، ونرجح رأي الأستاذ فيلاي في هذا الإطار لأنه من المفروض أن يكون الاستغلال كعيب من عيوب الرضا قائما بمجرد توفر الركن المادي والضعف النفسي للطرف المغبون فقط، لأن ذلك كافٍ لتكون إرادته معيبة .

¹ وهذا ما عبرت عنه المادة 1/90: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد".

² العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 131.

³ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 210. بتصريف.

⁴ العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 131.

⁵ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 212.

ثانيا: الآثار المترتبة على توفر عناصر الاستغلال¹:

أ- الأصل:

أن العقد يكون قابل للإبطال من قبل أو بطلب من الطرف المغبون الذي استغل طيشه البين أو هواه الجامح وذلك بعد رفع دعوى الإبطال خلال سنة، غير أنه وخلافا للعيوب الأخرى فإن المادة 1/90 من القانون المدني نصت في شطرها الأخير: "... جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد". بمعنى أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية بحيث يمكنه إبطال العقد حسب طلب الطرف المغبون أو يحكم بالإبقاء على العقد مع إنقاص التزامات الطرف الغبون بشكل يقلل من التفاوت الكثير بين الالتزامات التي أشارت إليه نفس المادة في شطرها الأول بقولها: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة"

وهذا الحل أدرجه المشرع للمحافظة على مبدأ استقرار المعاملات وللإشارة فإن هذه القاعدة المتعلقة بالإبطال والإنقاص تطبق على كل العقود غير أن المشرع خص عقود المعاوضة باستثناء في المادة 3/90.

ب- الاستثناء:

نصت المادة 3/90 على أن: "ويجوز في عقود المعاوضة أن يتولى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن"، ففي هذه الحالة يقدم الطرف المستغل لضعف الطرف المغبون عرضا لرفع التفاوت الكثير في النسبة بغية الإبقاء على العقد وتفاديا لإبطاله من قبل القاضي، حيث يقدم عرضا بالزيادة في التزاماته وترجع السلطة التقديرية للقاضي في تقدير ما إذا كان مقدار هذه الزيادة من شأنه رفع الغبن، فإن كان ذلك كافيا فإنه لا يحكم بإنقاص التزامات الطرف المغبون ولا ينطق بإبطال العقد وإنما يحكم بإبقائه والزيادة في التزامات الطرف المستغل.

¹ راجع المادة 90 من القانون المدني بكل فقراتها.

المطلب الرابع: الأهلية كآلية لحماية التراضي

لقد انتهجت القوانين الوضعية طرقا ووسائل لحماية الرضا، فقد ظهرت الوسائل التقليدية منذ القدم وهي تتصف بالغرض العلاجي كمنظرة عيوب الرضا التي تطرقنا إليها في المطلب الثالث من هذا المبحث، بالإضافة لأحكام الأهلية التي سنركز عليها في هذا المطلب، وإضافة لهذه الوسائل التقليدية ظهرت وسائل حديثة نظرا لعجز الوسائل التقليدية عن تحقيق التوازن العقدي وعدم استجابتها لتطلعات وانشغالات المتعاقد الضعيف، فدراية الطرف القوي وقوته الاقتصادية والثقافية ومركزه المتميز واحتكاره للخدمات أو السلع جعله على دراية وإطلاع بكل ما يتعلق بالعقد، في حين يفتقر الطرف الآخر إلى الحد الأدنى لهذه المعلومات وهذا ما فرض على المشرع استحداث وسائل جديدة لحماية رضا المتعاقد وأصبح الغرض من هذه الوسائل مختلفا حيث أصبح الهدف وقائيا وفي هذا الصدد فرض التزامات على عاتق الطرف القوي: كالالتزام بالإعلام والالتزام بالتحذير ومنح للمتعاقد الضعيف حقوقا جديدة كمهلة التروي والتراجع عن العقد،¹ إلا أن ما يهمنا في هذا الإطار هو أهلية التعاقد التي يقصد بها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التي من شأنها أن تكسبه الحقوق أو تحمله للالتزامات، والأصل أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو يفقدها بحكم القانون طبقا للمادة 78 من ق.م، والعيوراض هي الحالات التي تكون فيها أهلية الشخص غير كاملة فيخصص المشرع الحماية لهذا الشخص، أما الموانع فهي الأسباب التي تمنع الشخص من القيام بالتصرفات القانونية حماية للغير.

- عوارض الأهلية

تتمثل هذه العوارض في صغر السن، الجنون، العته، السفه، الغفلة، فبالنسبة لصغر السن نميز حالتين، حالة ما إذا كان الصبي لم يبلغ 13 سنة ففي هذه الحالة تكون تصرفاته القانونية باطلة بطلانا مطلقا أما إذا كان سنه ما بين 13 وقبل بلوغه 19 سنة فإن التصرف الذي يبرمه يعد قابلا للإبطال وفقا لأحكام ق.م، أما بالنسبة للمجنون والمعته فإن انعدام الإرادة لديهما جعل تصرفاتهما باطلة بطلانا مطلقاً، خلاف السفه وذو الغفلة التي تعد تصرفاتهما قابلة للإبطال فقط.

- موانع الأهلية

تتمثل هذه الموانع في حالة الغياب والفقْد طبقا للمادتين 109-110 من القانون المدني، بالإضافة إلى المانع القانوني المتمثل في الحجر القانوني الذي يقتضي حرمان المحكوم عليه من مباشرة التصرفات القانونية، بالإضافة إلى المانع الجسماني الذي يتحقق باجتماع عاهتين طبقا للمادة 80 من القانون المدني.

¹ أنظر أ. كودري فاطمة الزهرة، حماية الكفيل المتعامل مع البنك الدائن، المجلة الجزائرية للعلوم السياسية و القانونية و الاقتصادية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، المجلد 51 العدد 02 سنة 2014، ص 228. منشور في الأنترنت.

المبحث الثاني

المحل

إذا نشأ العقد صحيحاً فإنه يترتب آثار بحيث ينشئ العقد التزامات في ذمة أطرافه وبهذا فإن محل الالتزام الناشئ عن العقد شروط ثلاث تتمثل في ضرورة أن يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود، أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين، أن يكون مشروعاً¹.

المطلب الأول: وجود المحل أو إمكانية وجوده

نميز في هذا الإطار بين أصناف الالتزامات، فالالتزام بمنح لا بد أن يكون المحل موجوداً وقت إبرام العقد تحت طائلة بطلانه بطلاناً مطلقاً، (الفرع 1) أما الالتزام بفعل أو عدم فعل شيء ما فيقتضي إمكانية وجود المحل وعدم استحالة وجوده استحالة مطلقة (الفرع 2).

الفرع الأول: ضرورة وجود المحل في الالتزام بمنح :

أولاً: الأصل العام:

يشترط وجود محل الالتزام قبل انعقاد العقد أو أثناءه عندما يتعلق الأمر بالالتزام بمنح، وإذا تخلف هذا الركن كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، سواء كان هذا الشيء محل الالتزام منعماً أصلاً، أو هلك أو تلف قبل انعقاد العقد أو أثناءه، ففي هذه الحالة فإن المدين به لم يستطع الوفاء بالالتزام، أما إذا كان المحل موجوداً أثناء إبرام العقد ثم هلك أو تلف بعد الانعقاد فإن هذا لا يؤثر على صحة العقد وإنما تثار فكرة تحمل تبعه الهلاك فإن كان الشيء محل الالتزام لا يزال في يد المدين ولم يحن أجل التسليم فإن المدين هو الذي يتحمل تبعه الهلاك أما إذا حان أجل التسليم وقام المدين بإخطار الدائن بضرورة استلامه للشيء محل الالتزام وتماطل الدائن في استلامه أو استلمه ثم هلك أو تلف فإن الدائن هو الذي يتحمل تبعه الهلاك.²

ولهذه القاعدة تطبيقات في القانون المدني حيث نصت المادة 369: "إذا هلك المبلغ (الشيء محل الالتزام) قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد اعذار المشتري بتسليم المبيع"، غير أنه لا بد من عدم تجاهل أحكام القواعد العامة التي تسمح بالوفاء بمقابل وتحدد الالتزام بتغيير

¹ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 219-223.

-العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 138-139.

-علي علي سليمان، مرجع سابق ص 69-70.

² المادة 270 من القانون المدني: "إذا تم إعذار الدائن فإنه يتحمل تبعه هلاك الشيء أو تلفه ويصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر."

محله،¹ حيث نصت المادة 285 من القانون المدني على أن: "إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء".

ثانيا: الاستثناء:

قد لا يكون المحل موجودا لحظة إبرام العقد، مما يثير فكرة التعامل في الأشياء المستقبلية الذي يعد باطلا في الشريعة الإسلامية،² حيث أن المعدم لا يصلح أن يكون محلا للعقد، إذ لا يصلح بيع ما لم يتيقن وجوده غير أن فقهاء المالكية كانوا أقل تمسكا بهذا الشرط، فأجازوا العقد على معدوم سيوجد في عقود التبرعات³ وهذا ما تأثر به المشرع الجزائري في المواد 187 من قانون أ (الوصية)، 209 من قانون أ (الهبة)، و المادة 92 من القانون المدني التي نصت على أن: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه....."⁴.

وعلى هذا الأساس فإن التعامل في الأشياء المستقبلية جائز متى كان محقق الوقوع، بمعنى أنه لا يتوقف على عوامل لا يتحكم فيها المتعاقدان كمنضج الثمار أو تلفها بسبب عوامل طبيعية، فهذا الأمر ينطوي على غرر أراد المشرع تفاديته من خلال وضعه لشرط "محققا"، أما إذا كان الأمر يتعلق بشراء شقة بناء على تصاميم فإنه أمر جائز لأنه يرتبط بإرادة المدين وسعيه لبناء الشقة، فالأشياء المستقبلية التي تصلح كمحل للالتزام هي التي يكون وجودها في المستقبل أمراً محققاً أو محتملاً، أما إذا كان وجودها أمراً مستحيلاً على الإطلاق فإنها لا تصلح كمحل للالتزام ولا ينعقد العقد لتخلف ركن المحل⁵.

وفي الأخير نشير إلى منع المشرع الجزائري للتعامل في تركة إنسان وهو لا يزال على قيد الحياة باستثناء الوصية ونظرا لتنافي هذا التصرف مع الآداب والأخلاق.⁶

¹ راجع المادتين 285-287 من القانون المدني.

² علي علي سليمان، مرجع سابق ص 70.

³ العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 144 في إشارته للإمام محمد أبو زهرة الخرشي، شرح مختصر خليل.

⁴ أنظر المواد 92 ق. مدني و 187 و 209 من قانون الأسرة.

⁵ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 225-227.

⁶ علي علي سليمان، مرجع سابق ص 70.

الفرع الثاني: إمكانية المحل في الالتزام بفعل أو عدم فعل شيء ما:

إذا كان محل الالتزام يتمثل في الالتزام بفعل شيء ما أو الامتناع عن القيام بفعل معين فإنه لا يشترط وجود محل الالتزام وقت الانعقاد ولكن يكفي أن يكون ممكن الوجود، بمعنى أنه غير مستحيل لأنه لا تكليف إلا بمسئاع¹، وقد نصت المادة 93 من القانون المدني في هذا الإطار على أن: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان باطلاً بطلاناً مطلقاً" وفي هذا الإطار لابد من التفرقة بين الاستحالة النسبية (أولاً) والمطلقة (ثانياً).

أولاً: الاستحالة النسبية: ²

هي الاستحالة التي ترجع لاعتبارات شخصية بحيث يكون المحل غير ممكن بالنسبة للمتعاقد، ممكناً بالنسبة للغير نظراً لاعتبارات خاصة بهذا المتعاقد كالمريض أو نقص المهارة أو السفر، وهذه الاستحالة لا تمنع الانعقاد وغنما يلتزم المدين بتنفيذ التزامه عن طريق التعويض طبقاً للمادة 176.

ثانياً: الاستحالة المطلقة:

ترجع هذه الاستحالة لاعتبارات موضوعية بحيث يستحيل على أي كان تنفيذ هذا الالتزام، وفي هذه الحالة لا مجال للانعقاد إذا كانت الاستحالة سابقة أو معاصرة لإبرام العقد، أما إذا طرأت هذه الاستحالة بعد نشوء الالتزام وحلول مرحلة التنفيذ فإن العقد ينشأ صحيحاً، ولكن التزام المدين ينقضي بسبب استحالة التنفيذ³ طبقاً للمادة 307 من القانون المدني التي تنص: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

¹ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 230.

² العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 141، علي فيلاي، مرجع سابق، ص 230-231، علي علي سليمان، مرجع سابق ص 71.

³ علي فيلاي، ص 231، العربي بلحاج ص 141.

المطلب الثاني: تعيين المحل

يشترط تعيين محل الالتزام وتختلف طريقة التعيين باختلاف الشيء محل الالتزام.

- إذا ورد الالتزام على شيء معين بالذات: (أي من القيميات)¹، فلا بد من تحديد ذاتية الشيء حتى يتم تعريفه مما يمنع الجهالة فيه، فإذا كان هذا الشيء أرضاً أو منزلاً، يتم تحديد موقعه وحدوده ومساحته وأوصافه أما إذا كان منقولاً كالسيارة فيتم تعيين صنفها وتاريخ صنعها ولونها...².
- إذا كان محل الالتزام شيئاً مثلياً: (أي غير معين بالذات): فيجب أن يكون معيناً بجنسه (صنفه)، نوعه، ومقداره وإلا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً، طبقاً للمادة 1/94، مثل اتفاق طرفين على بيع (حبوب) نوعه أرز أو عدس أو ... ومقداره 100 أو 500 كلغ، وفي هذا الإطار لا بد من الاتفاق على درجة الجودة غير أن المادة 2/94 من القانون المدني أوجدت الحل في حالة عدم الاتفاق، نصت على أن: "... إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن من تبين ذلك من العرف أو من أي طرف آخر التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط".
- إذا كان محل الالتزام يرد على نقود: فيجب تعيين مقداره، ويلتزم المدين بالمقدار المذكور في العقد طبقاً للمادة 95 من القانون المدني حيث لا يمكن أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير.

¹ القيميات هي الأشياء المختلفة والمتفاوتة في أمور عدة ويتم التعرف عليها بواسطة المميزات الخاصة بها، أنظر علي فيلاي ص 233، أما الأشياء المثلية أو الأشياء غير المعينة بالذات فهي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتقدر في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن طبقاً للمادة 686 من القانون المدني.

² العربي بلحاج ص 145.

المطلب الثالث: مشروعية المحل

تتمثل مشروعية المحل في قابليته للتعامل إذا تعلق الأمر بالالتزام بمنح، وعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة إذا تعلق الأمر بالالتزام بعمل أو الامتناع عن شيء ما¹، وتجد هذه الفكرة أساسها القانوني في المادة 93 التي تنص على أن: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً".

الفرع الأول: قابلية المحل للتعامل

يطلب العقد متى ورد على شيء غير قابل للتعامل سواء:

1/ بحسب طبيعته: كالهواء، أشعة الشمس،...

2/ بحكم القانون: كمنع التعامل في أعضاء الإنسان أو الأشياء المملوكة للدولة أو تركة شخص على قيد الحياة أو المخدرات إلا إذا استعملت لأغراض طبية².

الفرع الثاني: عدم مخالفة المحل للنظام العام

عندما يتعلق الأمر بالالتزام بعمل أو بعدم فعل شيء ما فإن المحل لا بد أن لا يكون مخالفاً لمقتضيات النظام العام والآداب العامة، وقد أثار مفهوم النظام العام جدلاً واسعاً فقيل بأن تعريفه مغامرة في الرمال الزاحفة، كما قيل: "إنك إذا أردت تعريف النظام العام فإنما تركب حصاناً جامحاً لا تدري على أي أرض سيلقي بك"، ويصعب تعريفه لأنه يتغير بتغير الأوضاع فقد عرف اتساعاً في مجاله، غير أن قواعد النظام العام في مجملها هي تلك القواعد التي تهدف لتحقيق أو حماية مصلحة عامة سياسية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصالح الأفراد، أما الآداب فهي مجموعة الأسس الأخلاقية والمثل والمبادئ العليا المعروفة في المجتمع والمستمدة من الدين، الأعراف والتقاليد.³

وما تجدر الإشارة إليه أن النظام العام عرف تطوراً كبيراً نظراً لتغير دور الدولة، هذه الأخيرة التي كان دورها يقتصر على الاعتناء بالمصلحة العليا للبلاد فكان النظام العام ينحصر مجاله في الشأن السياسي فحسب، والدولة لا تتدخل إلا لحماية المصلحة العامة التي تتعلق بحماية الدولة، العائلة (الحالة المدنية، الميراث، النفقة... إلخ)، والآداب العامة (المعاقبة على الفعل المخلل بالحياة، الدعارة، القمار...).

