



جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

التراضي في العقود

مذكرة لنيل ماستر في القانون
تخصص: عقود ومسؤولية

إشراف الأستاذ:

بلعزوز رابح

إعداد الطالبة:

حنيش حورية

لجنة المناقشة

الأستاذ: قتال حمزة..... رئيسا

الأستاذ: بلعزوز رابح..... مشرفا ومقررا

الأستاذة: عينوش عائشة..... ممتحنا

تاريخ المناقشة 2016/03/12

إهداء

أهدي ثمرة علمي المتواضع إلى التي كانت ولا زالت تتعب معي، إلى من غمرتني
بدعائها وحنانها، إلى نبع الحب والحنان إلى....أمي الغالية قدرني الله على طاعتها
إلى مثلي الأعلى في الحياة، إلى من كان ولا يزال معلمي ومرشدي وقودتي... أبي
الحبيب

إلى أستاذي الفاضل "بلعزور رابح" حفظه الله ووقفه لكل ما يحب ويرضى
إلى أخواتي الغاليات، وإلى من أشد ظهري بهم في الحياة والذين أشعر بالأمان
صحبتهم إخوتي

وإلى كل العائلة الكريمة صغيرا وكبيرا

شكر

الحمد لله على عظيم فضله وكثير عطائه، لأنه وفقني لإتمام هذا العمل المتواضع فإنه يشرفني أن أتقدم بخالص شكري وتقديري واحترامي إلى أستاذي الفاضل "بلعزوز رابح" على كل ما قدمه لي من يد المساعدة والعون لإنجاز هذا العمل عبر تشجيعه لي وتوجيهاته، والذي لم يبخل علي بتقديم النصح والإرشاد، وأشكره على تواضعه وسعة صدره. فلك مني ألف تحية وجزاك الله بكل خير أستاذي.

كما أتقدم بأسمى آيات الشكر والعرفان إلى أساتذتي الكرام أعضاء لجنة المناقشة المحترمين لقبولهم مناقشة هذا العمل رغم انشغالاتهم الكثيرة.

مقدمة

يعتبر العقد من أهم المصادر المنشئة للالتزام، إذ أنه هو وحده الذي ينشأ الأغلبية من الالتزامات، فالعقد يقوم على ثلاثة أركان وهي: المحل، السبب، والتراضي.

تعرف المادة 54 من قانون المدني العقد بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح عمل أو بفعل أو عدم فعل شيء ما".⁽¹⁾

يعتبر التراضي الركن الأساسي والبدهي لقيام العقد، وهو من شروط الصحة، لذلك يشترط لانعقاد العقد وجود التراضي الذي يكون جوهره هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني.

ويوجد التراضي بوجود الإرادة، ويجب أن تتجه هذه الأخيرة إلى غاية مشروعة وبنية إحداث أثر قانوني، والإرادة التي يعتد بها حتى يتحقق التراضي هي إرادة المتعاقد التي شاركت في إنشاء التصرف القانوني، فهي مصدر أساسي للالتزامات والحقوق، وهي إرادة معلنة الظاهر إلى العالم الخارجي، صحيحة ومعبرة عن حقيقة ما يرغب فيه المتعاقد.

يكون الإعلان عن الإرادة الأخرى المقابلة والمتطابقة مع الطرف الثاني، حيث تتجه الإرادة المشتركة للطرفين إلى إحداث آثار القانونية، أي صدور إيجاب والقبول للتعاقد من ناحية، وعلى تلاقي هذا القبول من ناحية والإيجاب من ناحية أخرى، حيث يتوافر له مقومات الإيجاب يعتبر عن إرادة بتوافر له مقومات القبول.

وباعتبار المبدأ العام في انعقاد العقد هو مبدأ الرضائية، فللمتعاقدين حرية التعبير عن إرادته بأي وسيلة مادية تكشف عن إرادة صاحبها، لأن الأصل هو عدم اشتراط شكلا خاصا

(1) أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني. المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007. الجريدة الرسمية العدد 31 الصادر في 25 ربيع الثاني عام 1428 هـ الموافق 13 مايو سنة 2007 م.

أو صورة معينة في للتعبير عن الإرادة، فكل ما يدل على الإرادة يصلح تعبيراً عنها، وعلى ذلك ليس لإبرام العقد صيغة معينة أو عبارات لا بد من استخدامها، ومن هنا يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمناً.

الأصل في التعاقد أن يصدر التعبير عن إرادة من الأصل نفسه إلى أنه نظراً لظروف قد تؤدي إلى استحالة قيامه التصرف القانوني شخصياً، فقد يخول لنائب عنه القيام به، وهو ما يطلق عنه النيابة في تعاقد، وقد لا يصل المتعاقدين إلى العقد البات إلا بعد المرور بمرحلة تمهيدية قد تطول أحياناً كالتعاقد بالعربون أو الوعد بالتعاقد.

تستدعي الإرادة نشاطاً ذهنياً معيناً، لذا يشترط المشرع الجزائري ممن صدر عنه التعبير عن الإرادة أن يكون متمتعاً بنصيب معين من القوة الذهنية، وهذه القوة لا تتوفر إلا إذا بلغ الشخص سناً معيناً وكان سليماً من سائر الآفات العقلية.

وأن تكون الإرادة خالياً من العيوب أو تصادفها ظروف تحد من حريتها وسلامتها والتي تؤدي إلى قابلية العقد للإبطال وهي الإكراه والاستغلال والغلط والتدليس .

فلا يكفي وجود التراضي فلا بد من أن يكون التراضي سليماً خالياً من هذه العيوب، وأن يكون لطرفاً العقد الأهلية القانونية اللازمة للتعاقد.

تكمن أهمية الموضوع من الناحية العلمية والنظرية معاً، فقد تناولنا التراضي في العقود نظراً لأهمية البالغة للعقد في حياتنا اليومية. فلكي يكون هناك استقرار في المعاملات بين الأفراد، ومن باب وجوب الحفاظ على عنصرى الثقة والائتمان، لا بد من وجود أحكام يخضع لها كلا المتعاقدين.

ويعتبر ركن الرضا الركن الذي يقوم عليه العقد باعتبار هذا الأخير الوسيلة الوحيدة والهامة في دائرة المعاملات المالية والتجارية، مع تطورات الاقتصادية المتلاحقة وبالتالي الحفاظ حقوق الأفراد واستقرار المعاملات بين الأفراد، وضمان الثقة والائتمان في المجتمع.

ومن أسباب اختيارنا لهذا الموضوع هو الرغبة في معالجة هذا الموضوع من الجانب القانوني، وهذا نظرا لميولي الشخصية التي كان لها التأثير الواضح في هذا الاختيار.

أما عن الأهداف المتوخاة من هذه الدراسة فتتمثل في التعرف على أحكام التراضي في العقد، وتسلط الضوء عليه باعتباره يلعب دورا هاما في تحديد التزامات المتعاقدين.

واقترضت طبيعة البحث إتباع المنهج الوصفي، وذلك من خلال عرضنا لمختلف جزئيات الموضوع، وذلك من خلال لغة بسيطة وسهلة، وكذلك المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل مضمون بعض النصوص القانونية، سواء نصوص القانون المدني أو نصوص قانون الأسرة، كذلك اعتمدنا على المنهج المقارن من خلال مقارنة بعض النصوص القانونية بين كلا من التشريع الجزائري ونظيره المصري والفرنسي.

وعلى هذا الأساس نطرح الإشكالية التالية: **ما هي أحكام التراضي باعتباره عنصرا جوهريا في العقود؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم هذا البحث إلى فصلين: حيث نعالج من خلال الفصل الأول وجود التراضي، وفيه نتحدث عن الإعلان عن الإرادة وأشكالها (المبحث الأول)، ثم نتطرق إلى مجلس العقد (المبحث الثاني).

أما في الفصل الثاني والمتعلق بصحة التراضي، وهو بدوره قسمناه إلى مبحثين: حيث تناولنا في المبحث الأول (الأهلية والعوامل المؤثرة فيها) وعالجنا في المبحث الثاني (عيوب الإرادة).

الفصل الأول: وجود التراضي

يتوقف التراضي على تلاقي التعبير عن اتجاه إرادتين إلى التعاقد وارتباطهما وتطابقهما، أي يتحقق وجود التراضي على صدور تعبير عن الإرادة الأولى يطلق عليها الإيجاب، وتعبيراً عن الإرادة الثانية الموافقة للإيجاب، ويطلق عليها القبول⁽¹⁾.

ويستلزم تلاقي إرادتي كل من الإيجاب والقبول وتطابقهما حتى يتوافر ركن الرضا في العقد، الذي يقتضي أن يكون لدى كلا المتعاقدين اللذين يشتركان في العقد، وأن تتجه إرادتهما إلى إحداث أثر قانوني، وتطابق الإرادتين يستلزم بالضرورة كذلك أن يعبر كلاهما عن إرادتيهما إلى العالم الخارجي الاجتماعي، باعتبار أن الإرادة ظاهرة نفسية لا يعتد بها القانون، إلا إذا ظهرت إلى العالم الخارجي⁽²⁾.

والأصل أن التعبير عن الإرادة يصدر من المتعاقد نفسه أي الأصيل، إلا أنه في بعض الحالات والظروف الاستثنائية قد يتعذر على الشخص الذي يرغب في إنشاء علاقة قانونية الحضور مثلاً كأن يكون مسافراً، حيث يصدر التعبير عن الإرادة ممن ينوب عنه، وهو ما يطلق عليه النيابة في التعاقد، ورغم صدور التعبير عن الإرادة من قبل كلا المتعاقدين في العقد، ورغم توافر الإرادتين، إلا أنه قد يمر بمرحلة تمهيدية ما قبل التعاقد ولا يكون نهائياً كما في الوعد بالتعاقد والتعاقد بالعربون⁽³⁾.

سنعرض في هذا الفصل إلى وجود التراضي وذلك في مبحثين: حيث نبين كيفية الإعلان عن الإرادة وأشكالها (المبحث الأول)، ثم يليها التطرق للحديث عن مجلس العقد (المبحث الثاني).

(1) ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ج1، ط1، دار وائل، الأردن، 2002، ص 172.

(2) توفيق حسين فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين العربية، ط3، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، بدون سنة النشر، ص 76، 77.

(3) ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 172.

المبحث الأول: الإعلان عن الإرادة وأشكالها

الإرادة هي ظاهرة نفسية، تفيد انعقاد العزم على إحداث أثر قانوني، وهي أساس قيام التراضي ويكون وجوده بوجود الإرادة (المطلب الأول)، وحتى يعتد بها القانون لابد من الكشف عنها إلى العالم الخارجي الاجتماعي وذلك بالتعبير عنها سواء صراحة أو ضمناً وفي بعض الحالات قد يصلح السكوت للتعبير عن الإرادة، وهذا حتى تتجه أثرها إلى إبرام العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: وجود الإرادة

باعتبار أن الإرادة هي العزم على الاتجاه لإحداث أثر قانوني معين، وحتى يعتد بها القانون لابد من شروط (الفرع الأول)، وباعتبارها ظاهرة نفسية باطنية في نفس صاحبها فلا بد من الكشف عنها إلى العالم الخارجي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط الاعتداد بالإرادة

يرى علماء النفس في تحليلهم للإرادة⁽¹⁾ أنها ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن المفكر في اتخاذ موقف أو قرار يستند إلى أسباب معقولة⁽²⁾.

ويعرفها البعض على أنّ الإرادة حركة نفسية تفيد انعقاد العزم على إبرام العقد وهي تصدر من وحي العقل والفكر ويتطلب وجودها اتجاه فكر الإنسان إلى إحداث أثر قانوني معين⁽³⁾.

بالتالي، تتعلق الإرادة بمسألتين وهما: صدور الأهلية من شخص لديه إرادة ذاتية يعتد بها القانون (أولاً)، واتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني معين (ثانياً).

(1) فتية سدي عثمان، دور الإرادة في إنشاء العقد، مجلة العدل، السنة العاشرة، العدد 23، د ت ن، د ب ن، ص 91.

(2) علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، (الالتزامات)، ط 8، دار موفم، الجزائر، 2005، ص 69.

(3) لبني مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون تاريخ النشر، ص 5.

أولاً: صدور الإرادة من شخص لديه إرادة ذاتية يعتد بها القانون

إذا انعدمت الإرادة لدى شخص فإن هذه الإرادة لا وجود لها ولا قيمة لها، ويتحقق ذلك في من يفقد وعيه نتيجة سكر، تخدير، أو من انعدمت إرادته. ومن ناحية أخرى، فإنه قد تتوافر لدى شخص إرادة الشخص المميز، وبالتالي لا ينعقد العقد مع فاقد التميز كالطفل غير المميز⁽¹⁾.

ثانياً: اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني

يجب أن تكون الإرادة في التراضي، جادة متجهة إلى إحداث أثر قانوني⁽²⁾، بمعنى انعقاد عزم صاحبها على الارتباط بأمر معين على سبيل الإلزام الذي تكلفه السلطة العامة⁽³⁾، وليس على أساس المجاملات الاجتماعية كدعوة صديق إلى الغذاء أو وليمة أو يتعهد شخص تقديم خدمة مجانية، أو كأن يعد الوالد بجائزة لابنه إذا نجح في الامتحان، فهذه الأمثلة لإنشاء العقد ولا يترتب عليها التزام قانوني في جانب المتعهد⁽⁴⁾.

كذلك إرادة الهازل لا يعتد بها، لأن صاحبها لا يقصد باللفظ الصادر منه المعنى الحقيقي للإرادة.

مثلاً: أن يعرض الهازل بيع بيته للغير، فإرادة الهازل هنا لا تتصرف إلى إحداث أثر قانوني، لأنه لا ينوي مباشرة هذه العملية القانونية المتمثلة في نقل ملكية بيته للغير.

وكذا الإرادة الصورية، حيث أننا نجد هنا إرادتين: الأولى إرادة ظاهرة التي يتم الإعلان عليها للغير، أما الثانية تكون خفية وذلك لاعتبارات عديدة قد تكون غير شرعية.

(1) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديد، مصر، 2009، ص 95.

(2) محمد أحمد شريف، مصادر الالتزام في القانون المدني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 1999، ص 42.

(3) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديد، مصر، 2006، ص 110.

(4) محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 78.

ومثال ذلك إعلان شخص أنه باع سيارته، لكن في الحقيقة قام بتأجيرها أو إعارتها، حيث يريد بذلك إخفاء ملكيته لسيارة عن دائنيه، وبالتالي فالإرادة المتضمنة بيع السيارة هي إرادة صورية لا يعتد بها القانون.

كذلك لا يعتد بالإرادة المتعلقة بمحض المشيئة، حيث أن هذه الإرادة لا تنتج أثرها وقت صدورها، بل تنتج أثارها مستقبلاً، ومثال ذلك عند قول شخص أبيع بيتي إن أردت، فهنا لا ينعقد العقد إلا بعد حصول العملية القانونية، مثل بيع البيت مستقبلاً⁽¹⁾.

وعلى ذلك، فلكي يلتزم شخص بإرادته ولكي يصدر عنه رضا يعتد به القانون من حيث مكان إنشاء العقد المعين، لا بد أن تكون إرادته جدية تهدف إلى إحداث أثر قانوني في بعض الحالات التي فيها ذلك، وهنا يتعين ترك الأمر للقضاء عند الخلاف حول إذا كانت الإرادة اتجهت إلى إحداث أثر قانوني أم لا⁽²⁾.

الفرع الثاني: صور الإرادة

لقد عرفنا سابقاً أن الإرادة ظاهرة نفسية غير أنه إذا تم الإعلان عنها إلى العالم الخارجي تصبح ظاهرة اجتماعية، وقد تختلف الإرادة الباطنية عن الإرادة الظاهرة بسبب خطأ في التعبير عن الإرادة أو بسبب غموض من حيث أن الشخص يريد شيء ويعبر عن شيء آخر غير الذي أراده⁽³⁾.

مثلاً: تاجر يريد بيع بضاعة بثمن قدره 2000 دج وقد أخطأ حيث كتب في الفاتورة مبلغ 1000 دج. فهنا نجد إرادتين: الأولى إرادة باطنية متمثلة في بيع البضاعة ب 2000

(1) علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، الالتزامات، ط2، دار موفم، الجزائر، 2005، ص 73، 74.

(2) توفيق فرج حسين، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط3، دار الجامعة الجديد، مصر، ب، ت، ن، ص 79.

(3) أنور سلطان، مصادر الالتزام، في القانون، المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2007، ص 43.

دج، والثانية هي إرادة ظاهرية، وهو ذكر المبلغ 1000 دج الوارد خطأ في الفاتورة، وبالتالي اختلفت الإرادة الباطنية عن الإرادة الظاهرة، وعليه يثور تساؤل حول أي الإرادتين نأخذ⁽¹⁾؟

وهذا ما أدى إلى ظهور النظريتين وهما: النظرية الإرادة الباطنية (أولاً)، والنظرية الإرادة الظاهرية (ثانياً).

أولاً: النظرية الإرادة الباطنية

يرى أصحاب هذه النظرية أنه يجب الأخذ بالإرادة الحقيقية "الباطنية"، لا الإرادة الظاهرية، فإذا اختلف التعبير عن الإرادة الحقيقية، فيجب استبعاد هذا التعبير، لأن العقد يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحقيقية للأطراف، إذ أن الإرادة عنصر جوهري في العقد وما التعبير عنها إلا مظهرها لها، فلا يجوز أن يكون للتعبير أثراً إلا بقدر الاتفاق مع الإرادة إلا بقرينة على الإرادة الباطنية وهي قابلة لإثبات العكس⁽²⁾.

ثانياً: نظرية الإرادة الظاهرة

أخذت بهذه النظرية المدرسة الألمانية التي ظهرت في القرن التاسع عشر، التي ترى أن القانون يعتد بالظواهر الخارجية وليس بالظواهر النفسية، لذا يجب الإعلان عن هذه الإرادة سواء تم التعبير عنها صراحة أو ضمناً، حيث يكتفون بمجرد الإعلان عنها، وذلك ضماناً لسلامة المعاملات و استقرارها⁽³⁾.

وينتج من عرضنا للنظريتين (الإرادة الظاهرة، الإرادة الباطنية) أنهما لا تختلفان إلى حد كبير، إلا أنه لا يمكن الأخذ بإحدى النظريتين بصفة مطلقة، إذ نجد أن المشرع الفرنسي أخذ بالإرادة الباطنية كأصل عام وأخذ بالإرادة الظاهرة كاستثناء.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 89.

(2) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، في القانون المدني الجزائري، ج1، (التصرف القانوني)، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 63.

(3) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، في القانون المدني الجزائري، ج1، (التصرف القانوني)، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 63.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من النظريتين

نجد أن المشرع الجزائري حذا حذو المشرع الفرنسي وكذا المشرع المصري، إذ أنه أخذ بالإرادة الباطنية كأصل عام والإرادة الظاهرة كاستثناء، وذلك في المادة 1/111 من الق، م، ج، التي تنص: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين... (1)".

المطلب الثاني: كيفية التعبير عن الإرادة وآثارها

وجود الإرادة وحدها غير كاف لانعقاد العقد، ذلك أن الإرادة ظاهرة نفسية، وبالتالي لا يمكن الأخذ بها إلا إذا اتخذت مظهرا خارجيا، وذلك بالتعبير عنها، ويكون التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمنا، كما أن السكوت قد يكون تعبيرا عن الإرادة في بعض الحالات الاستثنائية، وهذا ما يطلق عليه بطرق التعبير عن الإرادة (الفرع الأول)⁽²⁾.

وينتج التعبير عن الإرادة بأي طريقة من طرق التعبير عن الإرادة (الصريح، الضمني)، ويوجد التعبير عن الإرادة بمجرد صدوره عن صاحبه، غير أنه لا يرتب أثره إلا بعد أن يتصل بعلم من وجه إليه، وعليه إذا مات من صدر عنه أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فهل هذا يمنع من ترتيب أثر التعبير عند اتصاله بعلم من وجه إليه⁽³⁾ (الفرع الثاني).

(1) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 6.

(2) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديد، مصر، 2009، ص 94.

(3) مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، ط1، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 47.

الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة

المبدأ العام أنه لا يشترط في التعبير عن الإرادة شكل خاص، أو طريقة معينة، فكل ما يدل على وجود الإرادة يصلح تعبيراً عنها، وبالتالي يصح التعبير عن الإرادة بالكلام، الكتابة... الخ وذلك باستثناء بعض الحالات التي يستلزم فيها القانون شكلاً معيناً⁽¹⁾.

طبقاً للمادة 60 ق م ج "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

نستنتج من هذه المادة، أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً (أولاً) وقد يكون التعبير الضمني (ثانياً)، مع وجود حالات استثنائية في بعض الحالات (السكوت).

أولاً: التعبير الصريح عن الإرادة

يقصد بالتعبير الصريح الإفصاح عن الإرادة وبصورة مباشرة فيكون هذا التعبير، إما باللفظ، أو كتابة، أو إشارة، أو اتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في دلالاته، وهو ما سنتعرض إليه من خلال الفقرات التالية:

1- الكلام / اللفظ

استناداً إلى المادة 60 من الق م ج، نجد أن اللفظ من أهم صور التعبير عن الإرادة الصريحة، حيث يتم ذلك بأي لفظ يدل على المعنى المقصود، وبأي لغة يفهمها المتعاقد الآخر.

(1) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديد، مصر، 2006، ص 111.

والعبرة باللفظ في العرف لا في اللغة، طبقاً للقاعدة الفقهية القائلة: "العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني". ويشترط في اللفظ حتى يعبر عن الرضا، أن يكون قاطعاً في دلالاته على المعنى المقصود به، وأن يقترن به قبول يتطابق معه في نفس المعنى، فنجد أن فقهاء الشريعة بحثوا في بعض الصيغ المستعملة في التعبير، وأعطوا لها تفسيرات.

فنجد على سبيل المثال: لفظ الماضي "بعت" يفيد انعقاد العقد، لأنه يدل على رضا الحال.

لفظ المضارع "أبيع" يحمل المعنى الحال والمستقبل لا تدل على الرضا في إبرام العقد إلا بدليل قاطع لفظ الأمر "بع لي" تحمل الحال والمستقبل لا تدل على الرضا في إبرام العقد على خلاف ذلك لفظ الاستفهام "هل أبيع؟" لأنه سؤال للإيجاب وليس إيجاباً⁽¹⁾.