¹ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 240-242.

² العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 146-148.

³ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 242-267-270.

غير أن دور الدولة عرف تقدماً واسعاً حيث أصبحت الدولة تتدخل في المجالات الثقافية والاقتصادية والاجتماعية وهذا ما أدى إلى تطور النظام العام ليشمل هذه المجالات كذلك فأصبحت المصلحة الخاصة لبعض الفئات محل اعتبار كذلك، وظهر ما يعرف بالنظام العام الاجتماعي إلى جانب النظام العام السياسي، حيث يهدف هذا النظام الجديد (الاجتماعي) إلى حماية الفئات الضعيفة، وذلك بتنظيم العلاقة العقدية بموجب قانون أساسي (مثل قانون علاقات العمل) أو بفرض بعض الواجبات على المتعاقد القوي أو المهني، طل ذلك حماية للطرف الضعيف، ولذلك فإن كل شرط خالف لهذه النصوص القانونية يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا كان الاتفاق يرمي إلى الإنقاص من حقوق الطرف الضعيف، أما إذا كان الهدف هو الزيادة في حقوق هذا الأخير فإن الاتفاق يكون صحيحاً لأنه لا يتعارض والهدف المرجو من النظام العام الاجتماعي¹، ففي حين كان الجزاء الوحيد لمخالفة النظام العام هو بطلان العقد، فإن مخالفة النظام العام الاجتماعي (الجديد) يتمثل في بطلان الشرط المخالف للنص القانوني مع بقاء العقد صحيحاً.

¹ علي فيلاي، ص 268-290، بتصرف.

المبحث الثالث

السبب

لقد أثارَت فكرة السبب جدلا واسعا وسط شراح القانون فهناك من يرى بأن السبب هو الغرض المباشر دون التوقف عند الخبايا النفسية الرامية لإبرام العقد وهناك من يرى بأن السبب هو الدافع للتعاقد أي الباعث الحقيقي، وهذا ما يدفَعنا لمحاولة استقراء موقف المشرع الجزائري.

المطلب الأول: ازدواجية مفهوم السبب

نتناول في هذا المطلب السبب لدى النظرية التقليدية ثم النظرية الحديثة.

الفرع الأول: سبب الالتزام في النظرية التقليدية

هو الغرض المباشر أي السبب القصدي وهذه الفكرة لرواد المذهب الشخصي الذين لا يسمحون بتدخل المجتمع في الأسباب النفسية والشخصية الدافعة لإبرام العقد، بل إن السبب لديهم هو نفسه (واحد) في كل صنف من أصناف العقود، فبالنسبة للعقود الملزمة لجانبين فإن سبب التزام المتعاقد هو محل التزام المتعاقد الآخر، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فإن سبب الالتزام هو الاستلام المسبق للشيء محل العقد أو الوفاء بالتزام سابق، أما في العقود التبرعية فإن السبب هو نية المتبرع دون أن نُهتم لخفايا هذه النية.

الفرع الثاني: سبب العقد في النظرية الحديثة

هذه النظرية ذات الصيغة الاجتماعية ترى بأن المجتمع معني بالمعاملات المالية التي يبرمها الأفراد ولذلك لا بد من مراقبة السبب الحقيقي لإبرام العقد، ومنه فإن السبب لدى هذه النظرية هو الدافع الباعث للتعاقد أي الاعتبارات الشخصية والمبررات الحقيقة الرامية لإبرام العقد وهنا يختلف السبب في العقود التي تنتمي لنفس الطائفة ففي عقود التبرع قد يكون الباعث للتعاقد مشروعاً كالسعي لنيل الأجر والثواب، وقد يكون الغرض غير مشروع كاعتبارها رشوة لمدير ما أو هدية من رجل لامرأة بغرض استمرار علاقة غير شرعية.

أما في العقود الملزمة لجانبين (كالبيع) فإن الدافع للتعاقد أو لشراء المنزل قد يكون لاستغلاله في السكن أو الدعارة فالأول مشروع والثاني يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية السبب، فالنظرية الحديثة هي الأفضل لمراقبة المعاملات المالية والأحسن لتطبيق مبدأ مشروعية السبب لحماية للمجتمع.¹

فأي النظريتين حظيت باهتمام المشرع الجزائري؟.

¹ أنظر علي علي سليمان، ص 73-74، العربي بلحاج، ص 155-165، علي فيلاي، ص 243-259 بتصرف.

المطلب الثاني: نظرية السبب في القانون المدني الجزائري

تطرق المشرع للسبب في المادتين 97 و 98 من القانون المدني وأشار لسبب الالتزام ولسبب العقد حيث نصت المادة 97 على أن: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا" كما نصت المادة 98 على أن: " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يرقم الدليل على غير ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورة السبب فعلى من يدعي أن الالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

من خلال التمعن في المادتين أعلاه نجد بأن المشرع ركز على مشروعية السبب لا على وجوده مما يفيد انخيازه للنظرية الحديثة¹، فالمتعاقدان غير ملزمان بذكر سبب العقد لأن المشرع افترض وجوده، وإذا دُكر فإن السبب المذكور يُفترض أنه هو السبب الحقيقي، وهذا الافتراض يعد قرينة بسيطة وضعها المشرع لنقل عبء الإثبات إلى من يدعي صورة السبب، فعلى هذا الأخير إثبات أن السبب المذكور هو مجرد سبب ظاهري، وأن السبب الخفي الذي سببته هو السبب الحقيقي وذلك طبقاً لطرق الإثبات السابقة الذكر.

كما يمكن للمتعاقد الذي يواجه الادعاء بصورية السبب أن يثبت أن للالتزام سبب آخر مشروع لتفادي بطلان العقد طالما يريد التمسك به، لأنه إذا أثبت عدم مشروعية السبب أو مخالفته للنظام العام والآداب العامة فإن هذا يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يمكن لأطرافه التمسك بصحته.

¹ علي فيلاي، ص 259-261.

المبحث الرابع

الشكلية كركن للانعقاد

تطرقنا سابقاً إلى الشكلية كشرط للإثبات، وهي تتعلق بموضوع مختلف عن الشكلية كركن للانعقاد، فهذه الأخيرة ظهرت بعد بروز عيوب مبدأ الرضائية الذي أدى إلى التسرع في إبرام العقود وعدم التبصر والخلاف والنزاع حول مضمون العقد أو حول وجوده، وهكذا كانت الشكلية الحل الأمثل لتجنب إنكار العقد أو الخلاف حول مضمونه، بل إن الشكلية إذا كانت رسمية تمكن المتعاقد من الاستفادة من النصيحة التي تعد التزاماً فرضه المشرع على عاتق الموثق، كما تحقق الشكلية حماية المتعاقد في مواجهة الغير لأنها تعد أفضل وسيلة لإعلامه. ولالإشارة فإن الدولة عادة ما تهتم بالشكلية الرسمية في العقود ذات الأهمية الخاصة سعياً منها لمراقبة هذه المعاملات المالية من جهة، ونظراً لما تحققه الشكلية الرسمية من إيرادات للخزينة العامة عن طريق الضرائب المفروضة على هذه المعاملات.¹

أياً كان الأمر فإننا ميزنا بين العقد الرضائي والشكلي في إطار تقسيمات العقود، حيث يعد العقد الشكلي ذلك العقد الذي لا يكفي بالأركان الثلاث (التراضي، المحل، السبب) الموجودة في العقد الرضائي، وإنما لابد فيه من احترام الشكلية التي فرضها المشرع، فهذه الأخيرة تعد ركناً رابعاً يترتب على تخلفها بطلان العقد بطلاناً مطلقاً. وقد يكتفي المشرع بفرض الشكلية العرفية فحسب وقد يشترط الشكلية الرسمية لذلك وهذا ما يدفعنا للتمييز بينهما (المطلب 1) وقد تكون هذه الشكلية موجودة مما يعني بأن العقد غير باطل ولكن المشرع يشترط إجراءات أخرى لنفاذ هذا العقد وتسمى هذه الإجراءات بالشكلية غير المباشرة (المطلب 2).

¹ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 291-293 بتصرف.

المطلب الأول: أنواع الشكلية

هناك نوعان من الشكلية ، شكلية رسمية و شكلية عرفية.

الفرع الأول: الشكلية الرسمية

من بين العقود أو التصرفات القانونية الواجب إفرانها في شكل رسمي لانعقادها ذكرت المادة 324 مكرر1 العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية ...أو تنازل عن أسهم في شركة، وللإشارة فإن إهمال هذه الشكلية التي تع ركنا في العقد يقتضي بطلان العقد بطلانا مطلقا. ويعتبر محررا رسميا طبقا للمادة 324 من القانون المدني: "الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية في حدود سلطته واختصاصه".

الفرع الثاني: الشكلية العرفية

عرفته المادة 237 بأنه: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو رقعته أو وضع عليه بصمة اصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه".

بالرجوع لهذه المادة نلاحظ شرط الكتابة والتوقيع أو البصمة لكن في الحقيقة يعد شرط التوقيع كافيا لأن المتعاقد قد لا يحسن الكتابة وقد يكون العقد مطبوعا مسبقا ولا يبقى للمتعاقد إلا التسليم بالشروط المقررة فيه (الاذعان)، في حين أن التوقيع أو البصمة يعتبر كل منهما مهما في هذا العقد، وإذا اشترط المشرع هذه الشكلية لانعقاد أدى تخلفها إلى البطلان المطلق.

المطلب الثاني: إجراءات نفاذ العقد الرسمي

قد لا يكتفي المشرع باشتراط الشكلية الرسمية لانعقاد كما هو الأمر في بعض الأمثلة الواردة في المادة 324 مكرر1 أعلاه، بل يشترط إجراءات أخرى لنفاذه في مواجهة الغير أن يتم الشهر العقاري من قبل الموثق لدى المحافظة العقارية، فالعقد الرسمي لا يكفي وحده وإنما ليكون نافذا لا بد من الشهر العقاري حتى تنتقل ملكية العقار.

المبحث الخامس

نظرية البطلان

بداية لابد من التمييز بين عدة مصطلحات متقاربة: الفسخ، عدم النفاذ، والبطلان بنوعيه.

فالفسخ: هو حالة ناتجة عن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته تجاه الطرف الآخر، مما يحق لهذا الأخير الفسخ أمام القضاء طبقا للمادة 119 من القانون المدني كأصل عام وقد يكون الفسخ مقررا اتفاقا 120 من القانون المدني أو قانونا 121 من القانون المدني.

أما عدم النفاذ: فالعقد يكون صحيحا غير مشوب بعيوب الرضا، كامل الأركان غير أنه يفتقر لإجراء الشهر العقاري مما يجعلها صحيحا موجودا بالنسبة للمتعاقدين فقط، أما بالنسبة للغير فهو غير موجود.

أما البطلان: فتميز بين الإبطال أو البطلان النسبي والبطلان المطلق، فالإبطال هو حالة تترتب عن عيوب الرضا أو نقص الأهلية، في حين أن البطلان هو الانعدام الكلي للعقد وهو حالة ناتجة عن تخلف ركن من الأركان أو عدم مشروعية المحل أو السبب أو مخالفة أحدهما أو كليهما للنظام العام والآداب العامة أو نظرا لانعدام الأهلية، وسنبين الفرق بين نوعي البطلان من حيث أحكامه في هذا الجدول ثم نتطرق إلى آثاره.

المطلب الأول: أحكام البطلان

أحكام البطلان حسب نوعه	الإبطال (البطلان النسبي)	البطلان المطلق
حالاته	عيوب الرضا + نقص الأهلية	تخلف ركن أو مخالفة النظام العام أو الآداب العامة أو انعدام الأهلية
من يطالب به	من وقع في عيب من عيوب الرضا أو ناقص الأهلية (المتعاقد أو النائب عنه) + الخلف العام والخلف الخاص والدائنون العاديون	لكل ذي مصلحة والمحكمة من تلقاء نفسها وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى
متى (التقادم) م101- 102	*قبل انقضاء سنة من الاستغلال. *قبل مرور 5 سنوات من اكتشاف عيب الغلط أو التدليس أو من يوم انقطاع الإكراه أو من يوم زوال نقص الأهلية. *قبل انقضاء 10 سنوات من وقت إبرام العقد ولو لم يكتشف العيب.	قبل مرور 15 سنة من تاريخ العقد، بعدها تسقط الدعوى ولكن الحق في الدفع بالبطلان يبقى قائما.
الإجازة (م101) (م102)	يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية (م100) بمعنى تنازل المتعاقد الذي قرر الإبطال لصالحه عن هذا الحق بعدما زال العيب الذي وقع فيه أو بعدما أصبح كامل الأهلية	م102: "..... ولا يزول البطلان بالإجازة....."

المطلب الثاني: آثار الحكم بالبطلان (المواد 103-104-105)

يترتب على الحكم بالإبطال أو البطلان نفس الأثر ألا وهو زوال العقد بأثر رجعي، بمعنى كأنه لم يبرم فهو غير موجود تماما، وقد نصت المادة 103 من القانون المدني على هذه النتيجة بقولها: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله...." وفي هذا الإطار لابد من الإشارة إلى الطريقة المعتمدة لإعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها ألا وهي استرداد كل منهما ما أداه عيناً، فإن لم يكن ذلك فلا بد من تعويض عادل للطرف الذي سعى لتنفيذ العقد الذي حكم بإبطاله أو بطلانه، غير أن المشرع حرم البعض من الاسترداد العيني أو التعويض وذلك في الحالة التي يكون فيها المتعاقد هو الذي تسبب في الإبطال أو البطلان أو كان عالماً به وأقبل على إبرام العقد رغم ذلك، استناداً لقاعدة "لا يستفيد الغاش من غشه"¹، كما تجدر الإشارة أن الغير يتأثر ببطلان العقد وفقاً لقاعدة "ما بني على باطل فهو باطل" فالحقوق المترتبة للغير بناء على هذا العقد الذي تم إبطاله أو الحكم ببطلانه تتأثر كذلك رغم أن الغير طرف أجنبي عن العقد ولا يمكن حماية هذا الغير إلا إذا كان حسن النية وفقاً للمادة 835 من القانون المدني.

وإذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال في شق منه فإن هذا الشق فقط هو الذي يبطل (المادة 104)² مثال: عقد العمل الذي به شرط مخالف لقانون العمل يكون العقد صحيح والشرط باطل أو عقد الاستهلاك الذي يحتوي على شرط عدم الضمان أو يكون العقد صحيح والشرط باطل.

كما يمكن المحافظة على استقرار المعاملات من خلال نظرية تحول العقد بمعنى إذا كان العقد باطل تتوفر فيه شروط وأركان عقد آخر يعتبر صحيحاً إذا انصرفت فيه نية المتعاقدين لهذا العقد الجديد (المادة 105).

¹ علي فيلاي، ص 346، علي علي سليمان، ص 84.

² قرار رقم 324515 مؤرخ في 2006/10/18. مجلة م. ع 2006/1ع ص 217، المبدأ جواز بطلان شق من العقد إذا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال. انظر جمال سايس، مرجع سابق. ج 3، ص 1319.

الفصل الثاني

آثار العقد

نتناول هذه المحاضرة باختصار بحيث نتطرق فيها لأهم العناصر التي تتعلق بآثار العقد فأهم المبادئ التي تحكم العقد في مرحلة التنفيذ وهي القوة الملزمة للعقد (المادة 106 وما يليها) ، هذه القاعد مستمدة من فكرة "الفرد لا يلزم إلا بإرادته" فما دام هذا المتعاقد التزم بإرادته الحرة فهو ملزم بتنفيذ العقد وهذه الفكرة لا تتناقض وأحكام الشريعة الإسلامية وتبين هذا في قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ¹. ولفهم هذه القاعدة لا بد من شرح مضمونها والتطرق للاستثناءات الواردة عليها .