2- الكتابة

نعني بها تحرير التعبير الصادر والتصرفات القانونية الأخرى، وتثبيته خطياً على ورق، وتوثيقه بالتوقيع، وهي مثل الألفاظ في دلالتها، ومن الواضح جواز أن يكون التعبير بالكتابة شاملاً لكل من الإيجاب و القبول وتعتبر الكتابة من أبرز صور التعبير عن الإرادة أيضاً، وأكثرها شيوعاً إضافة إلى ذلك أنها وسيلة من وسائل الإثبات الالتزام⁽²⁾.

3- الإشارة

ويكون سواء من الأخرس وغيره، كهز الرأس عمودياً دليل على الموافقة، أما هز الرأس أفقياً فهو دليل على الرفض⁽³⁾.

(1) رشيد بن شويخ، دروس في النظرية العامة للالتزام، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 36، 37.

(2) عدنان إبراهيم سرحان، نوري حامد حمد خاطب، شرح الق، م، مصادر الحق الشخصية (الالتزامات)، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2000، ص 55 .

(3) علي حسن الذنون، محمد سعيد رحو، الوجيز في نظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار وائل، الأردن، 2006، ص 47.

4- اتخاذ موقف لا يدع شك في دلالاته على حقيقة مقصوده

قيام تاجر بعرض بضاعته على جمهور مع بيان ثمنها، حيث يعتبر هذا إيجاباً صريحاً، وكذلك وقوف سيارة الأجرة في الأماكن المخصصة لها، يعتبر عرضاً صريحاً للجمهور⁽¹⁾.

ثانياً: التعبير الضمني

يتم ذلك التعبير الذي يتخذ مظهراً لا يكشف في ذاته عن إرادة من صدر منه، وإنما يتم استنتاجها من ظروف الحال.

مثلاً: بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انقضاء مدة الإيجار دليل على أنه يرغب في تحديد الإيجار⁽²⁾.

ويعرفه البعض: "هو الكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشر، أي الطريقة ليست هي الصورة المألوفة لإظهار الإرادة في المعنى المقصود، لكن هذا المعنى يستفاد منها مع ذلك"⁽³⁾.

ومعناه الكشف بطريقة غير مباشرة عن الإرادة، أي إتباع صورة لم تكن مألوفة لإظهار الإرادة والكشف عنها في مثل هذا الأمر. وللتعبير الضمني نفس المكانة القانونية شأنه شأن التعبير الصريح، مادامت الإرادة قد عبر صاحبها ضمناً بما يفيد اتجاهها إلى هذا التصرف⁽⁴⁾.

(1) عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر حق الشخصي في القانون المدني، ط1، دار الثقافة، الأردن، د، ت، ن، ص 38، 39.

(2) محمد حسام لطفي محمود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، أحكام الإثبات، ط1، قصر الطباعة الدعاية والإعلام، مصر، 2007، ص 26.

(3) انظر جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، ب، د، ن، مصر، 1995، ص 26.

(4) محمود محمد الشارودي، الوجيز في عيوب الإرادة: الغلط، التذليس، الإكراه، نقص الأهلية، ط1، دار الحقوق العربية، مصر، 1988، ص 22، 23.

ثالثا: السكوت كطريقة استثنائية للتعبير عن الإرادة

السكوت أصله السكون والإمساك والصمت وعدم الكلام، وبالتالي السكوت وعدم الكلام لا يفيد شيء⁽¹⁾، فلا يمكن أن نتصور السكوت إيجابا بل قبولاً والسكوت نوعان:

1- السكوت المجرد

هو السكوت الذي يكون ساكنا في ظاهره وباطنه وليس في ظروف الحال ما يدل على التعبير عن إرادة صاحبه.

2- السكوت الملايس

إذا كان ظاهره ساكنا وباطنه متجه لإحداث أثر قانوني، مقترن بظروف تحيط به، فيطرح التساؤل عن مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة صاحبه⁽²⁾.

أ- القاعدة العامة

"لا ينسب لساكت قول"، طبقا لهذه القاعدة الفقهية لا يصلح السكوت للتعبير عن الإرادة، ومهما يكن من التساهل في استخلاص الإرادة الضمنية فلا شك في أن هذا التساهل لا يصل إلى حد الذي يعتبر فيه امتناع الشخص عن إبداء رضائه صراحة، فنخلق من ذلك الوجود من العدم، ولو أخذنا بهذا الرأي لجعلنا كثيرا من الناس يرتبطون بعقود لا يريدون الارتباط بها، لكنهم لم يجدوا ما يقتضي أن يكلفوا أنفسهم عن رفضها، فأولى أن تكون دلالة الرفض لا القبول، وهذا هو المبدأ الذي يستند إليه جمهور فقهاء فرنسا⁽³⁾.

(1) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار القصر للطباعة والإعلام والدعاية، مصر، 2009، ص 99.

(2) جاب الله عبد الحميد، التعبير عن الإرادة، رسالة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2012-2013، ص 25، 26.

(3) فتحة سيد عثمان، مجلة العدل، دور الإرادة في إنشاء العقد، السنة العاشرة، العدد ثلاثة وعشرون، الأردن، ص 95.

ب - الاستثناء

لكل قاعدة عامة ترد عليها استثناءات، وطبقا لذلك فإن القاعدة العامة القائلة "لا ينسب لساكت قول"، فيرد عليها استثناء صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة وذلك طبقا للقاعدة الفقهية الأخرى القائلة: "السكوت في معرض الحاجة بيان"، ومعنى ذلك إذا اقترن السكوت بظروف ملابسة له تضي عليه معنى الرضا، فإنه حينئذ يعتبر السكوت قبولا⁽¹⁾، وقد أخذت بها معظم التشريعات الحديثة، على أن هناك أحوال استثنائية يعتبر فيها السكوت قبولا، إذا اقترنت بملابسات تفيد التعبير عن الرضا.

ونجد المشرع الجزائري نص في المادة 68 على الحالات الاستثنائية لسكوت الملابس بقوله: "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب .

ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه"، نستخلص حالات استثنائية لاعتبار السكوت تعبير عن الإرادة وهي:

- الحالة التي يستلزم فيها العرف اعتبار السكوت تعبير عن الرضا: ومثال ذلك اعتبار سكوت البكر قبولا للخاطب، وهذا الاعتبار ينقلب حسب تقلب العرف، واعتبار سكوت البكر قبولا في العرف السابق الذي عرفت فيه الفتاة باستحيائها من التصريح بالقبول، خشية اتهامها بالميل إلى الرجال، وهو أمر كان بجافي المحاسن والعادات في ذلك العرف، فليس ثمة في نظرنا ما يدعو اعتبار السكوت قبولا في العرف، هذا العصر الذي كثر فيه اختلاط المرأة بالرجال، وغلبت جرأتها على التصريح بالقبول ممن ترغب فيه ورفض من لا ترغب فيه⁽²⁾.

(1) فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط3، دار منشأة المعارف، مصر، 2001، ص 67.

(2) وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ط3، الشركة الوطنية، الجزائر، 1979، ص 267.

- إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه: يعد سكوت هذا الأخير قبولاً. مثلاً في حالة الشخص الذي يهب شخص آخر منقولاً بدون مطالبته بعوض، فسكوت الموهوب له يعتبر قبولاً، لأن الهبة لمصلحته المحضة⁽¹⁾.

- إذا كان هناك تعامل سابق: يعد التعامل السابق بين طرفين قرينة على القبول. ومثال ذلك: إذا اعتاد تاجر تجزئة، أن يشتري بضائعه من تاجر جملة، وجرت العادة بينهما أن يكتب تاجر تجزئة إلى تاجر جملة بما يحتاج إليه، فيقوم هذا الأخير "تاجر جملة" بإرسال البضائع المطلوبة في الحال، فإذا كتب تاجر تجزئة إلى تاجر جملة وسكت هذا الأخير، فإن سكوته يعد قبولاً لإرسال البضاعة⁽²⁾.

نستخلص من الحالات المذكورة التي جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، أن المبدأ العام "لا ينسب لساكت قول" يظل قائماً، وللقاضي السلطة التقديرية في أن يفدر كل حالة على حدا ليرى ما إذا كان السكوت يدل على القبول أم لا، إلا أن القانون ذاته نص في بعض الحالات الخاصة على إعطاء السكوت أثر معين، إذ نص على الظروف التي تجعل منه سكوتاً ملائماً، فهو تارة يراه قبولاً.

مثلاً في حالة البيع بالتجربة، إذا سكت المشتري عن إبداء رأيه بالقبول أو الرفض بعد مدة معقولة. وبالتالي سكوته يعتبر قبولاً.

وقد يعتبر القانون السكوت بمثابة رفض مثل حوالة الدين، إذا سكت الدائن بعد إعلان الحوالة عن إقرارها خلال أجل معقول يعتبر رفضاً لها⁽³⁾.

(1) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في الق. م. ج، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 31.

(2) لبني مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها، دراسة مقارنة، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب ت ن، ص 67.

(3) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديد، مصر، 2006، ص117.

الفرع الثاني: آثار التعبير عن الإرادة

لقد عرفنا أن التعبير عن الإرادة يكون له وجود قانوني منذ صدوره عن صاحبه وينتج أثره إذا وصل إلى علم من وجه إليه، ولكن قد يموت من صدر منه التعبير عن الإرادة، وقد يفقد أهليته قبل أن ينتج هذا التعبير أثره، فهل يؤدي هذا إلى زوال التعبير أم أنه يبقى ويرتب أثره بعد وفاة أو فقدان أهلية من صدر منه⁽¹⁾؟

للإجابة على هذا السؤال، نجد أن المادة 62 من الق م ج تنص على أنه: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة المعاملة."

نستنتج من خلال نص المادة أن الأصل إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يحول دون تمام العقد إذا اتصل بعلم من وجه إليه، ما لم يظهر من التعبير ذاته أو من طبيعة المعاملة أن العقد لا ينعقد إلا من وجه إليه التعبير ذاته⁽²⁾، ولفهم هذه القاعدة يجب التفرقة بين ما إذا كان من أصابه الموت أو فقد أهليته هو الموجب (أولاً) أو القابل (ثانياً).

أولاً: إذا مات أو فقد أهليته من صدر منه التعبير عن الإرادة هو الموجب

بعد صدور الإيجاب وقبل وصوله إلى علم القابل هنا لا ينعقد العقد، لأن الإيجاب لم يصل إلى الموجب، فيبقى الإيجاب دون قبول، حيث أنه يبقى هذا الإيجاب صحيحاً لكنه عديم الأثر في انعقاد العقد. وبالتالي، يحق لورثته العدول عن الإيجاب أو ممثلهم، أما إذا وصل العلم بالإيجاب إلى من وجه إليه، يكون العقد ملزماً وينعقد العقد.

(1) يحي عبد الودود، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، أحكام الإثبات، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 35.

(2) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1 دار الجامعة الجديد، مصر، 2009، ص 106.

ثانياً: إذا مات أو فقد أهليته من صدر منه التعبير عن الإرادة وهو القابل

قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب ما لم يتبين من الإيجاب أو من طبيعة المعاملة أن شخصية القابل هي محل اعتبار أساسي في العقد⁽¹⁾.

وبالتالي، طبقاً لنص المادة 62 من الق م ج السالفة الذكر، فإنه إذا صدر التعبير عن القبول، ومات أو فقد أهليته، قبل اتصال القبول بعلم الموجب، فإنه لا يسقط وينتج أثره وينعقد العقد بمجرد وصول القبول إلى علم من وجه إليه، ويلتزم به ورثة القابل وينفذ في تركته، إلا إذا كانت شخصية القابل محل اعتبار في العقد⁽²⁾.

المبحث الثاني: مجلس العقد

قلنا سابقاً أن التعبير عن الإرادة وحدها غير كاف لإنشاء العقد فلا بد من أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، ولا ينتج هذا الأثر إلا إذا التقت إرادتي كل من المتعاقدين، فالإرادة الأولى التي تصدر من طرف المتعاقد الأول تسمى بالإيجاب، والإرادة الثانية التي تصدر من المتعاقد الآخر تدعى القبول. ولكي يتحقق وجود التراضي لا بد من اقتران هاتين الإرادتين في كل العناصر الأساسية في موضوع التعاقد.

فقد تلتقيان الإرادتين في مجلس واحد، أي بحضورهما معا واقتران إرادتهما في نفس المكان ونفس الزمان، وهذا ما يطلق عليه الطريق الطبيعي للتعاقد (المطلب الأول).

وقد لا تلتقيان الإرادتين في مجلس واحد، فتخولان من ينوب عنهما في ذلك، أو أن إرادتهما لا تتجه إلى إبرام العقد، بل تؤدي إلى خلق مرحلة تمهيدية للتعاقد، وهو ما يعرف عنه بالطريق غير الطبيعي للتعاقد (المطلب الثاني).

(1) محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، أحكام الإثبات، ط1، دار القصر للطباعة والنشر والدعاية والإعلان، القاهرة، مصر، 2007، ص 30.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العام للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 101.

المطلب الأول: الطريق الطبيعي للتعاقد

يقتضي التعاقد بين حاضرين أن كلا المتعاقدين ينصرفان إلى موضوع التعاقد دون أن يشغلهما شاغل آخر، وأن يكون بينهما اتصال مباشر، حيث يستمع ويرى أحدهما الآخر، أي لا وجود لفواصل زمني بين صدور التعبير وعلم الموجب إليه، وهو أن يجتمع الطرفان في مجلس واحد، أي في نفس اللحظة التي يصدر فيها التعبير عن الإرادة من طرف المتعاقد الأول، وصدور التعبير عن الإرادة الثانية من الطرف الثاني في العقد، ويطلق عليهما بالإيجاب والقبول، وهي الحالة الأصلية للتعاقد (الفرع الأول)، وتكون الإرادة الأولى مطابقة للإرادة الثانية، حيث يكون القبول موافقا للإيجاب في كل عناصره الأساسية لينتج التعبير أثره وبالتالي انعقاد العقد⁽¹⁾ (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الإيجاب و القبول

لقد قلنا سابقا أن الإرادة وحدها لا تكفي للتعاقد، بل يجب أن تكون إرادتين مندمجتين أي إرادة مشتركة، حيث تكون الإرادة المعلنة عنها في بداية التعاقد، تدعى بالإيجاب (أولا)، والتي تعلن عنها ثانيا تدعى بالقبول⁽²⁾ (ثانيا).

أولا: الإيجاب

لدراسة الإيجاب لابد أن نتعرض إلى تعريفه ثم نتطرق إلى شروطه وقوته الملزمة وأخيرا نتعرض لحالات سقوطه.

(1) عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطب، شرح القانون المدني، مصادر الحق الشخصية 'الالتزامات'، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص 61.

(2) لبني مختار، نظرية الإرادة وتأثير عيب الغلط عليها في القانون المقارن، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب. ت. ن، ص 32.

1- تعريف الإيجاب

يعتبر الإيجاب عمدة الالتزام وعماده⁽¹⁾، والشرط الأول في العقد⁽²⁾، فهو التعبير الأول الصادر عن المتعاقد، أي يصدر من الموجب وذلك لإنشاء أثر قانوني بمجرد أن يقبله الموجب له، وأن يكون واضحاً، مفهوماً، كاملاً، وباتاً⁽³⁾.

2- شروط الإيجاب

أ- أن يصل الإيجاب إلى علم من وجه إليه

إذا لم يصل الإيجاب إلى علم الطرف الآخر، فلا ينتج أثره، وهو صلاحيته لأن يقترن به القبول كي ينعقد العقد⁽⁴⁾.

ب- أن يكون الإيجاب كاملاً

يقصد بذلك أن يكون متضمناً جميع العناصر الأساسية للعقد، بحيث إذا اقترن القبول اكتملت أركان العقد. وعلى هذا الأساس، إذا اتجهت نية الشخص إلى بيع شيء مملوك له مثلاً، وعرض على الآخر شراء هذا الشيء دون أن يحدد له الثمن، فإن هذا العرض لا يعتبر إيجاباً، لأنه حتى وإن قبل المعروض عليه الشراء فلن تكتمل أركان البيع، إذ ينقصها تعيين الثمن، وبذلك يعتبر العرض المقدم مجرد دعوى إلى التعاقد.

ولا يشترط أن يتضمن الإيجاب كافة شروط العقد المراد إبرامه، بل يكفي أن يتضمن العناصر الجوهرية والأساسية في العقد، فيكفي الإيجاب في البيع تعيين ثمن المبيع ولا يلزم

(1) الإمام أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر العربي، الكويت، 1972، ص 202، 203.

(2) سمير عبد السيد تناغو، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، ط1، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص 37.

(3) علي محي الدين علي القرة داعي، مبدأ الرضائية في العقد، دراسة مقارنة بالقوانين العربية (روماني، فرنسي، إنجليزي،

مصري، عراقي)، ج 2، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، ط3، بيروت، لبنان، 1985، ص 1105.

(4) رشيد بن شويخ، دروس في النظرية العامة للعقد، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 49.

تحديد مكان التسليم، لأنه من السهل إكمال شروط العقد بالرجوع إلى القواعد المكملّة، أو العادات التجارية⁽¹⁾.

ج- أن يكون الإيجاب باتا وجازما ونهائيا

يكون الإيجاب باتا إذا انطوى على رغبة الموجب في الالتزام التزاما قانونيا من قبل الطرف الآخر بالشروط المعروضة عليه.

وإذا لم يكن الإيجاب باتا، فإنه يكون عبارة عن دعوى إلى الطرف الآخر للتفاوض، مثلا: عرض بيع منزل أو قطعة أرض دون تعيين الثمن⁽²⁾.

ويتم الإيجاب في العقود البسيطة ك شراء صحيفة أو فاكهة، دون مراحل تمهيدية وسابقة له، إلا أن هناك عقود أخرى نظرا لأهميتها وخطورتها، مثلا: بيع العقارات فهنا يحتاج الشخص إلى مراحل وفترات تمهيدية، قد تطول وقد تقصر، حتى يستطيع من خلالها التفكير ودراسة العرض والعقد والعزم، و هذه المرحلة هي مرحلة المفاوضات "الدعوة للتعاقد". وعلى هذا، فعرض البضاعة في واجهة المحلات دون بيان أسعارها، ووضع لوحة تشير إلى المسكن المعروض للبيع أو الإيجار، أو الإعلان عن بيع سيارات في الصحف والتلفزيون كلها دعوات إلى التعاقد وليس إيجابا⁽³⁾.

تتميز المفاوضات عن الإيجاب في أنها مجرد إبداء رغبة في التعاقد حيث الإيجاب يدل على التعبير بالرضا بهذا التعاقد⁽⁴⁾.

(1) لبني مختار، نظرية الإرادة وتأثير عيب الغلط عليها في القانون المقارن، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب، ت، ن، ص34.

(2) حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج1، ط1، دار وائل، الأردن، 2006، ص64،65.

(3) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص62.

(4) رشيد بن شويخ، النظرية العامة للعقد، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص50.

3- القوة الملزمة للإيجاب

عرفنا أن الإيجاب يكون له وجود مادي بمجرد صدوره، ولكنه لا ينتج أثره أي لا يكون له وجود قانوني، إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه، فهل يستطيع الموجب أن يعدل عن إجابته طالما لم يقترن بالقبول بعد؟

لا ينتج الإيجاب أثره القانوني إلا بعد صدوره، إلا أن هناك استثناء يرد على القاعدة العامة، حيث يكون الإيجاب ملزماً لا يجوز الرجوع عنه إذا اتجهت إرادة الموجب إلى إلزام نفسه، ويمكن استخلاص الإرادة من الظروف التي صدر فيها الإيجاب.

وقد نصت عليها المادة 63 من الق م ج: "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إجابته إلى انقضاء هذا الأجل.

4- حالات سقوط الإيجاب

يسقط الإيجاب سواء كان مقترناً بمدّة صريحة أو ضمنية أو غير مقترن بالمدّة، وسواء كان إيجاباً ملزماً أو غير ملزم.

أ- بالنسبة للإيجاب الملزم

هو الذي يكون فيه الموجب قد حدد المدّة للقبول، إذ يسقط الإيجاب في الحالات التالية:

- إذا انقضت المدّة المحددة للقبول بدون قبول، فالموجب لا يحتاج إلى الرجوع عن إجابته بعد أن انقضت مدته، حيث يعتبر الإيجاب قد سقط من تلقاء نفسه بمجرد انتهاء المدّة، سواء كانت المدّة صريحة أو ضمنية.

- إذا رفض الموجب له الإيجاب حتى ولو لم تكن المدّة محددة للقبول، يسقط الإيجاب.

ب - بالنسبة للإيجاب غير الملزم

يكون في التعاقد بين حاضرين ويسقط بأحد الأسباب التالية:

- إذا رفض من قبل من وجه إليه، رفضاً صريحاً أو ضمناً.

- إذا لم يصدر القبول قبل انقضاء مجلس العقد.

- إذا عدل الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول⁽¹⁾.

ثانياً: القبول

القبول هو ثاني إرادة، يصدر من أحد المتعاقدين لأجل إنشاء تصرف قانوني، وبه يتم العقد، ويأتي مبنيًا على الإيجاب⁽²⁾، فالقبول هو تعبير عن الإرادة، ومنه يخضع لشروط المطلوبة لكل تعبير عن الإرادة، فجب أن يكون باتاً محددًا منصرف لإنتاج أثره القانوني، وذو مظهر خارجي، وقد يكون صريحاً أو ضمناً، ولقيام العقد لا بد من اقتران القبول بالإيجاب⁽³⁾، يعتبر القبول تعبيراً عن الإيجاب، وقد يكون صريحاً أو ضمناً، بل في بعض الحالات قد يكون السكوت قبولاً⁽⁴⁾.

نستنتج من خلال التعريف السابق، أن هناك شروطاً يجب توافرها حتى يعتبر القبول صحيحاً وهي كالاتي:

(1) محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 1999، ص 46.

(2) محمود عبد المجيد المغربي، الوجيز في نظم القانونية الإسلامية، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2002، ص 47.

(3) فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، 2001، ص 77.

(4) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2007، ص 66.

1- أن يكون مطابقا تماما للإيجاب

وهذا ما نصت عليه المادة 65 من الق م ج بقولها: "إذا اتفق الطرفين على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظ بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترط أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما." وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن للمحكمة أن تقضي فيها طبقا للمعاملة والأحكام القانونية، العرف، والعدالة".

بالتالي، يجب أن يكون القبول موافقا للإيجاب في كل عناصره وشروطه، وإذا حصل اختلاف لا ينعقد العقد، ومن ثم لم ينشأ عنه التزام، لكن ذلك لا يعني الاتفاق الكامل على كل شروط المعاملة، سواء كانت أساسية أو ثانوية، بل يكفي لقيام العقد وتحقيق إلزامه اتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية وترك المسائل التفصيلية للاتفاق عليها لاحقا.

فالتراضي لا يتم إلا إذا كان الرضا الصادر ثانيا موافقا للأول موافقة تامة، أي عدم حصول خلاف لما ذكره، أما إذا لم يذكر بعض التفاصيل الثانوية، فتسري عليه القواعد العامة. مثلا مصاريف نقل الملكية بالنسبة لعقد البيع⁽¹⁾.

2- يجب أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب

إن الموجب له غير ملزم بقبول الإيجاب الموجه إليه، فله أن يقبله أو يرفض⁽²⁾، غير أنه إذا سقط الإيجاب وصدر بعده قبول، فإن العقد لا ينعقد في هذه الحالة، إلا إذا قبله الموجب من جديد⁽³⁾.

ويتم القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم للشروط التي قررها الموجب التي لا تقبل المناقشة طبقا للمادة 70 من القانون المدني الجزائري، أما القبول في عقود المزداد، فيتم ذلك

(1) علي محي الدين علي القرعة داعي، مبدأ الرضائية في العقود، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 1985، ص 1109.

(2) محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 1999، ص 55.

(3) رشيد بن شويخ، دروس في النظرية العامة للعقد، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 52.

برسو المزداد على أحد الأشخاص المشتركين في المزداد، طبقا للمادة 69 من الق م ج، ويسقط المزداد بمزداد أعلى منه ولو كان باطلا⁽¹⁾.

3- مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول

طبقا للقاعدة العامة، لا ينسب لساكت قول، فإن السكوت لا يعد تعبيراً عن الإرادة، إلا أنه في بعض الحالات قد ينسب فيها قول لمن يسكت عن الكلام. وبالتالي، يعد السكوت تعبيراً عن الإرادة عندما يتعلق الأمر فقط بالقبول، وهي حالات تلابسها ظروف معينة، وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 2/68: "يعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة لمن وجه إليه"⁽²⁾، وهذا بالإضافة إلى أن طبيعة المعاملة أو العرف التجاري قد تدل على أن الموجب لا يحتاج إلى انتظار صدور قبول طبقا للمادة 1/68 ق م.

والحالات التي يكون فيها السكوت تعبيراً عن القبول هي:

- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول كما ذكرناه سابقاً.

- إذا كان الإيجاب موجهاً لمصلحة الطرف الآخر الذي وجه إليه الإيجاب قد تم لصالح من وجه إليه الإيجاب، فإذا كان الإيجاب قد تم لصالح من وجه إليه بصفة مطلقة فليس هناك ما يدعو هذا الأخير إلى الرفض.

- حالة ما إذا كان هناك تعامل سابق، ويحصل هذا في المعاملات التجارية بصفة خاصة، فقد يكون السكوت قبولا إذا جرى التعامل بين تاجرين على هذه الصفة متكررة⁽³⁾، ويكون لمن وجه إليه الإيجاب كامل الحرية في قبوله أو رفضه، دون أن تقع عليه مسؤولية،

(1) خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح الق. م. ج، مصادر الالتزام، ط 2، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 44.

(2) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 66.

(3) فاضلي إدريس، المرجع نفسه، ص 67.

غير أنه يرتب رفضه المسؤولية إذا اقترن رفضه بخطأ منه ، وهنا يعد متعسف في استعمال حقه في رفض الإيجاب، ويحدث ذلك غالبا إذا قدم الإيجاب إلى الموجب له بناء على دعوة سابقة من الموجب.

مثلا: بالنسبة لأصحاب الأعمال الذين يعلنون عن حاجاتهم للعمال لشغل ما لديهم من وظائف شاغرة، فهنا إذا وجه الإيجاب إلى من دعا إلى التعاقد فرفضه، فإنه يجب أن يكون رفضه قائما على أسس مشروعة وإلا عدّ متعسفا في استعمال لحقه، ويسأل عما قد يصيب الغير بالضرر⁽¹⁾.

الفرع الثاني: اقتران الإيجاب بالقبول

إذا صدر القبول مطابقا للإيجاب الذي كان قائما مطابقة تامة، فإن العقد ينعقد بين طرفيه وهذا لا يكون إلا إذا اتصل القبول بعلم الموجب وطبقا لذلك نص المادة 64 من القانون ج : "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه، إذا لم يصدر القبول فورا ، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص آخر بطريقة الهاتف أو بأي طريق مماثل.

غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في فترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد.

وفي حالة التعاقد بين حاضرين، وهو ما يعبر عنه اصطلاحا بمجلس العقد، وهي فكرة إسلامية اقتبست من الفقه الإسلامي، فإن العقد ينعقد وقت اقتران الإيجاب بالقبول.

(1) مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1999، ص 75.

ونظرا لأن المتعاقد عن طريق الهاتف تعاقد بين حاضرين كمجلس العقد حكما من حيث الزمان، أما بالنسبة للمكان يعتبر بمثابة العقد الذي يتم بين غائبين، من حيث مكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الطريق الغير الطبيعي لتعاقد

قد يتعذر على المتعاقدين الحضور في مكان واحد لإبرام العقد، لذلك يتيح لهما القانون إمكانية التعاقد عن طريق المراسلة أو الهاتف، ويطلق عليها تعاقد بين غائبين (الفرع الأول)، لذا يجب تحديد وقت انعقاد العقد عندما لا يجمعهما مجلس واحد.

وأحيانا يرى المتعاقدان أنه من الضروري عدم التسرع في إبرام العقد، حيث يأخذان الوقت الكافي للتفكير فيخلقان مرحلة تمهيدية سابقة لإتمام العقد.

كما قد يتعذر على المتعاقدين إبرام العقد بأنفسهما لأسباب معينة، فيخولان من ينوب عنهما، وكل هذا يعد بمثابة طرق خاصة للتراضي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعاقد بين غائبين

التعاقد بين غائبين هو الذي لا يجمع المتعاقدين فيه مجلس واحد، فيوجد فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، كما قد يصدر في مكان ويتم العلم به في مكان آخر، ويقع تعاقد بين غائبين عن طريق المراسلة أو البريد أو الرسول⁽²⁾.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين العربية، ط 4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 111، 112.

(2) عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطب، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ط 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008، ص 78.

ومن هنا يثور السؤال في أذهاننا عن زمان ومكان التعاقد بين غائبين، فهل ينعقد العقد في الزمان والمكان الذي صدر فيهما القبول، أي مكان وجود القابل؟ أم ينعقد في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، أي في مكان وجوده⁽¹⁾؟

اختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل حول تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين، وبذلك ظهرت أربع نظريات⁽²⁾، وهي نظرية إعلان القبول (أولاً)، نظرية تصدير القبول (ثانياً)، نظرية تسليم القبول (ثالثاً)، نظرية العلم بالقبول (رابعاً)، وأخيراً موقف المشرع الجزائري (خامساً).

أولاً: نظرية إعلان القبول

تقوم هذه النظرية على أن العقد ينعقد بتلاقي إرادتين متطابقتين وبالتالي بمجرد صدور القبول مطابق للإيجاب، فإنه يجب أن ينعقد العقد.

وتستند هذه النظرية إلى اعتبارات علمية، من حيث أن مقتضيات الحياة التجارية تقتضي السرعة في التعامل وبالتالي بمجرد إعلان القابل لقبوله، يطمئن الموجب على إبرام الصفقة ويبني المعاملة مع الطرف المتعاقد الثاني على هذا الأساس⁽³⁾.

غير أن هذه النظرية انتقدت، حيث أن الموجب قد لا يعلم بصدور القبول، وقد يعدل عن إيجابه قبل علمه بالقبول، وقد يعلن القابل لقبوله في رسالة ثم يعدل عن قبوله، فلا يمكن القول في هذه الحالة بأن العقد قد تم⁽⁴⁾.

(1) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 69.

(2) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 79، 80.

(3) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط 1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 167، 166.

(4) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، في القانون المدني الجزائري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 34.

ثانيا: نظرية تصدير القبول

يعتبر العقد تاما حسب هذه النظرية هو الوقت الذي يخرج فيه القبول من حوزة صاحبه⁽¹⁾، حيث يصدر القابل الوثيقة المحتوية على القبول بأن يلقيها في صندوق البريد أو يسلمها لرسول لينطلق بها إلى مكان الموجب أو إلى عامل بريد⁽²⁾.

كذلك لم تسلم هذه النظرية من النقد، حيث انتقدت على أنها تجعل الموجب ملزم بالعقد على الرغم من عدم علمه بالقبول، وكذا للقابل حق استرداد رسالة القبول التي أرسلها في البريد من مصلحة البريد قبل وصولها مما يجعل القبول غير نهائي⁽³⁾.

ثالثا: نظرية تسليم القبول

يرى أصحاب هذه النظرية أن العقد ينعقد ابتداء من لحظة تسليم القبول إلى مقر الموجب، وبالتسليم لا يملك القابل استرداد الخطاب⁽⁴⁾، وعلم الموجب أو عدم علمه بالقبول، لا يؤثر في إبرام العقد فمادام قد تسلم القبول، إذ يعتبر الوصول قرينة على العلم به⁽⁵⁾.

غير أن واقعة التسليم لا تعني بالضرورة علم الموجب به، فقد يصل الخطاب مثلا : عبر الفاكس، وبالرغم من ذلك لم يعلم به صاحبه لكونه كان مسافرا في الخارج، وبالتالي لا ينعقد العقد.

(1) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 80.

(2) لبني مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ت ن، ص 63.

(3) يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، ط1، ط2، دار المسيرة، الأردن، 2009، 2011، ص 74.

(4) رشيد بن شويخ، دروس في النظرية العامة للعقد، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 58.

(5) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بالقوانين العربية، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 114.

رابعاً: نظرية العلم بالقبول

هي النظرية السائدة في وقتنا الحاضر لدى الفقه⁽¹⁾، وتقوم هذه النظرية على أنه لانعقاد العقد، يجب أن يعلم الموجب بالقبول، أي يقتضي أن يطلع الموجب على الرسالة المتضمنة القبول، ويعتمد أصحاب هذه النظرية على تطابق الإرادتين أي يقتضي حتما علم كل متعاقد بإرادة المتعاقد الآخر، وتحقق هذه النظرية استقرار المعاملات، وأخذت بهذه النظرية معظم التشريعات الحديثة.

إن تطبيق هذه النظرية في المجال الإلكتروني يؤدي إلى القول أن العقد الإلكتروني ينعقد في اللحظة التي يطلع فيها الموجب على الرسالة التي تتضمن القبول، ولا يكفي أن تصل الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب. كما لا يكفي الضغط على خانة القبول في نماذج العقد على مواقع الويب⁽²⁾، بل يجب أن يصل هذا القبول إلى علم الموجب.

خامساً: موقف المشرع الجزائري

نجد المشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول، وذلك طبقاً للمادة 67 ق م ج التي نصت على أنه: "يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه القبول."

نستنتج أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية العلم بالقبول من طرف الموجب لتحديد وقت اقتران الإيجاب بالقبول في التعاقد بين غائبين.

وبالتالي، أقام المشرع الجزائري نظرية العلم بالقبول على قرينة وصول التعبير عن القبول في الزمان والمكان اللذين وصل فيهما، إلا أن هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات

(1) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 70.

(2) مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، فرع مسؤولية مهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2012/5/8، ص 174، 175.

عكسها، أي يمكن للموجب إثبات أنه لم يعلم به إلا في وقت لاحق. مثلا: كونه كان مسافرا⁽¹⁾.

ويترتب على اعتناق المشرع الجزائري نظرية العلم بالقبول عدة نتائج وهي كالآتي:

يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه الذي لم يحدد له أجلا طالما أن القبول لم يصل إليه، تسري مواعيد التقادم من الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب وينظر إلى أهلية التعاقد في هذا الوقت أيضا، يقضي القانون الدولي الخاص، بأن للمتعاقدين أن يختار قانون يطبق على عقدهما. فإذا اختار المتعاقدين قانون مكان إتمام العقد، كان هو القانون المكان الذي يصل فيه القبول إلى الموجب، وذلك طبقا للمادة 18 من القانون المدني الجزائري، إذ يعتبر عقد بيع المنقول تاما من وقت وصول القبول إلى الموجب وتكون ثمار المبيع له من هذا الوقت، إذا كان الموجب هو المشتري⁽²⁾.

الفرع الثاني: بعض الصور الخاصة للتراضي

الأصل أن يصدر التعبير عن الرضا بالعقد من أطراف العقد الذين تتصرف إليهم آثار العقد، غير أنه قد يحصل أن يتعذر على المتعاقدين أو إحدى المتعاقدين إبرام العقد بنفسهما لأسباب معينة، فيخولان من ينوب عنهما في ذلك وهو ما يطلق عليها النيابة في التعاقد⁽³⁾ (أولا).

وقد لا يستطيع أحد طرفي العقد إبرام العقد في الحال فيحتفظ لنفسه بحق إبرامه خلال مدة معينة، حيث يلزم الطرف الآخر بإبرامه إذا أعلن رغبته في التعاقد، وهو ما يسمى الوعد بالتعاقد (ثانيا).

(1) خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 45.

(2) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 35، 36.

(3) يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام، ط1، ط2، دار المسيرة، الأردن، 2011، 2009، ص 77.

وقد يتفق طرفي العقد على كل المسائل لإبرام العقد، حيث يدفع أحدهما مبلغاً من المال للطرف الآخر، ولكن يتفقان على أن يكون لكل منهما حق الرجوع عن العقد، وهو ما يطلق عليه التعاقد بالعربون⁽¹⁾ (ثالثاً).

أولاً: النيابة في التعاقد

الأصل أن الشخص يتعاقد بالأصالة عن نفسه متى كان بالغاً وليس لديه أي مانع أو عارض من موانع وعوارض الأهلية، لكن في بعض الأحيان قد يباشر التعاقد بالنيابة عنه شخص آخر يقال عنه النائب⁽²⁾.

1- تعريف النيابة في التعاقد

يعرف الدكتور محمد شريف أحمد النيابة في التعاقد على أنها: "حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام التصرف القانوني، مع إضافة آثار ذلك التصرف إلى الأصيل لا إلى النائب"⁽³⁾.

وتعتبر فكرة النيابة صورة حديثة من الصور الخاصة للتراضي، لم يصل إليها القانون الروماني إلا في أواخر مراحل تطوره، ولذا فهي لم تظفر بالتنظيم إلا في الفقه الإسلامي وفي بعض التقنيات الحديثة. ونجد أن المشرع الجزائري نص عليها في المواد من 73 إلى 77 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾، وقد تكون نيابة قانونية أو اتفاقية أو قضائية.

(1) عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطب، شرح القانون المدني، حق الشخصية "الالتزامات"، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص 78، 83.

(2) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد، ط1، دار الجامعة الجديد، مصر، 2001، ص 173.

(3) نقلاً عن محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2002، ص 67.

(4) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، في القانون المدني الجزائري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 83، 84.

2- شروط النيابة في التعاقد

للنيابة في التعاقد شروط نستخلصها من التعريف وهي كالآتي:

أ - حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

إن النائب عندما يتفاوض على البيع والشراء إنما يعبر عن إرادته هو، وهنا يختلف النائب عن الرسول، حيث أن الرسول ينقل إرادة الأصيل إلى الطرف الثاني، لأنه يتكلم بلسان الأصيل، فلو تم التعاقد اعتبر تعاقد بين غائبين، في حين لو أبرم النائب عقدا اعتبر تعاقدًا بين حاضرين، لأن إرادة النائب تكون محل اعتبار إذا شابها عيب من عيوب الإرادة⁽¹⁾.

ب - أن يلتزم النائب حدود نيابته

يجب عليه التعاقد في الحدود التي وكل فيها دون تجاوز، فإذا تجاوز النائب حدود نيابته، فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الأصيل، إلا إذا أقر الأصيل بهذا التجاوز، وذلك طبقًا للمادة 74 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل".

إلا أن المشرع الجزائري أورد استثناء، حيث أنه قد تتقضي النيابة دون علم النائب والمتعاقد معه أيضا، إلا أنه تنصرف الآثار إلى الأصيل مادام حسن النية، وذلك طبقًا للمادة 76 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل وخلفائه".

بالتالي، قيام العقد عند عزل النائب دون علم منه، وكذا المتعاقد الآخر، حيث تنصرف الآثار إلى الأصيل، وهي نفس القاعدة التي يمكن تطبيقها بخصوص الوكالة، بحيث إذا

(1) رشيد بن شويخ، دروس في النظرية العامة للعقد، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 61.

مات الموكل دون علم الوكيل بموته وكذا المتعاقد معه، فإن أثر العقد ينصرف إلى خلف الموكل رغم تجاوز الوكيل حدود الوكالة التي تنتهي بالوفاة طبقاً للمادة 586 ق م.

كذلك في حالة ما إذا تعذر على النائب إخطار الأصيل فقام بتجاوز حدوده، فما على الأصيل إلا الموافقة والإقرار بهذا التجاوز، لكن شرط إخطار النائب للأصيل⁽¹⁾.

ج- تعاقد النائب باسم الأصيل ولحسابه

يجب أن يعلن النائب إرادته في أنه يتعاقد باسم الأصيل، فإذا أغفل ذلك فإن آثار العقد تنصرف إليه لا إلى الأصيل.

وذلك طبقاً للمادة 75 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بما يلي: "إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا تنصرف إلى الأصيل دائماً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً من أن يتعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب".

نستج من خلال النص أنه من غير الحالتين الآتيتين:

- أن يكون المتعاقد الآخر يعلم حتماً أو من المفروض أن يعلم بأن المتعاقد معه هو النائب عن غيره.

- أن يستوي لديه أن يتعاقد مع النائب أو الأصيل.

فلا تنصرف آثار العقد إلى الأصيل، ولا تنشأ علاقة بينه وبين المتعاقد الآخر⁽²⁾.

(1) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 43، 44.

(2) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 40.

3 - آثار النيابة في التعاقد

يترتب عن ممارسة أعمال النيابة آثارا يتعين لتحديدتها وجوب التفرقة بين علاقة النائب والأصيل، وعلاقة الأصيل بالغير، وعلاقة النائب مع الغير.

أ - العلاقة النائب مع الغير

مادام النائب يعمل لحساب الأصيل، فلا علاقة بينه وبين الغير وإنما تتصرف آثار العقد إلى الأصيل فيصبح دائئا ومدينا في مواجهة الغير، إلا إذا ارتكب النائب خطأ أثناء تأدية عمله فيعتبر المسئول عن هذا الخطأ سواء في مواجهة الغير أو الأصيل⁽¹⁾.

ب - العلاقة بين النائب و الأصيل

تحكمها القواعد المنظمة لمصدر النيابة، حيث أن القانون هو الذي يحدد أحكام النيابة القانونية، فيتبين حقوق والتزامات في مواجهة الآخر، فالقانون هو الذي يحدد أحكام النيابة القانونية، كنيابة الولي أو الوصي أو القيم أو الحارس القضائي، وتبين الوكالة أو عقد العمل ملامح علاقة النائب مع الأصيل⁽²⁾.

ج - العلاقة بين الأصيل والغير

في هذه الحالة، الغير الذي أبرم عقدا مع النائب، ومنه تنشأ علاقة مع الأصيل مباشرة، فيكسب الحقوق والالتزامات الناشئة من العقد، ويسأل الأصيل عن التنفيذ، أما النائب لا يسأله إلا إذا كان النائب قد كفل الأصيل في ذلك، فيرجع إليه لا بصفته نائبا بل بصفته

(1) سمير عبد السيد تناغوا، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 25، 27.

(2) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص

كفيلا، وللغير الرجوع على النائب على أساس المسؤولية التقصيرية، إذا ارتكب خطأ في حقه أثناء التعاقد⁽¹⁾.

قد يحدث أن يتعاقد شخص مع نفسه بصفته أصيلا عن نفسه ونيابة عن غيره، وهذا ما يثير التساؤل حول مدى جواز قيام الشخص بالتعاقد مع ذاته بنفسه، مثلا: إذا وكل شخص وكيفا لبيع شيء لحسابه فأراد الموكل شراءه لنفسه، فهل يجوز أن يتعاقد مع نفسه؟

وبعبارة أخرى هل تحدد سلطة النائب في شأن هذا التعاقد؟ وما حكمه⁽²⁾؟

نجد الإجابة على هذا السؤال في المادة 77 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان تعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون لقواعد التجارة"

بالتالي، نستنتج من نص هذه المادة أنه في الأصل لا يجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه بنفسه، لأنه يتعارض مع مصلحة الأصيل وخاصة لحقوقه كقاعدة عامة⁽³⁾.

غير أن المشرع الجزائري خرج عن هذه القاعدة، حيث أورد استثناء، أي أنه يجوز أن يرخص الموكل للوكيل مقدما بأن يتعاقد لحساب نفسه، أو يجيز هذا التعاقد بعد تمامه.

ويستثني هذا الحكم ما يقضي به القانون في بعض الحالات وما تقضي به القواعد التجارية مثلا: الوكيل بالعمولة⁽⁴⁾.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 149.

(2) رشيد بن شويخ، دروس في النظرية العامة للالتزام، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 66.

(3) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 75.

(4) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 44.

ثانياً: الوعد بالتعاقد

تعتبر هي الأخرى من الصور الخاصة للتراضي في العقود، ولكي يستوفي هذا الجانب من البحث حقه من الدراسة، نقوم بتعريف الوعد بالتعاقد، والمضمون الذي ينصب عليه، ثم الشروط الواجب تحققها فيه، وهذا من خلال الفقرات التالية:

1- تعريف الوعد بالتعاقد

يعرفه الأستاذ أنور سلطان: "الوعد بالتعاقد عقد يلتزم بمقتضاه الواعد بيع شيء إذا أظهر الموعد له رغبته في الشراء في مدة معينة⁽¹⁾."

2- مضمون الوعد بالتعاقد

يعتبر الوعد بالتعاقد من المراحل التمهيديّة السابقة للعقد النهائي نظمه القانون المدني الجزائري في المادتين 71، 72.

جاء في نص المادة 71 ما يلي: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو إحداهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها".

نستخلص من نص هذه المادة 71 أن الوعد بالتعاقد نوعان: الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، وهو الذي يلتزم فيه بأن يبرم العقد الموعد بشروط محددة، في حين يحتفظ الثاني بحريته في القبول أو الرفض.