المبحث الأول: مضمون قاعدة "القوة الملزمة للعقد"

يقصد بهذه العبارة أو بالعبارة الواردة بالمادة 106 من القانون المدني " العقد شريعة المتعاقدين"، أن المتعاقدين ملزمان بتنفيذ العقد من زاويتين تتعلق الأولى بما اشتمل عليه، بمعنى الالتزامات والحقوق الواردة في مراعاة ما يسمى بمستلزمات العقد، بمعنى أن فكرة إلزامية تنفيذ العقد لا تقتصر على ما هو مذكور صراحة، وإنما هناك شروط ضمنية لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا، وهذا ما أكد عليه المشرع في المادة 2/107 بقولها: " ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل تناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

وعلى هذا الأساس فإن اهتمام المتعاقدين بالمسائل الجوهرية دون التفصيلية يمكن معالجته، حيث يتولى القاضي إكمال هذا العقد الناقص بالرجوع للمعايير المذكورة في المادة 2/107، لضمان العدالة العقدية، ولا يقتصر الأمر على تنفيذ العقد بحسب الاتفاق أو بحسب مستلزماته فقط، لبل لا بد من تنفيذه بحسن نية، ومن مظاهر هذه الأخيرة التزام المتعاقد بالنزاهة مع المتعاقد الآخر (أي الامتناع عن الغش وعرقلة التنفيذ)، والالتزام بالتعاون ومن مظاهر التعاون إعلام المتعاقد الآخر بكل ما يتعلق بالعقد.² وإذا كانت عبارات العقد واضحة لا يجوز تفسيرها بما يتنافى معها طبقا للقرار الصادر عن المحكمة العليا رقم 33528 المؤرخ في 1985/04/03 المنشور في مجلة م ع العدد 1 لسنة 1989 ص 48³.

غير أن لهذه القاعدة استثناءات لا بد من الإشارة إليها.

¹ الآية 1 من سورة المائدة.

² راجع علي فيلاي، مرجع سابق، ص 368-370.

³ انظر جمال سايس ، المرجع السابق . ج 1 . ص 370.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة القوة الملزمة للعقد

يمكن خرق قاعدة القوة الملزمة للعقد من قبل المشرع تارة ومن قبل القاضي تارة أخرى ومن قبل المتعاقد في بعض الأحيان.

الفرع الأول: حلول النص القانوني محل الاتفاق

قد يتفق المتعاقدان على شروط منافية لنصوص قانونية أمرة من النظام العام، مما يعرض اتفاقهما للإلغاء، بل وحلول النصوص القانونية محل شروط المخالفة لها، فالعقد يبقى قائماً وتلغى الشروط والأمثلة كثيرة في هذا الإطار، كاتفاق العامل وصاحب العمل على العمل دون أجر أو عدم استفادة المرأة من عطلة الأمومة، فيبقى العقد صحيحاً وتلغى الشروط التعسفية لصالح الطرف الضعيف، ويحل محلها النص القانوني الذي يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون ومدة العطلة....، بالإضافة إلى نصوص قانون حماية المستهلك¹.

الفرع الثاني: حلول الحكم القضائي محل الاتفاق:

قد يحتوي العقد على شروط تعسفية تتنافى مع المعقولة والعدالة العقدية، فبدلاً من إبطال العقد سمح المشرع للقاضي في عقد الإذعان الذي يتضمن شروطاً تعسفية بتعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المدعن منها وفقاً لمقتضيات العدالة وهذا ما نصت عليه المادة 110 من القانون المدني.

قد يتضمن العقد شروطاً معقولة غير أنه قد تطرأ عليه حوادث استثنائية تؤدي إلى صعوبة تنفيذ الالتزام حيث يصبح مرهقاً للمدين، في هذه منح المشرع للقاضي السلطة التقديرية لتعديل الالتزام وذلك وفقاً للمادة 107/3 التي تنص على أن: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق للحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك"².

¹ أنظر القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك .

² أنظر المادتين 3/107 و المادة 110 ق.م.

الفرع الثالث: إنهاء العقد بإرادة أحد المتعاقدين فقط

يعد هذا الاستثناء بمثابة رخصة من القانون لأحد المتعاقدين للتخلص من الرابطة العقدية في حالات جد خاصة، راع فيها المشرع مبررات معتبرة كمنع الالتزام لمدى الحياة فأجاز للشريك الانسحاب من الشركة إذا كانت مدتها غير محددة (المادة 440 من القانون المدني)، أو نظرا لانعدام الثقة في العقود التي لا تقوم دونها فسمح للموكل بإنهاء الوكالة في أي وقت.¹

أو نظرا لمراعاة النظام العام الاجتماعي أي مصلحة الطرف الضعيف حيث سمح المشرع للمقترض فرضا استهلاكيا بالرجوع عنه وذلك بإعلان رغبته للبنك، طبقا للمادة 119 مكرر 1 من قانون النقد و القرض.² و ختاماً تجدر الإشارة أن مرحلة التنفيذ لا تحكمها قاعدة القوة الملزمة للعقد فقط و إنما مبدأ نسبية العقد ومبدأ نفاذ العقد.

و يكمن مضمون هذه قاعدة نسبية العقد : أن آثار العقد من حقوق والتزامات تنصرف للمتعاقدين فقط والحلف العام لكليهما ، غير أنه استثناءً يمكن للمتعاقدين أن يتفقا على أن يكتسب الغير بموجب هذا العقد حقوقا للغير وهو ما يعرف بالاشتراط لمصلحة الغير إلخ.

أما مبدأ نفاذ العقد في مواجهة الغير: فمضمون هذه القاعدة أن العقد- رغم أنه يخص المتعاقدين فقط- إلا أنه يرتب التزاما سلبيا في مواجهة الغير مفاده احترام هذا العقد والحقوق التي رتبها.

¹ علي فيلاي، ص 362.

² قانون النقد و القرض الصادر بموجب الأمر 03-10 المعدل و المتمم بموجب القانون 17-10 . المؤرخ في 25 أوت 2003.

الباب الثاني

الفعل المستحق للتعويض

(المسؤولية التقصيرية)

لمحة عن الفعل المستحق للتعويض و تطور المسؤولية :

نتطرق في هذا الباب لمختلف أنواع المسؤولية التي نظمها المشرع في المواد من (124 إلى 140 مكرر) وهي مسؤولية الفعل الشخصي (م 124 – 133 ق.م) ، المسؤولية عن فعل الغير و هي على نوعين مسؤولية متولي الرقابة (م 134 ق.م) و مسؤولية المتبوع (م 136 و 137 ق.م) ، مسؤولية حارس الشيء (م 138 ق.م) و حارس الحيوان (م 139 ق.م) ، مسؤولية الحائر عن الحريق (م 1/140 ق.م) ، مسؤولية المالك عن تخدم البناء (2/140 ق.م) ، مسؤولية المنتج (م 140 مكرر ق.م) ، تكفل الدولة بتعويض الأضرار في حالة انعدام المسؤول عن الضرر (140 مكرر 1 ق.م) ، ورغم أن المشرع جعل هذا العنصر الأخير تحت عنوان "الفصل الثالث : العمل المستحق للتعويض" إلا أن المادة 140 مكرر 1 تتعلق بنظام تعويضي وليس مسؤولية تقصيرية ، و قبل ذلك لا بد من تقديم فكرة عن المسؤولية و تطورها.

قبل التفصيل في مفهوم المسؤولية التقصيرية، لا بد من التطرق لمفهوم المسؤولية بصفة عامة، فالمسؤولية هي الجزاء المترتب عن الإخلال بقاعدة من قواعد السلوك¹ هذا الجزاء الذي يختلف بحسب نوع القاعدة التي تم الإخلال بها، فقد يكون الجزاء عقوبة (كالسجن والغرامة) في المسؤولية الجزائية، وقد يقتصر الجزاء على التعويض في المسؤولية المدنية بنوعها التقصيرية والعقدية.

1- تمييز المسؤولية المدنية عن الجزائية :

¹ راجع أ. علي فيلالي الالتزامات ، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر الجزائر 2007 ، ص 6.

المسؤولية الجزائية	المسؤولية المدنية	
الغرض	ترمي لحماية المجتمع من الجرائم	حماية المصالح المادية والمعنوية للأشخاص من أي ضرر كان.
الأطراف	النيابة العامة كمثل للمجتمع والمتهم	الضحية و المسؤول
الجزاء وغرضه	الجزاء هو العقوبة وهدفها الردع والزجر	التعويض لجبر الضرر اللاحق بالضحية.
المجال والنطاق	الاعتداء يقع على المجتمع وقيمة الأساسية	التعدي على حق الغير (المتضرر)
أساس المسؤولية	الخطأ الجزائي طبقاً لمبدأ الشرعية (الجرائم والعقوبات محددة بنص القانون) م 1 ق.ع	الأساس يختلف باختلاف أنواع المسؤولية فالمسؤولية الشخصية تقوم على أساس الخطأ (المدني)، أما معظم المسؤوليات الأخرى فتقوم على أساس فعل الغير أو الشيء محل الحراسة.
دور القصد (العمد)	يلعب القصد الجنائي دوراً هاماً في المسؤولية الجزائية باعتباره ركناً من أركانها.	تقوم م.م حتى بدون قصد فالعبرة بالضرر الحاصل للضحية لا يقصد الفاعل.
التقادم	تختلف مدة التقادم من جريمة لأخرى حيث تتقادم الجنايات بمضي 10 سنوات والجنح بمرور 3 سنوات والمخالفات بعد سنتان من يوم ارتكابها	التقادم في المدني بمضي 15 سنة من يوم حدوث الضرر.

¹ المرجع نفسه، ص 7-18 .

التنازل والصلح	لا يمكن للنائب العام التنازل عن الدعوى العمومية ولا القيام بصلح مع المتهم.	يجوز للضحية التنازل عن حقوقها والتصالح من المسؤول عن الضرر.
الشخص المسؤول	في المسؤولية الجزائية المسؤولية شخصية إذ لا يسأل الشخص عن فعل غيره فالمسؤول هو الجاني.	هناك المسؤولية المدنية الشخصية ويمكن أن يسأل الشخص عن فعل الغير أو فعل الأشياء.

ب- الخطأ ذو الصيغة الجزائية والمدنية:

إن اختلاف أحكام المسؤولين لا يعني عدم وجود نقاط مشتركة بينهما إذ يمكن أن يكون الفعل: خطأ جزائيا بسبب ضرر للضحية مما يعني قيام المسؤولين معا، وهذا ما يثير فكرة الاختصاص القضائي، فإذا تم تحريك الدعوى العمومية من قبل النيابة العامة، وتأس الضرر كطرف مدني، أو تم تحريكها من قلب المضرور فإن اختصاص القاضي الجزائي يمتد ليفصل في الدعوى العمومية والمدنية في آن واحد، حيث يجب على القاضي الجزائي تعويض المضرور إذا حكم بإدانة المتهم.

أما إذا اختار المضرور القضاء المدني فإن مجرد تحريك الدعوى العمومية أمام القضاء الجزائي، يلزم القاضي المدني بوقف الفصل في النزاع إلى غاية صدور حكم نهائي عن الجزائي، وفي هذه الحالة تطبق قاعدة "الجناي يفيد المدني، بمعنى أن القاضي المدني ملزم بتعويض الضحية إذا حكم القاضي الجزائي بالإدانة.

2- أنواع المسؤولية المدنية (العقدية و التقصيرية)

- أ- مجال المسؤولية العقدية¹ : لتطبيق المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية لا بد من شروط تتمثل في:
- وجود عقد صحيح: كما تطرقنا لذلك في السداسي الأول أي أن يكون العقل كامل الشروط والأركان ولا هو بالقابل للإبطال أو الباطل بطلانا مطلقا.
 - أن يكون الضرر ناتج عن الاخلال بالالتزام عقدي.
 - ب- في حالة وجود ضرر ناتج عن أي سبب خارج إطار العقد نكون بصدد المسؤولية التقصيرية (فعل مستحق للتعويض)

¹ انظر أ.محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام - الواقعة القانونية (العمل غير المشروع - شبه العق - القانون) الجزء 2 ط4 2004 ، دار الهدى، ص15 و 16.

3- تطور أساس المسؤولية المدنية:

في السابق كانت المسؤولية المدنية والجزائية مرتبطتان، بحيث اختلط مفهوم التعويض بالعقوبة، إلى غاية انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية وقد كان الفقيه Donat "دوما" دور كبير في استقلالية المسؤولية المدنية حيث اعتمد الخطأ كأساس لهذه المسؤولية وعرفه بأنه "فعل غير مشروع وأن الأفعال غير المشروعة لا تقتصر على ما يمنعه القانون صراحة، بل يشمل كل ما يخرج العدل والنزاهة والآداب العامة ولم يوجد نص مكتوب يتناولها لأن كل ناقص للعدل والنزاهة وحسن الآداب هو مناقض لمبادئ القوانين السماوية والإنسانية".

وبعد هذه المرحلة ظهرت المرحلة الحديثة والتي تبدأ مع صدور القانون الفرنسي في 1804 الذي تأثر بالمدب الفردي الذي كرس مصلحة الفرد لذلك لا يلزم الفرد إلا بإرادته ولا يسأل إلا إذا ارتكب خطأ، كما أن الأوضاع الاقتصادية آنذاك والتي كانت تقتصر على الصناعات الصغيرة والحرف والفلاحة، شجعت على ترجيح مصلحة المسؤول على الضحية، لتشجيعه على المبادرة والإنتاج "دعه يعمل دعه يمر".

غير أن فكرة سرعان ما تراجعت بحيث أبرزت الثورة الصناعية نقائص نظام المسؤولية المدنية، نظرا لارتفاع عدد المتضررين وبقيتهم بدون تعويض استنادا لفكرة الخطأ، حيث كثرت الحوادث بسبب السيارات والطائرات والقطار، وظهرت أمراض خطيرة نتيجة التلوث البيئي كما أدى الاستعمال غير الصحيح للمنتجات الجديدة لأخطار صحية، وهذا ما أدى إلى اعتماد أسس جديدة للمسؤولية المدنية.

حيث تقوم مسؤولية حارس الشيء بقوة القانون، كما ظهرت نظرية تحمل التبعة بمعنى أن الشخص مسؤول عن المخاطر المترتبة عن نشاطه وهي نظرية تقدم بها سالي و جوسيران وهي موافقة لفكرة (الغنم بالغرم). لقد كان لهذه المبادئ أثر في النصوص القانونية حيث ظهر نظام التأمينات الذي منح للضحية دعوى مباشرة تجاه شركة التأمين.

كما ظهرت فكرة الأخطار الاجتماعية بحيث يتم تعويض الضحية من قبل المجتمع سواء كان المسؤول موجودا أو انعدام مثل "الضمان الاجتماعي" ونظام التعويض عن حوادث المرور، والنظام الجديد الذي اعتمده المشرع في م 140 مكرر 1 ق.م الذي يقضي بإلزام الدولة بتعويض الأضرار الجسمانية في حالة انعدام المسؤول عن الضرر وهو نظام مختلف لنظام المسؤولية المدنية¹.