مثال ذلك: أن يتوقع شخص مستقبلاً حاجته إلى الأراضي بجوار منزله أو مصنعه، فيتعاقد مع صاحب العقار على أن يبيعه له بثمن معين إذا أبدى رغبته في الشراء خلال مدة معينة. فهذا الوعد يلزم صاحباً الأرض وليس الموعد له.

(1) نقلاً عن أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2007، ص60.

وقد يكون الوعد بالتعاقد ملزماً لجانبين "الوعد بالشراء والبيع"، كأن يعقد مالك المنزل اتفاق يعد فيه كل منهما الآخر فيعد المشتري بالشراء إذا رغب المالك في البيع خلال مدة معينة، وبعد مالك المنزل بالبيع خلال هذه المدة، فيصبح كل من الطرفين ملتزماً بالوعد الذي يقع على عاتقه⁽¹⁾. وبالتالي، فإن الوعد بالتعاقد هو عقد تام من إيجاب المالك وقبول المشتري على إبرام عقد مستقبلي، أي عقد تمهيدي يؤدي إلى إبرام عقد نهائي.

3- شروط الوعد بالتعاقد

نستخلص من نص المادة 71 السالفة الذكر، أن الوعد بالتعاقد حتى يقوم لابد من توافر شروط وهي كالآتي:

أ- ذكر جميع المسائل الجوهرية في العقد المراد إبرامه

من رضا، ومحل، وسبب وصحة الرضا، وتحديد دقيق للشئ المراد التعاقد عليه.

مثلاً: يتعلق الوعد بالتعاقد الخاص ببيع عقار بوجوب تحديد المدة التي يجب فيها إبرام العقد النهائي، ثمنه، مساحته، حدوده.

ب- تعيين المدة

هي شرط أساسي يجب تحديده عند إبرام العقد النهائي.

ج- الأهلية

يشترط بالنسبة للواعد أن يكون كامل الأهلية المحددة بتمام 19 سنة، وخلو الإرادة من العيوب.

(1) فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 84، 85.

د - الشكلية

لا يشترط القانون فيها وضعا خاصا، إلا إذا نص القانون على أنه يشترط لصحة العقد المراد إبرامه وجوب استفتاء شكل معين، كالكتابة في بيع العقار، فلا بد من إفراغه في قالب رسمي، وإلا كان الوعد باطلا⁽¹⁾.

4- آثار الوعد بالتعاقد

يترتب عن الوعد بالتعاقد آثار، لتحديدتها ولشرح أكثر لابد من أن نفرق بين مرحلتين هما:

أ - المرحلة الأولى

قبل إظهار رغبة الموعود له مثلا: أن يتعهد شخص ببيع سيارته وذلك بمبلغ ثلاث مئة ألف دينار جزائري خلال شهر، فتكون السيارة مملوكة للواعد، فإذا تم هلاكها خلال هذا الشهر تقع تبعية الهلاك على عاتقه، وإذا باعها لغير الموعود له أي شخص آخر فيحق الموعود له المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

ب - المرحلة النهائية

هي مرحلة ما بعد إعلان الموعود له عن رغبته بالقبول الوعد صراحة أو ضمنا، فقد تم العقد النهائي من وقت الإعلان عن رغبته.

إذا امتنع الواعد بعد ذلك، جاز للموعود له أن يطالب من القضاء إلزام الواعد بالتنفيذ، وإذا تأكدت المحكمة توفر الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة للعقد⁽²⁾، تقضي بذلك وتعتبر الحكم الذي يصدره القاضي لفائدة الموعود له بمثابة عقد نهائي ينبغي تسجيله لأنه يعتبر سند رسميا للملكية وذلك طبقا للمادة 72 من القانون المدني الجزائري، غير أن صيغة

(1) عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، حق الشخصية، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2004، ص 49، 50.

(2) حسن علي الذنون، محمد سعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج1، ط1، دار وائل، الأردن، 2006، ص 81، 82.

النص القانوني غير موفقة بالعبارة "قام الحكم مقام العقد"، لذلك قد تتعدد الأحكام في القضية الواحدة، كأن يصدر فيها حكم ابتدائي واستئناف ونقض، وهنا نعتقد أن النص يقصد الحكم النهائي الذي حاز على قوة الشيء المقضي فيه⁽¹⁾.

ثالثاً: التعاقد بالعربون

لدراسة التعاقد بالعربون لا بد أن نتعرض إلى تعريفه ثم المقصود بحق العدول وأخيراً آثار التعاقد بالعربون.

1- تعريفه

يعرفه البعض: "العربون عبارة عن مبلغ من المال يدفعه المشتري أو المستأجر ليقوي الارتباط بينه وبين البائع أو المؤجر حتى تتم الصفقة بينها"⁽²⁾.

نستنتج من هذا التعريف أن العربون لا يدخل في المرحلة التمهيدية للتعاقد فحسب، بل يرد في العقد الأصلي للدلالة على أن العقد أصبح باتاً⁽³⁾.

وهذا معناه أنه قد يقصد بدفع مبلغ العربون، أن العقد أصبح باتاً وهو بداية العقد، وقد يقصد به غير ذلك، أي أن العقد ليس باتاً، وأنه يجوز لأي المتعاقدين أن يعدل عنه.

ومبلغ العربون هو ثمن العربون، والأصل في تحديد دلالة العربون ترجع إلى إرادة المتعاقدين، فإذا لم تكن هناك إرادة واضحة، فقد يعتبرها القاضي دالة على الحق في العدول⁽⁴⁾.

لم يعرف المشرع الجزائري العربون ولم يتعرض لتنظيمه سابقاً، إلا بعد تعديل 05-10 وذلك في المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري، إذ تنص على أن: "يمنح دفع

(1) رشيد بن شويخ، دروس في النظرية العامة للالتزام، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، ص 81 ، 82.

(2) نقلاً عن خليل النشار، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، ط1، دار الجامعة الجديد، مصر، 2001، ص 10.

(3) عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطب، شرح القانون المدني، مصادر الحق الشخصي "الالتزامات"، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص 104.

(4) سمير عبد السيد تناغو، العقد والإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، ط3، دار البشائر الإسلامية، الأردن، ص 49.

العربون وقت إبرام العقد لكل متعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا اقتضى الاتفاق خلاف ذلك.

فإذا عدل من دفع العربون فقده.

إذا عدل من قبضه ردّ مثله ولو لم يرتب على العدول أي ضرر."

من خلال النص، نستنتج أنه يمنح للمتعاقدين في التعاقد بالعربون الحق في العدول عنه.

وعليه، ما هو المقصود بحق العدول وما هي الآثار التي تترتب عنه؟

2- المقصود بالحق العدول

الحق بالعدول هو إمكانية أحد الأطراف العقد أو لكلاهما الرجوع عن الاتفاق مقابل خسارة المال المحدد سابقا.

ونظرا لأن هذه الصلاحية تجعل العقد غير مستمر من حيث مصدره النهائي، فلا بد للمتعاقدين الاتفاق على المدة التي يجوز فيها لهما العدول إما صراحة أو ضمنا، لأن حق العدول يترتب التزامات وحقوقا على كليهما⁽¹⁾.

3- آثار العدول

إذا كان من قبض العربون هو الذي عدل عن العقد كان عليه ردّ ضعفي ما دفع له كعربون، وليس تعويضا عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء هذا العدول، وهذا هو الاختلاف بين العربون والشرط الجزائي، وإذا تم تنفيذ العقد يخصم العربون من قيمة ما تعهد به .

وإذا انقضت المدة دون أن يعدل أحدهما ينقصد العقد.

(1) فتحة أفلو شي، العربون، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة، 2007 - 2008، ص 55.

إذا كان العدول من الطرف الذي دفع العربون يفقده ولا يحق المطالبة به.

بالتالي ضياع قيمة العربون في حالة العدول ليس هو تعويضا عن الضرر حتى يجوز تخفيضه وإلغائه إذا لم يتحقق الضرر، ولكنه ثمن حرية العدول عن إبرام العقد. لذلك يجب دفعه في جميع الأحوال التي يعدل فيها عن إبرام العقد⁽¹⁾.

(1) عبد القادر الفار، مصادر الحق الشخصي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2004، ص 51، 50.

الفصل الثاني: صحة التراضي

لقد تطرقنا سابقا إلى وجود التراضي بوجود الإرادتين متوافقتين أو متطابقتين، وقلنا أن التعبير عن إرادة واحدة لا يكفي لإنشاء العقد وتكوينه وإنما لابد من إرادة أخرى تلتقي معها، حيث يتم العقد بتطابق الإيجاب والقبول فيبرز ما يسمى بالتراضي، وهو عبارة عن تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين غير أن وجود التراضي لا يكفي وحده لينتج العقد أثاره وإنما لابد أن تصدر الإرادة من شخص يتمتع بالأهلية اللازمة لصدور العمل القانوني منه، وأن يكون رضاه خاليا من العيوب التي تشوب أو تفسد الرضا. وعلى هذا الأساس سوف نتعرض في هذا الفصل صحة التراضي وذلك من خلال مبحثين: المبحث الأول نعالج فيه الأهلية والعوامل المؤثرة عليها، أما المبحث الثاني يتعلق بدراسة عيوب الإرادة.

المبحث الأول: الأهلية

يتعين لصحة التراضي أن تتوافر الأهلية بحيث يصدر الرضا ممن يتمتع بالأهلية اللازمة لتصرفات القانونية باعتبار الأهلية هي التي تؤهل صاحبها لاستعمال الحق والمطالبة به ما يجب في ذمته، وحتى يقوم بأداء التصرفات القانونية (المطلب الأول).

غير هذه الأهلية قد تتأثر بعوامل قد تكون عوامل طارئة عليه وقد تكون طبيعية، حيث يتعرض صاحبها عوارض جسمية، كالإصابة بعاهة جسمانية وعقلية، كالجنون والعتة السفه والغفلة، ويكون تأثير هذه العوامل تأثير كلياً، بحيث يصبح صاحبها معدوم الإرادة، وقد تأثر عليه تأثيراً جزئياً، وبالتالي تنقص من أهليته وتحد من صلاحياته فيما يجلب له النفع ويدفع عنه الضرر، وهو ما يطلق بموانع الأهلية⁽¹⁾ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الأهلية وتحديد أنواعها

الأهلية هي أهم خصائص الشخصية القانونية، والتي تؤهل صاحبها لإبرام التصرفات القانونية، إذا يتوقف عليها تحديد نشاط الشخص وفعالته (الفرع الأول)، من حيث قدرته على اكتساب الحقوق والالتزام والوجبات من جهة، وعلى ممارسة الأعمال والتصرفات المتعلقة بهذه الحقوق والوجبات من جهة أخرى، وبالتالي يكتسب أهليتين يطلق على الأولى أهلية الوجوب والثانية أهلية الأداء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الأهلية

هناك عدة تعاريف فقهية من بينها تعريف الإمام محمد أبو زهرة، حيث عرفها بأنها: "صلاحية الشخص للالتزام وللالتزام، معناه أن يكون الشخص صالحاً لأن يلزمه حقوق غيره، وصالحاً أن يلتزم بهذه الحقوق"⁽²⁾.

(1) خالد بوشيمة، نظرية الشخصية القانونية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإنسانية، جامعة الجزائر، دون تاريخ المناقشة، ص 119 .

(2) الإمام محمد أبو زهرة، الملكية والنظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر العربي، الكويت، 20 مايو 1976، ص 303، 304.

فهي صلاحية الشخص لكسب حقوق وتحمل التزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي تكون من شأنها أن ترتب له هذا الحق أو ذلك الالتزام، وقد تناول المشرع الجزائري في القانون المدني في المواد من 40 إلى 44، غير أنه أحال في الكثير من أحكامها إلى قانون الأسرة في مواده من 81 إلى 108 منه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أنواع الأهلية

إن للشخص أهليتين⁽²⁾، فالإنسان منذ ولادته حيا يكتسب الشخصية القانونية، وهي صلاحية الشخص لاكتساب حقوق وتحمل التزامات، ويترتب على ثبوت الشخصية القانونية تمتع الشخص بأهلية الوجوب (أولا).

أما فيما يخص مباشرة الحقوق وأداء الالتزامات، فإن هذا الأمر يتوقف على قدرة الشخص في ممارسة شخصيته القانونية وهذه القدرة ترتبط ارتباطا وثيقا بالسن وهذه هي أهلية الأداء (ثانيا)، كما تتدرج أهلية الأداء حسب السن⁽³⁾ (ثالثا).

أولا: أهلية الوجوب

يعرفها علماء أصول الفقه الإسلامي بأنها: "صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه"⁽⁴⁾.

فهي صفة تقوم بشخص تجعله صالحا لأن يتعلق به حق معين أو عليه⁽⁵⁾.

(1) حميد بن شنيطي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج2، ط1، بدون دار النشر، 2008، ص 113

(2) محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، ط1، المؤسسة الوطنية للفنون، الجزائر، 2002، ص 85.

(3) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديد، الأزاريطة، مصر، 2009، ص 126.

(4) نقلا عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المجلد الأول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 283.

(5) محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص 74.

ويسمى الفقهاء بالشخصية القانونية، وبالتالي أهلية الوجوب والشخصية القانونية هي مصطلحين لمعنى واحد⁽¹⁾.

فهي بمثابة ظل للإنسان توجد حيث يوجد وتبقى ملازمة له إلى حين وفاته، حيث تدور مع الشخص وجودا وعدما، لأنها وصف في شخص فإذا زال الشخص من عالم الوجود زال معه هذا الوصف⁽²⁾.

يثبت للشخص منذ ولادته له الحق كما يثبت عليه، وحتى الجنين قبل ولادته يرث المال وتصح له الوصية، مع أنه ليس له وجود في تلك الحالة ولا يجب عليه أي شيء لغيره، فإذا انفصل حيا وأصبح أهلا لأنه يتحمل حقوق غيره فيما لو أتلّف مال الغير تبقى هذه الأهلية إلى مماته، وفي هذه المرحلة يتولى وليه أداء ما عليه من حقوق والتزامات⁽³⁾.

القاعدة العامة أن أهلية الوجوب يتساوى فيها جميع الناس التمتع بالحقوق، وكاستثناء قد تكون أهلية الوجوب منعدمة أو ناقصة أو مقيدة⁽⁴⁾.

فتكون منعدمة كولادة الجنين ميتا، وكالميت بعد سداد ديونه، وكالرق في القوانين التي كانت تبيح الرق، وكمن يحكم عليه بالموت المدني، وكالراهب في قوانين بعض الطوائف الدينية⁽⁵⁾.

(1) عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الأحكام والإثبات، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص 68.

(2) لبني مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القوانين المقارنة، ط1، دار المطبوعات الجامعية، 1994، ص7.

(3) هشام معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، ط1، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان، 1997، ص 79، 80.

(4) لبني مختار، المرجع نفسه، ص 70.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، المرجع نفسه، ص 284.

وتكون أهلية الوجوب ناقصة في حالة قاتل مورثه فلا يكتسب الحق بالميراث⁽¹⁾، وتكون مقيدة بالقانون، مثل بعض الأشخاص الأجانب الذين تحرم عليهم بعض الحقوق، كحق اكتساب الأراضي الصالحة للزراعة⁽²⁾.

وتتميز أهلية الوجوب عن أهلية الأداء في أنها لا تتأثر لا بالمرض ولا السن ولا القدرة على التمييز، فهي ثابتة مقررة للمجنون والسفيه وذو الغفلة والصغير غير المميز⁽³⁾.

فلا يمكن أن تكون مسؤولية الإنسان بمقتضى أهلية الوجوب إلا مسؤولية تقصيرية، أما المسؤولية العقدية فلا يتعرض لها إلا عن طريق أهلية الأداء⁽⁴⁾.

ثانياً: أهلية الأداء

إذا كانت الشخصية ثابتة لكل إنسان، بحيث يكون صالحاً لأن يكون صاحباً للحق والالتزام إلا أن توليد الحق والالتزام بمباشرة أو إنتاج آثار قانونية بوجه عام في ذمة الشخص، قد لا يأتي إلا نتيجة نشاط إرادي من جانبه، وقدرة معينة من الإدراك منه، أي نتيجة توافر أهلية الأداء⁽⁵⁾.

وتعرف أهلية الأداء بأنها صلاحية الإنسان لممارسة حقوقه بنفسه، وإلزام نفسه أيضاً بالتزامات مالية، وهي أهلية إبرام التصرفات القانونية، وبالتالي لا يمكن أن تكون للإنسان إلا إذا بلغ سناً معيناً، وترتبط بتوافر أداء الإنسان بعدة دورات في حياته من جهة أخرى، كما ترتبط بصحته التي تفترض وجود الإرادة لديه⁽⁶⁾، وبمرض قد يسلبه إرادته.

(1) سليمان الناصري، المدخل للعلوم القانونية، مقارنة بين القوانين العربية، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 14.

(2) لبني مختار، المرجع نفسه، ص 73.

(3) عمار بوضياف، نظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ط1، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010/12، ص 57.

(4) لبني مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القوانين المقارنة، ط1، دار المطبوعات الجامعية، 1994، ص 80.

(5) حسن كيرة، مدخل للقانون، ط1، مطبعة الأطلس، القاهرة، مصر، 1974، ص 576.

(6) عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، نظرية الحق، نظرية القانون، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 154.

ثالثا: تدرج أهلية الأداء مع السن

تتدرج الأهلية مع السن، حيث يعتبر مناط أهلية الأداء هو التمييز والإدراك الذي يتوقف على السن، لذا تختلف أهلية الأداء تبعا لذلك، حيث تمر بأربعة مراحل تتفاوت فيها الأهلية بين العدم والكمال، وتتمثل هذه المراحل فيما يلي⁽¹⁾:

1- مرحلة الجنين

لقد اعترف المشرع الجزائري بأهلية اكتساب حقوق وجوب ناقصة، وضمن له حقوقا من ميراث ووصية، ووقف وإثبات نسب، وتستمر حمايته طالما هو برحم أمه، وتنتهي هذه الحماية بتمام ولادته حيا، فتتحول أهلية الوجوب الناقصة إلى أهلية وجوب كاملة⁽²⁾.

2- مرحلة الصبي الصغير المميز

تسمى هذه المرحلة بمرحلة فاقده الأهلية أو انعدام الأهلية، وتبدأ هذه المرحلة من لحظة الولادة وتستمر إلى ما قبل سن التمييز.

وقد حدد المشرع الجزائري سن التمييز ببلوغ الشخص سن الثالثة عشرة وذلك طبقا للمادة 42 من ق م ج المعدلة بموجب القانون رقم 10/05 في الفقرة الثانية منها التي تنص على: "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة". أما قبل التعديل كان سن التمييز محددًا بستة عشرة سنة⁽³⁾.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 154.

(2) مهند وليد حداد، خالد وليد حداد، المدخل لدراسة علم القانون، ط1، المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 398.

(3) عمار بوضياف، نظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ط1، دار الجسور للنشر والتوزيع، 2010، ص

3- مرحلة ترشيده الصبي المميز

تنص في ذلك المادة 84 من ق أ ج على أنه: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله، بناء على طلب ممن له مصلحة وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبطل ذلك".

يتضح من خلال نص هذه المادة، أن من بلغ سن تمييز يمكن أن ينتقل إلى الرشد بإذن من القاضي، حيث يصبح راشداً دون المرور بمرحلة ناقص الأهلية. لكن كان من الأفضل أن تكون هذه الفترة الانتقالية بين مرحلة عديم التمييز ومرحلة الرشد، والمادة 84 من ق أ ج خالفت المادة 2/38 من ق م أن سن الترشيده 18 سنة⁽¹⁾.

3- مرحلة نقص الأهلية (التمييز)

تبدأ هذه المرحلة من سن التمييز وهو ثلاثة عشرة سنة إلى ما قبل سن التاسع عشرة وهو سن الرشد، فإذا بلغ الصبي سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 40 من ق م ج فتكون تصرفاته نافذة، إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به، وإذا كانت دائمة بين النفع والضرر فتتوقف على إجازة الولي أو قرار الوصي وهذا طبقاً للمادة 83 ق أ ج، وفي حالة حدوث نزاع يرفع الأمر إلى القاضي.

وتبقى نفس التصرفات طبقاً لأحكام القانون المدني صحيحة إذا أقرها بعد بلوغ سن الرشد تسعة عشرة سنة، كما يجوز له أن يبطلها وذلك خلال خمسة سنوات يبدأ بسريانها من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب⁽²⁾.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 156.

(2) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 76،

4 - مرحلة بلوغ سن الرشد (كمال الأهلية)

إذا بلغ الشخص سن الرشد وهي تسعة عشرة سنة كاملة، يعتبر كامل الأهلية لإدارة أمواله والتصرف فيها كما يشاء، هذا إذا لم يكن قد أصيب بعارض من عوارض الأهلية أو مانع من موانعها⁽¹⁾.

ويكون له في هذه المرحلة ممارسة كافة التصرفات القانونية أياً كانت طبيعتها نافعة أو ضارة، حيث يصبح مسؤولاً عن أعماله وتصرفاته⁽²⁾.

غير أنه إذا كان الشخص في مرض الموت فإن تصرفاته ترد عليها بعض القيود، فبييع هذا المريض بثمان المثل ويكون نافذاً، أما إذا كان أقل من الثمن فيأخذ حكم الوصية بحيث لا يزيد عن الثلث⁽³⁾.

المطلب الثاني: العوامل المؤثرة في الأهلية

الأصل في الإنسان كمال الأهلية، لكن استثناء قد تكون ناقصة أو منعدمة، وذلك عندما تطرأ عليه عوارض عقلية تؤثر على أهليته بشكل كلي أو جزئي، وهو ما يطلق عليها عوارض الأهلية (الفرع الأول).

كما قد تطرأ على الإنسان بعد بلوغه سن الرشد عوائق تمنعه من إبرام التصرفات القانونية التي لا علاقة بتمييزه أو إدراكه، وإنما هي عوائق جسدية، أو قضائية، أو مادية تمنع الشخص من أداء تصرفاته القانونية بنفسه، وهو ما يسمى بموانع الأهلية، فيقوم شخص ما بإدارة أعماله بدلاً منه، إذ له حق اختيار الشخص المناسب، وإذا لم يختره فللمحكمة أن تعين الشخص الذي يقوم بذلك (الفرع الثاني).

(1) محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون، الجزائر، 2002، ص 78.

(2) سليمان الناصري، المدخل للعلوم القانونية مقارنة بالقوانين العربية، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 153.

(3) عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004، ص 621.

الفرع الأول: عوارض الأهلية

إن الأهلية تدور مع التمييز وجودا وعدمًا⁽¹⁾، ذلك أن مناط أهلية الأداء هو التمييز الذي يعتمد على السن كأساس لقياس التمييز⁽²⁾.