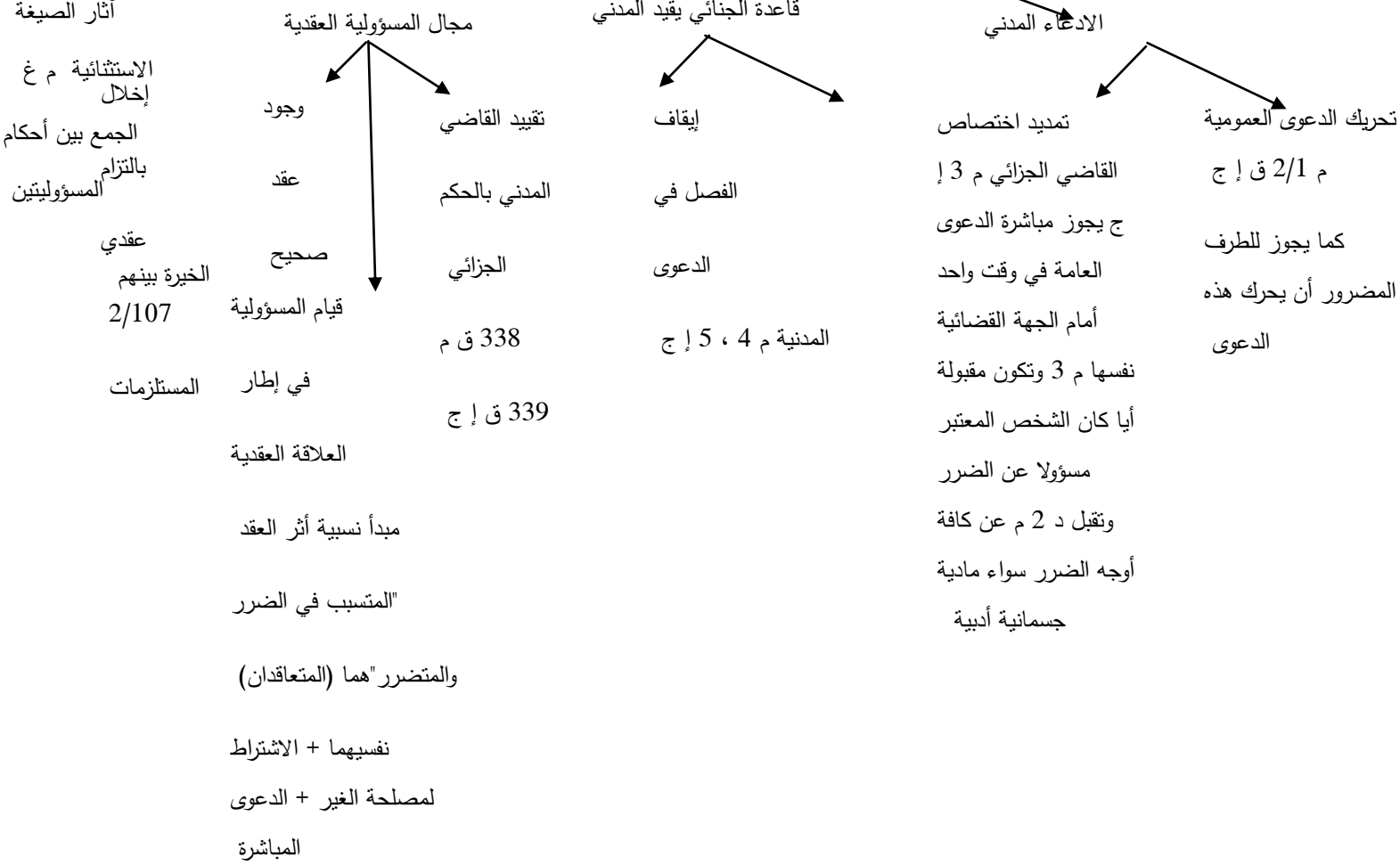
¹ راجع الدراسة القيمة بكتاب أ.علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، مرجع سابق، ص 30 – 50. وانظر أ. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 18-22.

المسؤولية

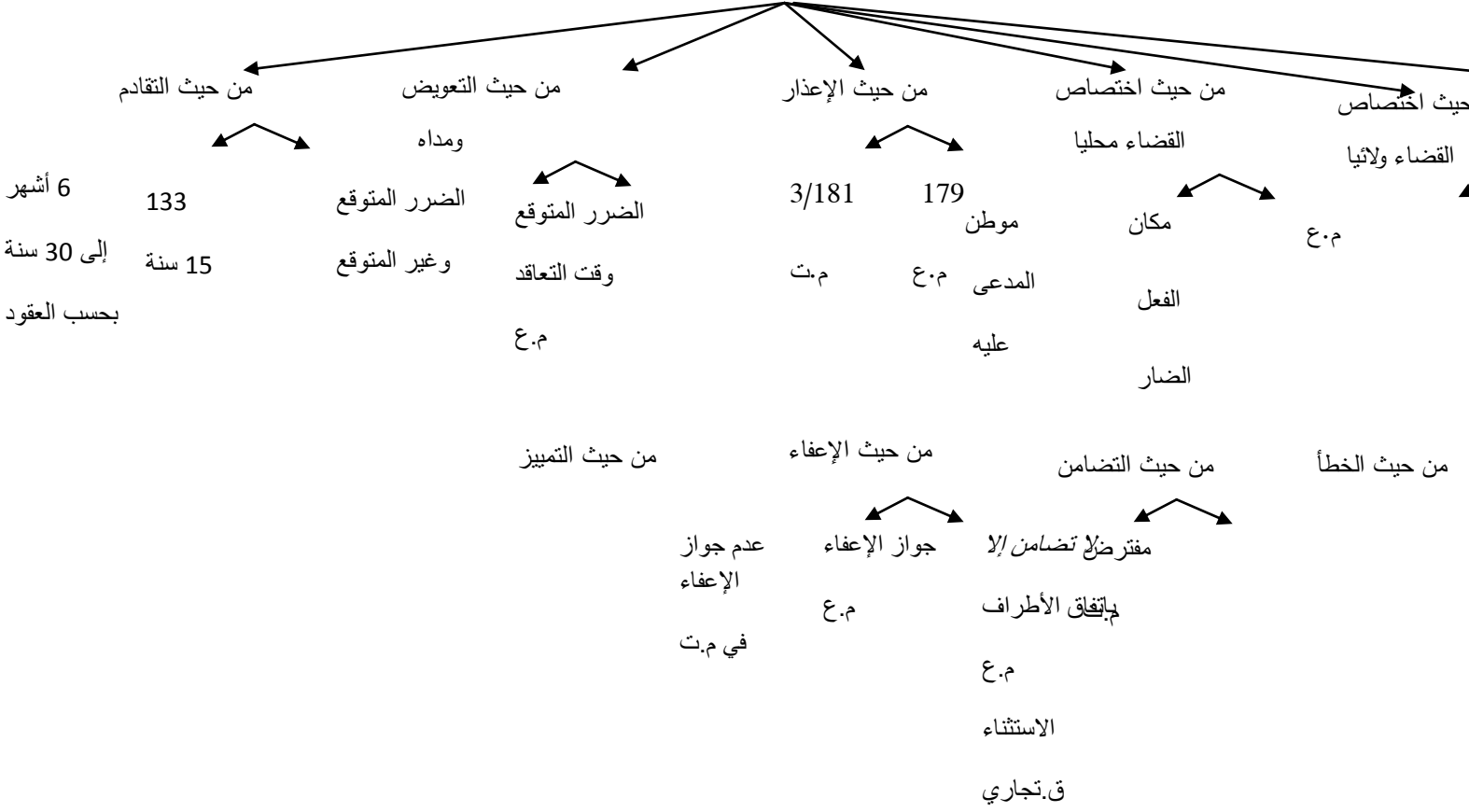
أنواع المسؤولية المدنية

المسؤولية المدنية والجزائية

تعريف المسؤولية



الفرق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية¹



¹ علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة.

الفصل الأول

المسؤولية عن الفعل الشخصي

تقوم هذه المسؤولية على أركان ثلاث ، ويترتب على توفرها التزام المدين بالتعويض عن الضرر، غير أن المشرع مكّن المدعى عليه من دفع هذه المسؤولية بالسبب الأجنبي الذي تطرقت إليه المادة 127 من القانون المدني التي تطرقت للقوة القاهرة و الحادث المفاجئ و خطأ المضرور و خطأ الغير لدفع المسؤولية، كما يمكن للمدعى عليه التخلص من المسؤولية إذا حدث الضرر في حالة الدفاع الشرعي أو طاعة الموظف لأمر الرئيس أو لتفادي ضرر أكبر¹، فما هي هذه الأركان؟ وكيف يتم التعويض عن الضرر؟

¹ انظر المواد 124 – 133 من القانون المدني.

المبحث الأول: أركان المسؤولية عن الفعل الشخصي

تمثل هذه الأركان في الفعل المستحق للتعويض والضرر اللاحق بالضحية والعلاقة السببية

المطلب الأول: الخطأ المُرتب للمسؤولية الشخصية (م 124 ق م)

لا تقوم المسؤولية الشخصية طبقاً للمادة 124 إلا بارتكاب المسؤول خطأً بتوفر على عنصره المادي والمعنوي، لأن المسؤولية الشخصية في قانوننا لا تقوم على أساس الضرر بل على أساس الخطأ الشخصي رغم تطور المسؤولية ورغبة المشرع في حماية الضحية.

الفرع الأول: العنصر المادي للخطأ

يتمثل العنصر المادي في التعدي الذي يتحقق بالإخلال بالالتزام قانوني، أو هو انحراف في السلوك يؤدي إلى الإضرار بالغير¹، أو هو إخلال بواجب أو بقاعدة قانونية، أو تعسف في استعمال الحق²، ويتم ذلك بحرق النصوص القانونية المنظمة لسلوك الأفراد، كالنصوص التي تحدد واجبات كل زوج تجاه الآخر، الواجبات المتبادلة بين العامل وصاحب العمل، والتزامات الطبيب تجاه المريض وواجبات المنتج أو المتدخل تجاه المستهلك والواجبات لا يشترط أن تكون محددة بالنص القانوني الصريح، وإنما يمكن للقاضي استنتاجها، مسترشداً في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية والأعراف المتداولة في المجتمع أو معتمداً على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وفقاً للمادة الأولى من القانون المدني.

كما يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأً وقد أشار المشرع في المادة 124 مكرر بعض الأمثلة للتعسف في استعمال الحق وهي:

- إذا استعمل الحق بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الحاصل للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

والتعسف في الحقيقة، إنما يستعمل حقه لا حق الغير، ولكن القانون يمنح الحق للفرد لتحقيق غاية مشروعة أو لتحقيق غاية اجتماعية والمعيار الذي اعتمده المشرع في تقدير العنصر المادي للخطأ هو معيار الرجل العادي³ وهو معيار موضوعي، ومن تطبيقات التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري نجد م 691 ق م "يجب على

¹ انظر أ. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 29.

² أنظر علي فيلاي مرجع سابق، ص 57.

³ لا بالمهمل ولا بالحريص فوق العادة.

المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المؤلف...¹

الفرع الثاني: العنصر المعنوي للخطأ

لقيام المسؤولية التقصيرية لا يكفي الركن المادي للخطأ وإنما لا بد من الركن المعنوي الذي يتمثل في الإدراك أي أي قدرة الفرد على التمييز بين النافع والضار، لذلك لا بد من توفر الإرادة، والإرادة المقصودة تتعلق بارتكاب الفعل (فرع 1)² وليس نية الإضرار بالغير لأن للخطأ صور عدة (فرع 2) وبمفهوم المخالفة إذا كان الشخص غير مخير كحالة الدفاع الشرعي أو الضرورة فإنه لا يسأل لأن التعدي يكون مشروعاً. (فرع 3)

أولاً: القيام بالتعدي بإرادة الشخص

بادئ ذي بد لا بد من الإشارة أن مصطلح الشخص ينطبق على الأفراد أي الأشخاص الطبيعية، كما ينطبق على الشخص المعنوي.

ويقصد بقيام الشخص بالتعدي بإرادته بمعنى أنه مخير بين الفعل وتركه وهذا ما يتطلب منه أن يكون مميزاً وهو ما أكدته المادة 125 ق م بنصها على أن "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو بامتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزاً".

وسن التمييز وفقاً للمادة 2/42 ق.م هو 13 سنة، كما يشترط ألا يكون مجنوناً أو معتوها حتى يسأل مدنياً. و للإشارة فإن (المميز غير الراشد) يسأل رغم أن المشرع اعتمد نظام مسؤولية متولي الرقابة حين يسأل الشخص عن أفعال القصر الذين هم تحت رقابته، وهذا حماية للضحية حيث لها الخيار بين أحكام المسؤوليةيتين.

¹ انظر م 705 ، 708 من القانون المدني.

² راجع أ. على فيلالي مرجع سابق ، ص 71-95

ثانيا: صور الخطأ أو درجاته

للخطأ صور عدة ولكل صورة أحكامها وآثارها، ومن بين هذه الصور:

أ- الخطأ العمدي أو الإخلال بقاعدة قانونية قصد الإضرار بالغير:

هو الخطأ المرتبط بالغش و سوء النية كاستعمال الشخص لحقه بقصد الإضرار بالغير¹.

ب- الخطأ بإهمال (غير العمدي):

بمعنى أن الشخص رغم إدراكه لما يقوم به إلا أنه لم يقصد الإضرار بالغير، بل إن هذا الضرر حصل نتيجة عدم اتخاذه للاحتياطات الكافية وعدم الحرص كتقصير المستأجر في المحافظة على العين المؤجرة أو الرهن على العينة المرهونة.

ج- الخطأ الجسيم:

هو ذلك الخطأ الذي يرتب آثارا خطيرة بغض النظر عن نية الإضرار. فقد لا يرغب المتعدي في هذه الحالة في الإضرار بالغير فيكون هذا الخطأ غير عمدي ناتج عن الإهمال ولكن قد يكون سبب غش المتعدي وسوء نيته، وقد أشار إليه المشرع في عدة نصوص قانونية².

د- الخطأ غير المعذور:

هو ذلك الخطأ الذي يترتب عن خطأ متعمد، وإدراك للخطورة التي سيرتبتها وهو خطأ ذو خطورة استثنائية ليس لصاحبه أي مبرر، وقد أشار المشرع لهذا الخطأ في القانون المتعلق بنزاعات الضمان الاجتماعي (قانون 83-15) وللإشارة فإن المشرع استعمل مصطلح مشابه وهو: "الخطأ غير المغتفر" في القانون البحري في بعض القوانين الخاصة³.

¹ أنظر المادة 124 مكرر من القانون المدني.

² أنظر المواد 137 ، 185 ، 838 من القانون المدني .

³ أ. علي فيلاي ، المرجع السابق ص 87 من القانون المدني.

الفرع الثالث: مشروعية التعدي على حقوق الغير

لقد استثنى حالات خاصة، يجوز فيها الإخلال بالمبدأ أو القاعدة التي مفادها "عدم الإضرار بالغير" وهذه الحالات محددة في نصوص قانونية على سبيل الحصر.

أ- حالة الدفاع الشرعي¹ :

نصت م 128 على أن: "من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي".

استناداً لهذه المادة يشترط وجود خطر غير مشروع يهدد المتعدي أو غيره في النفس أو المال، وبهذا يحق للشخص التعدي على الغير في سبيل الدفاع عن نفسه أو غيره ولكن هذا التعدي ينبغي أن يكون الوسيلة الوحيدة لهذا الخطر وللدفاع الشرعي فالقوة المستعملة في الدفاع كانت آخر حل للمعتدي، كما يشترط ألا يتجاوز المتعدي المقدار الضروري لرد الخطر، بمعنى وجود تناسب بين الدفاع والخطر.

ب- طاعة الموظف لأمر الرئيس² :

إذا كان الضرر ناتج عن طاعة الموظف لأمر رئيسه فلا يكون مسؤولاً عن الضرر الناتج عن طاعته لتلك الأوامر. ويشترط في ذلك أن يكون الفعل صادراً من الموظف العمومي، أن يكون الموظف قد قام بالفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من الرئيس، أن تكون طاعة هذه الأوامر واجبة عليه³.

ج- حالة الضرورة⁴ :

بمعنى أن الشخص المعرض لخطر حقيقي وحال سيسبب له ضرراً كبيراً أي معتبراً أو ذو نتائج خطيرة، فيمكنه أن يسبب ضرراً للغير لتفادي الضرر اللاحق به بشرط أن يكون الضرر الذي سيلحقه بالغير أقل درجة من الضرر المتوقع كقيام سائق سيارة بصدمة طاولة الخضر والفواكه الخاصة بالبائع لتفادي الشاحنة التي تتواجه من اليمين والرجل الذي سيقطع الطريق، فالضرر الذي سيلحق سائق السيارة هو الموت أو الإصابة بجروح خطيرة جراء اصطدامه بالشاحنة والخطر الذي سيواجهه الراجل هو الموت أو الجروح الخطيرة مع مساءلة السائق جنائياً بتهمة القتل أو الجرح العمدي أو الخطأ، ولكن الضرر الذي حصل بالنسبة للبائع هو ضرر مادي جراء خسارته لقيمة الفواكه والخضر التي كان يرغب في الحصول عليها مقابل لبيعها ولكنها تلفت بسبب هذا الحادث.