فقد يبلغ القاصر سن الرشد ويكون متمتعًا بقواه العقلية، وبالتالي تكون له أهلية الأداء فتزول عنه الولاية أو الوصاية.

والأصل أن يكون كامل الأهلية إلى حين انتهاء شخصيته بالوفاة⁽³⁾، إلا أنه قد يصاب الإنسان أثناء حياته قبل أو بعد بلوغ سن الرشد بعوارض يعطل إرادته ويؤثر عليها⁽⁴⁾.

وإذا حصل ذلك، اعتبر في حكم عديم الأهلية قانونًا، كالمجنون والمعتوه (أولًا)، وقد يطرأ عليها أمور أخرى تؤدي إلى نقص أهليته وبذلك يصبح في حكم ناقص الأهلية⁽⁵⁾ (ثانيًا).

أولًا: العوارض التي تعدم الأهلية

هي التي تصيب الشخص في عقله فتقضي على إدراكه وتمييزه، وتجعله في مرتبة الصبي غير المميز وهي الجنون والعتة⁽⁶⁾، وليس للشخص اختيارها⁽⁷⁾.

(1) فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000-2001، ص 113.

(2) سليمان الناصري، المرجع نفسه، ص 153.

(3) فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

(4) عباس الصراف، جورج حزيون، مدخل إلى علم القانون، نظرية القانون، نظرية الحق، ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 156.

(5) رمضان أبو سعود، شرح مقدمة في القانون المدني، ط1، دار المطبوعات الجامعة، مصر، 1994، ص 193.

(6) محمد سعيد جعفر، دروس في نظرية الحق، ج2، ط2، دار الهومة، الجزائر، 2011، ص 527.

(7) مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ط2، ج1، دار القلم، مصر، 1994، ص 284.

1- الجنون

هناك عدة تعاريف فقهية منها تعريف الدكتور سليمان مرقص بقوله: "الجنون هو من فقد عقله وأخلل توازنه وانعدم تمييزه فلا يعتد بأقواله وأعماله شأنه في ذلك شأن الصبي غير المميز"⁽¹⁾، أي ليس له قوة التمييز حتى يميز بين الخير والشر والأمور الحسنة والسيئة فيعطل أفعاله ولا يظهر آثارها⁽²⁾، وبالتالي لا يعتد بأفعاله ولا بأقواله، لأن الجنون مرض يصيب الشخص في العقل فيفقد ويعدم تمييزه، وحكمه حكم الصبي غير المميز الذي لا يستطيع إبرام التصرف القانوني سواء كان نافعا نفعاً محضاً، أو ضار ضرراً محضاً، أو دائراً بين النفع والضرر إلا بإجازة وليه⁽³⁾، والجنون أنواع حيث نجد أن الفقه قسمه إلى أنواع وهي:

أ- الجنون المطبق (الممتد)

وهو الجنون المستمر الذي لا يفارق المصاب به، ويستوعب جميع أوقات المجنون، ولا تتخلله لحظة استفاقة⁽⁴⁾.

ب- الجنون غير المطبق (المتقطع)

هو الجنون الذي يتخلله فترات إفاقة ويعود فيها المجنون إلى وعيه، حيث يفيق تارة ويجن تارة أخرى.

ج- الجنون الأصلي

يتحقق ذلك حالة بلوغ الشخص سن الرشد مجنوناً.

(1) نقلا عن سليمان مرقص، الواضح في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مجلد 1، ط 6، تم تلقيحها وتزويدها بأحدث الآراء، الجزائر، 1987، ص 768.

(2) عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحق الشخصي (الالتزامات)، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 67.

(3) حسن كيرة، مدخل إلى القانون، ط 1، مطبعة الأطلس، القاهرة، مصر، 1974، ص 584.

(4) محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 530.

د - الجنون الطارئ

ويكون ذلك عندما يبلغ سن الرشد كاملاً ثم يطرأ عليه جنون بعد ذلك⁽¹⁾.

2- العته

لمعرفة العته لابد أن نتعرض لتعريفه، ثم ذكر أنواعه.

أ - تعريف العته

يعرفه الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء: "العته ضعف في العقل ينشأ عنه ضعف في الإدراك والوعي"⁽²⁾.

ويعرفه الأستاذ يوسف محمد عبيدات على أنه: "خلل يضرب عقل الإنسان مما يجعل تدبيره للأمر سيء"⁽³⁾، كإسراف في القمار والصرف على الأصدقاء مثلاً، والعته مرض يصيب عادة الشخص الذي يتقدم في السن⁽⁴⁾، فالمعتوه قليل الفهم وهو من اختل شعوره⁽⁵⁾، وهو مختلط الكلام إلى أنه لا يضرب ولا يشتم⁽⁶⁾.

والفرق بينه وبين المجنون هو أن العته جنون هادئ، أما الجنون يصاحبه هيجان وضرب وشتم.

(1) لبني مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القوانين المقارنة، ط1، دار المطبوعات الجامعية، 1994، ص 89.

(2) نقلا عن مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل لنظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1999، ص 783.

(3) نقلا عن يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، ط2، 2009، دار المسيرة، للنشر و التوزيع ، عمان، الأردن، ص 105.

(4) لبني مختار، المرجع نفسه، ص 91.

(5) مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ط3، بدون دار النشر، لبنان، 2003، ص 288.

(6) عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمدي خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحق الشخصي (الالتزامات)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، الأردن، 2008، ص 71.

ب - أنواع العته

ونجد الفقه يقسم العته إلى أقسام:

النوع الأول: عته يعدم الإدراك والتمييز الذي يجعل صاحبه كالمجنون في جميع أحكامه لأنه نوع يدعى الجنون الساكت.

النوع الثاني: عته يكون معه الإدراك والتمييز، ولكنه لا يصل إلى درجة الإدراك في الراشدين العاديين، ويكون صاحبه كالصبي المميز في جميع أحكامه.

وبالرجوع إلى الق م ج، نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف عوارض الأهلية التي تعدم الأهلية، بل أشار إليها فقط بذكر حكم التصرفات التي يبرمها الشخص المصاب بهذه العوارض، حيث نص عليها في المواد 42 و 43 من الق م ج و 103-108 من ق أ ج⁽¹⁾.

تنص المادة 42 ق م على: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته أو جنون".

بالرجوع إلى كل من المواد 85 و 103-108 من قانون الأسرة.

تنص المادة 85 ق أ على: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه وغير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"⁽²⁾.

وبالتالي نلاحظ المشرع الجزائري في المادة 42 من الق م، لم يميز بين العته والجنون المعدم للإدراك، بل جعل الجنون والعته درجة واحدة، حيث سوى بين المعتوه والمجنون من

(1) قانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 الصادر في 12 رمضان عام 1404 هـ الموافق 12 يونيو سنة 1984 م المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية العدد 15 الصادر في محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 م.

حيث أهلية الأداء، فاعتبره فاقدًا الأهلية لانعدام التمييز، وقد أصاب المشرع في ذلك لصعوبة التفرقة.

3- حكم تصرفات المجنون والمعتوه

طبقا المادة 1/42 من القانون المدني يعتبر المجنون والمعتوه عديم الأهلية، ولذلك يحجر عليه بحكم من المحكمة.

ونصت المادة 101 من ق أ ج: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه بعد رشده يحجر عليه حيث يخول للمحجور عليه، التصرف في ماله وذلك بناء على حكم القاضي، وبهدف حماية أمواله وحفاظا على مصالح الأسرة والدائنين.

ولتحديد مدى أسباب الحجر، يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في ذلك دون خضوعها لرقابة المحكمة العليا طبقا للمادة 102⁽¹⁾.

أ- حكم تصرفات المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر

طبقا للمادة 106، 107، 108 و 104 من ق أ ج، نستنتج من هذه المادة أن حكم تصرفات المجنون بعد تسجيل قرار الحجر عليه تكون باطلة، فيعتبر حكم الحجر منشأ لحالة الحجر من تاريخ تسجيل القرار طبقا للمادة 104، وتعد تصرفات المجنون والمعتوه الصادرة منهما بعد الحجر باطلة، وبالتالي تأخذ حكم الصبي غير المميز.

ولا فرق ما إذا المجنون أو المعتوه قد يباشر التصرف في حالة جنونه أو عته أو أنه أبرمها في حالة إفاقة من جنون غير مطبق، وليس المتعاقد مع المجنون والمعتوه ادعاء حسن النية، ذلك أنه كان من المفترض علمه بحالة جنونه وعته بمجرد الاطلاع على قرار التسجيل⁽¹⁾.

(1) محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى علم القانون، دروس في نظرية الحق، ج2، ط2، دار الهومة، الجزائر، 2011، ص535، 536.

ب - حكم تصرفات المجنون والمعتوه قبل قرار التسجيل

في الأصل يعتبر الشخص كامل الأهلية، وبالتالي تكون تصرفاته صحيحة، مادامت حالة الجنون شائعة بين الناس وغير معلومة للمتعاقد الآخر الذي تصرف إليه المجنون والمعتوه، وعليه تبرر اعتبار تصرفا صحيحا، ولا تكون باطلة إلا في حالتين وهما:

- حالة كون الجنون والعتة شائعا وقت التعاقد، أي ظاهرا ومعروفا من طرف جمهور الناس في هذا الوقت، حتى ولو كان المتعاقد المجنون والمعتوه غير عالم به شخصيا.

- حالة كون المتعاقد مع المعتوه أو المجنون عالما بجنونه، وعلى بينة من جنونه وعتة لحظة إبرام العقد، ولو لم تكن هذه الحالة شائعة، أي ولو لم تكن معلومة من طرف الغير.

فمتى كنا إزاء إحدى هاتين، أخذت تصرفات المجنون أو المعتوه حكم التصرفات التي تصدر بعد تسجيل قرار الحجر فتكون باطلة، وهو ما يفهم مما ورد في المادتين 42، 107 من ق م وق أ على التوالي، وأن المادتين نصتا على بطلان تصرفات المجنون والمعتوه في الحالتين المذكورتين فقط، وسكنت عن بيان ما عداهما من الحالات التي تفقد التمييز عند المجنون والمعتوه، ومن ثم دل ذلك على صحة تصرفات المجنون والمعتوه قبل الحجر عليهما في غير الحالتين المستثنيتين، لأن السكوت في موضع الحاجة إلى بيان بيان كما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 85 ق أ ج، فإن المشرع تعرض لعدة انتقادات وهي:

- عدم صوابه عند اعتبار السفية عديم الأهلية، لأنه ألحقه بالمجنون والمعتوه في الحكم، إلا أنه في المادة 43 من الق م ج يعتبر السفية ناقص الأهلية فقط.

- ذكر لفظ "عدم نفاذ التصرف"، فهو وقف هذا التصرف، ونعلم أن عدم نفاذ التصرف يدل على التصرف الموقوف، وهو تصرف صحيح لكنه لا يرتب آثاره إلا بإجازة من

(1) محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى علم القانون، دروس في نظرية الحق، ج2، ط2، دار هومة، الجزائر، 2011، ص

صاحبه في الإجازة، ولذلك كان من المستحسن ذكر كلمة باطلة بدلا من غير نافذة، لأن صياغتها بالفرنسية للنص الذي نحن بصده قد جاء سليما، حيث ورد فيه لفظ *nuls* تعني باطلة.

من المفترض في حالة الجنون تقابله حالة إفاقة، مع العلم أن القانون المدني لم يأخذ بالتمييز المعروف في الفقه الإسلامي "جنون مطبق وجنون غير مطبق"، إلا أن هذا التمييز نص عليه ق رقم 91-10 المؤرخ 1991/4/27 المتعلق بالأوقاف الذي أخذ بهذا التمييز، وذلك نص في المادة 31: "لا يصح وقف المجنون والمعنوه لكون الوقف تصرف يتوقف على أهلية التسيير أما إذا صاحبه الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقته وتما عقله شريطة أن تكون هذه الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية".

وبناء على الانتقادات الموجهة للمادة 85 من ق أ ج، نقترح إلغاء المادة 107 وإعادة صياغة المادة كما يلي: "تقع باطلة تصرفات المجنون والمعنوه بعد تسجيل قرار الحجر، أما تصرفاته الصادرة منهما قبل ذلك فلا تكون باطلة، إلا إذا كانت حالة العته أو الجنون شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف آخر على بينة منها".

ثانيا: العوارض التي تنقص أهلية الأداء

وهي العوارض التي تلحق الشخص فتصيب أهليته، ولكنها لا تتعلق بالناحية العقلية للإنسان بل تصيبه في نفسه، فتضعف بعض ملكاته وهما السفه والغفلة⁽¹⁾.

1 - السفه

هو من يبذر المال على غير مقتضى الشرع والعقل، سواء كان في وجه الخير مثلا: صرفه للمال لبناء مسجد فوق قدرته فلا يجوز له ذلك، أو في وجه الشر مثلا: تبذير المال

(1) بوزيدي حليم، تصرفات ناقص الأهلية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 02/ 2013/07، ص 15.

على القمار، فالعلة ليست في عقله، وإنما العلة في سوء التبذير⁽¹⁾، وتكون تصرفاته خارجة عن المؤلف⁽²⁾، والسفه لا يلحق بالأطفال والمجانين الفاقدين أهلية التصرف في كل شيء⁽³⁾.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري، نجد المادة 43 تنص على أن السفه والغفلة عارضين للأهلية، وفي قانون الأسرة نجد المادة 85 اعتبرت السفه عديم الأهلية، حيث ينقص الإدراك والتمييز وألحقته بالمجنون والمعتوه في الحكم، فهناك تناقض، حيث نجد أن المشرع الجزائري أغفل ذكر كلمة الغفلة إلى جانب لفظ السفه في المادة 43 من ق م ج ، مع العلم أن الغفلة والسفه يقتربان في الشريعة الإسلامية وكذا القانون الأردني والعراقي والمصري⁽⁴⁾.

فلا يعتبر السفه ناقص الأهلية إلا بعد صدور قرار الحجر وتسجيله ونشره للإعلام، هذا في القانون المصري عكس القانون الجزائري، حيث أنه أورد نصوصا تشريعية تارة صريحة وتارة أخرى ضمنية.

وبمفهوم المخالفة، نستخلص من خلال المادة 1/40 من الق م والمواد 101 إلى 103 من ق أ، أن المشرع أخذ موقفا واضحا في ترجيح رأي جمهور الشريعة الإسلامية القائل بضرورة الحجر الذي يكون بناء على حكم القاضي.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط4، دار الهدى، عين ميله، الجزائر، 2009، ص 158.

(2) محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، ط1، المؤسسة الوطنية للفنون، الجزائر، 2002، ص 82.

(3) هشام المعروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، ط1، دار التعارف للمطبوعات، بدون بلد النشر، 1997، ص 97.

(4) محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى علم القانون، دروس في نظرية الحق، ج2، ط2، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 592، 594.

والحجر وفقا للمادة 102 من ق أ ج، لا يسري في حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار الصادر به وفقا للمبادئ العامة للقانون، ولا يمكن أن يحتج الغير بجهله الحجر وهذا ما يفهم من المادة 106 ق أ ج⁽¹⁾.

2- الغفلة

وهو ضعف في الملكات النفسية لشخص تجعل صاحبها ساذجا بسبب طيبة قلبه، مما يسهل خداعه عند قيامه بتصرفاته القانونية⁽²⁾.

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الغفلة في قرارها الصادر 29 يناير 1959 الذي جاء في حيثياته أنه: "ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير، ويترتب على قيامها بالشخص أن يغيب في معاملاته مع الغير".

ذو الغفلة كامل الأهلية، إلا أن العلة ليست في عقله بل ساذجته، حيث يعامل معاملة السفیه من حيث الحجر، يستدل على وجود الغفلة والسفه، بالرجوع إلى التجارب الاجتماعية وما يتعارف عليه الناس في حياتهم.

3- حكم تصرفات السفیه وذی الغفلة

لمعرفة حكم تصرفات السفیه وذی الغفلة يجب التميز بين التصرفات المبرمة قبل أو بعد تسجيل قرار الحجر.

والمشرع الجزائري لم يفعل ذلك لا في القانون المدني ولا في القانون الأسرة، وكل ما فعله أنه نص في المادة 107 من ق أ ج التي جاءت بصياغة ركيكة، الإشارة إلى تصرفات

(1) مهندس وليد حداد، خالد وليد حداد، مدخل لدراسة علم القانون، ط1، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 402.

(2) قرار محكمة مصر الصادر في 29 يناير 1959، مشار إليه لدى سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المجلد1، ط 6، تم تلقيحها من طرف الأستاذ حبيب إبراهيم الخليل وتزويدها بأحدث الآراء، الجزائر، 1987، ص 93.

المجنون والمعتوه فقط دون السفية وذي الغفلة، فكان لابد من تعديل جديد حيث كان على المشرع الجزائري تعديله كما يلي:

- تعيين الأشخاص المقصودين بهذا الحكم.

- التمييز بين مرحلة قبل أو بعد تسجيل قرار الحجر على المجنون، وفيما يخص حكم تصرفات السفية وذي الغفلة لم يبينه المشرع الجزائري، لذا نقترح إضافة مادة 107 مكرر تكون صياغتها كما يلي:

"إذا صدر تصرف من السفية وذي الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر، يسري على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز في أحكامه.

أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فيكون باطلاً أو قابلاً للإبطال، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ".

وتأسيساً على هذه المادة المقترحة من قبل الدكتور سعيد جعفر، يكون حكم تصرفات السفية وذي الغفلة كما يلي:

بعد تسجيل قرار الحجر يأخذ السفية وذي الغفلة حكم ناقص الأهلية، وتكون تصرفاتهما كتصرفات الصبي المميز، بحيث تكون صحيحة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً، أو تكون باطلة إذا كانت ضارة ضرراً محضاً، وتكون قابل للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر⁽¹⁾.

وقبل تسجيل قرار الحجر، فالأصل أنهما كاملاً الأهلية، فتعتبر تصرفاتهما صحيحة، إلا أن هناك استثناء، فللغير حسن النية تكون صحيحة، أما إذا كان سيء النية وقد تواطأ مع السفية أو ذي الغفلة بقصد ابتزاز أمواله، فتكون تصرفاته باطلة أو قابلة للإبطال والتي كانت في الأصل صحيحة.

(1) عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمدي خاطر، شرح قانون المدني، مصادر الحق الشخصي (الالتزامات)، ط1، دار الثقافة للنشر وتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 125.

الفرع الثاني: موانع الأهلية

يكون الشخص كامل الأهلية إذا بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه بسبب عارض من العوارض السالفة الذكر، كالجنون العقه السفه والغفلة التي تعدم أو تنقص من أهليته، غير أن هناك أمورا قد تطرأ عليه⁽¹⁾، ويكون من شأنها منع ذلك الشخص أن يباشر بنفسه أو بمفرده التصرفات القانونية، فتعين له المحكمة شخصا يتولى نيابة عنه القيام بهذه التصرفات أو يساعده فيها. وموانع الأهلية تتمثل في المانع المادي وهو الغيبة (أولا) والمانع الطبيعي الإصابة بعاهة جسمانية (ثانيا) والمانع القانوني الحكم بعقوبة جنائية⁽²⁾ (ثالثا).

أولا: المانع المادي (الغيبة)

يعرف الغائب بأنه كل شخص كامل الأهلية وإرادته سليمة إلا أنه نظرا لغيابه لا يمكن له أن يتولى إدارة شؤونه بنفسه⁽³⁾.

وحتى لا تتعطل مصالحه تتدخل المحكمة لتعين وكيلًا عنه يتولى شؤونه وذلك في إحدى الحالات الآتية:

إذا كان مفقودا لا تعرف حياته من مماته.

إذا لم يكن له موطن ولا محل إقامة معلوم.

إذا كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج الوطن واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يعين من ينوبه في إدارته شؤونه⁽⁴⁾.

(1) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط1، مطبعة الأطلس، القاهرة، مصر، سنة 1994، ص 588.

(2) عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الإثبات، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص 112.

(3) رمضان أبو سعود، شرح المقدمة في القانون المدني، ط1، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1994، ص 184، 185.

(4) حمد بن شيتي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، ط1، بدون دار للنشر، الجزائر، 2008، ص 121.

نجد أن المشرع الجزائري نص على تعريف الغائب في المادة 110 من ق أ ج على أن: "الغائب هو الشخص الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو مماته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

فنلاحظ أن المشرع الجزائري في هذه المادة سوى بين المفقود والغائب، غير أنهما يختلفان، حيث أن المفقود هو ذلك الشخص الغائب في ظروف يغلب فيها الهلاك كالمفقود في الحرب، حريق أو غريق، أما الغائب فهو الشخص الحي، إلا أن ظروف ما منعه من الرجوع إلى وطنه⁽¹⁾.

ومن شروط اعتبار الشخص غائبا والتي تستنتج من المادة السالفة الذكر ما يلي:

- أن يكون كامل الأهلية فلو كان ناقص الأهلية أو عديمها تكون ثابتة على ماله في الأصل.

- أن تكون مدة الغياب سنة كاملة، حيث لا تعين المحكمة من يتولى إدارة أمواله رغم غيابه إلا بعد مرور سنة كاملة من غيابه.

- أن يتسبب غيابه ضررا لمصالح الغير⁽²⁾.

ثانيا: المانع الطبيعي

ويتمثل هذا المانع في إصابة الشخص بعاهة مستدامة وهي حالة خاصة من موانع الأهلية⁽³⁾.

(1) فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة الالتزام، مصادر الالتزام، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000-2001، ص 113.

(2) محمد سعيد جعفر، مدخل إلى علم القانون، دروس في نظرية الحق، ج2، ط2، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 592.

(3) محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2000، عمان الأردن، 1994، ص 88.

فقد يصاب الشخص بعاهة جسمية، فيبقى كامل الأهلية إلا أنه بسبب العاهة "العجز الجسماني" يصبح غير قادر على التعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً، ويخشى أن يقع فريسة الغلط عند إبرام تصرفاته، ولهذا السبب قرر القانون نظام المساعدة القضائية طبقاً للمادة 80/1 ق م: "إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم، وتعدر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في تصرفات التي تقتضي مصلحته"⁽¹⁾.

نستنتج من المادة 110 من ق أ ج أن العاهات البدنية التي تصيب الإنسان هي الصم والبكم والعمى، فهي لا تؤثر في أهلية الشخص لكن إذا أصيب بعاهتين من الثلاث مثلاً: أصيب ببكم وصم أو عمى وصم أو ببكم وعمى، فهنا يمتنع عليه إجراء بعض التصرفات القانونية ويحتاج إلى مساعد قضائي تعينه المحكمة⁽²⁾.