¹ انظر المادة 128 من القانون المدني.

² أنظر المادة 129 من ق.م.

³ انظر محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص 35.

⁴ أنظر المادة 130 من ق.م

المطلب الثاني: ركن الضرر :

الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة،¹ والضرر هو الركن الجوهري في المسؤولية المدنية و هو مقياس مقدر التعويض² بل إن الضرر أصبح أساس المسؤولية بعد تطورها لعد أن كان الخطأ أساسا لها.

1/ أنواعه:

أ/ الضرر المادي:

الخسائر المادية التي تلحق الشخص بانتقاص ماله أو تفويت فرصة الكسب عليه أو الضرر الذي يصيبه في جسمه، وما صرفه للعلاج، وما فاتته من فرص عمل جراء عجزه الدائم أو المؤقت... وهو ما عبر عنه المشرع في المادة 182 "ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب."

ب/ الضرر المعنوي:

وهو يشمل ما يلحق الشخص من أذى في مشاعره وعواطفه أو شعوره بالألم والحزن وقد يكون ذلك ناتجا أو مرتبطا بما أصابه من أضرار مادية وقد يكون مستقلا، ويشمل الضرر المعنوي عدة أصناف، غير أن المشرع أشار في م 182 مكرر إلى "المساس بالشرف والسمعة ... الخ . ولاستحقاق التعويض عن هذا الضرر لا بد من شروط³ .

2- شروط الضرر المستحق للتعويض:

- أن يكون الضرر محققا (حصل فعلا)
- أن يكون الضرر مباشرا بمعنى أن هذا الضرر ناتج عن الخطأ أو الفعل الضار (بحسب نوع المسؤولية) أي وجود علاقة بسببية بين الخطأ أو الفعل الضار والضرر الحاصل للضحية.
- أن يكون الضرر شخصا، فالمعنى بالأمر (الضحية) هي لها الصفة والمصلحة للمطالبة بالتعويض تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا.
- غير معوّض عنه.

¹ انظر محمد صبري السعدي ص75.

² انظر علي فيلاي ص 282.

³ انظر المادة 182 ، 182 مكرر من ق.م.

المطلب الثالث: العلاقة السببية بين الضرر والخطأ أو الفعل الضار

بمعنى أن حصول الضرر هو نتيجة طبيعية للخطأ أن الفعل الضار فلولاها لما وقع هذا الضرر للضحية وهو ما يعرف بنظرية "السبب المنتج" وللإشارة فإذا تعددت الأسباب التي أدت لوقوع الضرر وكانت هذه الأسباب تتمثل في أخطاء عدة أشخاص (أو فعل ضار) كان هؤلاء ملزمون جميعا بالتعويض وقد أكد المشرع على هذا في م 126 ق م "إذ تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر"¹ ، وأقرت المحكمة العليا في هذا الإطار أن المدين لا يجوز له المعارضة على الوفاء بمفرده طالما أنه يستطيع الرجوع على باقي المدين كل بقدر حصته².

والحقيقة أن البينة على من يدعي ولذلك فيقع على الضحية إثبات العلاقة السببية، لكن المشرع حاول حمايتها في بعض الأحيان بافتراض وجود علاقة سببية بين الضرر والفعل الضار مثل مسؤولية متولي الرقابة ومالك البناء، ويمكن للمسؤول نفي هذه العلاقة السببية وفقا للمادة 127 ق.م بإثبات أي الضرر نشأ بسبب لا يد له فيه. والسبب الأجنبي بصفة عامة هو فعل أو حادث غير متوقع وغير ممكن الدفع وخارجي عن المسؤول يؤدي إلى الإضرار بالغير وله صور هي³:

- القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

- فعل الغير أو الخطأ

- فعل الضحية أو الخطأ.

¹ أنظر المادة 126 من ق.م،

² قرار رقم 26320 مؤرخ في 1983/03/30 مجلة قضائية 1989 العدد4 ص 42 انظر جمال سايس ، مرجع سابق ج 1 ص 366.

³ أنظر المادة 127 من ق.م.

الفصل الثاني

المسؤولية عن فعل الغير

تتفرع المسؤولية الناشئة عن فعل الغير إلى نوعين تتمثل الأولى في مسؤولية متولي الرقابة (م134 ق.م) والثانية في مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه (م 136 و 137 من ق.م).

المبحث الأول

مسؤولية متولي الرقابة

نصت المادة 134 من القانون المدني على أن : " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة للرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار.

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

لقيام هذه المسؤولية لا بد من شروط، وبالرجوع للنصوص المتعلقة بها يمكننا استنتاج أساس هذه المسؤولية وطرق دفعها.

المطلب الأول: شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة :

لقيام هذه المسؤولية لا بد من وجود التزام قانوني أو اتفاقي يفرض على المسؤول تولى رقابة الخاضع للرقابة، ولا بد من حاجة هذا الشخص المسبب للضرر (الفاعل) للرقابة، كما يشترط أن يكون الفعل الضار قد صدر من الخاضع للرقابة.

الفرع الأول: التزام المسؤول برقابة الفاعل:

إن هذا الالتزام أو الواجب قد يترتب في ذمة المسؤول بموجب القانون أو الاتفاق، حيث يعتبر الأب أو الأم، أو الكافل أو المعلم أو الحرفي أو المراقبين في المخيمات الصيفية مسؤولون عن الأضرار، التي يسببها الأبناء أو التلاميذ أو المتمرّن... للغير، لأن القانون فرض عليهم واجب الرقابة¹.

وقد يكون مصدر واجب الرقابة بموجب الاتفاق كالتزام المؤسسة برقابة أصحاب الأمراض العقلية أو التزام دار الحضانة برقابة ورعاية الأطفال غير المميّزين أو اتفاق شخص ذو عاهة جسدية برقاوبته من نظرا شخص آخر لإعاقته الحركية أو لكونه ضير...، حيث تقوم مسؤولية متولي الرقابة إذا تحققت شروطها، وللإشارة فإن مضمون الالتزام بالرقابة يختلف من حالة لأخرى فرقابة الأولياء للأبناء تختلف باختلاف سن الصبي ورقابة المؤسسة للمجنون هي رقابة مشددة مقارنة مع الشخص العادي والرقابة في الحضانة تحتاج إلى مزيد من الرفق واليقظة، أما رقابة ذوي العاهات الجسيمة فتختلف باختلاف العاهة.

الفرع الثاني: حاجة الفاعل للرقابة:

نصت م 134 ق م على أن "...شخص في حاجة للرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسميّة...".

أولا: حالة القصر:

لقيام مسؤولية متولي الرقابة لا بد أن يكون الشخص الخاضع للرقابة قاصرا سواء كان مميّزا أو غير مميّز، وسواء تعلق الأمر بصغر السن أو بسبب عوارض الأهلية المتمثلة في الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة، في حالة قيام هذا القاصر بفعل ضار كان متولي الرقابة مسؤولا على أساس أن هذا الأخير أخطأ في رقابة ابنه أو تلميذه أو الشخص الذي يتمرنّ عنده، ولا بد من الإشارة أنه في حالة القاصر المميز، تستفيد الضحية من مسؤوليتين ويمكن لها الرجوع بموجب أحكام إحدهما:²

¹ علي فيلاي . الفعل المستحق للتعويض . ص 101 – 106

² المرجع نفسه ص 112.

- 1- المسؤولية الشخصية للقاصر المميز عن خطئه طبقاً م 124 ق.م.
- 2- المسؤولية الشخصية لمتولي الرقابة عن خطئه في رقابة القاصر والخطأ هنا هو قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس من قبل متولي الرقابة للتخلص من مسؤوليته.

ثانياً: الحالة العقلية:

إن إصابة الشخص بخلل في عقله يؤثر على درجة الوعي والإدراك لديه، فلا يستطيع التمييز بين النافع والضار لنفسه أو لغيره لذلك فإن من يتولى رقابته هو المسؤول عن الضرر الذي يحدثه للغير.¹

ثالثاً: الحالة الجسمية:

إن الحالة الجسمية للشخص لا تؤثر في إدراكه وتمييزه لذلك فالأصل أن الشخص هو المسؤول عن أفعاله، غير أن العاهة الجسمية قد تدفع بصاحبها إلى الإستعانة " بالاتفاق " بمن يتولى رقابته نظراً لما قد تشكله من خطر على صاحبها أو على غيره، (كالأعمى أو الأعرج أو ...) ، غير أن مسؤولية متولي الرقابة تقوم بسبب الأضرار المترتبة عن هذه الحالة الجسمية المتفق على رقابتها فقط، أما الأضرار الأخرى فيسأل عنها المتسبب فيها.²

الفرع الثالث: صدور الفعل الضار من الخاضع للرقابة:

بمعنى قيام الخاضع للرقابة بفعل أو سلوك يسبب ضرراً للغير، فالفعل الضار هو كل إخلال بواجب قانوني يؤدي للإضرار بالغير، ولكن لا يشترط التمييز لأن المشرع لم يذكر الخطأ بل اشترط الفعل الضار للخاضع للرقابة، سواء كان هذا الفعل صادراً عن الخاضع للرقابة أو عن الشيء أو الحيوان الذي تحت حراسته. ويمكن للمتولي الرقابة التخلص من هذه المسؤولية بإثبات قيامه بواجب الرقابة كما سوف نرى.

المطلب الثاني : أساس مسؤولية متولي الرقابة

نصت المادة 2/134 على أن: "ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة...".

بمفهوم المخالفة لهذه المادة نستنتج بأن أساس مسؤولية متولي الرقابة هو الخطأ المفترض، بمعنى أنه بمجرد ارتكاب الخاضع للرقابة لفعل ضار فإن مسؤولية متولي الرقابة تكون مفترضة، على أساس أن هذا الأخير أخطأ في رقابته للخاضع للرقابة أو أنه لم يبذل العناية الكافية في القيام بواجبه بالرقابة.

¹ راجع المادة 81 من قانون الأسرة " من كان فاقد الأهلية ينوب عنه ولي أو وصي ... "

² راجع المادة 80 ق.م المتعلقة باجتماع عاهتين في نفس الشخص.

ولإشارة فإن متولي الرقابة ملزم ببذل عناية وفقاً لمعيار الرجل العادي وليس ملزماً بتحقيق نتيجة، وافترض الخطأ فيه يؤدي إلى افتراض العلاقة السببية بين الفعل الضار للخاضع للرقابة والضرر الحاصل للضحية وافترض الخطأ والعلاقة السببية هما قرينتان قابلتان لإثبات العكس، حيث يمكن دفع هذه المسؤولية.

المطلب الثالث: دفع مسؤولية متولي الرقابة

يمكن دفع مسؤولية متولي الرقابة وفقاً للمادة 2/134 بطريقتين:

أولاً: نفي الخطأ أو دحض قرينة الخطأ المفترض أو إثبات أداء واجب الرقابة:

يمكن لمتولي الرقابة التخلص من المسؤولية الملقاة عليه بإثبات أنه لم يهمل واجبه وأنه قام به كما ينبغي من حرص واجتهاد وذلك باتخاذ الاحتياطات وكل ما يكفل عدم إضرار الخاضع للرقابة للغير، وتبقى المبررات المستند إليها من متولي الرقابة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي الذي يراعي كل الظروف المحيطة بالخاضع للرقابة ومتولي الرقابة والعناية المبذولة من قبل هذا الأخير.

ثانياً: نفي العلاقة السببية أو دحض قرينة العلاقة السببية المفترضة:

نصت م 2/134 ".... ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا... أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

استناداً لهذا النص يمكن لمتولي الرقابة أن يثبت أن الضرر الحاصل للضحية كان سيقع في كل الأحوال سواء قام بواجب الرقابة كما ينبغي أولاً، لأن هذا الضرر لا يرجع لخطأ في الرقابة وإنما ينسب لسبب أجنبي كخطأ الضحية أو الغير أو بسبب قوة قاهرة، وهذا يكون المكلف بالرقابة قد قطع العلاقة السببية بين واجب الرقابة والضرر الذي أحدثه الخاضع للرقابة فيتخلص من المسؤولية.

المبحث الثاني

مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه

نصت المادة 136 ق.م التي تعد الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه على أن: "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها. و تتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرّاً في اختيار تابعه، متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

المطلب الأول: شروط مسؤولية المتبوع

إن التمعن في هذا النص يساعدنا على استنتاج شروط مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، فهي:

- وجود رابطة التبعية بين المتبوع وتابعه.
- حدوث فعل ضار للضحية من قبل التابع.
- صلة الفعل الضار بالوظيفة.

الفرع الأول: رابطة التبعية:

استناداً للمادة 2/136 ق.م أعلاه تعتبر علاقة التبعية قائمة متى كان التابع يعمل لحساب المتبوع، ومن ثم فإن قوام رابطة التبعية هو العمل لحساب المتبوع بغض النظر عما إذا كان المتبوع قد اختار التابع أولاً، وبغض النظر عما إذا كان للمتبوع سلطة تعيين وعزل التابع أو لا، وسواء كان المتبوع يتمتع بسلطة توجيه التابع ورقابته، أو لا يحق له ذلك بحكم المهارة الفنية أو العلمية أو التقنية للتابع، أو بحكم أخلاقيات المهنة التي تفرض استقلالية التابع كاستقلالية الطبيب الموظف في المستشفى أو العيادة الخاصة¹.

الفرع الثاني: حدوث فعل ضار من قبل التابع:

إذا كانت المسؤولية الشخصية طبقاً للمادة 124 تقوم على أساس الخطأ واجب الإثبات، ومسؤولية متولي الرقابة تقوم على أساس الخطأ المفترض طبقاً للمادة 134، فإن مسؤولية المتبوع طبقاً للمادة 136 تقوم على أساس الفعل الضار الصادر من التابع، وهذا تخفيف من المشرع على الضحية حيث أُعفيت من إثبات الخطأ بعنصره وليس عليها إلا إثبات أن الضرر الحاصل لها كان بسبب فعل التابع الضار، وإذا كان المشرع يسأل المتبوع عن الفعل الضار للتابع وليس الخطأ، فهذا يعني أن المتبوع يُسأل عن فعل التابع القاصر المميز وغير المميز وعن فعل

¹ راجع الآراء المختلفة في هذا السياق و انتقاداتها ثم الرأي الارجح في كتاب الفعل المستحق للتعويض للأستاذ فيلاي ص 129 – 147 حيث اخترنا الرأي الراجح فقط.

التابع الراشد، لأن العبرة بالعمل لحساب الغير بغض النظر عن تكييف سلوك التابع (فعل ضار أو خطأ)، ولا يحق للمتبع الرجوع على التابع.

الفرع الثالث: صلة الفعل الضار للتابع بالوظيفة:

لا يكون المتبع مسؤولاً عن أي فعل يصدر من التابع في سلوكاته اليومية، وإنما يُسأل عن الفعل الضار الذي يحدثه في إطار الوظيفة المسندة إليه، حيث يُسأل المتبع طبقاً للمادة 1/136 ق.م، عن فعل التابع الضار متى كان صادرًا منه ... في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها".

أولاً: حدوث الفعل الضار حال تأدية الوظيفة:

بمعنى حدوث الضرر وقت قيام التابع بالمهام أو مباشرة الأعمال والنشاطات التي تعد من صميم اختصاصات التابع بحكم الوظيفة المسندة له، فقد يحدث الفعل الضار في المكان والزمان¹ المخصص لهذه الوظيفة وبالوسائل المعدة لتنفيذ علاقة العمل عند قياما لتابع بعمله الذي تنصرف إرادته لتحقيق مصلحة المتبع.