ويتضح من المادة 2/80 ق أ ج أن التصرف القانوني لصاحب العاهة تصرف صحيح بعد تسجيل قرار التعيين وأن هذا التصرف يعتبر قابل للإبطال لمصلحة صاحب العاهتين⁽³⁾.

وتكون تصرفات صاحب العاهتين قبل قرار تعيين مساعد قضائي من المحكمة صحيحة⁽⁴⁾.

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين العربية، ط4، دار هومة، الجزائر، ص 158.

(2) عباس الصراف، جورج حزيون، المدخل إلى علم القانون، نظرية الحق، نظرية القانونية، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، سنة 2005، ص 118.

(3) خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 48.

(4) فريدة محمدي زواوي، المدخل نظرية للحق، ديوان الوطني للفنون، الجزائر، ط1، سنة 1997، ص 84.

ثالثاً: المانع القانوني

طبقاً للمادة 7 من ق ع يتمتع على المحكوم عليه بعقوبة جنائية دون جنحة أو مخالفة صلاحية مباشرة التصرفات القانونية وذلك كعقوبة تبعية تضاف إلى الأهلية ويكون محجوراً عليه مدة تنفيذ العقوبة التي تبدأ مع الاعتقال وتنتهي معه⁽¹⁾.

ومعناه كل شخص حكم عليه بعقوبة جنائية طبقاً للمادة 7 من ق ع ج⁽²⁾ الإعدام، سجن المؤبد فإنه خلال مدة اعتقاله لا يتولى أعمال الإدارة الخاصة في أمواله وأملاكه، ولا يجوز له التصرف فيها إلا بإذن من المحكمة المدنية الواقع مقرها في موطن المحكوم عليه⁽³⁾.

وعليه، فله حق تعيين القيم الذي يريده لإدارة أمواله وممتلكاته، وإذا لم يتم باختياره تقوم المحكمة بتعيينه بناء على طلب النيابة العامة أو ذي مصلحة، وبالتالي ففي حالة قيامه بتصرف دون حصوله على إذن من المحكمة يعتبر باطل بطلان مطلقاً، ويستثنى من ذلك التصرفات المتعلقة بالحقوق الملازمة لشخص المحكوم عليه كالطلاق مثلاً: فهي صحيحة فهو كامل الأهلية بالنسبة لها⁽⁴⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في القانون المدني، نظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مجلد 1، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، بيروت، لبنان، ص 306.

(2) حسن كيرة، المدخل لقانون، ط1، مطبعة الأطلس، القاهرة، مصر، 1997، ص 596.

(3) فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001-2000، ص 124.

(4) حميد شنتي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، ط1، بدون دار للنشر، الجزائر، 2008، ص 121.

المبحث الثاني: عيوب الإرادة

بالإضافة إلى اشتراط أهلية التعاقد للمتعاقد لقيام العقد، لابد من أن تكون إرادة كلا المتعاقدين سليمة غير مشوبة بعيوب الرضا⁽¹⁾.

وحتى تكون هذه الإرادة سليمة فلا بد أن تكون إرادة متتورة، حيث تصدر بناء على معرفة كافية بكل ظروف المعاملة التي تشارك في إتمامها، غير مدفوعة إلى إبرام التصرف بأي وهم (المطلب الأول) يقع فيه صاحبه سواء من تلقاء نفسه أو نتيجة الحيل التي يتعرض لها المتعاقد والتي يباشرها ضده أشخاص آخريين (المطلب الثاني).

وتكون الإرادة سليمة أيضا وذلك بأن تكون هذه الإرادة حرة تتجه إلى إبرام تصرف قانوني غير مدفوعة إلى ذلك بضغط غير مشروع، حيث يكره صاحبها على إصدارها تجنباً للأذى المهدد به (المطلب الثالث).

وفي بعض الأحوال نجد مظهر عدم التعادل الفاحش البين الذي يتحمل الشخص التزاماته مع العوض المقابل، أو من غير عوض⁽²⁾ (المطلب الرابع).

المطلب الأول: الغلط

تناول المشرع الجزائري عيوب الإرادة في الق م حيث نجد في المادة 81 على أحكام الغلط، إلا أنه لم يعرفه بل ترك تعريفه للفقهاء والقضاء كغيره من القوانين العربية الأخرى، وعليه سنتطرق إلى تعريفه (الفرع الأول)، ثم تحديد أنواعه (الفرع الثاني) ثم شروط الاعتراف بالغلط (الفرع الثالث).

(1) مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، ط1، دار المطبوعات الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 108.

(2) جميل شرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1995، ص

الفرع الأول: تعريف الغلط

عرفه دكتور عبد الرزاق دربال بقوله: "الغلط وهم يقع في ذهن المتعاقد وقت إبرام العقد ويجعله يتصور الشيء الذي تعاقد عليه على غير حقيقته⁽¹⁾، أي هو وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصوره له الأمر على غير حقيقية، فيتصور واقعة غير صحيحة في صورة واقعة صحيحة، أو يتصور واقعة صحيحة في صورة واقعة غير صحيحة⁽²⁾."

وليس كل وهم يقوم في ذهن المتعاقد يؤدي إلى إبطال العقد، وذلك أن الغلط الذي يحيط بإبرام العقود قد يتخذ عدة صور، مما يدعو إلى اختلاف الجزاء حسب ما يقع فيه المتعاقد في الغلط، حيث أنه قد يقع في غلط يعيب الإرادة وهو الغلط الذي يمنع انعقاد العقد فيتعلق بوجود الإرادة والذي يقع في ماهية العقد أو طبيعته أو المحل أو السبب مما يحول دون إنشاء العقد⁽³⁾.

الفرع الثاني: أنواع الغلط

الغلط نظرية فقهية فرنسية قديمة والتي تقسم الغلط إلى ثلاثة أنواع: هناك غلط يعدم الإرادة (أولاً)، الغلط المعيب للإرادة (ثانياً)، وأخيراً الغلط الغير المؤثر في العقد (ثالثاً).

(1) عبد الرزاق دربال، الوجيز في نظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار العلوم للنشر والطباعة، الجزائر، 2004، ص 22.

(2) محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 76.

(3) توفيق حسن، النظرية العامة للتزام، مصادر الالتزام، مع مقارنة بين القوانين العربية، ط3، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د ت ن، ص 167.

أولاً: الغلط الذي يعدم الإرادة

هو الذي يقع في طبيعة العقد أو سببه أو محله، فهذه الحالات تمس الغلط في وجود الإرادة وبذلك يؤدي إلى انعدامها، أي الرضا غير متوفر، وبالتالي يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويسمى الغلط المانع⁽¹⁾، وهو بدوره ينقسم إلى أنواع تتمثل فيما يلي:

1- الغلط المانع في ماهية العقد

كمن يعطي للآخر نقوداً على أنها قرض فيأخذها الآخر على أنها هبة. هنا لا ينعقد العقد لتخلف ركن الرضا، أي لم تتفق الإرادتين على ماهية العقد المراد إبرامه.

2- الغلط في محل الالتزام

يكون ذلك، كأن يبيع شخص لآخر حصان من حصانين يملكها، فيظن المشتري الحصان الأبيض الذي لم يقصد البائع بيعه.

3- الغلط في سبب الالتزام

ومثال ذلك اتفاق الورثة مع الموصى له على إعطائه مالا من أموال التركة تنفيذاً للوصية مورثهم تم يتضح أن الوصية باطلة وأن المورث قد رجع عنها قبل وفاته⁽²⁾.

نستنتج أن الغلط في ماهية العقد يمنع انعقاد العقد لعدم تطابق الإرادة على طبيعة محل العقد، لكن الغلط في سبب وجود المحل قد يتحقق التراضي يتوافق الإرادتين إلا أن العقد لا ينعقد لعدم توافر ركن السبب⁽³⁾.

(1) فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000-2001، ص 182.

(2) مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار المطبوعات الجامعة، الإسكندرية، مصر، ص 106-107.

(3) نبيل إبراهيم سعيد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 165، 166.

ثانيا: الغلط المعيب للإرادة

يؤدي هذا الغلط إلى البطلان النسبي للعقد لمصلحة من وقع فيه، ويتحقق عندما يقع الغلط في شخص المتعاقد أو في ماهية الشيء محل الالتزام المترتب على العقد⁽¹⁾، وهو أنواع:

1- الغلط في ماهية الشيء محل الالتزام

مثلا: كمن يشتري خاتما على أنه من ذهب ثم يكتشف أنه من فضة، وليس عليه إلا طلاء بالذهب فهو غلط جوهري في ماهية الشيء⁽²⁾.

2- الغلط في شخص المتعاقد

وذلك بأن يكون الشخص المتعاقد هو الباعث إلى التعاقد، فقد يغلط أحد المتعاقدين في الشخص المتعاقد معه، فيظنه فلانا وهو غيره أو يظنه ذات صفة خاصة من قرابة أو كفاءة فيظهر بخلاف ذلك. ولا شك أن الغلط في شخص المتعاقد إنما تظهر أهمية عندما يكون لشخص المتعاقد اعتبارا في مبنى العقد، بحيث يكون لصفة المتعاقد ارتباط بموضوع التعاقد⁽³⁾، فالمعيار المادي الذي أخذت به النظرية القديمة، حيث يرى أنصارها أن الغلط المادي جعل العقد قابلا للإبطال، هو الذي يقع في ماهية الشيء الذي تتكون منه عناصره⁽⁴⁾.

(1) علي فيلالي، النظرية العامة للعقد (الالتزامات)، ط2، دار موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 101 .

(2) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 88.

(3) مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل إلى نظرية العامة للالتزام الفقه الإسلامي، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1999، ص 465.

(4) علي علي سليمان، نظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 56.

ثالثا: الغلط غير المؤثر في العقد

لا يرتب هذا الغلط أي جزاء على وجود التراضي وصحته فهو الذي لا يمنع انعقاد العقد لكنه يأتي على أمر ثانوي لا يمس مصلحة المتعاقد مثلا: كمن يشتري بقرة لذبحها ويتضح أنها غير حلوب، ومن صور الغلط غير المؤثر نجد:

1- الغلط في الحساب أو الكتابة أو العد أو نقل الأرقام من ورقة إلى أخرى

هذا النوع من الغلط لا يؤثر في صحة العقد ويجب تصحيحه.

2- الغلط الباعث

الذي يدفع المتعاقد إلى إبرام عقد دون أن يكون متصلا بصفة جوهرية بالشيء أو الشخص مثلا: من يشتري سيارة يهديها لخطيبته وفسخ خطوبته لا يحق له أن يطلب فسخ عقد البيع بحجة الغلط الدافع إلى التعاقد، وذلك لو قبل هذا النوع من الغلط سيعدم الاستقرار في التعامل⁽¹⁾.

ولقد تم الأخذ بالمعيار الشخصي في هذه النظرية والذي يرجع فيه إلى ما يعتبره المتعاقد جوهريا، والذي يبلغ جسامة إلى حد يجعل المتعاقد عند تعاقد حقيقته ما وقع فيه من غلط ما كان إبرام العقد من الأساس، ويستوي في ذلك أن يقع الغلط في ذات الشيء أو صفة من صفاته، مادامت جوهرية في اعتبار المتعاقد، وما يجب اعتباره جوهريا في نظر الظروف التي تم فيها العقد، ولحسن النية الذي ينبغي أن يسود في التعامل بين الناس.

ومادام ذات الشيء وصفته كانت السبب الرئيسي الذي دفع المتعاقد في عقود التبرع فالغلط في شخص المتعاقد يجعل العقد قابل للإبطال، ويكون دائما محل اعتبار مثلا: إذا

(1) عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر حق الشخصية (الالتزامات)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 136.

وهب شخص إلى شخص آخر يعتقد أنه عيسى فيتبين أنه موسى فالغلط في شخصية الموهوب له يجعل الهبة قابلة للإبطال⁽¹⁾.

نجد أن المشرع الجزائري أخذ بالفقه الحديث كالقوانين العربية الأخرى، والمواد التي تحكم الغلط في ق م ج هما المادتين 81 و82، فاعتمد على المعيار الذاتي العام والمرن يمكن تطبيقه في عدة حالات أساسية للغلط الجسيم ومدى تأثيره على المتعاقد.

حيث تنص المادة 81: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله"، فيفهم من هذه المادة أن الغلط الذي يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال هو الغلط جوهريا.

أما المادة 82 فتضمنت ما يلي: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة شيء يراها المتعاقدان جوهريا، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية".

إذا كان الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة سببا رئيسيا في تعاقد"، فطبقا لأحكام المادتين 81 و82، نجد أن المشرع الجزائري أخذ بما اعتنقه الفقه الفرنسي الحديث للغلط، وأيضا بما تبنته غيره من القوانين العربية الأخرى، فاعتماده على المعيار الذاتي العام والمرن يمكن تطبيقه في عدة حالات للغلط الجسيم ومدى تأثيره على المتعاقد⁽²⁾.

(1) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 57.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالقوانين العربية)، ط4، دار الهدى، عين ميلة، الجزائر، 2009، ص 166.

الفرع الثالث: شروط الغلط المعيب للإرادة

لكي يتحقق الغلط في الإرادة لابد من جوهرية الغلط في العقد (أولاً)، وأن يتصل المتعاقد الآخر بالغلط (ثانياً)، وسوف نتعرض إليهما كما يلي:

أولاً: أن يكون الغلط جوهرياً

ليس كل غلط يبرمه المتعاقد يؤدي إلى إبطال العقد، بل يجب أن يكون الغلط جوهرياً، ولكي يكون الغلط جوهرياً لابد أن يكون هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد وأن يبلغ حداً من الجسامه لكي يكون معيار ذاتي شخصي وذلك طبقاً للمادتين 1/82 و 81 من ق م ج⁽¹⁾.

فيكون الغلط جوهرياً، الغلط الذي يراه الشخص المتعاقد جوهرياً، وهذا الغلط هو الدافع الرئيسي للتعاقد⁽²⁾.

1- حالات الغلط الجوهري

جاء المشرع الجزائري بها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ومن خلال مادة أن المشرع أورد حالتين وهما:

أ - الغلط في صفة جوهرية للشيء

إذا انصب الغلط على صفة أساسية في شيء محل التعاقد وتكون هذه الصفة أساسية بحيث كان الاعتقاد بوجودها، وهو الذي دفع المتعاقد أو المتعاقدين معا إلى إبرام العقد، كمن

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام: دراسة مقارنة بالقوانين العربية، ط4، دار الهدى، عين ميله، الجزائر، 2009، ص 168.

(2) محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري وفقه الإسلامي، ط3، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 20.

يشتري ساعة من ذهب ويتضح أنها من نحاس مطلية بذهب فقط، فهو غلط يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال⁽¹⁾.

وتستلزم هذه الحالة أن تكون هذه الصفة جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك بما يلبس العقد من ظروف، ولما ينبغي في التعامل مع حسن النية⁽²⁾.

ب - حالة الغلط في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته

ويكون الغلط في ذات المتعاقد إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد. مثلاً: كأن يهب شخص مالا لابن صديقه ثم يتضح أنه ليس كذلك بل شخص آخر غير ابن صديقه، فيحق له إبطال العقد، ويكون الغلط منصبا على صفة من صفات المتعاقد.

ونجده في عقود الاعتبار الشخصي، كعقود التبرع خلاف عقود المعاوضة التي لا يعتد بشخص المتعاقد من حيث الأصل، فمن يريد بيع منزله مثلاً: يستوي لديه إن باعه لأحمد أو محمد أو غيره، فالمهم أن يبيع ويحصل على المال فلا يهم الشخص المتعاقد معه.

إلا أن هناك عقود معاوضة يعتد فيها المتعاقد فيها بشخص المتعاقد معه كعقد الشركة إذا كانت شركة أشخاص، فشخصية الشركاء تكون محل اعتبار في العقد، كذلك في عقد العمل والوكالة⁽³⁾، وكذلك التعاقد مع أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمحامي⁽⁴⁾، أو أن

(1) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 152.

(2) توفيق فرح حسين، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، ط3، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ب ت ن، ص 132، 133.

(3) مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، الحق الشخصي، ط1، دار المطبوعات الجامعة، مصر، 1999، ص 111.

(4) حسن علي الذنون، محمد سعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج2، ط1، دار وائل للنشر والطباعة، عمان، الأردن، 2006، ص 112

يؤجر شخص مزرعة أو بيتا لرجل وامرأة ظنا من المؤجر أنهما زوجين ثم يتضح أنهما لا يربطهما سوى علاقة غير شرعية⁽¹⁾.

ج - الغلط في القانون

تنص المادة 83 من ق م ج : "يكون العقد قابل للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82 ق م ج"، وبالتالي لا يعتبر الغلط في القانون من عيوب الإرادة إلا إذا كان جوهريا، بمعنى أنه يتعلق بصفة جوهرية في الشيء أو الشخص المتعاقد⁽²⁾.

والغلط البالغ حدا من الجسامة بحيث لولاه لما أبرم العقد، ولا ينبغي أن يثور الخط بين الغلط في القانون طبقا للقاعدة القائلة "لا عذر بجهل القانون" لا تكون إلا في القوانين المتعلقة بالنظام العام كالقانون الجنائي والقاعدة الآمرة في القانون المدني، فكل هذه القواعد لا بد على الأفراد مراعاتها وذلك لا يعفى أحد من المسؤولية إذا أخل بها⁽³⁾.

ويكون الغلط في القوانين التي تستعصي معرفتها على عامة الناس، كأن يهب شخص لمطلقة ما لا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلا أن الطلاق الرجعي ينقلب إلى طلاق بائن بينونة كبرى وذلك بانتهاء مدة عدة طلاق، وبالتالي لا ترجع إلى عصمته إلا بعقد جديد.

(1) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 167.

(2) سمير عبد السيد تناغو، العقد - الإرادة المنفردة - العمل غير المشروع، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 54.

(3) بلحاج العربي، النظرية العامة للعقد في القانون المدني الجزائري: التصرف القانوني - العقد والإرادة المنفردة -، ج1، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 108

المادة 83 تختتم بنصها بما يلي: "ما لم يقض القانون بغير ذلك، معناه إذا كان القانون يقضي بأن الوقوع في الغلط في القانون لا يؤدي إلى إبطال العقد وذلك في المادة 465 ق م ج⁽¹⁾، حيث تنص على أن عقد الصلح لا يجوز الطعن فيه⁽²⁾."

ثانيا: اتصال المتعاقد الآخر بالغلط

يرى بعض الفقهاء أن الغلط الفردي (أحد المتعاقدين وقع في الغلط)، لا يكفي للمطالبة بإبطال العقد، فلا بد من اشتراك المتعاقدين في الغلط، وهذا حفاظا على استقرار المعاملات والحد من التعسف في استعمال الحق في إبطال العقد من طرف المتعاقد الواقع في الغلط، وإلا كيف يمكن حماية المتعاقد الذي وقع في غلط على حساب المتعاقد الآخر الذي لا ذنب له.

وهناك رأي آخر يرى أن الغلط الفردي يعتبر كافيا لإبطال العقد، ذلك أن الغلط يفسد الرضا لمن وقع فيه حتى ولو لم يكن المتعاقد الثاني عالما به أو كان من السهل أن يعلم به⁽³⁾.

ونجد موقف المشرع الجزائري من هذه الآراء متذبذبا، فتارة يأخذ بالغلط الفردي المادة 1/82 وتارة أخرى نجده يأخذ بالغلط المشترك المادة 2/82. وعليه نرى ضرورة الفصل في هذه المسألة وبالتالي على المشرع الجزائري إما أن يحذو حذو المشرع الفرنسي الذي يقتصر على الغلط الفردي، وبالتالي يجب عليه عوض من وضع لفظ "متعاقد" يضع بدلا عنه لفظ "متعاقدين" في الفقرة الثانية من المادة 82 ق م ج⁽⁴⁾، وبهذا يكون موقفه مطابقا لما تقتضي به فكرة عيوب الإرادة.

(1) خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج1، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 53.

(2) علي علي سليمان، نظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 59.

(3) علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، (التزامات)، ط2، دار موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 37.

(4) محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، ط1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 37.

وإما أن يتخذ موقف التشريعات العربية التي تقوم على الغلط المشترك، وبالتالي عليه أن يراجع نص مادة 81 بحيث يصبح بدل اشتراط أن يكون الغلط جوهريا فتتص على أنه : "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه"، وهو ما نصت عليه المادة 120 من القانون المدني المصري وما يقابلها من القوانين العربية الأخرى التي سارت على خطاه⁽¹⁾.

المطلب الثاني: التدليس

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف التدليس (الفرع الأول) ثم نتطرق إلى شروطه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التدليس

يعرف التدليس بأنه قيام الشخص باستعمال طرق احتيالية غير شريفة، خداعية بقصد إيهام الشخص الآخر بغير الحقيقة، مما يؤدي إلى وقوعه في غلط يدفعه للتعاقد⁽²⁾.

ومن هذا التعريف نلاحظ أن هناك علاقة صلة بين الغلط والتدليس، فالتدليس وثيق الصلة بالغلط، حيث أنه في الواقع التدليس هو غلط مدبر، وإذا كان المتعاقد يتوهم من تلقاء نفسه غير الحقيقة في حالة الغلط فإنه نفس الشيء الذي يحدث في حالة التدليس، غير أنه بناء على الحيلة التي يقوم بها الشخص الآخر قصد الإيقاع في الغلط، فلا يعد التدليس عيبا

(1) حسن علي الذنون، محمد سعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للتزام، ج2، ط1، دار وائل للنشر والطباعة، عمان، الأردن، 2006، ص 112.

(2) محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، ط1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002 ص 40،42.

في حد ذاته⁽¹⁾، الذي يؤثر في الإرادة، بل هو الغلط الذي يقع فيه الشخص نتيجة إيهامه بغير الحقيقة عن طريق بعض الحيل التي يستخدمها الغير أو الشخص المتعاقد الآخر⁽²⁾.

ويثار تساؤل عما إذا كان الغلط يغني عن التدليس؟

يفيد مضمون النظرية الحديثة أنه يمكننا الاستغناء، عن التدليس حيث توسعت في جعل الغلط كسبب للإبطال، طالما كان دافعا للتعاقد دون تحديد موضوع الغلط تلقائيا أو أنه ناشئ عن التدليس، ويعاب على هذه النظرية أنها أغفلت التدليس، كعيب مستقل عن الغلط، إلا أن المشرع الجزائري لم يحدو حدو هذه النظرية، حيث اعتبر التدليس عيبا مستقلا من عيوب الإرادة عن الغلط وذلك بوجود بعض المميزات وهي.

الغلط وهم تلقائي دون أن يسعى أحد إلى إيقاع المتعاقد الآخر فيه، أما تدليس فهو غلط مدبر يقوم لدى المتعاقد نتيجة للحيل التي لجأ إليها المدلس.

أن إثبات التدليس أيسر من إثبات الغلط، فالغلط باعتباره عيب من عيوب الإرادة يجيز للمتعاقد طلب إبطال العقد فقط، أما التدليس فهو بالإضافة طلب إبطال العقد، يعتبر عملا غير مشروع يستوجب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية عن الأضرار التي أصابت المدلس عليه⁽³⁾.

الفرع الثاني: شروط التدليس

لقيام التدليس لابد من توفر بعض الشروط التي نستنتجها من المادتين 86 و 87 من ق م ج والمتمثلة فيما يلي:

(1) توفيق فرج حسين، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، ط3، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ نشر، ص 144، 145.

(2) محمد حسام محمود لطفى، نظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، أحكام الإثبات، ط1، قصر الطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، مصر، 2007، ص 85.

(3) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 168.

1- استعمال طرق احتيالية

لتوافر التدليس يجب استعمال وسائل وطرق احتيالية، وذلك بنية تضليل المتعاقد للوصول إلى غرض غير مشروع، ولكي يتحقق ذلك لابد من توافر عنصرين وهما⁽¹⁾:

أ- العنصر المادي

يقصد به تلك الأعمال والوسائل الاحتيالية وكل ما يقع من أفعال وأقوال يترتب عليها وقوع الشخص في الغلط كالكذب والتزوير مثلا: كأن يقوم شخص بالإدلاء بمعلومات كاذبة إلى الشركة التأمين⁽²⁾، وتختلف وسائل التدليس، حسب المتعاقد المدلس عليه لهذا يؤخذ بالمعيار الشخصي الذاتي الذي يتوقف على الظروف المتعاقد، وسنه، جنسه، درجة تعليمه.

ب- العنصر المعنوي (النفسي)

هو قصد التضليل للوصول لغرض غير مشروع، ذلك يعد تدليس خطأ عمدي⁽³⁾، وعلى ذلك فإن انخداع المتعاقد من تلقاء نفسه بمظهر الثراء الذي يبدو عليه المتعاقد الآخر مثلا دون أن يتعمد هذا الخداع، لا يعد تدليسا وكذلك التاجر الذي يمدح بضاعته لا يقصد تضليل المتعاقد بقدر ما يقصد ترويج سلعته⁽⁴⁾.

2- أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد

ويقصد به أن تكون الحيل المستعملة مؤثرة، أي أن تبلغ حدا من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف المدلس عليه العقد طبقا للمادة 2/86، ويرجع تقدير الجسامة إلى المعيار

(1) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 176.

(2) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 86، 87.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بين القوانين العربية، ط4، دار هومة، عين ميله، الجزائر، 2008، ص 189.

(4) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديد، الأزاريطة، مصر، 2009، ص 179.

الشخصي الذي يستخلص القاضي من ظروف الحال⁽¹⁾، حيث يقدر ما إذا كان التدليس هو الدافع الذي حمل الطرف الثاني إلى التعاقد مع مراعاة ظروف التعاقد وأحوال المتعاقدين ودرجة ثقافتهم، وذكائهم، وخبرتهم، وسنهم، وجنسهم⁽²⁾.

ويفرق الفقه الفرنسي بين التدليس الدافع والتدليس غير دافع، حيث يرتب على التدليس الدافع والمؤثر قابلية العقد للإبطال، لأن الحيل المستعملة أثرت على رضا المدلس عليه.

أما التدليس غير المؤثر وغير الدافع لا يفسد الرضا لأنه لم يدفعه لإبرام العقد إنما يغيره بقبول بعض الشروط المجحفة.

كما أن المشرع الجزائري لم يأخذ به، فإما أن يكون رضا المتعاقدين سليما ومن ثم ينعقد العقد صحيحا، و إما أن يكون معيبا فيصبح العقد قابلا للإبطال.

3- أن يصدر التدليس من المتعاقد الآخر

معناه أن يكون على علم به أو من السهل أن يتنبه إليه، فالتدليس أحيانا يقع من أحد المتعاقدين على الآخر، سواء إذا كان المدلس أصيلا أو نائبا وذلك كون الأصيل مسؤولا عن سوء اختيار نائبه⁽³⁾.

وقد يقع التدليس من غير المتعاقدين الذي استعمل الحيل التي تدفع المدلس عليه إلى إبرام العقد، فلكي يستطيع هذا الأخير أن يبطل العقد بسبب التدليس يجب عليه أن يثبت أن المتعاقد معه كان يعلم أو كان من المفروض حتما العلم بقيام الغير بهذا التدليس، إذ في هذه الحالة يكون متواطئا مع من استعمل الوسائل الاحتيالية أو على الأقل سيء النية، أما إذا لم يثبت المدلس عليه ذلك فإنه يطلب إبطال العقد للغلط مادام التدليس الذي قام به الغير قد

(1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)،

ط1، ديوان مطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 112

(2) بن شويخ رشيد، دروس في نظرية العامة للالتزام، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 82.

(3) بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 83.

بلغ حداً من الجسامة بحيث لولاه ما أبرم العقد طبقاً للمادة 87 ق م ج⁽¹⁾، يثبت المدلس عليه ذلك فإنه يطلب إبطال العقد للغلط مادام التدليس الذي قام به الغير قد بلغ حداً من الجسامة بحيث لولاه ما أبرم العقد طبقاً للمادة 87 ق م ج⁽²⁾.

المطلب الثالث: الإكراه

يعتبر الإكراه أهم عيوب الرضا لأنه يقصر الإرادة مباشرة⁽³⁾، فالإكراه يعد الرضا الذي هو الأساس في إنشاء العقد، فالإكراه مع تلفظ باللفظ الذي ينعقد العقد به وقصده له، لم يكن راضياً به أو راغباً في تحقيقه، بل كان قصده الحقيقي هو دفع الضرر عن نفسه⁽⁴⁾.

وبالتالي نقوم بدراسة الإكراه من حيث التعريف (الفرع الأول)، ثم ذكر شروطه (الفرع الثاني)، وأخيراً تحديد أنواعه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الإكراه

هناك عدة تعاريف من الفقهاء للإكراه من بينها تعريف الأستاذ نبيل إبراهيم سعد في قوله: "الإكراه ضعف يقع على الشخص بغير وجه حق فيبعث في نفسه رهبة أو خوفاً يحمله على إبرام عقد لم يكن يقبل به لو كانت إرادته حرة"⁽⁵⁾، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 88 كما يلي "هو تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بينه يبعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون الحق" أي حالة الرهبة تدفعه إلى التعاقد.

(1) فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000-2001، ص 166.

(2) فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000-2001، ص 166.

(3) مصطفى أحمد الزرقاء، مدخل فقهي عام، ط2، ج1، دار القلم، دمشق، سوريا، 2004، ص 424

(4) أحمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط1، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، مصر، 1999، ص 166.

(5) نبيل إبراهيم سعد، نظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص 182.

والإكراه ليس بذاته هو الذي يفسد الرضا ويعيب الإرادة وإنما يفسدها ويعيبها ما يولده الإكراه في نفس المتعاقد رهبة وخوفاً⁽¹⁾، أي أن حالة الرهبة هي التي تدفعه إلى التعاقد⁽²⁾.

الفرع الثاني: أنواع الإكراه

من خلال التعاريف السابقة، نستنتج أن الإكراه نوعين إكراه يعدم الإرادة وهو الذي يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً (إكراه مادي)، وإكراه يعيب الإرادة أو يفسدها وهو الذي يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال (إكراه معنوي).

أولاً: الإكراه المادي

هو الذي ينتزع الإرادة عنوة لا رهبة وخوفاً، حيث تكون الإرادة معدومة أصلاً، لأن الاختيار معدوم، وبالتالي يعد العقد عقد باطلاً بطلاناً مطلقاً مثلاً: أن يمسك شخص بيدي شخص آخر ويجري بيده للتوقيع على المحرر أو أن يتسلط شخص على آخر عن طريق التنويم المغناطيسي، حيث يصبح بيده يفعل به ما يشاء دون حس من الشخص المكره، وهو نادر الوقوع في مجتمعاتنا المتحضرة⁽³⁾، فهذا النوع يستبعد من عيوب الإرادة، لأنه يعدم الإرادة ولا يفسدها وذلك لأن عيوب الإرادة تؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً نسبي⁽⁴⁾.

ثانياً: الإكراه المعنوي

هو الإكراه الذي يجعل العقد باطلاً بطلاناً نسبياً، وهو الاختيار الذهني للشخص الذي يكون تحت تأثير الخوف من وقوع الأذى المهدد به، بحيث لو كان في ظروف عادية ولم يكن مهدداً ما أقدم على إبرام التصرف القانوني. مثلاً: كأن يهدد الشخص بقتله أو خطف

(1) مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، ط1، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1974، ص 127.

(2) سمير عبد السيد تناغو، العقد والإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 20.

(3) محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، ط2، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 69.

(4) هائل حزام ميهوب، نظرية الإكراه المدني بين الشريعة الإسلامية والقانون، المكتب الجامعي الحديث، عمان، الأردن، 2005، ص 167.

أحد أقرابه، إفشاء سره، أو نشر صورته أو نشر مسجل عنه يمس كرامته وشرفه وسمعته، إذا لم يتم بذلك التصرف المطلوب منه مثلا: كبيع منزله أو سيارته⁽¹⁾.

الفرع الثالث: شروط الإكراه

يتضح من نص المادتين 88 و 89 ق م أن المشرع الجزائري وضع ثلاثة شروط حتي يعتبر الإكراه معيبا للإرادة وحتى يكون للشخص المكره المطالبة بحقه في إبطال العقد الذي لولا خوفه لما أقدم على إبرامه العقد وهي:

أولاً: ضغط يبعث في نفس المتعاقد رهبة دون وجه حق

لكي يتحقق هذا الشرط لابد من توافر العناصر التالية:

1 - استعمال وسائل إكراه ضاغطة

فلا بد من التأثير على إرادة المتعاقد باستعمال وسائل إما تكون حسية وهي التي تقع على الجسم، فتحدث له ألما ماديا فيتقاضي المكره الألم بإظهار رضاه بما طلب منه⁽²⁾.

أما الوسائل النفسية تتمثل في التهديد بإلحاق الأذى دون إيقاعه بالفعل، ومن شأنه أن يؤثر في إرادة المتعاقد مثلا: التهديد بالقتل أو التعذيب أو إفشاء السر، وكذا التهديد بخطف الأب، أو الابن، أو أي شخص عزيز عليه. فكلا الوسيلتين تؤدي إلى إفساد رضا المتعاقد فيضطر لإبرام العقد لدفع الأذى عنه.

2 - يجب أن تكون هذه الوسائل غير مشروعة

الإكراه الذي يؤثر في صحة العقد هو الإكراه غير المشروع أو الذي يستهدف هدف غير مشروع، ولأن العبرة بالهدف وليس بالوسيلة وتبعاً لذلك يتحقق الإكراه إذا كان الهدف غير مشروع، وحتى لو كانت الوسيلة مشروعة مثال على ذلك كمن ضبط غيره متلبس

(1) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 91.

(2) هائل حزام ميهوب، نظرية الإكراه المدني بين الشريعة الإسلامية والقانون، المكتب الجامعي الحديث، عمان، الأردن، ص 168.

بجريمة فهدده بالإبلاغ إذا لم يكتب له إقرار بدين لا وجود له، بالتالي ارتكب إكراهه غير مشروع لأن الإبلاغ عن الجريمة وسيلة مشروعة، والعكس إذا كان الإكراه مشروعاً لا يؤثر في صحة العقد إذا كان الهدف منه مشروع حتى ولو كانت الوسيلة غير مشروعة مثلاً: المودع الذي يهدد المودع لديه الذي خان الأمانة بخطر جسيم في جسمه أو ماله أو نفسه إذا لم يكتب له إقرار الأمانة فهذا الإقرار صحيح ولا يجوز الطعن فيه⁽¹⁾.

أو استعمال النفوذ الأدبي الذي يكون للأب على الولد، أو للزوج على الزوجة، فلا يكفي كوسيلة للإكراه، بل يجب أن تصحبه وسيلة أخرى يقصد منها الوصول إلى غرض غير مشروع، إذن الإكراه الذي يبطل العقد هو الإكراه بدون حق، أما بحق شرعي وقانوني، فلا يعتد به لأنه إكراه قانوني ولا يؤثر على صحة العقد. ومثال ذلك جبر المدين من قبل القاضي على بيع ماله لوفاء الدائنين، أو جبر الشخص على النفقة الشرعية، أو دفع ضريبة⁽²⁾.

ثانياً: أن تكون الرهبة دافعة للتعاقد

لا يكون رضا الشخص معيياً إلا إذا تولدت في نفسه رهبة أو خوف تدفعه إلى التعاقد، وذلك بتهديده بالقتل، الضرب، التعذيب، الحرق، السمعة وأشرف، سواء انصب هذا التهديد على الشخص المتعاقد أو أحد أقاربه والمحصورة في المادة 1/88: "تعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت الظروف تصور الحال للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال"⁽³⁾.

ومعيار تقدير في ذلك يرجع إلى سن المتعاقد، فيختلف الشاب القوي عن العجوز الهرم، وكذا يقدر بالجنس وبذلك تختلف المرأة عن الرجل، وكذا ظروف رجل الريف الساذج يختلف عن رجل المدينة المتحضر، ويختلف شخص مريض والسليم الجسم، كما يتأثر

(1) سمير عبد السيد تناغو، العقد والإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 62 ، 63.

(2) بلحاج العربي، النظرية العامة العقد (للتزامات)، ط2، دار موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 119.

(3) فتحي الرحمان عبد الله، شرح النظرية العامة للتزامات، مصادر للتزام، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر. 2000-2001، ص 162.

الشخص بمكان إبرام العقد فهو يختلف إذا كان مكان منعزل أو مكان قريب من الناس، وكذلك يختلف إذا كان في الليل أو النهار⁽¹⁾.

ثالثاً: أن يتصل الإكراه بالمتعاقد الآخر

يجب أن يكون الإكراه متصلاً بمن يتعاقد مع المكره، ويعتبر كذلك إذا وقع من نفس المتعاقد، كما يكفي أن يكون المتعاقد الآخر عالماً بالإكراه أو كان من المفروض العلم به حتماً، إن وقع من غيره، وذلك طبقاً للمادة 89 من ق م ج لا يبطل عقد بسبب إكراه صادر من الغير إلا إذا كان المتعاقد الآخر سيء النية، وذلك عندما يكون عالماً بالإكراه أو في استطاعته العلم به.

أما إذا كان حسن النية فالعقد صحيح ولا يجوز إبطاله إلا أنه يكون للمكره حق الرجوع بالتعويض على الغير على أساس المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

المطلب الرابع: الاستغلال

هو العيب الذي يشوب رضا المتعاقد المغبون بغبن فاحش كان نتيجة حالة ضعف، فهو عقد غير مشروع مناف لأخلاقيات التعامل الحسن ومن هنا نقوم بدراسة الاستغلال من خلال التعريف به (الفرع الأول)، ونبين عناصره المادي والمعنوي (الفرع الثاني)، وأخيراً شروطه⁽³⁾ (الفرع الثالث).

(1) سمير عبد السيد تناغوا، العقد والإرادة المنفردة، العمل الغير المشروع، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 62.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بين القوانين العربية، ط4، دار الهومة، عين ميلة، الجزائر، 2008، ص 192، 193.

(3) فتحي عبد الرحيم عقد الله، شرح النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر. 2000-2001، ص 166.

الفرع الأول: تعريف الاستغلال

يعرف الاستغلال بأنه اختلال فاحش أو تفاوت كبير في الأداء نتيجة استغلال متعاقد ما في المتعاقد الآخر من ضعف نفسي⁽¹⁾، أو ذلك الضرر الذي تحمله المتعاقد في العقد المعاوضة نتيجة عدم تعادل الالتزامات المتقابلة وقت إبرام العقد⁽²⁾.

الفرع الثاني: عناصر الاستغلال

باعتبار الغبن هو المظهر المادي للاستغلال يؤدي ذلك إلى استغلال فهو ينطوي على عنصرين وهما:

أولاً: العنصر المادي (الموضوعي)

وهو عدم التكافؤ بين ما يدفعه المتعاقد وما يتحصل عليه، أي تفاوت بين ما يدفع المتعاقد وال عوض الذي يتحصل عليه وللقاضي السلطة التقديرية في معرفة ذلك.

ثانياً: العنصر النفسي (المعنوي)

هو التفاوت الموجود بين ما يعطيه المتعاقد تنفيذاً لالتزامه والفائدة التي يتحصل عليها هو الناتج عن ضعف في المتعاقد الآخر من جهة أخرى⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار العلوم للنشر والطباعة، الجزائر، 2004، ص 29.

(2) تتاغو عبد السيد سمير، العقد والإرادة المنفردة، العمل الغير المشروع، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 64.

(3) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2009، ص 193.

الفرع الثالث: شروط الاستغلال

لكي نقول أنه تحقق عيب الاستغلال لابد من تحقق ثلاث شروط أساسية المتمثلة في وجود طيش بين أو هوى جامع لدى المتعاقد (أولاً)، كذا أن يكون الاستغلال هو الدافع للتعاقد (ثانياً)، وأن يكون الطرف الآخر قاصداً استغلال هذا الطيش أو الهوى (ثالثاً).

أولاً: وجود طيش بين أو هوى جامع لدى المتعاقد

يجب أن يوجد ضعف نفسي في المتعاقد المغبون بسبب ظروف وهي:

أ - الطيش البين

هو عدم الاكتراث بالعواقب، فهو عيب طارئ في الإرادة⁽¹⁾.

ب - الهوى الجامح

عرفته محكمة النقض المصرية كما يلي: "الهوى الجامح هو رغبة شديدة تقوم في نفس الشخص تجعله يفقد سلامة الحكم على أعمال معيبة هي موضوع هذه الرغبة"، وأفضل مثال على الهوى الجامح هو: الرجل العجوز الهرم الذي يتزوج من فتاة شابة جميلة، فتستغل هيامه الجامح بها ويكتب لها ما تشاء من أموال⁽²⁾.

ثانياً: كون الاستغلال هو الدافع إلى تعاقد

وهو أن يكون الاستغلال هو الذي حمل الطرف المغبون على التصرف، أي أنه ما كان ليقوم بتصرف لولا ما وجد به من طيش بين وهوى جامع ويتجلى ذلك في الفقرة الأولى من المادة 90 التي نصت بما يلي: "وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامع".

(1) بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 147، 151.

(2) قرار محكمة نقض المصرية في 1983/01/02 لسنة 46 مشار إليه: نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديد، الأزاريطة، مصر، 2009، ص 198.

ثالثا: قصد الطرف الآخر استغلال هذا الطيش أو الهوى

لابد من توافر نية الاستفادة من الضعف النفسي للمتعاقد الآخر ويقتضي أن يعلم بوجوده ويقصد استغلاله.

رابعا - الوصول بالاستغلال إلى اختلال التعادل

ذلك أن جوهر الاستغلال هو التفاوت الكبير في الأخذ والعطاء، أما التفاوت اليسير فلا يعتد به طبقا للمادة 1/90 عبارة " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في نسبة ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد مع التزامات المتعاقد الآخر ومعيار تقدير عدم التعادل ليس على أساس الالتزامات المادية المتقابلة بل قيمتها الشخصية وتدل على ذلك عبارة "ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد بموجب العقد⁽¹⁾ .

(1) محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، ط1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 95، 98.

خاتمة

من خلال دراستنا لهذا البحث خلصنا إلى القول بأن التراضي يعد عنصرا جوهريا في العقد الذي يتم بتوافق إرادتين بوجودهما يوجد التراضي الذي يكفي لإنشاء العقد غير أنه لا يكفي لصحته ونفاذه، ما لم تكن الأهلية الصادرة من المتعاقدين أو أحدهما أهلية قانونية لازمة لمباشرة التصرفات القانونية، وأن تكون الإرادة سليمة، وحررة، وخالية من العيوب، وذلك إذا شاب هذه الإرادة إحدى العيوب وهي الغلط الإكراه وتدليس والاستغلال أو كانت الأهلية ناقصة يؤدي ذلك إلى القابلية للإبطال.

إذن يرتبط وجود التراضي بوجود الإرادة التي هي أساس قيام التراضي، وباعتبارها نفسية باطنية لا بد من الكشف عنها صراحة أو ضمنا وكمبدأ عام لا يشترط تعبير عن شكل خاص أو طريقة معينة، فكل ما يدل على وجود الإرادة يصلح تعبير عنها.

وبالتالي يصح تعبير عن الإرادة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو أي موقف لا يدع شك على الحقيقة المقصودة، واستثناء يمكن في بعض الحالات التي يستلزم فيها القانون شكلا معينا، وفي بعض الحالات يكون السكوت صالحا للتعبير عن الإرادة، ويعد هذا استثناء عن القاعدة العامة. كما لا تنتج هذه الإرادة أي أثر قانوني إلا إذا التقت إرادتي كل من المتعاقدين، وذلك عند صدور تعبير عن الإرادة الأولى من أحد المتعاقدين وتدعى بالقبول ومطابقتها لكل العناصر الأساسية في موضوع العقد، والإرادة الثانية الصادرة من الطرف الآخر والتي تدعى بالإيجاب، ويشترط الإيجاب أن يكون كاملا، واضحا، مفهوما، جازما، ونهائيا، وأن يتصل إلى علم من وجه إليه، ويسقط الإيجاب إذا كان ملزما، أي حدد فيه الموجب أجل القبول. وبالتالي إذا انقضت المدة المحددة للقبول دون قبول فيسقط الإيجاب لانتهاء المدة المحددة.

ويسقط كذلك إذا رفض الموجب له الإيجاب حتى ولو لم تنتهي المدة، أما إذا كان إيجابا غير ملزم فيسقط لرفضه من قبل من وجه إليه أو لم يصدر قبول قبل انقضاء مجلس العقد أو في حالة عدول الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول.

ولابد من اقتران الإيجاب بالقبول في نفس المكان والزمان أي في نفس اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب والقبول، وهي الحالة الأصلية للتعاقد.