ثانياً: حدوث الفعل الضار بسبب الوظيفة:

قد لا يحدث الضرر أثناء قيام التابع بالوظيفة، وإنما بسببها حتى تكون الوظيفة السبب الرئيسي والمباشر في إحداث الضرر بحيث لولاها لما حدث الضرر، ويرجع تقرير الصلة بين الوظيفة والفعل الضار لسلطة القاضي التقديرية التي يستند إلى ظروف القضية وملابساتها، كتجاوز الموظف لحدود وظيفته كالمبالغة في أداء مهامه مما يؤدي إلى الإضرار بالغير أو كإساءة استعمال شؤون الوظيفة، وسواء كان الغرض من هذا التجاوز لحدود الوظيفة يهدف لتحقيق مصلحة المتبع (المبالغة) أو لمصلحة التابع الشخصي (إساءة الاستعمال)، فإن المتبع هو المسؤول عن تعويض الضرر طالما مسؤوليته تستند لفكرة تحمل التبعية أو "من غنم وجب عليه العزم".²

ثالثاً: حدوث الفعل الضار بمناسبة الوظيفة:

في هذه الحالة تكون الوظيفة مجرد سبب عرضي لحدوث الضرر لأنها ساعدت على حدوثه، فالتابع كان بإمكانه إحداث هذا الضرر بغض النظر عن وظيفته لكن هذه الأخيرة ساهمت بصفة عرضية أو لعبت دوراً ضعيفاً في إحداث الضرر، وبهذا فإن الصلة بين الفعل الضار والوظيفة هي صلة ضعيفة³.

¹ محمد صبري السعدي ص 204.

² علي فيلاي، مرجع سابق ص 156 - 160.

³ المرجع نفسه ص 160.

مثال تطبيقي: تسبب العامل الذي ينام بغرفة مجاورة للورشة التي يعمل فيها صباحا فبسبب بعد منزله عن الورشة ينام بالغرفة اللصيقة بها، سبب هذا العامل ضررا للغير حيث كسر بعض المنقولات المملوكة للجار كان يحتفظ بها المتبوع هناك فهذا الضرر لم يحصل بسبب الوظيفة أو أثناء تأديتها وإنما بمناسبة تأديتها لأن هذه الوظيفة ساهمت بشكل عرضي في إحداث الضرر مع حق المتبوع في الرجوع على تابعه في حالة الخطأ الجسيم طبقا للمادة 127 من القانون المدني.

أما لو استعمل التابع سيارة الزبون المودعة بالورشة لغرض تجربتها دون طلب المتبوع ذلك منه فإن الضرر الذي يحدثه التابع بهذه السيارة يكون بسبب الوظيفة، أما الضرر الذي يحدثه التابع للسيارة أثناء قيامه بإصلاح عطب ما وهو في الورشة يحاول اكتشاف طبيعة الخلل الموجود فيها، فإنه ضرر حدث أثناء أو حال تأدية الوظيفة. وفي كل الحالات تقوم مسؤولية المتبوع لأن التابع يعمل لحسابه الخاص.

المطلب الثاني : نظام مسؤولية المتبوع

سنتطرق في هذا العنوان إلى أساس مسؤولية المتبوع ثم طرق دفع هذه المسؤولية، وفي الأخير نشير إلى حق المتبوع في الرجوع على تابعه متى كان هذا الأخير قد ارتكب خطأ جسيما.

الفرع الأول: أساس مسؤولية المتبوع:

لقد ثار اختلاف بشأن أساس هذه المسؤولية فهناك من قال بأنها مسؤولية شخصية يكون المتبوع فيها مسؤولا عن خطئه في اختيار أو رقابة تابعه، ثم قيل بأنها مسؤولية تقوم على أساس الضرر استنادا لفكرة تحمل التبعة حيث يتحمل الشخص مخاطر النشاط الذي يقوم به فيقوم بجبر الأضرار الناتجة عن النشاط الذي يدر عليه بالربح والذي قام التابع بتنفيذه لصالحه "الغنم بالغرم" لكن هذه الفكرة تتعارض مع حق المتبوع في الرجوع على تابعه، فظهرت نظرية الضمان مفادها أن لكل شخص الحق في السلامة، وطالما أن المتبوع له الحق في القيام بأي نشاط يرغب فيه فإنه ملزم بالتعويض إذا أدى إلى المساس بحق الغير في السلامة ، وهناك من أرجع هذه المسؤولية على أساس أن التابع لا يعمل لحسابه الخاص وإنما لحساب المتبوع، كما استند البعض إلى فكرة الكفالة حيث يحق للمضروب الرجوع على المتبوع باعتباره كفيلا متضامنا مع التابع المدين بالتعويض، وهناك من استند إلى نظرية الحلول حيث أن التابع حل محل المتبوع في قيامه بعمله، ولذلك يعد الفعل الصادر عن التابع كأنما صدر عن المتبوع¹.

¹ راجع أ علي فيلاي ص 169 – 177 ، وانظر محمد صبري السعدي، مرجع سابق ، ص 210 – 213.

أيًا كان الأمر فإن أساس مسؤولية المتبوع بالرجوع لنص م 136 قم هو "الضرر لا الخطأ" وهي مسؤولية تقوم بقوة القانون بمجرد إثبات الضحية لشروط قيامها: (الضرر الصادر من التابع علاقة التبعية بين المتبوع وتابعه (إثبات صفة المتبوع) وحدث الضرر أثناء أو سبب أو بمناسبة الوظيفة)، وذلك استنادا لفكرة تحمل المتبوع لتبعية نشاطه ولا يسأل التابع لأنه يعمل لحساب المتبوع، لان مسؤولية المتبوع خاصة بعد 2005 أصبحت مشددة إذ يكون المتبوع مسؤولا في كل الظروف طالما أن الضرر مرتبط بالوظيفة و لو بصفة عرضية، و بالرجوع لموقف المحكمة العليا نجدها أقامت مسؤولية البنك عن فعل تابعه (الموظف بالبنك) نتيجة عدم إدخال المبلغ المدون في الدفتر في حساب البنك، حيث أن البنك لا يسأل عن التزوير الذي قام به الموظف لكنه ملزم بتعويض الزبون و له الحق في الرجوع على الموظف بسبب الخطأ الجسيم و عليه جاء بقرار المحكمة العليا رقم 350137 المؤرخ في 2006/12/20 (م.م.ع / ع 2 / س 2006) :

في الموضوع : مسؤولية مدنية، مسؤولية عن فعل الغير، مسؤولية بنكية.

المرجع : المادة 136 ق.م

المبدأ: يبقى البنك في كل الظروف ، مديناً لزبونه بالأموال المودعة لديه، بموجب التعاقد المثبت بالدفتر المسلم للزبون¹ .

الفرع الثاني: طرق دفع المسؤولية

لم يتطرق المشرع الجزائري لطرق دفع مسؤولية المتبوع المفترضة بمجرد توفر شروطها، فهل هذا يعني أنه وضع قرينة قاطعة لإعفاء الضحية من إثبات المسؤولية أم أنها مجرد قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس؟ إن سكوت المشرع عن طرق دفع هذه المسؤولية في النصوص الخاصة بها (م 136، 137) لا يعني استحالة تخلص المتبوع من المسؤولية الملقاة عليه لأن المشرع نظم القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية ويمكن الرجوع لهذه القواعد من قبل المتبوع لدفع المسؤولية، وذلك باستناده على المادة 127 المتعلقة بالسبب الأجنبي.

¹ أنظر قرار المحكمة العليا رقم 350137 المؤرخ في 2006/12/20 (م.م.ع / ع 2 / س 2006) ، انظر جمال سايس المرجع السابق، ج4، ص1358.

الفرع الثالث: حق المتبوع في الرجوع على تابعه¹ :

قبل تعديل القانون المدني (2005) كان يحق للمتبوع الرجوع على تابعه بمجرد توفر شروط قيام مسؤولية هذا التابع طبقاً للقواعد العامة، رغم أن هذا الأخير يعمل لحسابه، غير أن تعديل المشرع لشروط قيام مسؤولية المتبوع (بمجرد عمل التابع لحسابه)، دفعت المشرع بضرورة تحقيق الانسجام في النصوص وجعلها أكثر عدالة، حيث لم يعد يحق للمتبوع الرجوع على تابعه إلا في حالة ارتكابه خطأ جسيم بعد التعديل، وللإشارة فإن الضحية لها الخيار بين رفع الدعوى على التابع إذا توفرت شروط المسؤولية الشخصية طبقاً للمادة 124 ق م، أو رفع الدعوى على المتبوع حيث تعد المسؤولية مفترضة لصالحها.

¹ راجع المادة 137 من ق.م.

الفصل الثالث

المسؤولية عن فعل الشيء

لمسؤولية حارس الشيء قاعدة واستثناءات أي حالات خاصة، حيث تعد المادة 138 القاعدة التي تقوم على شروط وقد اختلف الفقهاء في أسس مختلف المسؤوليات وخاصة هذه المسؤولية، وأسس المسؤولية التقصيرية عديدة منها: الخطأ الذي قال به (domat) بغض النظر عن طبيعته، بعدما كان الخطأ لصيقاً بالجريمة حيث أسس دوما المسؤولية المدنية على الخطأ بمهومه الواسع (كل فعل سبب ضرراً) ، بالإضافة إلى نظرية المخاطر (le risque) التي مفادها أن من نتج ضرر بسبب نشاطه ملزم بتعويضه وجاء بها كل من (Saleilles et Josserand) ثم ظهرت نظرية الضمان التي جاء بها (Starck) مفادها أن العبرة ليست بسلوك الفاعل (المسؤول) وإنما بحق الضحية في التعويض، وتقوم مسؤولية الحارس بغض النظر عن سلوكه¹ ، فهي مسؤولية مفترضة أي مسؤولية بقوة القانون (responsabilité en pleine droit) .

المبحث الأول

مسؤولية حارس الشيء و الحيوان

في الحقيقة لسنا مسؤولين عن أفعالنا الشخصية فقط، بل نحن مسؤولون عن فعل من هم تحت رقابتنا كذلك، ومسؤولون عن الأضرار التي تسببها الأشياء و الحيوانات التي تحت حراستنا²، وفي مسؤولية حارس الشيء لدينا نوعين: الأشياء إلى غير حية (م138 من ق.م) و الأشياء الحية أي مسؤولية حارس الحيوان طبقاً للمادة 139 من ق.م وسندرها على التوالي. وتخضع مسؤولية حارس الحيوان لنفس الأحكام ويكمن الفرق فقط في شرط الفعل الضار ناتج عن حيوان .

¹ Rémy Cabrillac. P 217-220.

² Rémy Cabrillac . p237

المطلب الأول: مسؤولية حارس الشيء

قسم المشرع الشيء في القانون المدني إلى المنقولات والعقارات، والأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك وإلى الأشياء المثلية والأشياء القيمة، والأشياء التي تندرج ضمن نص المادة 138 تتمثل في: "العقارات، المنقولات، الأشياء الجامدة، السوائل الغازية، وسائل الصخور، المياه، الأسلاك الكهربائية، الزجاج، الآلات الصناعية، وسائل النقل كالطائرات والسكك الحديدية، ألعاب الأطفال... باستثناء الأشياء الخاضعة لنصوص قانونية خاصة¹ مثل السيارات التي تخضع للأمر 74-15 المعدل المتعلق بحوادث المرور.

اعتبر القضاء الجزائري مسؤولية الحارس مفترضة منذ زمن ورغم بعض الأخطاء التي يرتكبها القضاة بإلزام الضحية بإثبات الخطأ كما سنرى في بعض الأمثلة، فإن الاتجاه الأكثر شيوعاً والأرجح هو اعتبار هذه المسؤولية مفترضة مثل قرار المحكمة العليا الصائب رقمه 43237 والمؤرخ في 14/05/1986 المنشور في المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1989 ص 68 والذي جاء فيه:

الموضوع: مسؤولية حارس الشيء – مفترضة – عبء الإثبات على الحارس.
المرجع: المادة 138.

المبدأ: متى كانت مسؤولية حارس الشيء مفترضة قانوناً، وسمح له التخلص منها بإثبات خطأ الضحية أو فعل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة، ولذلك فإنه يجب على القضاة ألا يكلفوا الضحية أو ذوي حقوقها بجلب محضر التحقيق الخاص بالحادثة، لأن عبء الإثبات في هذه الحالة يقع على عاتق حارس الشيء².

أما في قرار آخر فإن المحكمة العليا أخطأت التقدير بانتقادها لقضاة الموضوع الذين طبقوا صحيح القانون حيث جاء بالقرار رقم 323451 المؤرخ في 22/03/2006 بين المركب الأولمي محمد بوضياف ضد (م.ب.خ.د) المنشور بنشرة القضاة العدد 62 لسنة 2008 ص 347. حيث جاء فيه:

الموضوع: تعويض عن الضرر – عدم بيان العلاقة السببية بين الخطأ والضرر – خطأ في تطبيق القانون.

المبدأ: من المقرر قانوناً أنه لثبوت المسؤولية الناشئة عن الأشياء تستوجب قيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر³.

¹ فيلالي ص 182-184 بتصرف.

² انظر قرار المحكمة العليا رقم 43237 المؤرخ في 14/05/1986 المنشور في المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1989 ص 68، انظر جمال سايس، مرجع سابق، ج1، ص 299.

³ انظر القرار رقم 323451 المؤرخ في 22/03/2006 بين المركب الأولمي محمد بوضياف ضد (م.ب.خ.د) المنشور بنشرة القضاة العدد 62 لسنة 2008 ص 347، انظر جمال سايس، مرجع سابق، ج4، ص 1553.

ولا يعني وجود هذه القرار الأخير الذي ذكر عبارة الخطأ أن المحكمة العليا غيرت موقفها، وإنما يوجد قرار بعده في 2001 يقول بالمسؤولية المفترضة، و هو القرار رقم 688491 المؤرخ في 20/10/2011 المنشور في مجلة المحكمة العليا العدد 1 لسنة 2012، ص 189، حيث جاء فيه :

الموضوع: نقل – نقل أشخاص – سكة حديدية – مسؤولية عقدية – مسؤولية مفترضة.

المرجع: المادة 2/138 و القانون رقم 90-35.

المبدأ: يمكن قيام المسؤولية المفترضة للشركة، ناقلة المسافرين بالسكك الحديدية، في حالة وقوع حادث مميت، داخل المرافق التابعة لها، والتي لها رقابة عليها، بواسطة أعوانها، عند أبواب المحطة و في القطار .
انتفاء المسؤولية العقدية للشركة - بسبب عدم توفر الضحية على صفة المسافر القانوني لانعدام التذكرة - لا يحول دون قيام مسؤوليتها المفترضة¹.

الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية حارس الشيء

أولاً: وجود شيء تحت الحراسة:

تطرقنا بمفهوم الشيء في تمهيد المطلب أعلاه، وبقي علينا الإشارة لمفهوم الحراسة فهل يقصد بها سلطة الاستعمال المادي للشيء أم الانتفاع بالشيء أم أن الحراسة تحتاج لسند قانوني.
هناك من يرى بأن العبرة بالحراسة القانونية، فالسند القانوني هو قوام الحراسة، أما مجرد الحيازة المادية أو العرضية فلا تكسب هذا الحائز رغم سلطته الفعلية على هذا الشيء أثناء حيازته صفة الحارس (مثل حادث القطار مسؤولية الشركة المالكة وليس سائق القطار).

إلا أن تطور مفهوم الحراسة ينصب على الحيازة الفعلية للشيء فالعبرة بالحراسة المادية لأن الحائز هو الذي يقوم بالسيطرة الفعلية على الشيء.

فالمالك الذي سرق منه الشيء ليس مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه الشيء رغم أنه يملك سنداً قانونياً لهذا الشيء ولذلك فإن السارق هو الحارس في هذه الحالة.

كما ظهر اتجاه آخر يرى بأن العبرة بالحراسة المعنوية أي سلطة التسيير المعنوي للشيء وإدارته، بمعنى أن الحراسة تقتضي سلطة الأمرة على الشيء، وهذه الفكرة ظهرت مؤخراً في قضية فرانك المعروضة على الدوائر المتجمعة

¹ انظر القرار رقم 688491 المؤرخ في 20/10/2011 المنشور في مجلة المحكمة العليا العدد 1 لسنة 2012، ص 189، انظر جمال سايس، مرجع سابق، ج4، ص 1707.

لمحكمة النقض الفرنسية وقد تأثر المشرع الجزائري بهذا المفهوم حيث نصت م 138 على أن: كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر..."

و للإشارة فإن مصطلح قدرة الاستعمال: لا يقصد به الاستعمال المادي فقط بل حتى الاستعمال المعنوي مثل سائق صاحب السيارة فهذا الأخير قد يستعملها استعمالاً مادياً بقيادتها أو استعمالاً معنوياً بالاستعانة بمن يقودها.

كما يقصد بالتسيير: التسيير المادي والتسيير المعنوي فسلطة إصدار الأوامر والتعليمات بشأن استعمال الشيء كافية لتحقيق شرط التسيير.

أما مصطلح الرقابة: فيقصد به سلطة الحارس في تفحص الشيء وصيانته وإصلاح العيب الذي يظهر فيه أو سلطة إصدار الأوامر لتحقيق هذا الغرض ومحاسبة الغير في استعمالهم لهذا الشيء،¹ ولا يقصد بها السيطرة الفعلية بالضرورة².

ثانياً: حدوث ضرر للضحية بفعل الشيء محل الحراسة:

بمعنى أن الشيء قد يتدخل في إحداث الضرر باتصاله المادي المباشر بالمتضرر مثل اتصال المياه الملوثة - بجسم الضحية أو غرض الضحية بمسح تحت حراسة شخص ما.

و قد يتدخل الشيء باتصال مادي غير مباشر مثل السيارة التي تقذف بحجر فيصيب الحجر أحد المارة أو نجاح المنزل فتكسره فهنا اتصال السيارة بالمنزل لم يكن مباشراً.

و قد يتدخل الشيء باتصال معنوي فقط مثل الشاحنة التي تمر بسرعة كبيرة فتفاجئ شخصاً يمتطي دراجة فيقوم هذا الأخير بحركة تلقائية لتفاديها فيتضرر بارتطامه بحافة الطريق.

و للإشارة فإن حركة الشيء أو وجوده في وضع ساكن ليس معياراً للدور الفعال للشيء في حدوث الضرر، كما لا يمكن القول بأن للشيء دور فعال متى لم يكن في وضعه الطبيعي والمألوف، لأن في هذه الحالة سنتطرق لسلوك الحارس في حين أن مسؤولية الحارس لا تقوم على أساس خطأ الحارس، وإنما تقوم بمجرد وجود علاقة سببية بين تدخل الشيء والضرر الحاصل للضحية بمعنى أن الشيء لعب دوراً إيجابياً في إحداث الضرر، غير أن الضحية استفادت من قرينة مفادها أنه بمجرد تدخل الشيء يفترض أن له دوراً إيجابياً ويبقى على الحارث إثبات أن الضرر يرجع لسبب أجنبي مثل: سقوط الطفل بيثر المزرعة حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ

¹ أنظر علي فيلاي المرجع السابق، ص 208 - 228 .

² محمد صبري السعدي ، مرجع سابق 219.

1989/06/14: " المزرعة بصفتها حارسًا لتلك البئر أهملت أن تنصب حولها جهازًا وقائيًا أو لافتة تنبئ بالخطر الذي تشكله لاسيما أن هذه البئر لا تبعد عن طريق عمومي قريب من مدرسة الأطفال، فهي مسؤولة عن الضرر الذي حدث بسبب كان متوقعا وهذا طبقا لأحكام الفقرة (01) من المادة 138 م.¹ فمسؤولية المزرعة في هذا القرار قامت بمجرد إثبات ذوي الحقوق التدخل المادي للبئر فاتصاله بالضحية قرينة على الدور الإيجابي للبئر، ولأن المزرعة لم تستطع إثبات العكس لم تتمكن من التخلص من مسؤوليتها. و في قرار آخر صادر في 1991/10/21 قامت مسؤولية محطة القطار حيث أدت محاولة الضحية في الصعود إلى القطار بالمحطة إلى وفاته فأقرت المحكمة العليا بحق ذوي الحقوق في التعويض بقولها " في الواقع أن المسؤولية في هذه القضية مفترضة على حارس الأشياء غير الحية عملا بالمادة 138 خاصة وأن الثبات أن الضحية سقط من القطار عندما حاول الصعود إليه في محطة بوخنيفيس... "2.

الفرع الثاني: أساس المسؤولية

هي مسؤولية مفترضة تقوم بمجرد أن يترتب عن فعل الشيء، محل الحراسة ضرر للغير، ولا تقوم هذه المسؤولية على أساس الخطأ في الرقابة أو الحراسة أو التسيير، ورغم الاقتراحات التي قدمت في التعليق على أساس هذه المسؤولية كالخطأ المفترض، نظرية المخاطر، نظرية الضمان، إلا أنها معايير متقدمة، فلو كان الخطأ المفترض هو الأساس لكان من حق حارس الشيء أن يدفع مسؤوليته بإثبات أنه قام بواجبه كان نص على ذلك المشرع في مسؤولية متولي الرقابة، ولو كان الأساس هو المخاطر التي لكانت هذه المسؤولية تقوم متى كان الشيء خطيرا فقط في حين أن حراسة شيء يحدث ضرر يؤدي لقيام المسؤولية ولذلك تقوم هذه المسؤولية بقوة القانون كما سبق ذكره في تمهيد المطلب أعلاه.

الفرع الثالث: دفع الحارس للمسؤولية بالسبب الأجنبي

نصت المادة 2/138 على أن: " و يعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه من عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة ". وبالرجوع لقرارات المحكمة العليا نجدها تطبق ذلك مثل القرار رقم 94034 المؤرخ في 1992/12/02 المنشور بالمجلة القضائية، ع2 س 1992 ص 74 حيث جاء فيه:

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص205.

² انظر المرجع نفسه، ص207.

الموضوع : مسؤولية حارس الشيء - وجود ضرر - لا يعفى منها إلا إذا أثبت وجود السبب الأجنبي المستحيل توقعه.

المرجع: المادة 138 ق.م.

المبدأ: من المقرر قانوناً أن كل من تولى حراسة شيء اعتبر مسؤولاً عما يحدثه من ضرر ولا يعفى من المسؤولية إلا الحارس الذي أثبت أن الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه¹.

المطلب الثاني : مسؤولية حارس الحيوان:

نصت المادة 139 ق.م على أن: "حارس الحيوان ولم لم يكن مالك له مسؤول عما يحدثه الحيوان ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب لا ينسب إليه".
إن شروط قيام هذه المسؤولية وأساسها لا يختلف عن مسؤولية حارس الأشياء، كل ما في الأمر أنه لا بد من وجود حيوان تحت الحراسة وتسبب هذا الحيوان في إحداث الضرر للضحية وقد تطرقنا لمفهوم الحراسة وبقي الإشارة للمقصود بالحيوان.²

فهو كل كائن حي عدا الإنسان والنبات، سواء كان من الدواب أو الزواحف أو الطيور وسواء كان حيواناً أليفاً أو متوحشاً مملوكاً للحارس أو لم يكن ملكاً له، وبغض النظر عما إذا كان الغرض من حراسة هذا الحيوان لغرض تربيته (النحل) أو الاتجار به (الغنم) أو استخدامه (حرث الأرض الزراعية) أو استهلاكه... الخ، وهذه المسؤولية تقوم بقوة القانون بمجرد تحقق شروطها³، ولا يمكن دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي قوة قاهرة، حادث مفاجئ، خطأ الضحية أو الغير) وهو ما أشار إليه م 139 "... ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب لا ينسب إليه".

¹ انظر القرار رقم 94034 المؤرخ في 1992/12/02 المنشور بالمجلة القضائية، ع2 س 1992 ص 74، جمال سايس، المرجع السابق، ج 2، ص 825.

² أ. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 229.

³ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 181، و انظر محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 229.

المبحث الثاني

الحالات الخاصة لمسؤولية حارس الشيء

تتمثل الحالات الخاصة لمسؤولية حارس الشيء في مسؤولية الحائز عن الحريق (المادة 1/140) و مسؤولية المالك عن تهمد البناء (المادة 2/140) ومسؤولية المنتج (المادة 140 مكرر) ، أما تكفل الدواة بتعويض الضرر في حالة انعدام المسؤول عن الضرر (المادة 140 مكرر 1) فلا تعد من قبيل المسؤولية ، بل هي نظام تعويضي ، وسنختصر بعض هذه العناصر في المطالب التالية.

المطلب الأول : مسؤولية الحائز عن الحريق

نظمت المادة 1/140 ق.م مسؤولية الحائز عن الحريق ، حيث نصت على أن : " من كان حائزا بأي وجه كان لعقار أو جزء منه ، أو منقولات ، حدث فيها حريق لا يكون مسؤولا نحو الغير عن الأضرار التي سببها هذا الحريق إلا إذا ثبت أن الحريق ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول منهم " . يبدو لأول وهلة من قراءة النص أن كل ما قيل عن مسؤولية الحارس على أنها مسؤولية مفترضة يتناقض مع أساس الخطأ في مسؤولية الحائز عن الحريق، حيث يفترض أن الحائز هو حارس الشيء الذي احترق و سبب ضررا للغير، لكن المشرع أقام هذه المسؤولية على أساس الخطأ واجب الإثبات فعدنا من جديد إلى فكرة الخطأ، وسنحاول دراسة شروط وأساس هذه المسؤولية باختصار.

الفرع الأول : شروط قيام مسؤولية الحائز عن الحريق:

من خلال المادة 1/140 نستنتج بأن شروط قيام مسؤولية الحائز عن الحريق تتمثل في: نشوب (حدوث) حريق في مال الحائز، إحداث الحريق ضررا للغير ، إثبات الضحية لخطأ الحائز.

أولا: حدوث حريق في مال الحائز:

لابد من حدوث الحريق (النار) في إحدى ممتلكات الحائز سواء كانت عقارا أو منقولا كلها أو بعضها أو جزءا منها، وسواء كان اشتعالها بصفة عمدية أو غير عمدية و يقصد بالحائز هنا الحارس لأن (حائز بأي وجه كان) .

ثانيا: إحداث الحريق ضررا للغير:

من المنطقي أن الضرر جوهر المسؤولية المدنية فلا يعقل للغير طلب التعويض بسبب حدوث الحريق إلا إذا كان الغير قد تضرر بسبب هذا الحريق .

ثالثا: إثبات الضحية لخطأ الحائر أو من هم تحت مسؤوليته :

اشترط المشرع على الضحية إثبات خطأ الحائر أو من هم تحت مسؤوليته، وهذا على خلاف ما استقر عليه التشريع و القضاء في مسؤولية الحراس، لكن يبدو أن المشرع أراد التخفيف عن المسؤول نظرا للحريق الذي شب في ماله قبل أن يصيب الغير، لأن المنطق يقتضي أن لا أحد يحرق ماله بنفسه ، لذلك افترض المشرع أن الحريق نتج عن سبب أجنبي، وعلى الضحية إثبات العكس.

الفرع الثاني: أساس مسؤولية الحائر عن الحريق:

تقوم مسؤولية الحائر على أساس الخطأ واجب الإثبات من قبل الضحية، سواء كان خطأ الحائر أو من هم تحت مسؤوليته، طبقا للعبارة الأخيرة من م 1/140 من ق.م: " إلا إذا ثبت أن الحريق ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول منهم " .

المطلب الثاني : مسؤولية المالك عن تهمد البناء:

تعد المادة 2 /140 و 3 الأساس القانوني لمسؤولية المالك عن تهمد البناء، حيث نصت على أن: " مالك البناء مسؤول 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. ويجوز لمن كان مهدهدا بضرر يصيبه في البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر فإن لم يقم المالك بذلك، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه " . و بناء على هذا النص سنتطرق إلى شروط قيام مسؤولية المالك عن تهمد البناء و أساسها وطرق دفعها ثم للتدابير الوقائية لتفادي التهمد.

الفرع الأول : شروط قيام مسؤولية المالك عن تهمد البناء:

أولا: تهمد البناء:

يقصد بالبناء مجموع المواد التي يتدخل الإنسان بجمعها قصد تشييد وحدة متماسكة و متصلة بالأرض¹ ، سواء كان معدا للسكن أو كمستودع كمحل تجاري أو حربي ... أما التهمد فيقصد به تفكك أو انهيار البناء سواء كان ذلك كلياً أو جزئياً.

¹ انظر علي فيلاي، مرجع سابق ص 250، 251.

ثانيا: ملكية المسؤول للبناء:

أقام المشرع السؤولية على عاتق المالك وليس الحائز أو المستأجر لأن هذا الأخير ليس مسؤولاً عن عيب البناء أو قدمه.

ثالثا: حدوث ضرر للضحية

لابد من حصول ضرر للضحية حتى ترفع الدعوى فلا دعوى دون مصلحة مشروعة، ويشترط في الضرر أن يكون ناتجاً عن تهم البناء، أي وجود علاقة سببية بين الضرر و التهم.

الفرع الثاني أساس المسؤولية و طرق دفعها:

يبدو من نص المادة 140 / 2 أن هذه المسؤولية تقوم على أساس الخطأ المفترض المترتب عن عيب أو قدم في البناء أو إهمال في الصيانة، وهذا ما يبدو من الفقرة الثانية للمادة 140 من ق.م التي وضحت طرق نفي مالك البناء المسؤولية عنه والتي جاء بالجملة الأخيرة منها " ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، أو قدم في البناء ، أو عيب فيه " .

الفرع الثالث: التدابير الوقائية لتفادي التهم :

يجوز لكل ذي مصلحة يعتقد أنه مهدد بخطر تهم البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الاحتياطية الضرورية للوقاية من الخطر، وإذا امتنع المالك عن القيام بذلك، جاز للمعني بالأمر الحصول على إذن من المحكمة من أجل اتخاذ هذه التدابير والرجوع على المالك بالمصاريف التي أنفقها.

المطلب الثاني

مسؤولية المنتج

هذه المسؤولية مستحدثة بموجب القانون رقم 05 - 10 المعدل للقانون المدني والهدف منها هو تحقيق انسجام مع نصوص القانون الدولي التي ترمي لتشجيع الاستثمار والتبادلات الاقتصادية والتجارية، و خاصة لمور 20 سنة على صدور التعليمات الأوروبية في 1985/07/25 المتعلقة بالمسؤولية عن المنتجات المعيبة¹ ، وباعتبار أن الجزائر دولة مستهلكة كان لا بد من حماية المستهلك بقواعد المسؤولية إضافة إلى قانون حماية المستهلك.

مسؤولية المنتج عقدية أم تقصيرية؟

سابقا إذا أرادت الضحية الحصول على التعويض فلا بد لها من الخيار بين رجوعها بموجب أحكام المسؤولية العقدية "رجوع المشتري على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية"، أو الرجوع بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية "المسؤولية الشخصية أو حارس الشيء (المنتج) أو الرجوع بموجب أحكام قانون حماية المستهلك حيث يكون الطرفان "متدخل ومستهلك".

غير أن المشرع في 2005 مكن أي ضحية (مهما كانت صحفتها) من الرجوع على المنتج، وبغض النظر عن وجود عقد يربط بين الطرفين أولا، فمسؤولية المنتج تقوم بدون التمييز بين المسؤولية التقصيرية أو العقدية، لأن المشرع منح للضحية حق الرجوع على المنتج بغض النظر عن وجود عقد بينها وبين المنتج أولا، وهو بذلك قد منحها دعوى مباشرة تجاه المنتج فلو تعاملت مع البائع بالتجزئة أو البائع بالجملة فلها حق مطالبة المنتج مباشرة.

¹ أنظر شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 488 .