غير أنه قد يتعذر على المتعاقدين الحضور في مجلس واحد لإبرام العقد. ولتحديد وقت انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين، فقد ظهرت أربعة نظريات تتمثل في نظرية التسليم بالقبول ونظرية العلم بالقبول ونظرية تصدير القبول ونظرية استلام بالقبول، إلا أن المشرع الجزائري حسم الأمر وأخذ بنظرية العلم بالقبول، حيث يتم العقد بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذان يعلم فيها الموجب بالقبول، وهذا ما لم يوجد نص قانون أو اتفاق بينهما.

والأصل أن يصدر الإيجاب والقبول من أطراف العقد الذين تنصرف إليهم آثار العقد، لكنه قد يتعذر على المتعاقدين أو أحدهما القيام بإنشاء رابطة قانونية بنفسيهما لظروف معينة فيستثني ذلك بأن يقوم الأصيل بتعيين شخص ينوب عنه في القيام بذلك، وهذا ما يطلق عليه النيابة في التعاقد.

والوعد بالتعاقد يكون في حالة كون أحد أطراف العقد لا يستطيع إبرام العقد في الحال فيحتفظ لنفسه بحق إبرامه خلال مدة معينة، حيث يلزم الطرف الآخر بإبرامه إذا أعلن عن رغبته في التعاقد.

والعربون هو أن يتفق طرفي العقد على كل المسائل التي يبرم فيها العقد، حيث يدفع أحد الأطراف مبلغا معيناً من المال ليقوي ارتباطه مع الطرف الآخر، ولكنه يتفق على أن يكون لكل منهما الرجوع عن العقد.

ويتعين لصحته التراضي توافر الأهلية التي تؤهل صاحبها إلى استعمال الحق والمطالبة به ما يجب في ذمته والتي يتوقف عليها تحديد نشاط الشخص وفعاليتها، وحتى يقوم بأداء تصرفاته القانونية وهي أهلية الأداء.

يكتسب الشخص منذ ولادته حيا أهلية وجوب حيث تثبت له حقوق كما تترتب عليه التزامات، فهي أهلية يتساوى فيها جميع الناس، تبدأ من تمام ولادته حيا وتنتهي بوفاته، وهي لا تتأثر لا بمرض ولا سن ولا قدرة على التمييز، فهي ثابتة مقررة للمجنون والمعتوه والسفيه

وذي الغفلة، وهذا ما يميزها عن أهلية الأداء، وهي أنها لا تكون إلا إذا بلغ للإنسان سنا معيناً وهو سن الرشد، وترتبط بمرور الإنسان بدورات معينة من الإدراك، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى قد يطرأ على الإنسان بعد بلوغه سن الرشد والإدراك عوائق تمنعه من إبرام التصرفات القانونية التي لا علاقة لها بتميزه أو إدراكه، كإصابته بعاهاة جسمانية أو حكم عليه بعقوبة جنائية تمنعه من أداء تصرفاته القانونية بنفسه فيقوم شخص ما لقيام بأعماله بدلا منه، وله حق اختيار الشخص الذي يراه مناسباً لذلك، وإن لم يوجد فيعود للمحكمة اختيار الشخص الكفيل للقيام بشؤون الشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية.

ومناطق أهلية الأداء التمييز، فعند بلوغ القاصر سن الرشد يكون متمتعاً بقواه العقلية وبالتالي تكون له أهلية كاملة فترفع عنه الولاية والوصاية، غير أنه قد يصاب الإنسان أثناء حياته قبل أو بعد بلوغ سن الرشد بعارض يعطل إرادته ويؤثر عليها، وقد يكون تأثيراً كلياً فيؤدي ذلك لانعدام الأهلية فتقضي على إدراكه وتميزه، كالمجنون والمعتوه، وبالتالي تؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، وقد يؤثر عليها تأثيراً جزئياً فتؤدي إلى نقصان التمييز، ومن ثم إلى قابلية العقد للإبطال كالغفلة والسفه.

ولكي تكون إرادة المتعاقد معيبة، يجب أن يكون رضاه قد شابته عيب من العيوب التي قررها المشرع وهي الغلط، التدليس، الإكراه، والاستغلال.

فالغلط هو وهم يقع في ذهن المتعاقد فيصور الأمر على غير حقيقته، فيتصور واقعة غير صحيحة في صورة واقعة غير صحيحة، أو يتصور واقعة صحيحة في صورة واقعة غير صحيحة، والغلط الفردي كافي لإبطال العقد، دون الحاجة أن يقع المتعاقد الآخر في الغلط.

ويجب أن يكون الغلط جوهرياً، أي أن يكون جسيماً ومؤثراً بناءً على المعيار الشخصي أي الظروف المحيطة به.

أما التدليس فهو تضليل المتعاقد بوسائل احتيالية لإيقاعه في الغلط أو استمراره فيه، ودفعه للتعاقد، ويشترط أن يستعمل المدلس طرقا احتيالية لتضليل المتعاقد، كما يعد التدليس فعلا غير مشروع.

وتقدير التدليس باعتباره تضليل المتعاقد ودفعه إلى إبرام العقد، يكون بناء على المعيار الشخصي، فيراعي القاضي ظروف المتعاقد وحالته النفسية، ودرجته ثقافته، وذكائه، وخبرته، وسنه وجنسه.

أما الإكراه فهو ضغط غير مشروع على شخص يبعث في نفسه رهبة تدفعه للتعاقد ويشترط أن يكون هناك رهبة قائمة على بينة ولدتها وسائل الإكراه، وتكون كذلك إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيه أن خطر جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو المال أو الشرف أو الجسم، وأن تكون الرهبة غير مشروعة، ويجب أن يكون الإكراه دافعا للتعاقد.

والاستغلال هو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعترى المتعاقد، بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو غير المقابل. ويشترط تحققه وجود ضعف نفسي في المغبون (طيش بين وهوى جامح) واستغلاله من المتعاقد الآخر، ومظهر ذلك وجود غبن يقاس بمعيار ذاتي.

ولكي يكون الاستغلال دافعا للتعاقد، لا يكفي أن يتوفر عنصري الاستغلال من تفاوت بين الالتزامات واستغلال الضعف النفسي للمتعاقد، بل أيضا أن يكون الاستغلال دافعا للتعاقد بحيث ما كان ليبرم العقد لولا الاستغلال.

يمكننا بعد دراسة موضوعنا التراضي في العقود التوصل إلى عدة نتائج واقتراحات نوردتها فيما يلي:

1- لفظ "عدم نفاذ التصرف" فقد تبين من خلال دراستنا أنه لا يدل تمام الدلالة على مقصوده، ذلك لأنه يدل على وقف هذا التصرف أي التصرف الموقوف وهو تصرف صحيح لكنه لا يرتب أثره قبل إجازته من صاحب الحق في الإجازة، وهذا ما يجعلنا نفضل لفظ

"باطلة" بدلا من "غير نافذة" والمادة 85 من قانون الأسرة وذلك أن الصياغة الفرنسية وردت كلمة .nuls

2- فضلا عما ذكرناه أعلاه، ألقينا نظرة على المادة 43 من القانون المدني والمادة 85 من قانون الأسرة وقد عقبنا عليهما وتبيننا عدم الصواب المشرع الجزائري، ذلك أننا وجدنا تناقضا في المادتين، حيث أن المادة 43 من ق م ج ذكرت السفه والغفلة عارضين للأهلية، في حين أن المادة 85 ق أ ج اعتبرت السفه عديم الأهلية وألحقته بالمجنون والمعتوه في الحكم، وأغفلت ذكر كلمة الغفلة إلى جانب لفظ السفه في المادة 43 من ق م ج، مع العلم أن السفه والغفلة يقتزمان في الشريعة الإسلامية وبعض القوانين العربية. وعلى هذا الأساس نرى أن يكون مستهل نص المادة 85 من ق أ ج بنصها: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته".

3- التسوية بين المفقود والغائب من قبل المشرع الجزائري، ذلك أن المفقود هو شخص غائب في ظروف تغلب فيها الهلاك كالمفقود في الحريق، أو الغريق. أما الغائب فهو شخص حي إلا أن ظروفها ما تمنعه من الرجوع إلى وطنه.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- (1) - أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
- (2) - بلحاج العربي، نظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
- (3) - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002.
- (4) - جمال الخليل النشار، أحكام العربون، بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديد لنشر، إسكندرية، مصر، 2001.
- (5) - جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة، القاهرة، مصر، 1995.
- (6) - هشام معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، الطبعة الأولى، دار المعارف للمطبوعات، لبنان، 1996.
- (7) - وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1979.
- (8) - حميد بن شنتي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الطبعة الأولى، بدون دار النشر، الجزائر، 2008.
- (9) - حسن كيره، مدخل إلى القانون، الطبعة الأولى، مطبعة الأطلس، مصر، 1974.

- (10) - حسن علي الذنون، محمد سعيد الرّحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والطباعة، الأردن، 2006.
- (11) - ياسين محمد الجبيوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- (12) - يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام القانون المدني، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الطبعة الثانية، دار المسيرة للنشر والتوزيع ، الأردن، 2009، 2011.
- (13) - لبني مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المدني، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1997.
- (14) - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، الكويت، 20 مايو 1972.
- (15) - مهند وليد حداد، خالد وليد حداد، المدخل لدراسة علم القانون، نظرية القانون، نظرية الحق، الطبعة الأولى، الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- (16) - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، 2006.
- (17) - محمد سعيد جعفرور، دروس النظرية الحق، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2011.
- (18) محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، الطبعة الأولى، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

- (19) - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- (20) محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
- (21) محمد حسام محمود لطف، النظرية العامة للالتزام، المصادر الالتزام، أحكام الإثبات، الطبعة الأولى، قصرا لطباعة والدعاية والإعلام، القاهرة، 2004.
- (22) - محمود محمد الشارودي، الوجيز في عيوب الإرادة، الغلط، الغش، الإكراه، تدليس، نقص الأهلية، الطبعة الأولى، دار الحقوق العربي للطباعة، القاهرة، مصر، 1988.
- (23) - محمود عبد المجيد المغربي، الوجيز في النظم القانونية الإسلامية، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2002.
- (24) مصطفى أحمد الزرقاء، مدخل إلى النظرية العامة للالتزام في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار القلم، سوريا، 1999.
- (25) - مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1974.
- (26) - مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الطبعة الثالثة، بدون دار النشر، لبنان، 2003.
- (27) - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002.

- (28)- سمير عبد السيد تناغو، العقد، الإرادة المنفردة، الأعمال غير مشروعة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2005.
- (29)- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، النظرية العقد، والإرادة المنفردة، المجلد الأول، تم تلقيحها وتزويدها بأحداث الآراء من طرف حبيب إبراهيم خليلي، الطبعة السادسة، بدون دار النشر، الجزائر، 1978.
- (30)- سليمان الناصري، المدخل للعلوم القانونية مقارنة بالقوانين العربية، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2005.
- (31)- عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون، نظرية الحق، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- (32)- عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، أحكام الإثبات، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1994.
- (33)- عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطب، شرح القانون المدني، مصادر الحق الشخصي، (الالتزامات)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- (34)- عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
- (35)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية العامة للالتزام، مجلد الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
- (36)- عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار العلوم للنشر والطباعة، الجزائر، 2004.

- (37)- عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- (38)- العمري هائل حزام ميهوبي، النظرية الإكراه في الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الأردن، 2005.
- (39)- علي محي الدين علي القرة داعي، مبدأ الرضائية في العقود، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بدون بلد النشر، 1985.
- (40)- علي علي سليمان، نظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- (41)- علي فيلا لي، النظرية العامة للعقد، (الالتزامات) الطبعة الثانية، دار موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- (42)- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- (43)- محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، الطبعة الأولى، مؤسسة الوطنية للفنون، الجزائر، 1997.
- (44)- فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000-2001.
- (45)- فضل المنذر، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الطبعة الأولى، مكتبة ثقافة لنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996.

- (46)- رمضان أبو السعود، شرح المقدمة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
- (47)- رشيد بن شويخ، دروس في نظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- (48)- توفيق فرج حسين، نظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مقارنة بالقوانين العربية، الطبعة الثالثة، دار الجامعة، الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ النشر.
- (49)- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

ثانيا: الرسائل والمذكرات

- (1)- أفلوشي فتيحة، العربون، رسالة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007.
- (2)- جاب الله عبد الحميد، تعبير عن الإرادة، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع عقود مسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، الجزائر، 2012-2013.
- (3)- حليم بوزيدي، تصرفات ناقص الأهلية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر 02، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق وعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013/07/02.
- (4)- مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، رسالة الماجستير، فرع مسؤولية مهنية، كلية الحقوق وعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، في 2012/05/08.

5- خالد بوشمة، نظرية الشخصية في الفقه الإسلامي، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة الدكتوراه، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، دون تاريخ المناقشة.

ثالثا: المقالات والمجلات

1- يزيد أنيس نصير، الإيجاب والقبول في القانون الأردني والمقارن، المبدأ والتطور، مجلة الشريعة والقانون، السادس والعشرون، السنة الثالث، جامعة آل البيت، المؤرخ في يناير 2002م.

2- فتيحة سيدي عثمان، دور الإرادة في إنشاء العقد، مجلة العدل، العدد الثالث والعشرون، السنة العاشرة، جامعة الأردن، ص

رابعا: الأوامر والقوانين

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني. المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007. الجريدة الرسمية العدد 31 الصادر في 25 ربيع الثاني عام 1428 هـ الموافق 13 مايو سنة 2007 م.

2- قانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 الصادر في 12 رمضان عام 1404 هـ الموافق 12 يونيو سنة 1984 م المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية العدد 15 الصادر في محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 م.

الفهرس

- 1..... مقدمة
- 4..... الفصل الأول: وجود التراضي
- 5..... المبحث الأول: الإعلان عن الإرادة وأشكالها
- 5..... المطلب الأول: وجود الإرادة
- 5..... الفرع الأول: شروط الاعتداد بالإرادة
- 6..... أولاً: صدور الإرادة من شخص لديه إرادة ذاتية يعتد بها القانون
- 6..... ثانياً: اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني
- 7..... الفرع الثاني: صور الإرادة
- 8..... أولاً: النظرية الإرادة الباطنية
- 8..... ثانياً: نظرية الإرادة الظاهرة
- 9..... ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من النظريتين
- 9..... المطلب الثاني: كيفية التعبير عن الإرادة وآثارها
- 10..... الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة
- 10..... أولاً: التعبير الصريح عن الإرادة
- 10..... 1- الكلام / اللفظ
- 11..... 2- الكتابة
- 11..... 3- الإشارة
- 12..... 4- اتخاذ موقف لا يدع شك في دلالاته على حقيقة مقصوده

12	ثانيا: التعبير الضمني.....
13	ثالثا: السكوت كطريقة استثنائية للتعبير عن الإرادة.....
13	1- السكوت المجرد
13	2- السكوت الملابس
13	أ- القاعدة العامة
14	ب- الاستثناء
16	الفرع الثاني: آثار التعبير عن الإرادة
16	أولا: إذا مات أو فقد أهليته من صدر منه التعبير عن الإرادة هو الموجب
17	ثانيا: إذا مات أو فقد أهليته من صدر منه التعبير عن الإرادة وهو القابل
17	المبحث الثاني: مجلس العقد
18	المطلب الأول: الطريق الطبيعي للتعاقد
18	الفرع الأول : الإيجاب و القبول
18	أولا: الإيجاب
19	1- تعريف الإيجاب
19	2- شروط الإيجاب
19	أ- أن يصل الإيجاب إلى علم من وجه إليه.....
19	ب- أن يكون الإيجاب كاملا.....
20	ج- أن يكون الإيجاب باتا وجازما ونهائيا.....
21	3- القوة الملزمة للإيجاب
21	4- حالات سقوط الإيجاب.....

- أ- بالنسبة للإيجاب الملزم..... 21
- ب- بالنسبة للإيجاب غير الملزم..... 22
- ثانيا: القبول..... 22
- 1- أن يكون مطابقا تماما للإيجاب..... 23
- 2- يجب أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب..... 23
- 3- مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول..... 24
- الفرع الثاني: اقتران الإيجاب بالقبول..... 25
- المطلب الثاني: الطريق الغير الطبيعي لتعاقد..... 26
- الفرع الأول: التعاقد بين غائبين..... 26
- أولا: نظرية إعلان القبول..... 27
- ثانيا: نظرية تصدير القبول..... 28
- ثالثا: نظرية تسليم القبول..... 28
- رابعا: نظرية العلم بالقبول..... 29
- خامسا: موقف المشرع الجزائري..... 29
- الفرع الثاني: بعض الصور الخاصة للتراضي..... 30
- أولا: النيابة في التعاقد..... 31
- 1- تعريف النيابة في التعاقد..... 31
- 2- شروط النيابة في التعاقد..... 32
- أ- حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل..... 32
- ب- أن يلتزم النائب حدود نيابته..... 32

- ج- تعاقد النائب باسم الأصيل ولحسابه 33
- 3 - آثار النيابة في التعاقد 34
- أ- العلاقة النائب مع الغير 34
- ب- العلاقة بين النائب و الأصيل 34
- ج- العلاقة بين الأصيل والغير 34
- ثانيا: الوعد بالتعاقد 36
- 1- تعريف الوعد بالتعاقد 36
- 2- مضمون الوعد بالتعاقد 36
- 3- شروط الوعد بالتعاقد 37
- أ- ذكر جميع المسائل الجوهرية في العقد المراد إبرامه 37
- ب- تعيين المدة 37
- ج- الأهلية 37
- د- الشكالية 38
- 4- آثار الوعد بالتعاقد 38
- أ - المرحلة الأولى 38
- ب - المرحلة النهائية 38
- ثالثا: التعاقد بالعربون 39
- 1- تعريفه 39
- 2- المقصود بالحق العدول 40
- 3- آثار العدول 40

42	الفصل الثاني: صحة التراضي
43	المبحث الأول: التراضي
43	المطلب الأول: تعريف الأهلية وتحديد أنواعها
43	الفرع الأول: تعريف الأهلية
44	الفرع الثاني: أنواع الأهلية
44	أولاً: أهلية الوجوب
46	ثانياً: أهلية الأداء
47	ثالثاً: تدرج أهلية الأداء مع السن
47	1- مرحلة الجنين
47	2- مرحلة الصبي الصغير المميز
48	3- مرحلة ترشيد الصبي المميز
48	3- مرحلة نقص الأهلية (التمييز)
49	4 - مرحلة بلوغ سن الرشد (كمال الأهلية)
49	المطلب الثاني: العوامل المؤثرة في الأهلية
50	الفرع الأول: عوارض الأهلية
50	أولاً: العوارض التي تعدم الأهلية
51	1- الجنون
51	أ- الجنون المطبق (الممتد)
51	ب- الجنون غير المطبق (المتقطع)
51	ج- الجنون الأصلي

52	د- الجنون الطارئ.....
52	2- العته.....
52	أ- تعريف العته.....
53	ب- أنواع العته.....
54	3- حكم تصرفات المجنون والمعتوه.....
54	أ- حكم تصرفات المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر.....
54	ب- حكم تصرفات المجنون والمعتوه قبل قرار التسجيل.....
56	ثانيا: العوارض التي تنقص أهلية الأداء.....
56	1- السفه.....
58	2- الغفلة.....
58	3- حكم تصرفات السفه وذي الغفلة.....
60	الفرع الثاني: موانع الأهلية.....
60	أولا: المانع المادي (الغيبه).....
61	ثانيا: المانع الطبيعي.....
63	ثالثا: المانع القانوني.....
64	المبحث الثاني: عيوب الإرادة.....
64	المطلب الأول: الغلط.....
65	الفرع الأول: تعريف الغلط.....
65	الفرع الثاني: أنواع الغلط.....
66	أولا: الغلط الذي يعدم الإرادة.....

- 66..... 1- الغلط المانع في ماهية العقد
- 66..... 2- الغلط في محل الالتزام
- 66..... 3- الغلط في سبب الالتزام
- 67..... ثانيا: الغلط المعيب للإرادة
- 67..... 1- الغلط في ماهية الشيء محل الالتزام
- 67..... 2- الغلط في شخص المتعاقد
- 68..... ثالثا: الغلط غير المؤثر في العقد
- 68..... 1- الغلط في الحساب أو الكتابة أو العد أو نقل الأرقام من ورقة إلى أخرى
- 68..... 2- الغلط الباعث
- 70..... الفرع الثالث: شروط الغلط المعيب للإرادة
- 70..... أولا: أن يكون الغلط جوهريا
- 70..... 1- حالات الغلط الجوهري
- 70..... أ- الغلط في صفة جوهرية للشيء
- 71..... ب- حالة الغلط في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته
- 72..... ج- الغلط في القانون
- 73..... ثانيا: اتصال المتعاقد الآخر بالغلط
- 74..... المطلب الثاني: التدليس
- 74..... الفرع الأول: تعريف التدليس
- 75..... الفرع الثاني: شروط التدليس
- 76..... 1- استعمال طرق احتيالية

76	أ- العنصر المادي
76	ب- العنصر المعنوي (النفسي)
76	2- أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد
77	3- أن يصدر التدليس من المتعاقد الآخر
78	المطلب الثالث: الإكراه
78	الفرع الأول: تعريف الإكراه
79	الفرع الثاني: أنواع الإكراه
79	أولاً: الإكراه المادي
79	ثانياً: الإكراه المعنوي
80	الفرع الثالث: شروط الإكراه
80	أولاً: ضغط يبعث في نفس المتعاقد رهبة دون وجه حق
80	1- استعمال وسائل إكراه ضاغطة
80	2- يجب أن تكون هذه الوسائل غير مشروعة
81	ثانياً: أن تكون الرهبة دافعة للتعاقد
82	ثالثاً: أن يتصل الإكراه بالمتعاقد الآخر
82	المطلب الرابع: الاستغلال
83	الفرع الأول: تعريف الاستغلال
83	الفرع الثاني: عناصر الاستغلال
83	أولاً: العنصر المادي (الموضوعي)
83	ثانياً: العنصر النفس (المعنوي)

84	الفرع الثالث: شروط الاستغلال
84	أولاً: وجود طيش بين أو هوى جامح لدى المتعاقد
84	أ- الطيش البين
84	ب- الهوى الجامح
84	ثانياً: كون الاستغلال هو الدافع إلى تعاقد
85	ثالثاً: قصد الطرف الآخر استغلال هذا الطيش أو الهوى
85	رابعاً: الوصول بالاستغلال إلى اختلال التعادل
86	خاتمة
91	قائمة المراجع
98	الفهرس