الفرع الأول: شروط قيام المسؤولية

أولاً: وجود عيب في المنتج

لا بد من الإشارة لمفهوم المنتج في هذه المسؤولية، فبالرجوع للمادة 140 مكرر نجد أنها قدمت تعريفاً للمنتج على أنه: "يعتبر منتجاً كل مال منقول ولو كان متصلاً بعقار، لا سيما المنتج الزراعي والمنتج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية".¹

يتضح من هذا النص بأن المنقولات هي المقصودة، دون العقارات وبما أن عبارة المنقول جاءت عامة فتشمل المنقولات المادية والمعنوية كذلك، فهل كل منقول يعد منتجاً؟

لا بد من طرح جعل هذا المنقول في السوق لتداوله من قبل الأشخاص حتى يسمى منتجاً، كما يشترط أن يكون هذا المنتج معيباً ويقصد بالمنتج المعيب: أي ينطوي أو يحتوي على مخاطر تمس بصحة أو سلامة الضحية أو تلحق بها أضراراً أخرى.²

وللإشارة فإن اشتراط العيب في المنتج يتنافى والغرض من استحداث مسؤولية جديدة، فمسؤولية الحارس تقوم بفعل الشيء الذي سبب الضرر وليس العيب في الشيء أو خطورته، فاستحداث نظام قانوني جديد يستدعي توفير حماية أفضل (خاصة وأتينا لسنا دولة منتجة) فالعبرة بتشديد مسؤولية المنتج لحماية للضحية وفي هذا الإطار يرى أ. فيلاي بأن "حصول الضرر هو قرينة على أن المنتج معيب" وفي الأخير نشير أن المجال مفتوح للسلطة التقديرية للقاضي حيث لا بد من مراعاة الظروف الموضوعية المحيطة (كيفية تقديم المنتج، كيفية استعماله من المضرور، مدى التزام المنتج بإعلام المتلقي بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج من مواصفاته وكيفية استعماله والتحذير من أخطاره، ومدى احترام المتلقي لهذه التعليمات والتحذيرات).³

ثانياً: حصول ضرر للضحية

لهذا الضرر صور مختلفة، لذلك فهو يشمل كل الأضرار التي أصابت الضحية سواء كانت أضراراً جسدية بحيث أصيبت بجروح أو وفاة أو عجز دائم أو مؤقت عن العمل، كما يشمل مصاريف العلاج والتعويض عن ضياع منصب العمل وراتبه والتعويض عن الضرر المعنوي لذوي الحقوق جراء الوفاة، بالإضافة إلى الأضرار المادية التي تلحق أموال الضحية، كل ما في الأمر أن الضحية عليها إثبات هذا الضرر بكافة الطرق.

¹ م 140 مكرر استحدثها المشرع بموجب القانون رقم 05-10

² علي فيلاي المرجع السابق ص 268.

³ المرجع نفسه ص 269، 270.

القانون لا يمكن دفعها إلا بالسبب الأجنبي.

الفرع الثاني : طرق نفي المسؤولية:

لم يحدد المشرع طرق نفي المسؤولية ولذلك نرجع للقواعد العامة المتمثلة في دفع المسؤولية عن طريق السبب الأجنبي طبقاً للمادة 127 من القانون المدني¹ ، وما يؤيد ذلك أكثر أن المنتج شيء وبالتالي يخضع لبعض أحكام مسؤولية حارس الشيء المفترضة ماعدا الأحكام الواردة بالمادة 140 مكرر، لأن المشرع جاء بهذا النص ليسع من دائرة تطبيق المسؤولية فبدل أن تطبيق على العلاقة العقدية بين المنتج و المستهلك وسع من دائرتها وجعلها مسؤولية عن فعل المنتج.

¹ المادة 127 من ق.م: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاقي خالف ذلك " .

قائمة المراجع

أولاً: الكتب:

- 1- العربي بلحاج، النظرية العامة في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5 ، 2007. الجزائر.
- 2- خيار غنيمية لخلو، نظرية العقد، بيت الأفكار، ط 2018 ، الدار البيضاء – الجزائر.
- 3- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام – الواقعة القانونية (العمل غير المشروع – شبه العقود – القانون) الجزء الثاني، دار الهدى ، ط 2 ، 2004، الجزائر .
- 4- نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص في نطاق قانون الالتزامات، في نطاق قانون الأموال، منشأة المعارف الإسكندرية ط 3، 2006 .
- 5- سايس جمال . الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، قرارات المحكمة العليا، منشورات كليك (أربعة أجزاء) ط1 ، 2013، الجزائر.
- 6- شوقي بناسي ، مقدمة في الالتزامات ، دار الخلدونية، ط 2018 ، القبة ، الجزائر.
- 7- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط6 ، 2005 الجزائر.
- 8- عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر ط3 ، 2012 ، الجزائر.
- 9- علي فيلاي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، 2008 ، الجزائر.
- 10- علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، ط2، 2007 ، الجزائر.
- 11- علي فيلاي، نظرية الحق ، موفم للنشر ، 2011، الجزائر.

ثانياً: المقالات:

- 1- حامق ذهبية ، المقاربات بين القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، أحكام نظرية الظروف الطارئة
مثالا، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 .
- 2- بوشاشي يوسف، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات و احترام التوقعات، حوليات جامعة الجزائر1، العدد 31 الجزء الأول.

- 3- كودري فاطمة الزهرة، حماية الكفيل المتعامل مع البنك الدائن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية. العدد 2 لسنة 2014.

ثالثا: المذكرات و الرسائل:

- 1- ولهاسي فريدة نادية، الحق في الحبس كوسيلة قانونية لحماية الدائن العادي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 .
- 2- حامق ذهبية . الالتزام بالاعلام في العقود . أطروحة دكتوراه كلية الحقوق . جامعة الجزائر 1 .

رابعا: القرارات القضائية:

- 1- القرار رقم 49767 المؤرخ في 03/06/1987 ، المنشور بالمجلة القضائية 1990/ع3 .
- 2- القرار رقم 406468 المؤرخ في 23/04/2008 ، المنشور بمجلة المحكمة العليا 2008/ع1.
- 3- القرار رقم 581228 المؤرخ في 22/07/2010، مجلة المحكمة العليا 2010 / ع 2
- 4- القرار رقم 324515 المؤرخ في 18/10/2006 . مجلة المحكمة العليا 2006/ع1.
- 5- القرار رقم 26320 مؤرخ في 30/03/1983 المجلة القضائية لسنة 1989 / ع 4 .
- 6- القرار رقم 350137 المؤرخ في 20/12/2006 مجلة المحكمة العليا س 2006 / ع 2.
- 7- القرار رقم 43237 المؤرخ في 14/05/1986 المجلة القضائية، لسنة 1989 / ع 1.
- 8- القرار رقم 323451 المؤرخ في 22/03/2006 نشرة القضاة ، 2008، العدد 62
- 9- القرار رقم 688491 المؤرخ في 20/10/2011 مجلة المحكمة العليا 2012 ، ع1.
- 10- القرار رقم 94034 المؤرخ في 02/12/1992 المجلة القضائية ، س 1992 / ع2.

* Les Ouvrages :

Rémy cabrillac. Droit des obligations. 12^e édition. DALLOZ. Paris 2016.

Philippe Malaurie et Laurent Aynès . Droit civil. Les obligation. 4^eédition . Edition. Point Delta. Liban. P231

الفهرس:

3	قائمة المختصرات
4	تقديم
5	مقدمة
5	7- التعريف بالموضوع
5	8- أهمية الموضوع
6	9- تعريف نظرية الالتزام لدى الفقه المقارن
6	أ/ المذهب الشخصي: (المدرسة الفرنسية)
6	ب/ المذهب المادي (المدرسة الألمانية)
6	10- تعريف الالتزام لدى فقهاء الشريعة الإسلامية
7	11- موقف المشرع الجزائري
7	12- تقسيمات الالتزام
9	13- الإشكالية
10	14- خطة الدراسة
11	فصل تمهيدي: أحكام مشتركة في نظرية الالتزام
11	أولاً: إثبات الالتزام
13	ثانياً: آثار الالتزام
16	ثالثاً: الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام
17	رابعاً: انقضاء الالتزام
19	الباب الأول النظرية العامة للعقد
20	تمهيد لنظرية العقد
20	1/ التعريف بالعقد
21	2/ الأحكام العامة للعقد
22	3/ تقسيمات العقد
22	أولاً: تقسيم المشرع للعقود

23 ثانيا: تقسيم الفقه للعقود
25 الفصل الأول : تكوين العقد
27 المبحث الأول التراضي
27 المطلب الأول: وجود التراضي
27 الفرع الأول: صور الإرادة
27 أولا: عرض المواقف الفقهية
28 ثانيا: موقف المشرع الجزائري
28 الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة
28 أولا: طرق التعبير عن الإرادة
28 ثانيا: آثار التعبير عن الإرادة
29 الفرع الثالث: تطابق الإرادتين
29 أولا: الإيجاب
30 ثانيا: القبول:
31 المطلب الثاني: صور خاصة التراضي
31 الفرع الأول: النيابة في التعاقد
31 الفرع الثاني: الوعد بالتعاقد
32 الفرع الثالث: التعاقد بالعربون
33 المطلب الثالث: صحة التراضي
33 الفرع الأول: الغلط الجوهرى
33 أولا: شروط الغلط الجوهرى أو مواصفاته
34 ثانيا: صور الغلط الجوهرى
35 الفرع الثاني: التدليس
36 أولا: عناصر التدليس
37 ثانيا: شروط التدليس
38 الفرع الثالث: الإكراه

39	أولاً: شروط الإكراه
40	ثانياً: مصادر الإكراه
41	الفرع الرابع: الاستغلال
42	أولاً: عناصر الاستغلال
44	ثانياً: الآثار المترتبة على توفر عناصر الاستغلال
45	المطلب الرابع: الأهلية كآلية لحماية التراضي
45	عوارض الأهلية
45	موانع الأهلية
46	المبحث الثاني المحل
46	المطلب الأول: وجود المحل أو إمكانية وجوده
46	الفرع الأول: ضرورة وجود المحل في الالتزام بمنح
48	الفرع الثاني: إمكانية المحل في الالتزام بفعل أو عدم فعل شيء ما
49	المطلب الثاني: تعيين المحل
50	المطلب الثالث: مشروعية المحل
50	الفرع الأول: قابلية المحل للتعامل
50	الفرع الثاني: عدم مخالفة المحل للتعامل العام
52	المبحث الثالث السبب
52	المطلب الأول: ازدواجية مفهوم السبب
52	الفرع الأول: سبب الالتزام في النظرية التقليدية
52	الفرع الثاني: سبب العقد في النظرية الحديثة
53	المطلب الثاني: نظرية السبب في القانون المدني الجزائري
54	المبحث الرابع: الشكلية كركن للانعقاد
55	المطلب الأول: أنواع الشكلية
55	الفرع الأول: الشكلية الرسمية
55	الفرع الثاني: الشكلية العرفية

55	المطلب الثاني: إجراءات نفاذ العقد الرسمي
56	المبحث الخامس : نظرية البطلان
57	المطلب الأول: أحكام البطلان
58	المطلب الثاني: آثار الحكم بالبطلان
59	الفصل الثاني آثار العقد
59	المبحث الأول: مضمون قاعدة "القوة الملزمة للعقد"
60	المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة القوة الملزمة للعقد
60	الفرع الأول: حلول النص القانوني محل الاتفاق
60	الفرع الثاني: حلول الحكم القضائي محل الاتفاق
61	الفرع الثالث: إنهاء العقد بإرادة أحد المتعاقدين فقط
62	الباب الثاني الفعل المستحق للتعويض (المسؤولية التقصيرية)
63	لمحة عن الفعل المستحق للتعويض و تطور المسؤولية
63	1/ تمييز المسؤولية المدنية عن الجزائية
64	أ/ أوجه الاختلاف
65	ب/ الخطأ ذو الصيغة الجزائية والمدنية
65	2/ أنواع المسؤولية المدنية (العقدية و التقصيرية)
66	3/ تطور أساس المسؤولية المدنية
70	الفصل الأول: المسؤولية عن الفعل الشخصي
71	المبحث الأول: أركان المسؤولية عن الفعل الشخصي
71	المطلب الأول : الخطأ المرتب للمسؤولية الشخصية
71	الفرع الأول: العنصر المادي للخطأ
72	الفرع الثاني: العنصر المعنوي للخطأ
72	أولاً: القيام بالتعدي بإرادة الشخص
73	ثانياً: صور الخطأ أو درجاته
73	أ- الخطأ العمدي أو الإخلال بقاعدة قانونية قصد الإضرار بالغير

- 73 ب- الخطأ بإهمال (غير العمدي) .
- 73 ج- الخطأ الجسيم .
- 73 د- الخطأ غير المعذور .
- 74 الفرع الثالث: مشروعية التعدي على حقوق الغير .
- 74 أ- حالة الدفاع الشرعي .
- 74 ب- طاعة الموظف لأمر الرئيس .
- 74 ج- حالة الضرورة .
- 75 المطلب الثاني: ركن الضرر .
- 75 1/ أنواعه .
- 75 أ/ الضرر المادي .
- 75 ب/ الضرر المعنوي .
- 75 2- شروط الضرر المستحق للتعويض .
- 76 المطلب الثالث: العلاقة السببية بين الضرر والخطأ أو الفعل الضار .
- 77 الفصل الثاني : المسؤولية عن فعل الغير .
- 77 المبحث الأول: مسؤولية متولي الرقابة .
- 78 المطلب الأول: شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة .
- 78 الفرع الأول: التزام المسؤول برقابة الفاعل .
- 78 الفرع الثاني: حاجة الفاعل للرقابة .
- 78 أولاً: حالة القصر .
- 79 ثانياً: الحالة العقلية .
- 79 ثالثاً: الحالة الجسمية .
- 79 الفرع الثالث: صدور الفعل الضار من الخاضع للرقابة .
- 79 المطلب الثاني : أساس مسؤولية متولي الرقابة .
- 80 المطلب الثالث: دفع مسؤولية متولي الرقابة .
- 80 أولاً: نفي الخطأ أو دحض قرينة الخطأ المفترض أو إثبات أداء واجب الرقابة .

- 80 ثانيا: نفي العلاقة السببية أو دحض قرينة العلاقة السببية المفترضة
- 81 المبحث الثاني : مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه
- 81 المطلب الأول: شروط مسؤولية المتبوع
- 81 الفرع الأول: وجود رابطة التبعية بين المتبوع وتابعه
- 81 الفرع الثاني : حدوث فعل ضار للضحية من قبل التابع
- 82 الفرع الثالث: صلة الفعل الضار بالوظيفة
- 82 أولا: حدوث الفعل الضار حال تأدية الوظيفة
- 82 ثانيا: حدوث الفعل الضار بسبب الوظيفة
- 82 ثالثا: حدوث الفعل الضار بمناسبة الوظيفة
- 83 المطلب الثاني : نظام مسؤولية المتبوع
- 83 الفرع الأول: أساس مسؤولية المتبوع
- 84 الفرع الثاني: طرق دفع المسؤولية
- 85 الفرع الثالث: حق المتبوع في الرجوع على تابعه
- 86 الفصل الثالث المسؤولية عن فعل الشيء
- 86 المبحث الأول مسؤولية حارس الشيء و الحيوان
- 87 المطلب الأول: مسؤولية حارس الشيء
- 88 الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية حارس الشيء
- 88 أولا: وجود شيء تحت الحراسة
- 89 ثانيا: حدوث ضرر للضحية بفعل الشيء محل الحراسة
- 90 الفرع الثاني: أساس المسؤولية
- 90 الفرع الثالث: دفع الحارس للمسؤولية بالسبب الأجنبي
- 91 المطلب الثاني : مسؤولية حارس الحيوان
- 92 المبحث الثاني : الحالات الخاصة لمسؤولية حارس الشيء
- 92 المطلب الأول : مسؤولية الحائز عن الحريق
- 92 الفرع الأول : شروط قيام مسؤولية الحائز عن الحريق

92	أولاً: حدوث حريق في مال الحائز
92	ثانياً: إحداث الحريق ضرراً للغير
93	ثالثاً: إثبات الضحية لخطأ الحائز أو من هم تحت مسؤوليته
93	الفرع الثاني: أساس مسؤولية الحائز عن الحريق
93	المطلب الثاني : مسؤولية المالك عن تدمير البناء
93	الفرع الأول : شروط قيام مسؤولية المالك عن تدمير البناء
93	أولاً: تدمير البناء
94	ثانياً: ملكية المسؤول للبناء
94	ثالثاً: حدوث ضرر للضحية
94	الفرع الثاني أساس المسؤولية و طرق دفعها
94	الفرع الثالث: التدابير الوقائية لتفادي التدمير
95	المطلب الثاني مسؤولية المنتج
96	الفرع الأول: شروط قيام المسؤولية
96	أولاً: وجود عيب في المنتج
96	ثانياً: حصول ضرر للضحية
97	الفرع الثاني : طرق نفي المسؤولية
98	قائمة المراجع
100	الفهرس